

# DERECHO Y ONTOLOGÍA JURÍDICA

*Francisco Carpintero*



**ACTAS**

---

MADRID, 1993.

## Índice

	Página
Introducción . . . . .	11
<b>I. PARTE CRÍTICA Y, POR ELLO, MOLESTA PARA TODOS . . . . .</b>	<b>13</b>
1. El problema de la verdad . . . . .	23
1.1. Las negaciones usuales . . . . .	23
1.2. Los principios fundamentales y el posible razonamiento jurídico práctico . . . . .	28
2. Los sujetos aislados . . . . .	33
2.1. La faceta negativa . . . . .	34
2.2. Unas consideraciones más generales . . . . .	37
2.3. "Las cosas", punto de encuentro de los hombres . . . . .	41
2.4. Consideraciones diversas . . . . .	44
3. El consenso, un tema de moda . . . . .	45
3.1. Una primera aproximación al problema . . . . .	50
3.2. ¿Podemos prescindir de las cosas? . . . . .	51
3.3. Las dificultades de un consenso ideal . . . . .	54
3.4. Autosuficiencia y mesianismo . . . . .	54
4. Tres dificultades . . . . .	61
4.1. La ideología de los "derechos" . . . . .	62
4.1.1. Carácter defensivo y concepto histórico . . . . .	65
4.1.2. Problemas humanos . . . . .	66
4.1.3. Algunas objeciones . . . . .	68
4.2. El problema de las asignaturas . . . . .	71
4.3. El Estado y la clase política . . . . .	74
4.3.1. La sociedad invertebrada . . . . .	75
4.3.2. El tema de la libertad . . . . .	77
4.3.3. El permisivismo . . . . .	81
4.3.4. Ausencia de participación . . . . .	84
4.3.5. La subjetividad de la sociedad . . . . .	88
4.3.6. Algunos corolarios . . . . .	92

Diseño y  
Dirección Editorial:  
Luis Valiente.

© Francisco Carpintero.

© Editorial ACTAS, s.l.  
Islas Molucas, 32. 28034 Madrid.  
Tel.: (91) 358 07 18.

I.S.B.N.: 84-87863-19-1.

Dep. legal: M-36791-1993.

Composición e impresión:  
STAR IBÉRICA, S.A.  
Tel.: (91) 729 10 41.

---

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

5. La razón y la actitud racionalista . . . . .	95
5.1. La actitud racionalista . . . . .	95
5.2. La imposibilidad de una lógica sin semántica . . . . .	102
5.3. ¿Superación del racionalismo? . . . . .	104
II. CIENCIA JURÍDICA, La MORAL Y LA POLÍTICA . . . . .	109
1. El "derecho", una masa abigarrada de normas y principios . . . . .	115
1.1. Las Reglas tipo "A" o constitucionales . . . . .	116
1.1.1. Necesidad de la aceptación . . . . .	117
1.1.2. Luces y sombras de nuestras ideas . . . . .	119
2. Las Reglas tipo "B" o legislación política . . . . .	121
2.1. Denunciamos un dilema . . . . .	122
2.2. Dos tipos de normas políticas . . . . .	123
2.2.1. Las normas que se fundamentan en la moral . . . . .	124
2.2.2. Las normas políticas instrumentales . . . . .	125
3. La noción clásica de "utilitas" . . . . .	129
4. Utilidad y moralidad . . . . .	133
5. Algunas reflexiones sobre derecho y moral . . . . .	135
6. Las Reglas tipo "C" o la Jurisprudencia . . . . .	137
7. Consideraciones sueltas . . . . .	141
III. DERECHO Y ONTOLOGÍA JURÍDICA . . . . .	143
1. La Historicidad . . . . .	147
1.1. Estamos en la historia . . . . .	149
1.2. ¿Ética de situación o "vía media"? . . . . .	154
1.3. Cuestiones de historicidad . . . . .	157
2. "Persona" y naturaleza humana en la decisión práctica . . . . .	163
2.1. Un punto de partida . . . . .	163
2.2. La naturaleza humana en el derecho . . . . .	166
2.3. Mejor: la naturaleza de los actos humanos . . . . .	168
2.4. Hombre y persona: unas reflexiones reiterativas . . . . .	172
3. Idealidad y Utopía . . . . .	175
3.1. Qué es una utopía? . . . . .	176
3.2. La exclusividad de la "theoría" . . . . .	178
3.3. Problemas últimos . . . . .	179
4. La distinción entre lo empírico y lo real . . . . .	185

4.1. Dos observaciones . . . . .	187
4.2. Lo ideal y lo real . . . . .	191
4.3. Realidad y sentido . . . . .	193
5. Los bienes jurídicos . . . . .	199
5.1. Un marco general . . . . .	202
5.1.1. La "objetividad" de los bienes . . . . .	203
5.1.2. Necesidad de la concreción . . . . .	208
5.1.3. Atender a las consecuencias. La responsabilidad . . . . .	211
5.1.4. Los instintos y los medios en la creación de los bienes . . . . .	215
5.2. Bien y comunidad . . . . .	217
5.3. Los problemas del "medium rei" . . . . .	221
5.3.1. El "Medium rei" . . . . .	221
5.3.2. Objetividad y voluntad . . . . .	225
5.3.3. Objetividad y función . . . . .	226
5.3.4. Matizaciones al "medium rei" . . . . .	233
6. La Contradicción . . . . .	237
6.1. ¿Bienes absolutos? . . . . .	239
6.2. El sacrificio de elegir . . . . .	240
6.3. La pluralidad irreductible . . . . .	241
6.4. Contra el atomismo: mirar al conjunto . . . . .	243
7. Realidad y libertad . . . . .	247
7.1. La libertad, ¿instrumento de opresión? . . . . .	248
7.2. La inserción desde lo real . . . . .	250
7.2.1. Situamos el problema . . . . .	251
7.2.2. El acogimiento de la realidad . . . . .	255
7.3. Realidad y perfección personal . . . . .	259
8. La libertad en el derecho . . . . .	263
8.1. Derecho subjetivo y subjetivismo jurídico . . . . .	264
8.2. Las libertades fundamentales . . . . .	265
8.3. La categoría del derecho subjetivo . . . . .	269
8.4. La libertad jurídica . . . . .	272
9. El derecho en acción . . . . .	277
9.1. Legislación, normas, interpretación . . . . .	280
9.2. La "validez jurídica" . . . . .	282
9.3. Los criterios interpretativos . . . . .	285
9.4. Seguridad, justificación, precomprensión . . . . .	288
9.5. Medias tintas en la vigencia legal . . . . .	295
9.6. El juego de los principios y el razonamiento jurídico . . . . .	297
9.6.1. Principios y prejuicios . . . . .	297

9.6.2. La "decisión de validez" . . . . .	303
9.6.3. La "decisión de interpretación" . . . . .	308
9.6.4. La "decisión de evidencia" . . . . .	310
10. Derecho natural y soluciones justas . . . . .	313
10.1. Las bromas de la historia . . . . .	313
10.2. Ley natural o derecho natural . . . . .	317
Apéndice: El espíritu de la modernidad . . . . .	323
Autores citados . . . . .	337

Ruego me perdonen este ensayo con este título, tan pretencioso. Desde luego, el adjetivo "ontológico", con lo que implica de óntico, más allá del fenómeno, hace temblar a cualquiera. Además, hay que tener en cuenta la objeción a la que alude José Delgado Pinto: «¿Qué sentido puede tener hoy la pregunta por la fundamentación ontológica o metafísica del Derecho? A primera vista, si se pone el acento en el adjetivo, podría entenderse que se trata de responder a la pregunta por la fundamentación del Derecho desde la metafísica. Pero en este caso debemos ser conscientes de que nos enfrentamos a una tarea cuya legitimidad no está asegurada de antemano, sino que constituye en sí misma un problema. Nadie ignora que en el contexto del pensamiento de nuestros días el estatuto epistemológico de la metafísica es problemático. Síntoma de esto es el hecho de que en muchas de las discusiones actuales "metafísico" e incluso "ontológico" se emplean normalmente para descalificar antes que para calificar argumentos». <sup>1</sup> Pero tranquilícese el lector: sólo pretendo mostrar por qué motivos la argumentación jurídica puede y debe ser prudente, razonable, no necesariamente arbitraria. Quizá sucede, a fin de cuentas, que estoy convencido de que esa reflexión que llamamos filosofía —teórica o práctica, tanto da— es sólo cuestión de experiencia.

Los problemas no se reducen al título: lo que aquí escribo debería ser completado, al menos, con una monografía que tratara sobre "Libertad y Derecho". La redacté, en efecto, y corrigió el manuscrito José Delgado Pinto; un segundo manuscrito, con las críticas de José Delgado más o menos asumidas ha dado muchas vueltas, fotocopiado, por la Facultad. Es cuestión de que algún curso me anime a darle forma literaria definitiva.

<sup>1</sup> Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del Derecho, en "Persona y Derecho" 9 (1982) págs. 19-20.

Como digo, el tema es demasiado ambicioso, especialmente tratándose de un libro de texto, simplemente introductorio. En tal contexto están de sobra las citas de este o aquel autor, pero no me he resistido al fascinante argumento de autoridad; al precio, claro, de ignorar deliberadamente muchos escritos interesantes. Puestos a elegir, me he ceñido –según mi criterio– a los estudios que entiendo que expresan preferentemente un pensamiento programático; he dejado de lado, pues, monografías eruditas. He concedido especial valor a dos autores: Francis Bacon y Ludwig Wittgenstein; ambos se encontraron en momentos parecidos al actual, de crisis del modelo científico. Por lo demás, éste es un libro elemental; por este motivo, apenas aludo a cuestiones epistemológicas. Si el lector quiere conocer el iter interno de estas páginas, puede consultar las “Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit”, de Schwarz-Lierbemann, o la “Introduction à la Philosophie du droit”, de Jean-Marc Trigeaud. En un plano filosófico más general, me remito a la obra de Alejandro Llano, “Metafísica y lenguaje”.

Huyo del sincretismo, y mucho más del irenismo: si aludo a autores muy distintos es porque en toda persona hay siempre cosas aprovechables que, a veces, son resultado de sus propias contradicciones. Para que quede más claro qué es lo que no comparto he añadido, a modo de apéndice, un pequeño escrito que publiqué hace algún tiempo: “El espíritu de la Modernidad”.

## I

PARTE CRÍTICA Y, POR ELLO,  
MOLESTA PARA TODOS.

Estamos todavía, en la Ética, bajo el planteamiento que arranca de la *juristische Person* kantiana, esto es, entender al mundo humano como un conjunto de seres aislados que son o deben ser autónomos, sin más punto de referencia para su actividad que su voluntad y algunos procedimientos lógico-formales que diversos autores proporcionan para encauzar tal voluntad, del tipo en definitiva del imperativo categórico kantiano. Se tiene miedo a la Realidad, a las cosas; parece que “ser razonable” sería algo así como adaptarse a los hechos, sin trascenderlos ni transformarlos, degenerando en un conformismo acrítico. La apelación a una ontología que nos orientara es vista como un humanismo hipócrita que, según Sartre, no serviría más que para calmar nuestros terrores.

Hablaba de la “persona” kantiana, que ha de poseer una “esfera de libertad” (*Freiheitssphäre* en la terminología de los discípulos de Kant). Esta persona busca imponerse y defenderse, especialmente en el campo jurídico: «El sentimiento del derecho –escribe Radbruch– y la conciencia se hallan en pugna: la conciencia sujeta al egoísmo; el sentimiento del derecho lo deja en libertad»<sup>1</sup>. Así es visto el derecho incluso por una persona de sensibilidad tan innegable como Gustav Radbruch: en un mundo de sujetos egoístas es necesario un forcejeo que lleve a un “equilibrio” o “ajustamiento” de los intereses de los sujetos que luchan por imponerse, y el “derecho” sería el resultado de esa pelea, de la fuerza en definitiva. Esta mentalidad entiende que los “derechos” son, por definición, contradictorios, como recalca Bobbio: «Son antinómicos en el sentido de que su propio desarrollo no puede realizarse plenamente: la realización integral de los unos impide la de los otros. Cuanto más aumenten los poderes de los individuos, más disminuyen las libertades de los mismos»<sup>2</sup>.

Desde este planteamiento superficial poco se puede hacer. Desde luego, la llamada “Ciencia jurídica” no tiene sentido, a no ser que por tal se entienda el

<sup>1</sup> *Introducción a la Filosofía del derecho*. Trad. de W. Roces. F.C.E. México, 1974, pág. 18.

<sup>2</sup> *El tiempo de los derechos*. Trad. de R. de Asís Roig. Sistema, Madrid, 1991, pág. 59.

conocimiento, sistematización, etc. de las leyes válidas, todo ello realizado según mucha "lógica": así llegamos a la situación incongruente de reclamar Lógica para el conocimiento y la aplicación del Derecho, y negar cualquier lógica para su creación. No sé si tiene mucho sentido logicar lo ilógico. Por este motivo, Antonio Osuna escribe que «El poner una barrera insalvable entre la lógica deductiva usada en la justificación interna de la norma, y la lógica de la decisión tomada por el juez o intérprete, es hacer dicotomías en ámbitos de la racionalidad práctica que no son susceptibles de ello»<sup>3</sup>. Se trata, pues, de una manifiesta falta de razón.

Hablo de irracionalidad porque salta a la vista que muchas personas entienden al hombre como un ser con "libertad", como una pizarra en blanco. Esta libertad es entendida a modo de una superficie plana (pienso en la pizarra escolar) que en parte desaparece con las normas jurídicas y, aún más, con las normas morales. Se trataría, como es obvio, y ésta sería la misión de la "Filosofía del Derecho", de hacer posible que quede el mayor espacio posible sin normar: el mayor espacio posible de "libertad". Me parece que en la raíz de este problema está la visión del derecho como un orden limitativo y coercitivo de modo que, como escribe Cotta en *Itinerarios*, «el derecho se les aparece esencialmente como limitación y constricción... Son los mismos juristas, y sobre todo los juristas contemporáneos, los que han procurado por todos los medios legitimar semejante concepción deformadora... La primacía de la sanción conduce a una auténtica penalización, si así puede llamarse, del derecho al ser considerado éste sólo desde el punto de vista del *bad man*, una fórmula de Holmes que ha tenido éxito... Ahora bien, me parece más bien extraño que para comprender un fenómeno humano se elija el punto de vista del que lo rechaza o lo niega»<sup>4</sup>. No es extraño: desde el momento en que la única categoría antropológica que se admite es la de un individuo con "derechos", la única función posible del ordenamiento jurídico será la de limitar esos derechos en nombre de las necesidades de la convivencia, etc., castigando a quien desconozca o invada los derechos ajenos. En ningún momento se piensa en el Derecho como en un orden de cooperación o colaboración, a no ser que se establezca que el ordenamiento jurídico hace posible el ejercicio de los "derechos" individuales. Pero esto nada tiene que ver con lo que se entiende por cooperación.

De este modo, la esencia del hombre vendría a ser la "libertad", fundamento de cualquier otro derecho. Libertad o indeterminabilidad. Como un ser libre no puede recibir normas heterónomas, pero es imprescindible que existan normas supraindividuales si queremos coexistir, la única categoría jurídica admisible es la del pacto, en el *se postula* que cada individuo se daría a sí mismo sus propias normas. Me parece que hoy sabemos todos —y esto ha sido consagrado oficialmente tras la crítica de Habermas a Gadamer— que un pacto no es más que un pulso

<sup>3</sup> *La razón práctica y la legitimación del derecho*, en "Estudios filosóficos", número 106, XXXVII, pág. 433.

<sup>4</sup> *Itinerarios humanos del derecho*. Trad. de J. Ballesteros. EUNSA. Pamplona, págs. 122-124.

o forcejeo, en el que gana el más fuerte. De este modo, el Derecho queda reducido a una cuestión de fuerza y la noción de *deber* jurídico (que desborda completamente los equilibrios de fuerza) no encuentra acomodo en un tratado de Filosofía del derecho, a pesar de que se siga "hablando" de ella con terminología confusa. Un autor especialmente representativo de esta forma de ver las cosas, como es Hans Nawiasky, nos lo expresa claramente: «La norma de derecho prescribe a las personas a quienes se dirige, los destinatarios jurídicos, un determinado comportamiento externo bajo sanción coactiva. Así nace para ellas una necesidad de conducta asegurada mediante la amenaza de una coacción; más exactamente: de este modo se les impone esa necesidad de conducta. Necesidad de conducta es lo mismo que deber de una conducta necesaria coactivamente asegurada, e igual que deber coactivo o deber jurídico. Por tanto, deber jurídico es la norma jurídica considerada desde el punto de vista de su destinatario»<sup>5</sup>. Basta leer las sutiles distinciones de Scarpelli, por ejemplo, entre "deber" (categoría moral, según él) y "obligación", que sería la categoría específicamente jurídica para comprender hasta qué punto esta ideología domina hoy. Ante este planteamiento, por dominante que sea, no se me ocurre más que lo que expresaba Rousseau: «S'il faut obéir par force, on n'a pas besoin d'obéir par devoir». O quizá es más gráfico Marcuse cuando, al referirse al planteamiento kantiano del tema, que es el de hoy, explica que, en Kant, el derecho no es más que el látigo del rebañero. Claro que siempre queda la posibilidad de *postular* que el "derecho" es justo (y entonces había el deber de obedecerlo) porque procede de un poder democrático; todo se resolvería entonces en una cuestión de legitimidad. Como si un padre legítimo no pudiera hacer canaladas con sus hijos<sup>6</sup>.

Pero, se me dirá, "no hay otra cosa": únicamente existen individuos que han de ser libres. Realmente, la voluntad, ¿es lo único de que disponemos? Según Gimbernat, sí: «La crisis moderna de la filosofía metafísica debilita la propuesta de fundamentación moral dentro de un sistema de pretensión ontológica. Perdida en la modernidad la unidad cosmovisional, el recurso a un orden metafísico de hecho es una opción particularista, por muy universal que sea la intención que la aliente. Su capacidad persuasiva lo es sólo para quienes aceptan sus propuestas sistemáticas»<sup>7</sup>.

Me parece, sin embargo, que por muy persuasivo que sea este modo de exponer el problema, todos nos movemos cotidianamente con la ontología. Bajo el término "ontología" no designo ningún saber especializado; pienso, más bien, que

<sup>5</sup> *Teoría general del derecho*. Trad. de J. Zafra. Editora Nacional. México, 1980, pág. 214.

<sup>6</sup> Álvaro d'Ors indica a este respecto que «la obediencia al poder constituido —y recordemos que lo es en tanto es socialmente reconocido como potestad— no implica una aceptación de todos los actos de esa potestad. Un poder puede ser reconocido a la vez que sus actos pueden no ser aceptados: se reconocerá o no a las personas, y se acepta o no a los actos». Cfr. *La violencia y el orden*. Dyrsa. Madrid, 1987, pág. 66.

<sup>7</sup> En Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*. Debate, Madrid, 1989, pág. 174.

esta palabra designa la actitud de quien sabe que las cosas existen y que pueden ser conocidas y que nos condicionan y posibilitan: tal es el caso de quien dice: "Vivo en Plaza de Carrizosa, número 9", o "me he dejado olvidadas las llaves en casa". Naturalmente, quién habla así sabe que las casas, las calles y las llaves existen, por muchos reparos racionalistas que ponga Hume. Esa persona —¿cómo lo diría?— "hace ontología" y sabe, además, que las casas, calles y llaves poseen cualidades propias, ineliminables, que condicionan y hacen posible cualquier discurso que se pueda hacer sobre ellas. Desde luego, siempre es posible que, si esa persona es filósofo de profesión, diga *académicamente* que "no podemos saber..."

Todo es cuestión de planteamientos, como podemos ver. Otro argumento a favor del relativismo y en contra de cualquier ontología es afirmar la inexistencia de un mundo de valores "objetivamente jerarquizado". Pero, ¿quién piensa en un mundo de valores "objetivamente jerarquizado"? Precisamente, el esfuerzo fundamental de los autores que hablan de la tópica jurídica —que sí suelen afirmar la Ontología, y ahí están Theodor Viehweg y Josef Esser— es mostrar que las valoraciones o valores no están jerarquizados a priori. En este tema, Nicolai Hartmann ha enturbiado mucho las cosas: confundió la Ética con un sistema astronómico.

En estos planteamientos suele haber un denominador común, aunque no siempre se manifieste expresamente: el miedo al *regime paternelle* o autoritario. Efectivamente, se tiene reparos en acudir a la objetividad porque, escribe Nino, «la concepción opuesta al principio de autonomía tal como lo he presentado se suele denominar "perfeccionismo". Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede a través de distintos medios dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores»<sup>8</sup>. Por este camino se llegaría al despotismo, ya que se entiende que las "vanguardias clarividentes" identifican lo que se debe hacer con una concepción política o filosófica determinada, por lo que se puede obligar a los que no ven ese fin a seguirlo contra su voluntad<sup>9</sup>.

Yo, en cambio, entiendo que sucede más bien lo contrario. Dejando de lado esas "vanguardias clarividentes", pues no pretendo hacer un alegato a favor de un régimen político paternalista, afirmo que una fundamentación real, objetiva del razonamiento práctico, evita tanto el paternalismo como —y esto me parece más importante hoy— la tiranía de la opinión pública o de la de los intereses de la

<sup>8</sup> *Ética y derechos humanos*. Paidós. Buenos Aires-Barcelona-México, 1984, pág. 136.

<sup>9</sup> En mi opinión, la formulación más precisa de esta tesis fue la que ofreció Augusto Comte cuando escribía que «En vertu de leur complication supérieure, et par suite de leur plus intime contact avec l'ensemble des passions humaines, les questions sociales devraient, par leur nature, encore plus scrupuleusement que toutes les autres, rester concentrées chez un petit nombre d'intelligences d'élite, que la plus forte éducation préliminaire, convenablement suivi d'études directes, aurait graduellement préparées à un poursuivre avec succès la difficile élaboration». Cfr. *Cours de Philosophie Positive*, vol. IV. París, 1939, pág. 118.

mayoría; y es que la "objetividad" no se opone a la autonomía, sino a la arbitrariedad. Dejo esto para más adelante. Hay recelos, desde luego. Escribe Josef Pieper que «posiblemente asalte al lector la impresión de que cuanto hasta ahora va dicho... suena un tanto a 'totalitario'. Es propio de la situación espiritual y política de nuestro tiempo el que hayamos de registrar casi mecánicamente una tal reacción. La sola idea de una instancia administradora del bien común que por derecho propio tenga competencia para decidir qué y cuanto es lo que se me debe, va vinculada de un modo que no dista mucho de lo irremisible a la perspectiva de la expropiación de derechos y de la esclavización del individuo»<sup>10</sup>. Así se llega a un chantaje: o pactos en los que se haga valer la propia voluntad (pero en los que en realidad vencerá el más fuerte), o paternalismo autoritario: *tertium non datur*. Todo depende, como digo, del planteamiento del problema; especialmente cuando tal planteamiento se hace sin matizar.

Es preciso superar prejuicios. Todavía hoy, en personas de cierta edad, se oye hablar de "la justicia en sí". En estos veintidós años durante los que me ocupado de la jurisprudencia romanista, nunca he leído esta expresión. Si la veo en Kelsen, quien, quizá parafraseando la expresión kantiana de la *Ding an sich*, usa este curioso término. Y hoy, algunas personas, llevadas por una inercia casi supersticiosa, entienden que los que usan el término "ontológico" creen en algo que se llamaría "La-Verdad-en-sí" o "La justicia-en-sí"; y estas personas desdeñan un libro jurídico en cuanto leen en él el término "ontológico". A la vista de este panorama quizá fuera preferible, por mor de la oportunidad, prescindir del adjetivo "ontológico" y sustituirlo por alguna expresión como "fundamentos reales" de la decisión o algo parecido; es decir: de aquellos fundamentos que hacen que una decisión no sea arbitraria: éste es el tema fundamental: ¿por qué una decisión no es *arbitraria*? Plantearse esta cuestión no me parece caer en un fundamentalismo. Pero quién la exprese se verá automáticamente clasificado: un "joven conservador", como Bataille o un "viejo conservador", como MacIntyre. Escribe Adela Cortina que «curiosamente, tanto los neoconservadores como los viejos conservadores a la MacIntyre contemplan nuestro momento como la etapa última de una historia, que comenzó con una época dorada y nos condujo más tarde, por un "pecado", a una situación apocalíptica... Sólo que en el bosquejo veteroconservador de MacIntyre la Edad de Oro es la de un lenguaje moral pleno de sentido... La "caída" se produce a lo largo de la Modernidad, cuando la razón deja de percibir los fines desde los que era racional exigir deberes...»<sup>11</sup>. ¿Por qué no dejamos los encasillamientos y clasificaciones? Me parece más realista la actitud de Mounier cuando escribe que «cada día vemos gente, que defienden comúnmente el espíritu, confundir lo eterno con lo rancio y conferir... un odio de viejo a todo cuanto nace y porta la promesa del mañana»<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> *La justicia*. Rialp, Madrid, 1962, pág. 113.

<sup>11</sup> *Ética sin moral*. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 130.

<sup>12</sup> *Revolución personalista y comunitaria*. No consta traductor. Zero, Bilbao, 1975, pág. 52.



Nos hacen falta criterios para decidir. Aquí están involucradas dos cuestiones: a) *cómo* se obtienen; b) *de dónde* se obtienen. Lo específico de la modernidad –de la modernidad del siglo XVII y de 1992– es que se desinteresa de la primera cuestión: sólo le interesa la segunda. El cómo se obtiene la decisión compone la Ontología jurídica. Es comprensible que los que se adscriben al “positivismo jurídico” (expresión que casi no me atrevo a emplear, por su imprecisión) nieguen a priori cualquier Ontología jurídica. Diría que llamo “positivistas” a los que niegan la posibilidad de la Ciencia jurídica.

Vivimos en un tiempo de crisis en el que queremos, y rechazamos lo que hace posible lo que queremos. Por una parte aclamamos el *ethos* concreto, vivido, por miedo de caer en una actitud regresiva. De otro lado, queremos una teoría sobre la justicia que supere la arbitrariedad, y reconocemos que tal teoría no se puede hacer de espaldas a la realidad: se rechaza entonces el *ethos* histórico. Ponemos nuestra esperanza en un metalenguaje que, gracias a una misteriosa mayor fuerza (¿lógica?) se ocupe de normar el saber moral cotidiano: y, por otra parte, cada vez somos más conscientes de que las cosas son como son, plurales, irreductibles en su variedad: no hay un lenguaje superior que nos libere de nuestros terrores reduciendo la complejidad de la actuación práctica. Es comprensible lo que escribe Cortina en su *Ética sin moral*: «Tiempos recios son los nuestros para quienes se preocupan por la moral»<sup>13</sup>.

Son tiempos difíciles, efectivamente, para hablar de Moral porque hoy se parte de que cada cual puede adoptar la “filosofía” que él quiera: parece que esta elección es como un derecho fundamental de la persona. En una oposición a una cátedra de “Filosofía del derecho” –en la que yo formaba parte del tribunal– le pregunté a un opositor que decía seguir una de las muchas filosofías “constructivistas” (este tipo de “filosofías” pretenden construir la Realidad cuando el filósofo la piensa) si realmente él pensaba que las cosas no existen, que los hombres sólo tenemos el lenguaje. El opositor, y con él un sector del tribunal, se quedó bastante extrañado ante mi pregunta: era lógico, porque yo estaba vulnerando las reglas del juego que hoy se juega en la “filosofía”, que parten del hecho de que cada cual puede decir lo que quiera siempre y cuando sea coherente: si este *hablar* “así” (me refiero a la actitud *filosófica* adoptada) refleja o no la realidad, se adecúa a ella o no, eso es indiferente. Temo que estamos reconociendo muchos derechos de la “persona” (en el sentido kantiano del término) y estamos desconociendo a los hombres.

Quiero hacer algunas precisiones antes de entrar en la materia. Ante todo, no trato de mostrar las “limitaciones” de la libertad; más bien, al contrario, pretendo aludir en qué consiste y cómo se origina la libertad misma, para asumirla. Por este motivo me separo radicalmente de los que dicen cosas como, por ejemplo, que “la libertad, *dentro de unos límites*...” Esta actitud me parece aberrante. Lo más sensato,

<sup>13</sup> *Ética sin moral*, cit., pág. 19.

sobre este punto, es lo que escribe Schwarz-Liebermann: «Debemos reconocer que la libertad no podría ser disminuida más que a fin de ser aumentada»<sup>14</sup>.

Doy por descontada la visión liberal del tema. Es decir, supongo que el lector conoce la formulación liberal que tomó su forma canónica en el ensayo *Sobre la libertad* de John Stuart Mill. Quizá esto me libere de dar más explicaciones.

<sup>14</sup> Cfr. *Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit*. Mouton. Paris-La Haye, 1973, pág. 141.

## 1. EL PROBLEMA DE LA VERDAD.

Parece que hoy se interesan pocos universitarios por el tema de la "verdad": sumergidos por el marco de conceptos y categorías que impone la aceptación del "Estado" que se hace realidad con la Revolución Francesa, el siglo XX atiende ante todo al *consenso* de la comunidad. Hace notar Enrique Zuleta que, una vez que hemos perdido de vista la realidad, la "objetividad" se ha convertido en intersubjetividad y a la vez en "independencia" frente al objeto que estudiamos o tratamos de manipular. «Ello supone el paso desde una noción de la verdad concebida como adecuación o 'correspondencia' entre el intelecto y las cosas, hacia una noción de verdad como 'coherencia' o como forma de aceptabilidad racional mutua entre ideas, experiencias, conceptos y palabras. Está claro que en la noción moderna de objetividad, entre los motivos de esta adhesión, la nota de 'coherencia sistemática' prima sobre la correspondencia entre ciencia y estructura de la realidad»<sup>15</sup>.

Esta sustitución de la realidad por el consenso intersubjetivo se ha operado históricamente en nombre de la "razón", alegando la "racionalidad", etc. Algo había que alegar y, puestos a elegir un motivo, nada mejor que recurrir a la máxima instancia: esa misteriosa "razón" moderna. Lo que cuestiono, también con términos tomados de Zuleta, es si cabe a razón una función orientadora ante la crisis o constituye ella en si misma una manifestación de la propia crisis<sup>16</sup>.

### 1.1. Las negaciones usuales.

Descartes postuló que los sentidos nos engañan, y Hume perfiló definitivamente esta tesis. Anteriormente a Descartes la Universidad había mantenido que

<sup>15</sup> *Razón y comunidad. Notas desde una lectura actual de Aristóteles*, en "Persona y Derecho" 10 (1983), págs. 141-142.

<sup>16</sup> *Razón y comunidad.*, cit., pág. 136.

desde la observación de la realidad –la *theoria*, como escribían los griegos– surge tanto la técnica como la fundamentación de la praxis; pero si no hay realidad que observar, no existe fundamento real (de “res”, cosa) para la praxis (ni, siendo coherentes, tampoco para la técnica). De este modo se concluye en el terreno propiamente humano que “todo es relativo” y Nino, por ejemplo, escribe que «En principio, en el desarrollo de estos filósofos no hay un criterio para excluir, por ejemplo, la posición en favor de una república islámica que presupusiera que el Estado debe alentar aquellos planes de vida que incluyen como ingrediente fundamental la fidelidad a Alah y a su profeta»<sup>17</sup>. Bobbio pone aún las cosas más difíciles cuando nos explica que «Sobre el primer punto, la indeterminación, el mejor ejemplo nos lo ofrece el primero de los derechos enumerados, el derecho a la vida. Qué se entiende por “vida” parece claro que no lo es. Basta preguntarse qué se entiende por “vida” en la expresión “derecho a la vida” para encontrarse inmediatamente, en la maraña de las discusiones en torno a la licitud del aborto. Inmediatamente después se nos plantea el problema de si el individuo tiene derecho a la vida en general o a una cierta vida, en otras palabras, la pregunta “¿Qué vida?”. Apenas planteada esta pregunta se nos presenta el problema de la eutanasia»<sup>18</sup>. Yo diría, en una primera aproximación, que los ejemplos que aducen Nino y Bobbio no pasan de ser chocarreros: no creo que el Gobierno británico o español estén considerando seriamente la posibilidad de convertir a Gran Bretaña o a España en una república islámica; y en cuanto a lo que explica Bobbio, de hacerle caso, cualquier juez debería dejar inmediatamente en libertad a un terrorista o a un asesino convicto, ante la “insuperable” dificultad de determinar qué es o en qué consiste la vida eliminada. Lo que no es el caso. Existen, desde luego, casos difíciles o casos-límite: pero la realidad cotidiana no es tan difícil como estos casos.

Además, quisiera reparar, volviendo sobre el tema al que alude Nino, que no me parece procedimiento aceptable el contraponer en bloque una cultura a otra: la occidental a la islámica, por ejemplo. Las sociedades islámicas, que han sabido escapar de las redes del racionalismo y del capitalismo, parecen más humanas –más *morales*– que nuestra cultura: hay mucho que aprender de ellas. Y los occidentales, en cambio, hemos sabido captar que la mujer es un ser humano, con la misma dignidad que el varón, cosa que no entienden los musulmanes. Al fin y al cabo, la poligamia sólo tiene como fundamento la consideración de la mujer como un animal distinguido o como un ser intermedio entre el animal y el hombre (varón). Nosotros podemos aprender de ellos, y ellos pueden aprender de nosotros. Quizá si sustituyo el “podemos” por el “debemos” (debemos aprender...) sería más exacto.

Pero, volviendo al tema, al parecer, toda la cuestión, o el arranque de ella, se basa en la negación del valor de la evidencia. El mismo Bobbio nos indica que «El segundo modo –la apelación a la evidencia– tiene el defecto de presentarse más

<sup>17</sup> *Ética...*, cit., pág. 138.

<sup>18</sup> *El tiempo de los derechos*, cit., pág. 93.

allá de toda prueba y rechazar otra posible argumentación de carácter racional»<sup>19</sup>. Desde luego, la evidencia se muestra más allá de toda prueba: si yo afirmo que estoy escribiendo con una máquina Olivetti Compact 70, ello es “evidente” y no puedo argumentarlo: a quién me contradijera no me quedaría más remedio –remedio último– que *mostrarle* la máquina con la que escribo. Me parece que la evidencia es lo sumamente racional; los *constructos* racionalistas à la Descartes –una cosa es ser racional, y otra es ser racionalista– sirven de poco. Alfred N. Whitehead, cuya opinión tiene un peso muy fuerte en todo lo que se refiere a la argumentación, escribe sin rodeos: «Una cosa es cierta: la opinión científica no puede tener ninguna justificación posible para llegar a esta conclusión. El rechazo de cualquier fuente de evidencia es siempre una traición a ese racionalismo último que insta a ir adelante tanto a la ciencia como a la filosofía»<sup>20</sup>. De todos modos, ya aludiré más adelante al tema de la argumentación. Naturalmente, la evidencia de la que hablo, poco tiene que ver con la “evidencia” de Hartmann: no creo en la Axiología, entre otras cosas porque la Axiología es cuestión de fe, y la fe es asunto de cada uno.

Al mantenerse que todo es relativo entramos en el pantano de las “ideologías”. Sin entrar en lo que ideología significaba para Marx, lo cierto es que se entiende usualmente que toda forma de pensar es “ideológica”, es decir, arbitraria. Existe un motivo práctico, inmediato, muy fuerte para postular esta tesis, ya que, como escribe Andrés Ollero «para determinadas personas –equivocadamente– democracia y verdad no riman, no son compatibles. La repercusión social de esta postura lleva al tratamiento a la hora de aportar a la vida pública las propias convicciones; por miedo quizá a perturbar con ellas un diálogo tejido de aparentes silencios. Se cae en la trampa de admitir que formular propuestas no carentes de fundamento llevará en la práctica a un “fundamentalismo” negador de la tolerancia. Se consolida así la pintoresca idea de que en la democracia nada es verdad ni es mentira; incluso sugerir algo que pueda ser verdadero se convertiría en una inmediata amenaza a la democracia»<sup>21</sup>. Siendo así las cosas, y tras la constatación pascaliana, parece que lo prudente es suspender el juicio: se impondría un positivismo moderado, como explica Trigeaud, que nos llevaría al “positivismo” de Oxford o de Torino.

Muchos hablan de la “Verdad”, la “Justicia” y usan palabras similares, y me parece que plantear cuestiones abstractas como éstas no sirve de gran cosa, a no ser que queramos discutir sobre palabras; pero se trataría de una discusión difícil, porque cada discutiendo habría llenado previamente a las palabras con aquello que él desea. Toulmin tiene razón cuando explica que no se puede preguntar: “¿Qué es la Belleza?”, o “¿Qué es la justicia?”. Michel Montaigne, siempre inteligente,

<sup>19</sup> *El tiempo de los derechos*, cit., pág. 65.

<sup>20</sup> *La función de la razón*. Trad. de L. González Pazos. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 97.

<sup>21</sup> *Derechos humanos. Cuatro preguntas para “expertos en humanidad”*, en “El hombre en la sociedad actual”. Colegio Mayor Albayzín. Granada, 1988, págs. 25-26.

escribía a este respecto en su *ensayo De la verdad*: «¿Qué es la verdad?, preguntó Pilato mofándose; y no esperaría respuesta. En verdad que hay deleite en lo frívolo»<sup>22</sup>. En efecto, muchos no sabemos qué es la "Belleza", pero sabemos distinguir entre un Goya y un cuadro barato de anticuario; tampoco sabemos qué es la "justicia", pero cualquier profesor sabe que no puede suspender a un alumno porque esté enemistado con su familia. Como vemos, la Razón supera al racionalismo. En el terreno intelectual (¿qué quiere decir "intelectual"?) sucede lo mismo que en la estrategia militar: el que elige el terreno tiene la batalla ganada en principio. Éste es el problema. ¿Queremos un planteamiento sensato, realista, que es el hacen o intentan hacer cotidianamente los miles de jueces que trabajan en Europa, o queremos un planteamiento racionalista que, de la mano de una "teoría" complique todo innecesariamente y nos lleve a una aporía final? Se trata de evitar lo que denunciaba Bacon en el Aforismo LXXV: «sino que todo lo que les es desconocido o no alcanzado por ellos lo colocan fuera de lo posible y lo declaran, *por la autoridad del arte misma, incognoscible*»<sup>23</sup>. La intensidad es mía, porque la frase es aprovechable.

Qué le voy a hacer: el relativismo fácil no me convence. Si a Norberto Bobbio le robaran su coche, ¿admitiría Bobbio que el juez le denegara la denuncia del robo porque ese juez aludiera a la diversidad de valoraciones sobre la propiedad? Si una persona se hace pasar por guardia civil o policía, ¿es tolerable eso? Hay leyes que prohíben los robos de los coches y, si no me falla la memoria, en el Código penal español se contempla un delito que se llama algo así como "falsificación de trajes, títulos, insignias y condecoraciones". Pero, ¿todo queda reducido a un problema legal? No pienso que la indignación de un ciudadano cuando le roban su coche se explique únicamente por la violación de la ley. Pienso, y siento, y veo claro, que cuando una persona denuncia un robo contra él, una estafa, la violación de su hija o el incumplimiento de un contrato, no está pensando exactamente y solamente en el respeto a las leyes. Este hombre está *indignado* y "pide justicia". No está pensando en una ley que, momentáneamente y por casualidad, le favorece en ese momento a él, aun cuando este supuesto se produzca de vez en cuando. No es éste el curso real de las cosas, a pesar de que el juez contemporáneo, al fundamentar su sentencia, explique que condena al ladrón, al violador o al estafador en virtud de tal artículo de tal o cual ley.

Es decir, la verdad práctica, así, en términos absolutos, existe; y ello a pesar del inmenso campo de lo opinable. Si hiciéramos un recuento de las miles de veces que aparecen las palabras "mentira" y "verdad", "justicia" e "injusticia" en los actos públicos de los políticos que proceden de cátedras filosóficas que dicen profesar

<sup>22</sup> *De la verdad*, en "Ensayos". Trad. de L. Escolar Bareño. Orbis. Barcelona, 1980, pág. 13.

<sup>23</sup> *Aforismos sobre la interpretación de la naturaleza y del reino humano*, Primer libro, incluido en "La Gran Restauración". Trad. de M.A. Granada. Alianza Editorial. Madrid, 1985, pág. 129.

una filosofía relativista, tendríamos que concluir que esos filósofos-políticos llevan una doble vida. Una explicación parcial de este extraño fenómeno nos la proporciona Pascal, en el Pensamiento número 583: «Los enclenques (perdón, pero es Pascal quién habla) son gente que conocen la verdad, pero que no la sostienen sino cuando está en ella su interés, y cuando no, la abandonan»<sup>24</sup>.

Existen verdades en la Filosofía práctica, pero sucede que toda esta filosofía es problematizada tan artificiosamente, mediante procedimientos racionalísticos, que la verdad se hace irreconocible (*teóricamente*) para quién caiga en manos del racionalismo. La Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz está en Jerez de la Frontera; todos los meses viajo varias veces a Sevilla: un viaje de cien kilómetros. Yo también puedo problematizar el viaje: si el coche sufre un pinchazo... Si un manguito está en mal estado y se va la junta de culatas (avería muy cara)... Si un reventón me provoca un accidente... Si es preciso echar gasolina y me he olvidado la cartera... Si otro conductor no respeta las señales de tráfico y arrolla mi coche... Además, en un plano "científico", a lo Russell: dada la relatividad del tiempo y del espacio, no es posible saber objetivamente donde está Sevilla. Conclusión racionalista impecable: bajo ningún concepto se puede (o se debe) hacer el viaje Jerez-Sevilla por carretera.

Las cosas son así y no son así. Quizá los racionalistas han perdido de vista un principio que expresó mi amigo Bellapertica, un jurista del siglo XIII: *Difficultates multiplicare non est solvere*<sup>25</sup>, es decir: multiplicar las dificultades no resuelve nada. La actitud de Kelsen o Bobbio con respecto a la justicia es similar a las de esos funcionarios que parece que Dios los ha puesto en su sitio para que pongan continuamente dificultades a todo y jamás resuelvan nada; de los que se dice, con justicia, que "hay años de servicio que merecen años de presidio".

Además, los que argumentan así suelen proponer unas argumentaciones en las que expresan una disyuntiva exhaustiva: o lo uno o enteramente lo otro, y éste no es el caso normal de la vida humana. MacIntyre nos dice que si dos tradiciones rivales se pueden reconocer mutuamente como contendientes es porque esas tradiciones comparten necesariamente unos rasgos comunes: si se puede discutir con una abortista es porque esa abortista, igual que yo, dice reconocer el derecho a la vida. «Los temas en los que los seguidores de una tradición —escribe este autor— apelan a modelos simplemente inconmensurables... no son ni pueden ser los únicos tipos de temas que se planteen en tal situación»<sup>26</sup>.

Ciertamente, hay casos límite, excepcionales. Esos casos deben quedarse en su lugar, y no se pueden extraer conclusiones generales desde ellos; hay, incluso, quien opina que hacer de la excepción la regla general es una canallada. En un tono más suave, un viejo brocardo anglosajón explica que *hard cases make bad law*.

<sup>24</sup> Traducción de E. González Blanco. Librería Bergua. Madrid, 1933.

<sup>25</sup> *Lectura Institutionum*. Reproducción de Arnaldo Forni de la edición de 1536, comentario número 9 al título "De iustitia et iure".

<sup>26</sup> *Tras la virtud*. Trad. de A. Valcárcel. Crítica. Barcelona, 1987, pág. 337.

La vida real y concreta de los bufetes de los abogados, de las notarias, de los tribunales, se compone de casos más o menos fáciles o difíciles, más o menos sencillos o complicados. Pero suelen ser casos normales, sobre los que cabe una decisión prudente –y opinable– que debe ser respetada. No se puede decir que los jueces estén dictando continuamente sentencias arbitrarias: entonces, los jueces serían los peores enemigos de la sociedad.

### 1.2. Los principios fundamentales y el posible razonamiento práctico.

Al parecer, cuando se habla de los principios fundamentales de la justicia, lo que más salta a la vista es el desacuerdo que existe sobre ellos. Y es que sucede que el problema para reconocerlos es el mismo que el de la máquina de escribir a la que antes hacía referencia: se *muestran*, pero no se demuestran: son inaccesibles desde una “argumentación”. Escribe Bochensky: «Lo mejor será que empecemos con un ejemplo. Un ejemplo tal vez un poco burdo; pero éstos son a veces los que mejor ilustran o evidencian una cuestión. He aquí nuestro ejemplo: Un joven criminal, llamémosle Juan, aconseja a su amigo Luis que, durante la noche, saque del cajón la navaja de afeitarse y corte el cuello a su madre para quitarle luego tranquilamente el dinero... Si suponemos que Luis es un muchacho normal, contestará a su compañero que él no hará jamás eso. Ahora Juan pregunta: “¿Por qué no? La cosa es bien sencilla y sería de provecho” ¿Qué contestaría Luis a eso? Pongámonos en su caso. ¿Qué contestaríamos? Me temo que no hallaríamos respuesta adecuada. Acaso diríamos que eso es un crimen, una vileza, algo ilícito, una mancha, un pecado. Y si nuestro Juan nos preguntara por qué no puede hacerse algo criminal, una mancha, un pecado, etc., nosotros sólo podríamos decir que esas cosas sencillamente no se hacen. Es decir, no le contestaríamos nada. No podríamos darle una demostración lógica de nuestra actitud o de nuestra conducta. La proposición: “No cortarás el cuello a tu madre para quitarle el dinero” no puede ser demostrada: es evidente. Lo más que puede decirse es que es así y que sobre ello no cabe discusión»<sup>27</sup>.

Efectivamente, los principios fundamentales de la praxis humana no son argumentables. El único intento que conozco de “demostrar” argumentativamente el principio *pacta sunt servanda* fue el que hizo Friedrich Bassenger, en su ensayo *Das Versprechen*, aparecido en el período de entreguerras. Una persona tan poco sospechosa de veleidades ontológicas, como es Karl Larenz, califica a este ensayo de Bassenger como de intento fracasado de raíz, porque este principio –así se expresa Larenz en su pequeño tratado sobre el *Richtiges Recht*– es “normativo” por sí mismo. Parece que Larenz concuerda con Pascal cuando éste escribe, en el Pensamiento número 282: «Conocemos la verdad no sólo por la razón, sino en

<sup>27</sup> *Introducción al pensamiento filosófico*. Trad. de D. Ruiz. Herder. Barcelona, 1985, págs. 66-69.

mayor medida, por el corazón. Y por este último modo es por el que conocemos los primeros principios, y es vano que el razonamiento intente combatirlos».

Toulmin recurre al ejemplo del daltonismo para explicar este tema: un daltónico no reconoce los colores, y es inútil intentar explicarle nada sobre ellos<sup>28</sup>. Existe una conquista de la Universidad europea que conviene recordar: me refiero a la distinción entre intelecto y razón. Sobre este tema J. Cruz ha dejado bastante escrito. La “razón” es una facultad calculadora que poseemos los hombres; a veces se estropea, como sucede con los dementes. El *intellectus* o Inteligencia, que es una vertiente de la “razón” genérica del hombre, es esa dimensión racional que nos hace posible percibir la Belleza, la Verdad, la Bondad. Ambas dimensiones de la racionalidad del hombre pueden ir disociadas: un ejemplo muy claro fue el de los nazis: gracias a su razón –que funcionaba perfectamente– construyeron magníficas máquinas de guerra, al mismo tiempo que habían perdido buena parte de su sensibilidad o Inteligencia. Claro, quien sólo atiende a la “razón” y pierda de vista la Inteligencia, hará magníficos *constructos* lógicos, como hace Rawls, que tienen muy poco de humanos. Parece que Wittgenstein veía esto con claridad cuando escribía en su *Tractatus*, parágrafo 6.522: «Lo inexpresable, ciertamente, existe. Se muestra, es lo místico»<sup>29</sup>. Pedro Serna, de la mano de Wittgenstein, nos lleva algo más allá en este tema y explica que «El relativismo de los valores sólo se puede afirmar desde la reducción de la capacidad humana de conocer al plano de lo empírico-fenomenológico y tal reducción sólo puede declararse desde más allá de los confines del universo de discurso que se intenta delimitar con ella, saliendo del mundo, sobrepasando el límite»<sup>30</sup>. Podría apuntar, en un primer momento, que el racionalista que niega la verdad (se trate de la verdad teórica o práctica) se arroga una capacidad “racional” que está lejos de poseer: al hacer esto se sitúa, tal como indica Wittgenstein, más allá de la Realidad, y su actitud –son también palabras de Wittgenstein– es la propia de un “pasado de rosca”.

Efectivamente, si superamos la simple razón calculadora, no hay reparos en reconocer que, por ejemplo, los derechos de la persona son muchos *realmente* a pesar de lo que indican Bobbio o Nino: basta con recorrer, uno por uno, todos los artículos del Código penal. De hecho, con muy pocas modificaciones, el Código penal español, francés o italiano serviría para cualquier país islámico: también allí están prohibidos los robos, falsificaciones de testamentos, estafas, etcétera. Quizá sea éste el motivo por el que en algunas naciones iberoamericanas se estudian tratados españoles de Derecho penal; y cualquier jurista español está familiarizado con el *Ennecerus-Kipp-Wolff* y otros tratados de Derecho civil alemán. Es una

<sup>28</sup> *El puesto de la razón en la ética*. Trad. de I.F. Ariza. Alianza Editorial, Madrid, 1979, pág. 31.

<sup>29</sup> Sigo la traducción de J. Muñoz e I. Reguera. Alianza Editorial, Madrid, 1987.

<sup>30</sup> *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. EUNSA, Pamplona, 1990, pág. 103.

manifestación de lo que Giorgio Del Vecchio llamaba –repetiendo una frase antigua– la “*insignis humani generis similitudo*”.

Sin embargo, una sociedad agresivamente secularizada no admite, por principio, la evidencia de que robar no es lícito, o de que hay que estar a lo establecido. Esto conlleva unas desagradables implicaciones teológicas, que es preciso evitar. No las evitaba Max Horkheimer –a pesar de reconocerse ateo– cuando explicaba que «Todo intento por fundamentar la moral en una perspectiva terrena, en lugar de hacerlo desde el más allá –ni siquiera Kant resistió esa tentación–, se basa en ilusiones armónicas. Todo lo que tiene relación con la moral se basa, en definitiva, en la teología»<sup>31</sup>. Y es que el hombre, cuando se plantea que debe respetar a otro hombre –a su persona o a lo que le debe– ha de reconocer que el fundamento último de la obligación o deber reside en que el hombre –el otro– es más que un animal, por muy racional que sea ese animal. La facultad calculadora no crea exigencias especiales en el orden moral, como no las crea un ordenador, frecuentemente más calculador que un hombre corriente. La admisión de la Inteligencia o *intellectus* implica el reconocimiento de una trascendencia. Hegel explicaba la dignidad singular del hombre, en su *Introducción a la historia de la filosofía*, escribiendo que «El espíritu divino... está presente en el espíritu del hombre, en el espíritu de aquellos que pertenecen a su comunión; y entonces el espíritu individual percibe al espíritu divino, esto es, percibe la esencia de su espíritu, su esencia, lo sustancial de sí»<sup>32</sup>. Carlos Ignacio Massini, con una terminología menos abstrusa, indica que «esos autores evitan cuidadosamente toda remisión a un fundamento moralmente absoluto –que, como veremos, significa necesariamente objetivo– en razón del temor, por otra parte bien fundado, de que esa remisión pueda forzarlos a la posición o aceptación del ser trascendente y, en última instancia, del Ser absoluto»<sup>33</sup>. Y Gilson, que siempre ha sido una persona especialmente respetada por su sentido común, puntualiza que «Tomás de Aquino dijo cosas tan llanamente verdaderas que, desde su época hasta hoy, muy pocos han sido capaces de olvidarse de sí mismos lo suficiente para aceptarlas. Hay un problema ético en la raíz de nuestras dificultades filosóficas: los hombres somos muy aficionados a buscar la verdad, pero muy reacios a aceptarla. No nos gusta que la evidencia racional nos acorrale, e incluso cuando la verdad está ahí, en su impersonal e imperiosa objetividad, sigue en pie nuestra mayor dificultad: para mí, el sometimiento a ella a pesar de no ser exclusivamente mía; para usted, el acatarla aunque no sea exclusivamente suya. En resumen, hallar la verdad no es difícil; lo difícil es

<sup>31</sup> *La añoranza de lo absolutamente otro*. Trad. de A. López Fernández, en “A la búsqueda del sentido”. Sígueme. Salamanca, 1989, pág. 106.

<sup>32</sup> *Introducción a la historia de la filosofía*. Trad. de E. Terron. Sarpe. Madrid, 1983, pág. 109.

<sup>33</sup> *Derechos humanos “débiles” y derechos humanos “absolutos”*, en “O Direito” 123 (1991) pág. 33. Sobre la naturaleza participada de la razón humana en la Inteligencia divina son especialmente interesantes las consideraciones de Javier Hervada en *Escritos de derecho natural*. EUNSA. Pamplona, págs. 406-414.

no huir de la verdad una vez que se la ha hallado»<sup>34</sup>. Una vez más, es Francis Bacon quien da en el clavo, cuando explica que «con el fin de que el entendimiento sea liberado y purgado totalmente de ellos [de los errores racionalistas], de forma que al reino del hombre (que se funda en las ciencias) no se acceda prácticamente sino por la misma vía que lleva al reino de los cielos, donde no es posible entrar si no nos hemos vuelto previamente como niños». Esta idea que expone Bacon en el *Primer libro de los Aforismos*, en el aforismo LXXVIII, parece que se refiere a lo que viene expuesto en Marcos 10, 15: «En verdad os digo, quien no reciba el reino de Dios como un niño, no entrará en él».

La objetividad no se reduce a algunos principios fundamentales que reconocemos como evidentes, o que nos los proporciona la experiencia, o que los deducimos desde los instintos más fuertes del hombre. También es posible razonar con objetividad en cuestiones contingentes, que cambian; un prejuicio que enturbia innecesariamente la teoría ética es confundir objetividad con inmutabilidad; pero éste es un tema al que aludiré más adelante. Efectivamente, podemos razonar y argumentar, a la vista de los principios y de las consecuencias previsibles de los actos: es ese “ir y venir de la mirada” desde los principios a las consecuencias, frase que se puso de moda en los años 60. Así llegaremos a opiniones fundamentadas, prudentes, objetivas; y no por ello dejan de ser opiniones, *opiniones probables*, como solían escribir algunos juristas medievales. En el campo de la decisión no estamos en el terreno del *logos apofantikós*, de lo apodíctico, como subraya Jesús Ballesteros, sino en el terreno de la opinión. Y una opinión prudente debe ser respetada.

Lo que no puede suceder es lo que denuncia Fried: «Al pedir un nivel imposible de objetividad o neutralidad, la solidez de que uno sea capaz queda devaluada o no es tomada en cuenta»<sup>35</sup>. A veces nos encontramos con dilemas trágicos –“trágico” en el sentido griego en la vida, pero la existencia de lo dilemático (el dilema es una figura retórica que consiste en proponer una pregunta en la que cualquier respuesta es inadecuada) no arroja dudas de que decir, bajo estas circunstancias, que “X es bueno para Pedro y su familia” es una afirmación razonable. Buscamos las afirmaciones razonables, vinculantes, que nos proporciona el ejercicio de la Prudencia. Porque la Ética no es la “ciencia” (exacta) de lo Bueno y de lo Malo: esto queda para algunos cuentos infantiles y para los puritanos; éstos últimos hablaron mucho del Bien y del Mal absolutos, quizá porque no sabían argumentar moralmente, y este modo de hablar penetra en el siglo XIX incluso en los ambientes no puritanos, como eran los de tradición católica. En cambio, los que atendemos a Aristóteles y sus discípulos, insistimos, con Fernando Inciarte, en que la elección rara vez se presenta como una alternativa entre lo absolutamen-

<sup>34</sup> *La unidad de la experiencia filosófica*. Trad. de C. A. Balañas. Rialp. Madrid, 1960, pág. 83.

<sup>35</sup> *¿Es posible la libertad?*, en “Libertad, igualdad y derecho”. Trad. de G. Valverde. Ariel, Barcelona, 1988, pág. 109.

te bueno y lo radicalmente malo: normalmente la elección suele recaer sobre lo que simplemente es mejor o peor.

Cuando salimos del campo de estas cuestiones últimas, las cosas suelen estar más claras. Del hecho de que el hombre sea indeterminable en temas últimos no se sigue que las personas sean completamente indeterminables así, en general: nadie puede forzarme a creer en la Iglesia Católica, pero la comunidad debe obligarme a que pague mis deudas.

Quizá sucede que estamos todavía bajo la vieja doctrina del argumento *in propria forma*, que Leibniz contribuyó especialmente a popularizar, esto es, de la argumentación analítica<sup>36</sup>, que durante algún tiempo ha parecido la única "exacta". Hoy sabemos que esta argumentación es esencialmente tautológica, y quizá, como indica Trigeaud, quien tenía razón era Protágoras. Parece necesario abandonar la placidez eleática, si es que queremos dar razón de lo que hacemos.

<sup>36</sup> El argumento *in propria forma* es aquel que sigue estrictamente las leyes de la lógica formal, que procede mediante una Premisa mayor, una Premisa menor, y una conclusión.

## 2. LOS SUJETOS AISLADOS.

Quizá este rótulo, el de los "sujetos aislados", pueda desconcertar a alguien. Pero con él entramos en lo que me parece que es la raíz del malentendido fundamental: desde que Fernando Vázquez de Menchaca, en 1559, y más tarde, Hobbes y Grocio, partieron desde los individuos considerados aisladamente para edificar sus propuestas ético-políticas, ya no hemos abandonado estos carriles. Hubo, ciertamente, una reacción romántica (además de la socialista) a finales del siglo XVIII y, especialmente, durante el siglo XIX. Pero hoy, perdida aquella esperanza, hemos vuelto a desconocer la persona en nombre del individuo, y nos hemos llenado de "estados de naturaleza", "situaciones ideales de habla" o "posiciones originales": expresiones más o menos sinónimas que únicamente indican que seguimos el racionalismo que cobró su forma canónica en Hobbes.

De forma muy expresiva acerca de lo que indico, Larenz escribe en una obra reciente, su ensayo sobre el *Derecho justo*, que «algunos asuntos fundamentales adquieren una mayor claridad si uno se imagina una situación extrema. Supongamos dos o más personas que hasta el momento no se han visto nunca y que nunca han tenido ningún lazo de unión, que tras un naufragio se encuentran en una isla lejana, donde tienen que instalarse para permanecer largo tiempo. Hay entonces dos posibilidades de configurar las relaciones recíprocas de estas personas. La primera es que el más fuerte trate de someter a su voluntad a los demás, o a los más débiles... La segunda es que todos decidan regular sus relaciones sobre la base de la equiparación y del respeto recíproco del otro. En este caso, si cada uno respeta al otro como igual suyo, tiene que concederle lo que él reclama para sí mismo, a saber: decidir sobre sí. En este segundo caso, los individuos establecen sus relaciones sobre la base del Derecho»<sup>37</sup>. En fin, Larenz vuelve sobre un viejo tema: la autonomía o independencia como único fundamento posible del Dere-

<sup>37</sup> *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. de J.L. Díez-Picazo. Civitas, Madrid, 1985, pág. 55.

cho, considerando exclusivamente individuos aislados. Parece que Larenz sentía un cierto sonrojo para echar mano del "estado de naturaleza" y en su lugar se le ocurrió la figura de los naufragos y de la isla desierta. Un alarde de ingenio.

Vaya por delante que esta mentalidad ha tenido unos resultados positivos innegables. En este sentido, Erich Fromm explica que «Toda valoración crítica del efecto del sistema industrial sobre este tipo de libertad íntima debe comenzar por la comprensión plena del enorme progreso que el capitalismo ha aportado al desarrollo de la personalidad humana. Por supuesto, todo juicio crítico acerca de la libertad moderna que descuide este aspecto del conjunto, dará con ello pruebas de estar arraigado en un romanticismo irracional y podrá hacerse justamente sospechoso de criticar al capitalismo, no ya en beneficio del progreso, sino en favor de la destrucción de las conquistas más significativas alcanzadas por el hombre en la historia moderna»<sup>38</sup>.

Es de bien nacidos ser agradecidos, y a cada cual lo suyo. Pero este "suyo" es más complejo, porque comparto las reservas que Fromm expresa en otros momentos cuando hace balance de lo que el liberalismo ha aportado a la humanidad del hombre. Desde luego, el liberalismo, unido inseparablemente al capitalismo, acabó con la desigualdad jurídica y política del Antiguo Régimen. En este proceso fue fundamental la figura del "estado de naturaleza" que, por considerar a los hombres aislados, al margen de todo vínculo jurídico, reforzó la consideración de la igualdad jurídica y política de las personas. Pero esta consideración exclusiva del individuo aislado plantea serios problemas. Veamos.

## 2.1. La faceta negativa.

Jean-Marc Trigeaud nos indica que «Es en el estado de naturaleza como hipótesis metodológica cuando se verifica la imposibilidad de percibir común y adecuadamente lo justo»<sup>39</sup>. Y Schwarz-Liebermann nos indica expresamente que es imposible considerar al hombre como ser aislado y como ser social<sup>40</sup>. Esta unidad vital del hombre que hace imposible esta doble consideración de la persona, nos lleva a pensar, como hace Schwarz-Liebermann, que ninguna de estas dos vertientes del ser humano (la social y la individual) puede ser erigida en valor autónomo. La intimidad de la persona es una vertiente o dimensión suya, del mismo modo que su sociabilidad; y ambas se incluyen bajo el concepto moral de persona.

Intenté mostrar en un breve estudio, que titulé *El espíritu de la Modernidad*, que la idea geométrica-espacial que está en la base de la ideología que lleva a partir desde los individuos aislados es suponer una "materia" (¿?) amorfa, sobre la que

<sup>38</sup> *El miedo a la libertad*. Trad. de G. Germani. Paidós. Barcelona, 1987, págs. 115-116.

<sup>39</sup> *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*. Biere. Bordeaux, 1990, pág. 46.

<sup>40</sup> *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant. Essai de philosophie empirique du droit*. Mouton. Paris-La Haye, 1971, pág. 143.

se proyectaría una Inteligencia activa y omnipotente. Estos individuos, faltos de puntos de referencia en la "realidad", (que se *postula* como "materia") no contarían más que con sus voluntades. Como la ética dominante en los siglos XVII y XVIII era preferentemente pesimista, la Modernidad partió desde el "amor de sí", la *Philautia* latina, llamada *Selbstliebe* cuando la Filosofía se escribió fundamentalmente en lengua alemana. Tenemos, pues, en la Modernidad y ahora, a un conjunto de individuos egoístas que luchan por unos bienes escasos.

En una primera aproximación al tema diría –y creo que ésta es la intuición de Trigeaud– que allí donde sólo se contemplan individuos aislados, ése es el campo de la fuerza: es inevitable que los más fuertes impongan sus intereses, su modo de ver las cosas, sea por la violencia física, sea por la violencia de los votos. Un individuo independiente sólo puede ver a otro individuo, igualmente independiente, como una amenaza potencial contra él, contra su libertad. «No habrá sido superfluo –escribe Pieper– este repaso trivial de verdades consabidas, si en algo es útil para poner de relieve lo que se esconde en el concepto y en la realidad de eso que se denomina 'liquidación'. Por la palabra liquidación no entendemos tan sólo la acción de castigar, ni tampoco la de combatir o vencer o aun la de ejecutar. Liquidar es acabar con el otro por la sola razón de ser otro. Grave falta de realismo sería no advertir que el impulso de 'liquidar al que no sea como nosotros' va corrompiendo paulatinamente al pensamiento humano o constituyendo cuando menos para él una amenaza y una fuerte tentación»<sup>41</sup>. ¿No reconocen muchos lectores, en estas líneas, a la sociedad actual, esta sociedad en la que se habla continuamente de derechos humanos? La dinámica del *Selbstliebe*, una vez desatada y fomentada por la mentalidad de los "derechos", no puede ser contenida por esos mismos "derechos" que la han provocado. Es esta dinámica la que lleva a Cotta a explicar que «La primacía de la conciencia (de la conciencia individual en sentido estricto) no es ciertamente repudiada, incluso es exaltada al máximo en este resultado extremo de la llamada 'filosofía de la subjetividad'. Pero tal exaltación máxima (soberanía absoluta de la conciencia) no puede ser obtenida más que en detrimento de su universalidad cognoscitiva y normativa e incluso en detrimento de la comunicación, puesto que si la decisión totalizante es la del sujeto en su singularidad existencial... ésta se desarrolla bajo el signo de la clausura, cuando no de la dominación y de la codicia»<sup>42</sup>. Una opinión penetrante y breve es la de Passerin d'Entrèves: «La existencia 'de hecho' de la soberanía puede ofrecer un adecuado punto de apoyo al jurista sólo en cuanto éste acepte la ecuación de fuerza y derecho como una proposición última»<sup>43</sup>. Efectivamente, Cotta añade que si se afirma incondicionalmente a este individuo aislado en el que la razón tiende a diluirse en su voluntad, «finalmente, conocer y juzgar significan en la decisión puramente individual, existencialmente totalizante: soy yo, en mi concreta exis-

<sup>41</sup> *La justicia*, cit., págs. 39-40.

<sup>42</sup> *Itinerarios*., cit., pág. 63.

<sup>43</sup> *Derecho natural*. Trad. de M. Hurtado. Aguilar. Madrid, 1972, pág. 152.



tencialidad, el que doy significado al mundo, incluso el que hago que el mundo exista»<sup>44</sup>.

Mucho se podría decir sobre este tema. Creo que en el parágrafo 5 de las *Grundlinien* de Hegel está expuesto el núcleo del problema: «La voluntad contiene el elemento de la pura indeterminación o de la pura reflexión del yo en sí mismo, en el cual es disuelta toda limitación, todo contenido determinado y dado, inmediatamente presente, tenga como origen la naturaleza, las necesidades, los deseos, los instintos (añado yo: Tomás de Aquino explicaba que «el orden de las normas de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales»<sup>45</sup>), o cualquier otra instancia... Aquellos que consideran al pensamiento como una facultad singular y particular, separada de la voluntad –a su vez también facultad singular– y sostienen además que el pensar es desventajoso para la voluntad... muestran con ello, desde un principio, que desconocen totalmente la naturaleza de la voluntad... Cuando la voluntad se determina de acuerdo con este aspecto de ella que se acaba de determinar –esta posibilidad absoluta de abstraerme de toda determinación en la que me encuentre o que yo haya puesto en mí, la huida ante todo contenido como una limitación–, o cuando la representación lo toma por sí como la libertad, se está entonces ante la libertad negativa o libertad del entendimiento.

Es la libertad del vacío. Elevada a una figura real y transformada en pasión, se manifiesta, mientras aún se mantiene en su forma meramente teórica, en el fanatismo religioso de la pura contemplación hindú; vuelta hacia la realidad, se manifiesta en el fanatismo que, tanto en lo religioso como en lo político, se traduce en la destrucción de todo orden social existente y en la expulsión de todo individuo sospechoso de pretender un orden... Sólo destruyendo algo tiene esta voluntad negativa el sentimiento de su existencia»<sup>46</sup>.

Me parece que en esta cita de Hegel aparecen todos los temas con los que tiene que enfrentarse hoy la Ciencia jurídica: la denuncia de la “voluntad” como simple indeterminación, con el consiguiente apartamiento de las fuentes de la moralidad: necesidades, deseos, instintos. El “peligro del pensamiento” que hace que toda persona que fundamente realmente alguna pretensión aparezca como un enemigo de la tolerancia; porque se opone a esa simple vaciedad o exclusión que parecen hoy lo constitutivo de lo humano; y, finalmente, ese afán de liquidación que mencionaban Pieper y Cotta.

«La tesis de este libro –escribe Fromm en *El miedo a la libertad*– es la de que el hombre moderno, liberado de los lazos de la sociedad preindividualista... no ha generado la libertad en el sentido positivo de la realización de su ser individual, esto es, la extensión de su potencialidad intelectual, emotiva y sensitiva. Aun cuan-

<sup>44</sup> *Itinerarios...*, cit., pág. 62.

<sup>45</sup> «Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae». Cfr. *Suma teológica*. B.A.C., Madrid, 1947-60, I-II, q.94, art.2, resp.

<sup>46</sup> *Principios de la Filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*. Trad. de J.L. Verma. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1975, págs. 40-41.

do la libertad le ha proporcionado independencia y racionalidad, lo ha aislado y, por lo tanto, lo ha tornado ansioso e impotente»<sup>47</sup>. De esto se trata precisamente: de añadir a la simple libertad negativa la dimensión necesariamente positiva de la misma libertad.

Por decirlo con Trigeaud<sup>48</sup>, los modernos sustituyeron al Derecho (*ius*) por la Persona, la *juristische Person* de Kant. Y es que hemos caído en un dilema: «Nuestra libertad –escribe Merleau-Ponty– se dice, o bien es total, o bien nula. Este dilema es del pensamiento objetivo y del análisis reflexivo, su cómplice»<sup>49</sup>.

## 2.2. Unas consideraciones más generales.

Escribe Max Weber cuando trata del problema del irracionalismo en las ciencias sociales que identificar determinación y legalidad, por un lado, y acción “libre”, esto es, no conforme al género, es un error que se atisba, aun hoy en el modo bajo el que el problema de la libertad aparece en las discusiones metodológicas de las ciencias especializadas; en ellas se encuentra, de forma explícita o implícita, la afirmación del carácter “incalculable” de la acción individual –que sería consecuencia de la libertad– como dignidad específica del hombre y por ello de la historia, contraponiendo el significado “creativo” de la personalidad del agente a la causalidad mecánica del devenir causal<sup>50</sup>. Efectivamente, la acción individual, ni tiene un carácter “incalculable”, ni es el fundamento de la dignidad del hombre.

Este tema es todo él un correlato del individuo aislado e independiente del *status naturae*, que llega hasta hoy, y que lo reconocemos en Heidegger y en Sartre, como explica Trigeaud en *Humanisme*: «Él no se conforma [se refiere a Heidegger] con observar que la persona se traduce en una acción cualquiera que la pone en presencia de otro si no se hace aparecer la común participación ontológica que explica la experiencia de una relación tal... Esto nos lleva a rechazar la noción de tipo sartriano en la que dos existentes confrontan su libertad vacía y contemplan el campo infinito de lo posible»<sup>51</sup>. Para aclarar algo esta “común participación ontológica” a que alude Trigeaud, Spaemann escribe que «Me parece que la distinción reside en lo siguiente: los seres no humanos no son capaces de hacerse cargo como algo propio de aquellas relaciones de finalidad en las cuales están externamente involucrados. Estos seres permanecen inevitablemente en el centro de su propio ser y refieren todo lo demás a ese centro, a sí mismos, o, en todo caso, a

<sup>47</sup> Edición citada, pág. 23.

<sup>48</sup> *De l'universalité de la justice en Europe*, en “Philosophie juridique européenne”. Biere. Bordeaux, 1990, pág. 366.

<sup>49</sup> *Fenomenología de la percepción*. Trad. de J. Cabanes. Planeta-Agostini. Barcelona, 1984, pág. 461.

<sup>50</sup> Cfr. *El problema del irracionalismo en las ciencias sociales*. Trad. de J.M. García Blanco. Tecnos. Madrid, 1985, pág. 56.

<sup>51</sup> Edición citada, pág. 114.

su especie. Pero también los demás hacen lo mismo: todos son reducidos por los demás a elementos para la afirmación del propio ser. Anaximandro expresó esto diciendo que las cosas pagan con su mutua aniquilación la penitencia por su injusticia. Y Hegel formuló a su vez este argumento diciendo que los seres no humanos hacen honor a la verdad de la nada de lo finito por medio de su muerte. El hombre es aquel ser que puede desconsiderarse a sí mismo y relativizarse. Puede –como se expresa en el lenguaje cristiano– ‘morir a sí mismo’. Dicho de otra manera: puede presentar sus propios intereses en un discurso de justificación cuyo resultado esté abierto, porque puede en principio reconocer como igualmente dignos de consideración los intereses de todos los demás... El hombre no remite necesariamente todo el entorno a sí mismo; puede caer en la cuenta de que él mismo es también entorno para otros»<sup>52</sup>.

Efectivamente, el ser humano puede situarse en una “posición excéntrica” (expresión de Helmut Plessner que usa Spaemann) y llegar a comprender que su libertad es algo radicalmente distinto de la simple capacidad de exclusión de los demás. Puede llegar a comprender que la libertad es, ante todo, *positiva* o anti-negativa, esto es, que es pasión por la Belleza, *Philocalia*, (las cosas bellas) o por el Bien (las cosas buenas). Lo bello y lo bueno implican creación y cooperación, y por este motivo escribe Fromm que «el problema central de la psicología es el que se refiere al tipo específico de conexión del individuo con el mundo... No acontece como si tuviéramos por un lado al individuo dotado por la naturaleza de ciertos impulsos, y por otro a la sociedad que, como algo separado de él, satisface o frustra aquellas tendencias innatas»<sup>53</sup>. Compárese esto con los “derechos contra el gobierno” de que habla Dworkin (expresión en la que late la idea de los “derechos” del individuo frente a cualquier forma de comunidad), y veremos que el problema es ante todo antropológico. Es preciso reiterar que el individuo no constituye ni es la persona; el individuo, si acaso, es, como explica Mounier en *Revolución*, «el pánico que me acomete al mero pensamiento de desligarme de él, la fortaleza de seguridad y de egoísmo que construye alrededor para garantizar la seguridad y defenderlo contra las sorpresas del amor»<sup>54</sup>.

Al escribir esto no creo estar sentando una tesis más o menos bienintencionada. Sucede, simplemente, que una cosa es el individuo aislado, que no existe, y otra muy distinta es el hombre *concreto*. Intuyo que hemos caído en una trampa típicamente alemana; o individuos aislados, con sus “derechos” frente a todos, o totalitarismos que sólo contemplan al hombre como una parte de la Totalidad. Ni lo uno ni lo otro, ni, mucho menos, una vía media: al plantear así el problema se establece una relación que los juristas antiguos llamaban *de toto quo ad totum et de parte quo ad partem*, y que ellos mismos despreciaban por ser excesivamente superficial.

<sup>52</sup> *Lo natural y lo racional*. Trad. de D. Innerarity y J. Olmo. Rialp. Madrid, 1989, págs. 104-105.

<sup>53</sup> *El miedo a la libertad*, cit., pág. 33.

<sup>54</sup> Edición citada, pág. 65.

Creo que a finales del siglo XX estamos en condiciones de superar estos planteamientos.

El individuo aislado no es más que voluntad pura, la *reine Wille* del siglo XVIII, esto es, fuerza. Schlosser, harto ya a finales del siglo XVIII de los tratados que dejaban reducido el Derecho a simple fuerza –el pacto–, escribía que si consideramos únicamente a individuos aislados no es posible ninguna relación jurídica: «si éste es el caso, entonces no se puede hablar de Derecho»<sup>55</sup>. El problema radical reside en que el sujeto aislado (dicho eufemísticamente: “independiente” o “autónomo”) no existe, de lo que se sigue que tal individuo no posee derechos, ni obligaciones, como no los posee ningún fantasma creado por la imaginación del hombre. No se va a ninguna parte –explica Spaemann– con una Antropología que se entienda a sí misma como pura fenomenología de una subjetividad sin esencia y que rechace toda objetivación por la “mirada del otro” como irrelevante o destructiva<sup>56</sup>.

No pretendo mostrar los “límites” de la indeterminación. Trato de aludir a aquellos bienes, es decir, a aquellas situaciones, circunstancias o instintos que, por adecuarse al hombre concreto, son racionales, y que implican, por ello, una posibilidad (jurídica) de hacer, una “competencia para...”.

Es difícil hablar hoy de “situaciones”, “instintos”, etc., que son cosas, porque algunas personas tienen una visión negativa de la “naturaleza de las cosas” o de la realidad, ya que siguiendo las huellas que representan, por ejemplo, Stammler o Radbruch, ven en la realidad solamente un tope o condicionante, un límite a la propia libertad; y nada más equivocado. Gracias a “las cosas”, a la realidad, yo puedo exigir a un alumno, como profesor que soy, que estudie (lo que es un bien para todos: será un profesional competente), y el alumno puede exigirme a mí competencia, entre otras cosas. Pero si partimos desde los derechos de alumnos y profesores, tal como se ven en los estatutos de tantas Universidades, nada de esto es posible. Los “derechos”, tal como los presentan Hoerster o Nino –que ejemplifican la mentalidad contemporánea–, son sólo un “poder” físico, un *können*, y, por el contrario, es preciso rehabilitar el verbo *dürfen*<sup>57</sup>, que hace que, gracias al hecho de que una serie de personas sean mis alumnos, ellos puedan exigirme a mí (y no simplemente “imponerme” por la fuerza) claridad y competencia, entre otras cosas.

Concebir a la libertad (el derecho) como un coto del arbitrio o del poder

<sup>55</sup> «ist aber das der Fall, so hört der Begriff des Rechts anwendbar zu sein». Cfr. *Ueber Herrn Garves Abhandlung der Frage: In wie fern es möglich sei, die Moral des Privatlebens bei der Regierung der Staaten zu beobachten?*, en “Neues Deutsches Museum”, 5. Stück, Mai, 1770, pág. 466.

<sup>56</sup> Cfr. *Lo natural y lo racional*, cit., pág. 28.

<sup>57</sup> En la lengua alemana *können* significa “poder” realmente, físicamente. En cambio, *dürfen* hay que traducirlo como un “poder” moral o jurídico. De este modo, mientras que *können* puede ser traducido como “yo soy capaz de...”, *dürfen* debe serlo como “a mí me es lícito...”.

subjetivo hizo que la Ilustración resolviera el tema de la justicia con la doctrina de las "esferas de libertad" de cada individuo. Esto —una figura geométrica— tiene importancia allí donde efectivamente entren en juego problemas de distancias, como sucede en las casas de pisos, por ejemplo: ruidos del vecino de arriba, de el de al lado, etc; pero nada más. La fantasía de las "esferas de libertad" (que hace posible frases tales como "mi libertad termina donde comienza la libertad del otro") confunde el mundo jurídico y ético con imaginaciones geométricas. Mounier, que se apercebía a su modo del problema, indicaba que «explicar lo complejo por lo simple es casi siempre explicar de acuerdo con la imaginación, mecánicamente, por piezas fabricadas y separadas»<sup>58</sup>.

Superados los sueños geométricos vertidos en la Ética, que sólo llevan a que cada cual excluya a los demás de su campo de acción —una consecuencia directa de la ubicuidad<sup>59</sup> de los cuerpos— afirmo, con Merleau-Ponty, que «es seguro que nunca podemos reservar en nosotros mismos un reducto en el que no penetre el ser, sin que de inmediato, por el solo hecho de ser vivida, esta libertad tome figura de ser y se convierta en motivo y apoyo»<sup>60</sup>. Merleau-Ponty habla de "apoyo": fundamentos o apoyos para mí, para ti, para todos. Superadas estas imaginaciones geométricas, digo, el nomos de la naturaleza deja de ser —según la manera de ver de Caliclés, que se renueva en la Modernidad— una variante del *selfisch system*, como explica Spaemann. Frente a esto, Sócrates pone de manifiesto que hay bienes comunes, que no son el resultado de un compromiso mientras las fuerzas se mantienen en la balanza, sino que responden a intereses específicos de los seres humanos porque tales bienes son naturales o racionales.

Aunque los términos "razón" y "naturaleza" no sean idénticos, sí es cierto que corresponde al hombre descubrir la verdad de lo natural; porque, en un primer momento, en el plano puramente empírico lo "natural" es antagonístico con cualquier otra realidad natural, y esto lleva al enfrentamiento de todos con todos que impuso la Modernidad. Pero la verdad sobre lo natural es común, como indica Spaemann, y cuando un hombre se interesa, como racional, por esa verdad natural, supera el antagonismo inmediato<sup>61</sup>. Por este motivo, yo exijo normas o criterios que respondan a la *naturaleza* de lo que se trata de hacer, que respondan a la *naturaleza común* del asunto o situación que nos "vincula", no las que me imponga

<sup>58</sup> *Revolución...*, cit., pág. 58.

<sup>59</sup> La "ubicuidad" ha tenido una enorme importancia en el pensamiento ilustrado y moderno. Este término proviene de "ubi", que en lengua latina significa "donde". Con *ubicuidad* se ha indicado siempre que allí donde existe un cuerpo físico no puede ser colocado otro en su mismo sitio o "ubi". Ubicuidad física es, por tanto, sinónimo de *exclusión*: todo cuerpo excluye de su "ubi" a los demás cuerpos físicos. Llevado al campo de la filosofía humana, ubicuidad quiere decir que todo hombre desplaza a los demás hombres de su campo de acción. Lo propio del hombre, su primera exigencia, sería —según los modernos— desplazar o excluir a los demás individuos.

<sup>60</sup> *Fenomenología...*, cit., pág. 461.

<sup>61</sup> *Lo natural y lo racional*, cit., pág. 141.

(cuestión de fuerza) un político o una mayoría. Es decir, quiero un "yo" que no nazca del desvaimiento de mi persona, sino de mi realización. Y difícilmente podrá el individuo realizarse como "persona" cuando las normas de que dispone están creadas según el equilibrio de las fuerzas: una concepción así del derecho resulta ser puramente represiva, y más que servir a la persona la limita inhumanamente; representa esa regulación *extrínseca* al hombre de que habla a veces d'Agostino.

Vivo en una sociedad que no me gusta, pero afirmo, con Schwarzbach, que la primera exigencia del amor es respetar las reglas del juego. Así lo entendía Aristóteles, según la magistral interpretación de su pensamiento que nos proporciona Ritter, según la cual hay que partir desde los usos y costumbres ya existentes para poder distinguir lo justo de lo injusto<sup>62</sup>. Si superamos la visión vulgar de Hegel, según la cual este autor habría consagrado el orden social existente de hecho como el único posible, una vez más es este filósofo quien expresa la médula del problema, en el agregado del párrafo 15 de las *Grundlinien*: «Puesto que tengo la posibilidad de determinarme de tal manera o de tal otra, puesto que puedo elegir, tengo arbitrio, lo que comúnmente se llama libertad... La elección se basa, por consiguiente, en la indeterminación del yo y en la determinación por un contenido. La voluntad no es, pues, libre, a causa de ese contenido... Ninguno de los contenidos le corresponde, en ninguna se tiene verdaderamente a sí misma. En el arbitrio el contenido no está determinado por la naturaleza de mi libertad, sino por la *contingencia*. Dependo, por lo tanto, de ese contenido, y ésta es la contradicción que reside en el arbitrio. El hombre común se cree libre cuando se le permite actuar arbitrariamente, *pero en el arbitrio radica precisamente su falta de libertad*. Cuando quiero lo racional no actúo como individuo particular, sino según el concepto de lo ético; en una acción ética no me hago valer yo mismo, sino la cosa. Cuando el hombre hace algún mal, deja parecer en general su particularidad; lo racional, en cambio, es la ruta por la que todos transitan y nadie se distingue»<sup>63</sup>. "Hacer valer la cosa", como expresa Hegel: de eso se trata si queremos superar la arbitrariedad que es hecha posible por el poder o capacidad de cada cual o de cada grupo.

Soy consciente de que he escrito unas páginas muy abstractas; que nadie se escandalice: ya lo advertía en el título de este epígrafe.

### 2.3. "Las cosas", punto de encuentro de los hombres.

El planteamiento de la Modernidad, el del *iusnaturalismo* que va desde Váz-

<sup>62</sup> «Daher sagt Aristoteles, dass es Recht nur bei denen geben kann, die 'untereinander durch Sitte und Brauch verbunden sind' und so 'Unrecht' und die 'Scheidung von Recht und Unrecht' kennen können». Cfr. *Naturrecht bei Aristoteles. Zum Problem einer Erneuerung des Naturrechts*. W.K. Kohlhammer. Stuttgart, 1961, pág. 25.

<sup>63</sup> *Grundlinien...*, cit., párrafo 14, agregado.

quez de Menchaca a Kant, y que se extiende casi omnipresentemente a finales del siglo XX de la mano de Rawls, Habermas, etc., es lógicamente impecable. Efectivamente, si yo me pienso, y pienso a los demás, como personas aisladas e independientes, sin ningún vínculo, es evidente que nadie posee un *privilegio* para dictar a los demás lo que han de hacer. Pero sucede que, así planteado el problema, esta "posición original" sólo existe en la imaginación: en la vida real apenas cuenta. En la vida concreta, esto puede ser cierto para describir lo que sucede cuando cada uno de nosotros se ve rodeado de desconocidos, con los que no nos vincula ninguna relación propiamente jurídica o moral; tal sería el caso del que transita por la calle: se cruza con muchas personas con las que no tiene ningún deber ni derecho en especial. En tal caso diríamos que podemos exigir a esos desconocidos que nos respeten, y nada más. Si en esa situación nos dirigimos a un desconocido para pedirle algo (y sólo podemos pedirle o *rogarle*) establecemos una relación *directa* con él, es decir, una situación que no está mediada por ninguna institución jurídica. Pero la vida ética y jurídica del hombre, ni se agota en esta "situación", ni este tipo de situaciones puede servir de ejemplo universal.

En la vida concreta, un individuo no se relaciona con otro directamente, excepto en el caso del amor. Así, yo no me relaciono con mis alumnos "directamente" —como si fuéramos únicamente personas libres e iguales— sino que entre ellos y yo se interpone la institución universitaria, lo que motiva que yo pueda exigir a los alumnos *determinadas* conductas, y que ellos tengan otras competencias sobre mi persona. Como marido, padre de familia, comprador o vendedor, propietario de inmuebles, etc., yo me relaciono con los demás a través de estas instituciones. Al margen de estas instituciones —ser profesor, marido, padre, comprador, propietario, etc.— yo no puedo *exigir* nada a los demás, excepto una cierta obligación genérica de respeto a mi persona<sup>64</sup>, cuya infracción se castiga a veces.

Dicho de otra forma: el puente de unión entre los demás y yo son unas instituciones, gracias a las cuales pueden existir competencias a favor de unos para determinar las conductas de los otros. De este modo, frente a la visión de los individuos aislados (que se excluyen, por definición), "las cosas", esto es, las situaciones jurídicas o las instituciones concretas nos unen, nos vinculan. Hablo de "cosas" porque toda institución supone un bien común a conseguir. Puede tratarse de un bien de sólo dos personas, como sucede cuando vendo mi coche a otro, o de un bien para toda la sociedad, que se produce cuando un profesor de Universidad es un buen universitario. Naturalmente, esto no puede entenderlo quien sólo ve el trabajo como un medio para ganar dinero o influencias.

Por tanto, la juridicidad supone no obedecer a un hombre *qua* hombre, sino que el profesor obedece a la institución de rector de la Universidad, el hijo menor al padre, el funcionario al superior, el comprador o el vendedor al contrato que

<sup>64</sup> En este punto tenían razón los ilustrados y Kant cuando hablaban de la obligación de "abstenerse" (*Enthaltung*) de interferir en la vida de los demás. Pero esta abstención, con ser muy importante, no es la manifestación universal y primaria del derecho.

han firmado. Si alguien se ve forzado a obedecer a otro hombre *qua* hombre, entonces entramos en el campo odioso de lo arbitrario, del despotismo: el catedrático obedece a la institución de rector en la medida en que lo que ordena el rector se adecúa a los fines de la institución universitaria, el sargento obedece al teniente en la medida en que las órdenes que recibe responden a lo que se trata de conseguir en esa unidad militar en ese momento, etc. Entonces hay un fundamento para exigir obediencia. Diría, imprecisamente, que lo que une a las personas y las jerarquiza (fuente de derechos y obligaciones) es el bien a conseguir. Así, por ejemplo, en una Junta de Facultad están presentes alumnos, profesores y personal no docente; están allí, y tienen verdaderos poderes decisorios que generan un *deber* en los demás, *porque* (y "para") forman parte de la Facultad. Su razón de "estar-allí" es hacer posible el correcto funcionamiento de la Facultad. El bien de la Universidad es la única justificación de sus poderes, y el fundamento por el que pueden exigir obediencia a sus decisiones. Como es lógico, todo esto desaparece cuando un grupo pretende imponer sus "intereses": entramos entonces en el campo de lo arbitrario, del despotismo, aunque tal despotismo o arbitrariedad se produzca por mayoría de votos. En este último supuesto, la "política" suele consistir, como enseña la experiencia, en prometer una corruptela a cambio de otra, y no en manifestar la opinión propia sobre el bien de la empresa común que se trata de realizar. Lógicamente nadie queda *obligado* o tiene un *deber* porque sea forzado por otros: el "deber" (no el forzamiento) sólo se crea cuando el bien que se manifiesta —por seguir las palabras de Sócrates— es común a todos.

Es decir, como explica Hervada, «no hay derecho si no hay título»<sup>65</sup>. «Lo que ocurre —sigue explicando Hervada— es que frecuentemente caemos en el error de imaginar una libertad en el vacío, una libertad omnimoda y arbitraria, sin conexión con lo que es el ser libre, el cual, antes que libertad, es un ser»<sup>66</sup>. Efectivamente, yo soy libre, pero esa libertad no me autoriza a ordenar a mis alumnos que laven mi coche; en cambio, como "soy" su profesor, sí puedo ordenar lo que entrará en examen. Rara vez la personalidad entendida genéricamente es título inmediato para exigir algo; aparte de la obligación genérica de respeto —en la que se fundamentan la mayor parte de las normas del Código penal—, y aparte de algunos derechos fundamentales, rara vez es la personalidad título directo para determinar la conducta de los demás. Normalmente, ya sea en el plano de la moral o del derecho, nos encontramos en "situaciones" —es decir, estamos vinculados por instituciones— que nos imponen unas *determinadas* conductas: cotidianamente, ante los tribunales, el hecho de que la propiedad inmobiliaria sea rústica o urbana, el hecho de ser joven, o anciano, o enfermo, el haber firmado un contrato, el dato de que un automóvil tenga una potencia superior a la de otro, son hechos decisivos; curiosamente, la "filosofía práctica" contemporánea, empestillada en una comuni-

<sup>65</sup> *Introducción crítica al derecho natural*. Cuarta edición. EUNSA. Pamplona, 1986, pág. 48.

<sup>66</sup> *Introducción crítica...*, cit., pág. 163.

dad de parlantes compuesta por personas libres e iguales, parece ignorar toda esta riqueza de datos que suministra la Realidad.

#### 2.4. Consideraciones diversas.

Las instituciones persiguen un bien. Si no es así, entonces estamos ante un despotismo; pero, normalmente, suelen existir para remediar alguna necesidad social, socialmente reconocida. Sin embargo, la pérdida del sentido comunitario, hace prácticamente ininteligibles estas ideas: el alumno medio quiere aprobar a toda costa, y esto es un peligro para la sociedad. ¿Es que la "sociedad" es algo ajeno a él? Me parece que quien antepone su propio bien al bien comunitario no es un egoísta: es, simplemente, una persona que no ha entendido bien cual es su bien. La filosofía práctica determina bienes a partir de una función beneficiosa para todos: todos se benefician de una Universidad que funciona correctamente, aunque ocasionalmente un alumno pueda salir perjudicado en sus intereses porque —debido a que hay una exigencia mínima— ha sido suspendido en algún examen. Y es que una cosa es que algo sea un "bien" (en el sentido estricto de la palabra) para mí, y otra cosa es que algo me beneficie momentáneamente: es necesario distinguir entre un bien y un "provecho". De hecho el lenguaje cotidiano ya distingue, contraponiéndolos, los términos "hacer bien" y "aprovecharse".

Hablo deliberadamente de una función beneficiosa "para todos": parece claro que el beneficio para la mayoría es tan sólo "un" criterio que ha de concurrir con otros criterios: la mayoría blanca de los U.S.A. tiene sus intereses, pero ello no determina que deban ser suspendidas las ayudas para acabar con la marginación de los negros.

Evidentemente, existe la libertad psicológica, llamada tradicionalmente libre albedrío, que debe ser protegida por el Derecho. Pero esta libertad psicológica no suele ser la libertad jurídica, porque mientras aquélla se suele agotar normalmente en la indeterminabilidad de la voluntad, esta última requiere una causa o título suficiente y justificado, siempre concreto. No es lícito traspasar indiscriminadamente —habrá que verlo en cada caso— categorías psicológicas al campo moral o jurídico: el instinto natural de libertad a veces quedará protegido y a veces no. En algunas vertientes de mi vida yo soy dueño (*dominus*) de mis actos y por ello decido que iré a tal sitio el domingo; pero hay fuertes dimensiones de mi vida en la que no soy dueño de mis actos: no puedo suspender a un alumno porque no me haya hecho un favor determinado: éste es el campo del Derecho.

### 3. EL CONSENSO, UN TEMA DE MODA.

Algunos tratadistas de Ética entienden hoy que la Ética —según ellos siempre dialógica— requiere de una "discusión pública": es decir, la Moral debería ser el resultado de un diálogo público, y así se evitaría que a una persona se le impusiera el criterio de otra. Estaríamos otra vez (se afirma) ante la figura del pacto: cada cual participa en ese "diálogo público" y el resultado de tal diálogo resultaría ser así obra personal: de este modo todos seguimos siendo autónomos y desterramos la palabra más odiosa desde el siglo XVIII: la *heteronomía*.

Sin embargo, la naturaleza de esta "discusión pública" dista mucho de estar clara. Obviamente los que sostienen esta idea o postulado no se refieren a un diálogo real, que efectivamente fuera público. Bajo la expresión discusión "pública" dan a entender que no sirve cualquier diálogo, sino que ha de ser aquel coloquio que cumple las "condiciones mínimas de racionalidad", a las que ahora aludiré. Los defensores de la "ética dialógica" concluyen que lo decidido así es *objetivamente vinculante* u *obligatorio* en el sentido moral de estos términos, porque las conclusiones a las que se llega mediante tal "diálogo" son aquellas que necesariamente hubiera de adoptar cualquier ser racional gracias al hecho de haber seguido "las reglas del habla racional". Ésta es la fundamentación y la teoría de la Ética más extendida, e interesa destacar varios elementos: en qué consiste la "publicidad" del diálogo, por qué hablan de "objetividad" o justicia objetiva, y otros más que irán saliendo en la exposición.

Se habla de una "ética dialogante" que ha de conducir a unas normas morales objetivas porque actualmente tiene un enorme prestigio la palabra "diálogo" y, según esta moda, toda Ética imaginable ha de ser dialógica; el mayor enemigo de esta mentalidad es el razonamiento moral monológico, que es el que haría una sola persona. Ya indiqué que si se entiende que una persona pretende imponer sus

puntos de vista a los demás, entonces entramos en una situación de heteronomía, y toda heteronomía es vista hoy como un despotismo.

Ante este planteamiento el primer problema que se plantea cualquiera es el de si es posible una moral que sea el resultado de un diálogo. Y si este diálogo puede existir de algún modo, por qué motivo lo convenido en él es objetivamente vinculante. Comenzaré por esta última cuestión.

Los representantes de la "ética dialógica" hablan de lograr unos resultados *objetivamente* ciertos o vinculantes, que generan un deber y no simple forzamiento, porque el adverbio "objetivamente" tiene un gran prestigio y, en consecuencia, goza de una gran fuerza retórica. Del mismo modo que muchos comercios recurren a anuncios deslumbrantes que llaman fuertemente la atención, con independencia de la calidad de lo que vendan, estos autores recurren al adjetivo "objetivo" y a sus derivados adverbiales, así como a la palabra "deber" para reforzar retóricamente lo que proponen. Pero estimo, ante todo, que si no se admite la conciencia personal, que es una realidad con fuertes dimensiones necesariamente teológicas, no tiene sentido hablar de "deber", del mismo modo que no puede hablar de milagros quien postule que Dios no existe.

Por lo que hace al término *objetivo*, éste proviene y recibe sus posibles sentidos del latín *objectum*, que hace una referencia esencial a "cosa": un *objeto* es necesariamente algo "fuera de mí" o de nosotros. Por esta razón "objetivo" se emparenta necesariamente con *real*, que viene del latín *res*, que significa cosa. Es decir, el uso de estos adjetivos (*real*, *objetivo*) y adverbios (*realmente*, *objetivamente*) implica continuamente una actitud ontológica o metafísica. Pero los integrantes de la ética dialógica reniegan de la metafísica o de la ontología porque no reconocen la existencia de "las cosas", de la realidad exterior al hombre: ellos siguen una confusa filosofía del lenguaje y dejan reducida toda la realidad humana a un lenguaje que se crea autopoieticamente. Por este motivo es por lo que sólo hablan de "las reglas del habla racional", de ética *dialógica*, etcétera. Queda, pues, planteado un primer problema: ¿es posible llegar a resultados "objetivamente" vinculantes (es decir, que generan un *deber* "real") si prescindimos de la realidad humana extralingüística?

Un segundo tema sería el de si es posible un diálogo *ideal* en el que pudiéramos llegar a un consenso igualmente "ideal" gracias a la observancia de las reglas del "habla racional". Más adelante (en el parágrafo 3.3) veremos que no es posible tal consenso ideal, ni siquiera como "idea" regulativa de nuestra conducta. Pero, incongruentemente, los defensores de la ética dialógica parece que efectivamente tienen a la vista el consenso empírico, porque al llegar el momento de las conclusiones prácticas de sus teorías concluyen (o concretan) que la única forma política adecuada a una ética dialógica es la democrática, a pesar de ser ampliamente reconocido por ellos mismos que el equilibrio de fuerzas, en unos casos, o la simple *imposición* de la mayoría, en otros, no puede poseer por sí misma ninguna pretensión específicamente normativa. No en vano escribe Pedro Serna que «De lo que no cabe la menor duda es que una solución en este punto que excluya la razón de la vida de la comunidad y la sustituya por el consenso de hecho no estará fundan-

do una intersubjetividad verdadera, sino una mera fórmula de equilibrio de intereses que sólo puede garantizar una estabilidad social precaria»<sup>67</sup>.

Una expresión extrema de la tesis del consenso "democrático" como expresión real o práctica de la ética dialógica la tenemos, por ejemplo, en Charles Fried cuando escribe que «Levi, Fuller y Dworkin tienen mucha razón al acentuar la naturaleza esencialmente pública de la argumentación moral y el discurso moral. Sin embargo, sería un error concluir de ahí que tales argumentaciones son, en el mejor de los casos, sólo legítimas, que no merecen la calificación de la validez de la verdad»<sup>68</sup>. Parece que Fried tiene a la vista declaraciones como las que hace Dworkin cuando indica que «Esta posición parece incongruente con nuestra tradición de libertad individual, y con el hecho de que sabemos que la moral de la masa, por más grande que ésta sea, no cuenta con garantías de verdad»<sup>69</sup>. En cambio, para Fried, una decisión pública, esto es, democrática, es siempre y necesariamente –además de legítima– "verdadera".

Quisiera dejar claro que pienso que sólo rechazan el consenso los fanáticos, los que se creen en posesión de la Verdad y que, por este hecho, no respetan la humanidad que representan las demás personas. Pero emito igual juicio sobre los que postulan que el consenso crea toda verdad práctica: esos dejan reducida la justicia a arbitrio, cosa que, efectivamente, sucede con frecuencia.

Lo que pudiéramos llamar el consenso efectivamente logrado –el consenso "empírico"– ha sido objeto de juicios muy contradictorios. Ulrich Huber, que fue el gran defensor de la democracia en el siglo XVII (el autor más citado en el último tercio del siglo XVII y en el primero del siglo XVIII a propósito de la democracia como la forma de gobierno más acorde con la libertad del hombre), ya escribía que «Se sigue evidentemente de lo explicado que la ciudad, es decir la mayor parte del pueblo, puede cometer injusticia con personas concretas»<sup>70</sup>. Y Rudolf Stammler, el restaurador de la Filosofía del Derecho a comienzos de siglo, advertía que «la mayoría dice relación a la categoría de la cantidad; la justicia, en cambio, implica una cierta cualidad. El simple hecho de que muchos proclamen algo o aspiren a algo no quiere decir que ello sea necesariamente justo. Si la mayoría se halla asistida por la justicia en las causas que representa, se habrá que ver en cada caso»<sup>71</sup>.

Esto es bien sabido. También es bien sabido que, incluso en una democracia,

<sup>67</sup> *Positivismo conceptual...*, cit., pág. 106. Para una crítica de la llamada *legitimidad democrática*, que viene a mantener –si prescindimos de retórica hueca– que existe el deber de obedecer al Estado porque éste ha sido elegido por la mayoría de los votantes, aparte del estudio fundamental de A. Montoro, *Razones y límites de la legitimación democrática del derecho*. Universidad de Murcia, 1979, vid. esta obra de Serna, págs. 279 y ss.

<sup>68</sup> *¿Es posible la libertad?*, cit., pág. 129.

<sup>69</sup> *Los derechos en serio*. Trad. de M. Guastavino. Ariel. Barcelona, 1984, pág. 349.

<sup>70</sup> «Plane ex his sequitur, civitatem, id est, maiorem populi partem, adversus singulos fieri posse ream injuriam». *Institutiones Reipublicae Liber singularis*. Franequerae, 1698, cap. III, parágrafo 45.

<sup>71</sup> *Tratado de filosofía del derecho*. Trad. W. Roces. Reus. Madrid, 1930, pág. 417.

las leyes las redactan y las dictan unas pocas personas; en este punto no hay diferencia entre un gobierno democrático y otro autoritario, y las apelaciones a la "voluntad general" son simplemente decorados destinados a reforzar el prestigio del sistema. El problema está en que se idealiza el parlamentarismo, como ya escribía Carl Schmitt hace algunos años: «La mayor oscuridad surge de que el concepto de Democracia, como tantos otros conceptos políticos, se ha convertido en un concepto ideal muy general, cuya pluralidad de sentidos abre plaza a otros diversos ideales y, por último, a todo lo que es ideal, bello, simpático»<sup>72</sup>. En cambio, si pensamos con sentido realista, "democracia" sólo implica que, cada cuatro o cada seis años, se puede decir sí o no al partido que gobierna. Y nada más, que no es poco. No responde a la realidad mantener que las leyes son expresión de la "voluntad general", de la "voluntad de todos", etcétera.

El consenso debe existir. Más adelante veremos que el Derecho se compone de normas o reglas de naturaleza distinta. En las reglas que podemos llamar "constitucionales", la Reglas de Tipo A, el consenso es imprescindible y, en muy buena medida, el mismo consenso constituye su fundamento. Además, en la elaboración de las leyes importantes suele haber un cierto consenso: ningún gobierno quiere hacerse impopular. En el derecho de obligaciones, hay un cierto margen al libre asentimiento: se puede decir "sí" o "no", e incluso estipular condiciones, sin perjuicio de que una vez celebrado el contrato, recaigan sobre los contratantes una multitud de normas jurídicas de cuya existencia posiblemente ni sospechan.

Por otra parte, al margen de estas Reglas A, el Derecho presenta una cierta vertiente, y amplios sectores, en los que se requiere el consenso. Schwarz-Liebermann escribe en *Fondéments* que «Las concepciones que son el pan cotidiano del jurista no pueden ser dilucidadas, 'situadas' más que por esta intercomunicación, este poner en relación 'imágenes'. Tal sucede, por ejemplo, con concepciones tales como 'admisible', 'inadmisible', 'aceptable', 'inaceptable', 'material', 'inmaterial', 'excesivo', 'dañoso', 'conveniente', o 'esencial'. Las categorías que introducimos así no son valores verificables según la 'lógica pura', sino sólo gracias a una discusión según un razonamiento que se desarrolla en su contexto: su 'verdad' es de otra naturaleza, porque ella no es 'absoluta'». Pero, adelantando ideas, diré –de la mano de este mismo texto– que «Sin embargo no está excluido o prohibido usar el término 'verdad'... La verdad del derecho es una verdad que se define según premisas 'concretas' y no en el campo de lo abstracto»<sup>73</sup>. Son necesarias, pues, premisas concretas, esto es, reales. Si no es así, cobra pleno valor la sentencia de Wittgenstein en *Tractatus* 6.423: «De la voluntad como soporte de lo ético no cabe hablar».

La ética dialógica está de moda. Escribe Adela Cortina en *Ética sin moral* que «Por eso exigen, en mayor o menor grado, el paso de un monologismo, propio de Kant o Hare, a procedimientos "dialógicos": la representación rawlsiana de perso-

<sup>72</sup> *Teoría de la constitución*. Trad. de F. Ayala. Alianza Editorial. Madrid, 1982, pág. 223.

<sup>73</sup> *Fondéments...*, cit., pág. 107.

nas morales... la Kohlbergiana asunción de "rol", o el diálogo entre los afectados por las normas, propio de la ética discursiva, suponen una gradación de "dialogicidad" que muestra la común apuesta por procedimientos dialógicos»<sup>74</sup>. Tiene razón Cortina: leyendo a Habermas, por ejemplo, el verdadero enemigo de la moral es el discurso monológico, tal como este autor plantea el problema. En principio, todo el argumento se centra en el hecho de que nuestra cultura ha alcanzado tal grado de madurez –indica Habermas– que no es pensable un procedimiento de formación de normas que no sea dialógico. Parece, pues, que la "dialogicidad" sería como una exigencia primaria de la dignidad humana.

No estoy de acuerdo con este planteamiento en un primer momento porque también lo personal o individual es o puede ser "social". Desde luego, si sigo mi arbitrio entablo un discurso muy estrictamente monológico. Pero si cumplo mis competencias como profesor –según mi discreción–, competencias que están al servicio de un bien común a todos, como es la Universidad, aquí también cabe hablar plenamente de racionalidad a pesar de que el discurso es monológico. Reitero que en las Reglas tipo A, las reglas constitucionales o constituyentes de una comunidad política, es necesario el consenso porque es necesaria la aceptación popular del gobernante; pero es muy dudoso que esta exigencia de consenso se deba de exigir universalmente.

El tema del consenso es tan actual porque la mentalidad hoy mayoritaria (que la podemos ejemplificar en algunos integrantes de la Escuela de Frankfurt, Habermas el más conocido), ha entendido que la maldad que hizo posible Auschwitz arranca de la división y *separación* de la razón en teórica y práctica. La razón teórica conocería, y haría posible las ciencias, que de suyo están libres de valoraciones. Esta ausencia de valoraciones, de "normatividad", vale igualmente para las ciencias sociales o humanas. En consecuencia, la razón práctica desasistida de la razón tiene que *decidir* por sí sola sin fundamentos en el mundo del "ser" que estudian las ciencias. Abandonada a los sentimientos personales o colectivos (otra herencia de la Modernidad), es capaz de todos los horrores. El lema fue que "no se repita Auschwitz". Los frankfurtianos entendieron que era preciso volver a unir la razón teórica con la práctica pero, en lugar de vincular ambas dimensiones de la razón, ellos pretenden una sola razón omnicomprensiva del hombre, de la ciencia y de la sociedad. Esta nueva razón unitaria, ante el peligro del cientifismo, es decir del sometimiento del hombre a las estrategias pretendidamente científicas (las planificaciones propias de la sociedad capitalista, en definitiva), debe prescindir de la *theoria*, de la contemplación de la realidad dada al hombre (que se afirma que es "mala") y, en cambio, la "Realidad" sería el *resultado* autopoiético de la razón humana guiada por un interés emancipatorio o redentor: emancipador de una naturaleza no suficientemente dominada y de una sociedad humana insuficientemente socializada. La "razón" y la "realidad" serían, de este modo, obra o

<sup>74</sup> Edición citada, pág. 75.

resultado de la actividad de los hombres "libres", de su acuerdo o consenso. Por este camino la razón teórica o *theoria* desaparece en pro de esta nueva "razón práctica", lo que implica que no puede existir una Realidad que sea anterior a la decisión de los hombres libres<sup>75</sup>.

Se trató de una trampa curiosa. Los frankfurtianos, en lugar de vincular la razón práctica a la teórica<sup>76</sup> reconociendo que los motivos de la praxis han de tener en cuenta la realidad (esto es, lo que muestra la "theoria"), decidieron crear una teoría en la que la razón construye la realidad al mismo tiempo que la "conoce". Por este motivo, a este tipo de teorías —que hoy tienen un éxito abrumador— se les da el nombre de "constructivismo" filosófico.

### 3.1. Una primera aproximación al problema.

Los filósofos son conscientes de que el consenso real o "empírico" suele ser el resultado de un juego de fuerzas al que, con mucha frecuencia, es ajena cualquier forma de racionalidad. Así, los sindicatos presionan con amenazas de huelgas, o con huelgas, los empresarios responden de acuerdo con lo que les permiten las leyes, etc. En otro orden de cosas, hay manifestaciones públicas o campañas de prensa. Como estos filósofos se resisten a dejar reducido su consenso a la fuerza simple y desnuda, hablan de un consenso ideal, esto es, no empírico, al que Habermas, por ejemplo, da el impresionante nombre de *contrafáctico*, en la traducción española.

Si leemos los dos extensos volúmenes de la *Teoría de la acción comunicativa* de Habermas, este consenso ideal no es más que el acuerdo que *alcanzarían* un conjunto de dialogantes que hablaran con plena libertad. Hablar con libertad implica que todos los participantes en el diálogo tienen las mismas posibilidades, esto es, son "iguales"; en definitiva, lo que propone Habermas al final del segundo volumen de esta obra a la que aludo no es más que la igualdad ideal de los parti-

<sup>75</sup> Sobre este tema, *vid.*, por ejemplo, el estudio de Daniel Innerarity, *Praxis e intersubjetividad. La teoría crítica de Jürgen Habermas*. EUNSA. Pamplona, págs. 17-80.

<sup>76</sup> La *theoria* o "razón teórica" es la contemplación *desinteresada* de la Realidad. Que sea desinteresada no quiere decir que sea absolutamente objetiva: "vemos" la Realidad, pero interpretándola en cierta medida, porque la inteligencia humana es siempre interpretadora. De todas formas, se puede "ver" desinteresadamente la realidad, al modo como un juez "ve" el juicio sobre el que él ha de decidir. (Desgraciadamente las filosofías constructivistas no "ven" la Realidad: sus mentores están demasiado ocupados en su afán de transformarla: trataré este tema al hablar del pensamiento utópico). Sólo en un segundo momento, a tenor de lo que conocemos de la Realidad y *desde* la Realidad (de lo que conocemos del hombre en general o de este hombre en concreto), podemos pretender mejorar algo esa realidad según lo que hemos conocido de ella: el modelo es la Psiquiatría: el psiquiatra intenta *mejorar* a un hombre concreto. Respetar demasiado a cada persona —no tiene otro remedio si quiere ser eficaz— como para intentar *cambiarla*.

cipantes en un diálogo. Esta igualdad garantizaría que el acuerdo adoptado es "racional". Si, igualmente, nos tomamos el trabajo de leer la extensa *Teoría de la justicia* de John Rawls, viene, en definitiva, a proponer lo mismo, aunque mediante procedimientos más complicados. Es decir, toda la ética dialógica sigue los cauces de la igualdad-libertad, típicamente modernos; sólo que ahora, a finales del siglo XX, se exige que este diálogo sea *público*.

No sé muy bien lo que quiere decir "público". En efecto, dado que no se trata de un consenso tomado públicamente, mediante una votación real, empírica, el adjetivo "público" no es usado en el sentido normal del término. Parece que con él se quiere *postular* que el acuerdo ideal —¿por quién es tomado este acuerdo "ideal"?— es objetivamente vinculante. Diríamos que se trata de un recurso meramente retórico que sirve, eficazmente, para *persuadir* al auditorio universitario: para persuadir, no para convencer. Porque desde el momento en que el "consenso" no es empírico, sino ideal (el que *alcanzarían* un grupo de personas —¿quiénes?— en una situación ideal), el consenso no es "público" en el significado usual de este término.

No se trata, pues, de una ética de bienes. Rawls o Habermas entienden que la ética se agota en proponer un cauce, un procedimiento para "dialogar", de modo que si se observan estrictamente las exigencias de la igualdad, lo decidido será necesariamente justo y racional. Esta peculiaridad hace que a este tipo de éticas se las llame éticas "dialógicas" o *procedimentales*, y es nota fundamental de ellas que parten únicamente desde los sentimientos de los individuos (a esto dejan reducida la "Razón") e ignoran por principio cualquier "cosa" o realidad ajena a estos sentimientos individuales.

### 3.2. ¿Podemos prescindir de "las cosas"?

Rawls y Habermas, como vemos, han puesto su esperanza en una comunicación humana que ellos consideran "pura". Juan José Gil Cremades, que suele ir adelantado con respecto al estado general de la doctrina española, ya advertía, hace tiempo, que esta confianza en una comunicación humana "pura" es inadmisibles porque implica una suerte de platonismo muy poco serio<sup>77</sup>. Adela Cortina advierte, por su parte, que «Pecan de universalismo abstracto, puesto que su logos dialógico trasciende los contextos y praxis concretos»<sup>78</sup>. No faltará, sin embargo, quien mantenga que estos autores sí proponen unos métodos que se ajustan al hombre histórico y real. Veamos dos temas a este respecto.

Uno, que la complicadísima teoría de Rawls, sirve de poco o nada en la praxis concreta que se desarrolla diariamente ante los tribunales. Un juez, español, italia-

<sup>77</sup> Cfr. *Razón práctica y razón jurídica* en "Anales de la cátedra Francisco Suárez", XVII (1977) pág. 22.

<sup>78</sup> *Ética.*, cit., pág. 156.



no o alemán pasa de largo ante la propuesta de Rawls. Pero hay que hacer una matización: estamos en un momento histórico –finales del siglo XX– en el que ha habido fuertes cambios político-jurídicos, y los seguirá habiendo. Con respecto a estos cambios constitucionales, Rawls o Habermas quizá pueden aportar algo; es decir, en lo que más tarde llamaré “Reglas del tipo A”, la teoría dialógico-democrática representada por estos autores puede ser útil para entender la realidad. Pero, ante el juez concreto que ha de habérselas con un inmenso *corpus iuris*, en el que no siempre está clara la diferencia entre normas y principios, estas propuestas éticas me parece que no sirven de nada; igualmente, en un plano personal, moral, cada persona encontrará muy poca ayuda en estos procedimientos dialógicos o procedimentales. Y si una “Filosofía práctica” no sirve para la praxis concreta, entonces servirá –eficazmente– para llenar las páginas de bellos libros, para constituir asignaturas académicas, para dar conferencias, presentar ponencias a congresos y algunas cosas más admitidas *académicamente*. Pero si una Filosofía práctica no sirve para la praxis concreta, entonces no sirve absolutamente para nada.

El segundo problema a que aludía consiste en que si la ética se plantea como meramente procedimental (una comunidad de parlantes libres e iguales), será preciso hablar *sobre* algo: no basta la simple igualdad de las partes dialogantes; no se puede decir “Hablemos y pongámonos de acuerdo”. Digo que hay que hablar sobre algo, con lo que pretendo dar a entender que esa cosa sobre la que se habla presenta exigencias propias y peculiares de ella que van más allá de la igualdad *personal* de las partes en el diálogo. Efectivamente, si nos ceñimos a la simple libertad igual de los parlantes, estas personas que así hablan podrían decidir licitamente que tan castigada fuera la conducta de un violador de niñas como la de quienes practican el baloncesto. Sin embargo, el hombre normal y corriente, sabe que *en principio*, esto sería injusto: nos interesa ahondar en qué quiere decir “en principio”. Esta frase resulta fundamental para la Filosofía práctica porque nos muestra que la comunidad de parlantes no es un órgano soberano, y no es tal no tanto porque esté limitada por las “reglas del habla racional” (libertad e igualdad), sino porque los hombres que dialogan, no se mueven sobre una absoluta indeterminación ontológica; el lenguaje, si quiere ser verdaderamente racional, está condicionado y orientado por los datos que provienen del mundo del “ser”. Quizá por esto Tomás de Aquino explicaba que «la razón es medida por las cosas». Un jurista romano aludiría a la “*natura rerum*”, y Arthur Kaufmann indica que «la debilidad de la teoría del consenso reside fundamentalmente en que se cree que se puede llegar a convenir algo sin experiencia, sin un contenido, sin una objetividad»<sup>79</sup>. Así

<sup>79</sup> «Die Schwäche der Konsensustheorie besteht hauptsächlich darin, dass sie glaubt, ohne Erfahrung und ohne etwas Sachhaltiges, Inhaltliches, auskommen zu können». Cfr. *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, en Kaufmann-Hassemer, “Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart”. 5. Auflage. C.F. Müller (UTB). Heidelberg, 1989, pág. 137.

pues, la evidencia primera permanece en pie: que a pesar de que la comunidad de habla elimine toda prepotencia (pensemos en las diatribas de Habermas contra Gadamer) y proceda según las reglas de la más exquisita igualdad de participación, esta comunidad de habla no es soberana porque no es suficiente.

Habermas intuyó esta dificultad, así como que el consenso efectiva o democráticamente logrado es el resultado de un juego de fuerzas, e intentó resolver este problema explicando que existen unos intereses rectores del conocimiento que han de estar (deben de estar) siempre presentes en el habla, porque son “trascendentales”. Luego estos intereses trascendentales limitarían los intereses a veces antisociales de los hombres empíricos.

Pero esta explicación plantea algunas dificultades: una persona que sólo *crea* en el lenguaje –como única realidad posible– no puede admitir unos “trascendentales” que parecen extraídos del universo nouménico kantiano: el lenguaje es muy limitado y escupe las categorías trascendentales *à la Kant*. Pero Habermas no puede dejar estos intereses emancipatorios abandonados a lo que decidan los hombres históricos, porque entonces no servirían de nada y –lo que quizá es peor– él se quedaría sin su teoría. Ante esta dificultad recurre a explicar que estos intereses son “cuasi”-trascendentales. La ventaja de la partícula “cuasi” es que, del mismo modo que algunos giros alemanes, tales “conexión de sentido” (*Sinnzusammenhang*), o “adecuación al fin” (*Zweckmäßigkeit*), lo justifican todo y no explican nada; resulta obvio que la categoría de un interés lingüístico “cuasi-trascendental” sólo se le pudo ocurrir a un alemán. Hace poco, cuando releía a Bultmann, que viene a decir que Dios “vale”, y por eso hemos de obedecer sus Mandamientos, pero que existir, lo que se dice existir, Dios no existe, me acordaba de Habermas.

El problema es, pues, que necesitamos criterios que guíen el consenso, criterios que “respondan a algo”, porque el hombre no es un ser proteico, magmático. Puede ser radicalmente indeterminado un individuo a solas consigo mismo, pero el hombre que constituye hipotecas, que compra, que vende, que tiene hijos... todo esto le lanza exigencias objetivas, “reales”. No basta hablar de un interés “generalizable”, con ausencia de prepotencia; entre otras cosas –y éste no es el único motivo– porque esto sería como decir, en el plano de la teoría de las empresas, que “es preciso aumentar los beneficios y reducir los gastos”; con este tipo de recetas no se va a ninguna parte. Además, si el que dialoga no tiene a la vista bienes concretos, todo quedará reducido, a final de cuentas, a pura negatividad excluyente, por vacía, del tipo de la que denunciaba Hegel: entonces se impondrá el permisivismo como única solución a la praxis humana.

Los bienes se crean, a veces, en el consenso y mediante el consenso. Otras veces, el consenso sólo sirve para determinar una posibilidad real entre otras. Y en otras ocasiones, el consenso no sirve de nada. Depende de cada caso.

Habermas intenta la apasionante empresa –siguiendo la Modernidad– de eliminar la Realidad para que el individuo sea libre al quedar él como el único Conformador del Universo. Pero como capta que el peor enemigo del hombre es el hombre (o, dicho de otro modo, que el peor enemigo del hombre es él mismo), entonces pretende someter al hombre real e histórico a esos “intereses cuasi-

trascendentales". Pero parece que falla en su intento aparentemente humanista por "liberar" al hombre. Para que éste sea "libre" declara inexistente la Realidad (una herencia de Hume y del siglo XX): así el hombre en su autopoiesis no encontraría ningún tope o condicionante a su voluntad. Pero como esta voluntad humana es el peor enemigo del hombre (como se demostró ejemplarmente en Auschwitz) entonces somete al hombre a los "intereses cuasi-trascendentales" que él inventa. El resultado final es que el hombre sigue igualmente sometido a instancias heterónomas, y entonces encuentra aplicación el refrán que dice que "para este viaje no hacen falta alforjas".

### 3.3. Las dificultades de un consenso ideal.

Me parece que el consenso es siempre y necesariamente empírico. Efectivamente, lo característico del consenso es llegar a un acuerdo "real" sobre intereses "reales". Si prescindimos, por medio de la imaginación, de las situaciones reales y empíricas, con sus inevitables desigualdades reales, no tiene sentido alguno la figura del consenso; hablar de un consenso no-empírico sería como hablar de una bicicleta sin ruedas. Habermas, por ejemplo, "quiere" hablar de consenso (ideal) porque él "quiere" –dado el prestigio actual de las teorías democráticas– que su propuesta ética se adecúe a lo que demandan los tiempos; se trata de una exigencia entre oportunista y arbitraria, sin perjuicio de que en muchos campos de la vida sea exigible libertad e igualdad.

En realidad, estos autores de la ética procedimental, por apartarse de la "realidad" y proponer o postular un diálogo "ideal", van a parar en último término a un discurso estrictamente monológico dictado por una "cabeza pensante" que, desde su mesa de trabajo, universitaria o ministerial, nos dicte lo que realmente es constitutivo de la "justicia": un consenso "ideal" sólo puede ser dictado –nunca acordado– por las personas que tienen patente de racionalidad. Todo se reduce, pues, a un monologismo con visos de imposición autoritaria aunque, eso sí, en nombre de los intereses "verdaderamente generalizables", emancipatorios, etcétera.

Me parece que hablar de un consenso ideal supone dejarse llevar por lo que imprecisamente podría llamar "la fuerza de las ideas". Recuerdo haber leído en *Harper's*, hace años, un artículo de un antropólogo norteamericano en el que venía a decir: "Intellectuals get seized by the Power of the Ideas and say: go, it's fun!". Y es que el consenso, como explica Trigeaud en *De l'universalité*, se crea en el Aerópago, tal como mostraron los griegos: no puede ser un consenso abstracto o ideal, sino necesariamente variable y eficaz.

### 3.4. Autosuficiencia y mesianismo.

Sería un despropósito querer destruir una fórmula simplista con otra receta

igualmente simplista. Lo único que me parece procedente decir, a este respecto, es que ni Kant ni sus epígonos actuales (Rawls y Habermas siguen estrechamente los carriles kantianos vulgares) permiten hacerse cargo de la complejidad de la decisión práctica. La generalización del interés –salvada la igual libertad– es una fórmula luminosa por su vaciedad: precisamente es esta vaciedad la que le permite abarcar cualquier posible situación. Tengo la impresión que, más o menos desde comienzos del siglo XIX, algunas personas acuden a la Universidad con la esperanza de encontrar una fórmula –una teoría– que les resuelva su vida. Y la praxis humana no es tan simple. Me parece que estamos ante lo que algún autor ha llamado la "falsificación de la esperanza": el público necesita creer en algo, y la receta de igual libertad produce efectos balsámicos. Y es que las fórmulas simples y sencillas tienen algo entre mesiánico y casi milagroso.

Nos indica Foucault que «Perviven dos recursos tradicionales. El recurso histórico trascendental: intentar encontrar, más allá de toda manifestación y de todo nacimiento histórico, una fundación originaria, el panorama de un horizonte inagotable, un proyecto distante de cualquier suceso, que mantendría a través de la historia el esbozo persistente de una unidad que no tiene fin»<sup>80</sup>. Algo así sucede con estas teorías omnicomprendivas: el hombre sería el resultado de su "fundación originaria", de su libertad-igualdad: ésa sería la "verdadera naturaleza" del hombre. Se renueva el mito moderno e ilustrado de encontrar una verdadera naturaleza humana desde la que sabríamos qué es lo conveniente para cualquier acción. Basta con tintar la igual libertad con unas gotas de historicismo –como requiere la mentalidad contemporánea– para que el cuadro quede adecuado completamente a lo que demandan los tiempos. El hombre sería el resultado de una autopoiesis que se realiza históricamente; la praxis, dependiente de la *theoria*, sería algo superado.

La Modernidad prescindió de todo lo que no fuera "racional", de acuerdo con la noción de *racionalidad* que propusieron Vázquez de Menchaca, Hobbes o Pufendorf, que no era más que la igual libertad de todos según los principios de acción-reacción. En esta *racionalidad* no tenía cabida la conciencia y por ello la Razón (mecánica) desplazó al *nous*, al *intellectus* o Inteligencia, y se quedaron únicamente con la *ratio* que se movía según las leyes mecánicas de la Geometría<sup>81</sup>. Pero como los hombres, privados de la Inteligencia, quedaron huérfanos, hubieron de buscar sucedáneos; el problema del sucedáneo es que pretende ser lo que

<sup>80</sup> *Saber y verdad*. Trad. de J. Varela y F. Álvarez-Uría. Las Ediciones de La Piqueta. Madrid, 1985, pág. 49.

<sup>81</sup> Sobre este punto son luminosas las declaraciones de Hobbes cuando indica que «Cuando un hombre razona no hace sino concebir una suma total por adición de parcelas, o concebir un resto por sustracción de una suma en relación con otra... Por Filosofía se entiende el conocimiento adquirido por razonamiento desde el modo de generación de cualquier cosa a las propiedades, o desde las propiedades a algún modo posible de generación de lo mismo». Cfr. *Leviatán*. Trad. de A. Escotado. Alianza Editorial. Madrid, 1980, págs. 148-149.

no es y que, por esto, no es capaz de ser ni de cumplir la función que se le asigna. Aludiré muy brevemente a algunos de los principales sucedáneos que se han dado en la historia.

Suprimieron la Inteligencia, y con ella la conciencia, y sólo permaneció la razón lógico-mecánica. Esta "razón" fue el sucedáneo que reclamaban los tiempos bajo el mito del "método científico" que tomó su formulación moderna con Newton. El problema era si realmente es posible conformar y regular al hombre con las solas leyes de la Mecánica: Hobbes pretendió coherentemente hacer realidad este empeño, y no fue aceptado por su época: no encuentro citas de su obras en los autores posteriores, a no ser alguna muy aislada, para rechazarlo<sup>82</sup>. El problema era agudo, y mientras los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII hablaron de una "ley natural" que era siempre una ley divina, salvaron las formas y tranquilizaron la conciencia colectiva.

El problema se planteó en toda su radicalidad con Rousseau, que tuvo el mérito de ser coherente: el ginebrino ya no apela a Dios, ni a la ley natural que tendría su fuente en Dios, etc. Consuma el proceso de secularización y prescinde de apelaciones declamatorias a la Divinidad. Como tenía que explicar nociones morales, como las de deber u obligación, necesariamente teológicas, pero sin contar con Dios, Rousseau inaugura la técnica que podemos llamar de "las dos barajas", que llega hasta hoy. Esta técnica consiste en oponer al hombre real o empírico un hombre misterioso que es incondicionalmente bueno, que nos muestra a todos los mortales el camino de la Verdad y de la Bondad. El hombre empírico está representado en Rousseau por la voluntad efectivamente manifestada en las votaciones, a la que llama "volonté de tous": esta voluntad no le merece confianza porque puede estar viciada por intereses particulares. El hombre ideal es una voluntad incondicionalmente buena y verdadera, que viene a ocupar el lugar de Dios, a la que Rousseau llama la "volonté générale", que nada tiene que ver con la voluntad realmente manifestada. La *volonté générale* se produce cuando la formación de la mayoría se ha producido sin coacciones, venta de votos, etcétera.

¿Rousseau propone conscientemente un ideal utópico irrealizable? Él salva su argumentación porque usar dos barajas tiene la ventaja de que una sustituye a la otra cuando es necesario. Por ello, a partir del Libro II, capítulo VI de su «Du contract social» confunde metódicamente la *volonté de tous* con la *volonté générale* y lleva a sus lectores a pensar, o mejor a sentir, que toda voluntad mayoritaria realmente manifestada (la *volonté de tous*) es siempre una manifestación de la *volonté générale*: así legítima cualquier votación y se quita de encima los problemas que necesariamente plantea su utopía.

Algo parecido sucede con Kant. El prusiano desconfía del hombre real, histó-

<sup>82</sup> El mayor eco académico que encontró Hobbes fue el extenso y farragoso tratado de Ricardo Cumberland, *De legibus Naturae disquisitio philosophica et Elementorum Philosophiae Hobbesianae Refutatio*. Lubeca et Francofurti. Editio secunda (la primera edición era de 1672), 1683.

rico, al que dedica líneas muy desdeñosas y amargas. Pero cambia las barajas cuando hace falta y desde las primeras líneas de su "Crítica de la razón práctica" de la *Metafísica de las costumbres* opone al hombre real (que él llama hombre "fenoménico") el hombre ideal o "nouménico", el *homo noumenon*. Este "homo noumenon" encarna la completa racionalidad, es la razón pura legisladora que dicta a los hombres empíricos las normas verdaderamente buenas<sup>83</sup>. De este modo, cuando su argumentación sobre el individuo (siempre empírico) llega a una aporía, Kant sustituye al hombre real por el hombre "nouménico", y puede así seguir argumentando.

Lo mismo hace Habermas, por ejemplo, entre los autores actuales: él opone los intereses reales o empíricos a los intereses "verdaderamente generalizables". Hice notar que la verdadera diferencia entre Kant y Habermas reside en que mientras Kant habla sin empachos de una "razón pura legisladora", a Habermas le parece poco seria o poco convincente esa figura del hombre ideal y él prefiere hablar de un hombre "casi-ideal": tal hombre está representado por esos intereses que no son exactamente nouménicos o trascendentales sino "cuasi-trascendentales". Y así el juego continúa fiel a sus reglas de las dos barajas: en Habermas encontramos el consenso "verdadero" (que él llama *contrafáctico*, que se obtiene cuando se siguen los intereses "cuasi"-trascendentales) enfrentado al consenso empírico.

Rousseau contrapone dos voluntades, Kant dos tipos de hombres, Habermas dos clases de intereses distintos: ninguno de ellos puede explicar racionalmente cómo consigue este maravilloso y oportuno deslinde y todos ellos acaban envueltos en el misterio, en nombre de la "Razón" ilustrada.

Escribe Francesco d'Agostino que decenios de polémica antimetafísica, en la que han participado filósofos del derecho como Kelsen, llevada bajo la bandera que Olivecrona resumía en la frase de *praeterca causas censeo metaphysicam esse delendam*, han intimidado al jurista contemporáneo. Invitado constantemente a hacerse cargo del carácter relativo, histórico, condicionado y funcional de su saber, el jurista de hoy no es capaz —no se atreve— a apelar a fundamentos absolutos;

<sup>83</sup> Kant llega a decir en su lenguaje abstruso (al que debe buena parte de su fama) que «podemos notar que el hombre en su cualidad de *ser visible*, aun cuando ciertamente da pruebas de una facultad de escoger, no sólo conforme, sino *contra la ley*, no puede, sin embargo, ser considerado como libre con una *libertad* que pueda *definirse* como la de un *ser inteligible*. En efecto, los fenómenos no pueden hacer comprensible un objeto hiperfísico (tal como el libre arbitrio), y la libertad nunca puede consistir en que el ser racional pueda adoptar una decisión contraria a la razón (legislativa)... Porque una cosa es reconocer una proposición (de experiencia), y otra cosa es erigirla en *principio de definición* (de la noción de libre arbitrio) y en carácter general (que distingue al arbitrio humano del *arbitrium brutum seu servum*)... La libertad, respecto de la legislación interior de la razón no es propiamente más que una facultad; **la facultad de separarse de esta legislación interior de la razón no es más que impotencia**». Cfr. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. No consta traductor. UNAM, México, 1978, pág. 28. La intensidad en negrilla es mía.

por esto, el dato teológico está ausente de la especulación jurídica<sup>84</sup>. Y el mismo d'Agostino nos indica que, fuera de metáforas, únicamente los más ingenuos pueden hacerse la ilusión de que es posible el sistema de las ciencias humanas –construido desde el explícito rechazo de cualquier fundamento teológico-metafísico–, sin suponer algo oculto pero no por ello menos real, un fundamento absoluto<sup>85</sup>. El problema, como vemos, consiste en que en el nombre de la “racionalidad” o de la “Razón” se ocultan cosas fundamentales o, como explica Trigeaud, se hace metafísica “de otra manera”. Por decirlo con Montaigne, escribe Trigeaud que «lo peor que existe es lo inconfesado, porque su rechazo fundamental de una verdad y de una justicia no es efectivamente confesable».

Diríamos que lo inconfesado de Rousseau, Kant o Habermas no es tanto el binomio libertad-igualdad cuyo despliegue mecánico aseguraría la “justicia” de las votaciones, como el binomio real-ideal al que de hecho recurren: voluntad real-voluntad ideal, libertad empírica-razón pura legisladora, etcétera.

Como todo mito, el lenguaje de estos escritores tiene algo de misterioso. Para esta nueva ética parecen escritas las palabras de Hegel: «Precisamente como los masones tienen sus símbolos, los cuales pasan por profunda sabiduría –profunda, como se llama profundo a un pozo porque no puede verse su fondo–, así fácilmente parece a los hombres profundo lo que está oculto; pero detrás sólo se encuentra el vacío insondable»<sup>86</sup>.

Sería más sensato abandonar las hipotecas de un kantismo sin sujeto trascendental, como llama Alejandro Llano a estas teorías, y reconocer con Jesús Ballesteros que «Hay por de pronto una conciencia de la superación de lo que podría llamarse modo de pensar algebraico o logicista, método que habría tenido su origen en Viète o Galileo y que a su entender sólo lo formal o abstracto se habría establecido a partir del olvido del mundo de la vida (*Lebenswelt*). Por eso ya Husserl había señalado que Galileo es un autor que descubre, pero al mismo tiempo oculta... Se trataría de volver, por tanto, a encontrar la virtud de la prudencia –desgraciadamente marginada durante la modernidad–, cuya característica fundamental es moverse en el plano de lo contingente y atender a las circunstancias. O lo que es lo mismo, de rehabilitar el *esprit de finesse* pascaliano, inasequible a los solos géometras que no ven lo que tienen delante (Pensamiento 111). Frente a la lógica simbólica y a la razón calculadora, propias del cerebro izquierdo, es necesario destacar la importancia de ver la realidad en un solo golpe de vista, como pedía Pascal»<sup>87</sup>. Quiere indicar Ballesteros, entre otras cosas, que la misma conciencia moral y jurídica es parte de la facultad racional del hombre: el juicio de conciencia es un juicio de razón, una razón que se nos revela no en las criaturas

<sup>84</sup> Cfr. *La sanzione nell'esperienza giuridica*. Segunda edición. Giappichelli. Torino, 1991, págs. 85-86.

<sup>85</sup> Cfr. *La sanzione...*, cit., págs. 86-87.

<sup>86</sup> *Introducción a la historia de la filosofía*, cit., pág. 138.

<sup>87</sup> *Hacia un modo de pensar ecológico*, en “Anuario filosófico” XVII-2 (1985) pág. 177.

–así se expresa Hegel– ni en su capacidad calculadora, «sino en el testimonio del Espíritu»<sup>88</sup>.

Aunque suponga reiterar alguna idea ya aludida, diría, parafraseando a Cotta, que en el seno de las doctrinas imanentistas se aboca inevitablemente a la identificación de la autoridad con una colectividad concreta pero particular: Estado, clase, grupo.. Sin embargo, está más que justificada la duda de que una colectividad de este tipo mantenga universalmente abierta la conciencia, que nos haga libres: una colectividad así entendida configura inevitablemente a algunos otros, pocos o muchos, como extraños, destinados fatalmente, antes o después, a aparecer como enemigos o a serlo verdaderamente<sup>89</sup>. Me parece, como puede comprobar el lector, que la “ética dialógica” llevada por su propia dinámica –por muchos intereses “cuasi-trascendentales” que se añadan– no sólo no resuelve nuestros problemas sino que nos introduce por un camino bastante problemático, lleno de aporías<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> *Introducción a la historia de la filosofía*, cit., pág. 207.

<sup>89</sup> Cfr. *Itinerarios...*, cit., pág. 74.

<sup>90</sup> Para otras críticas, muy razonadas, al consenso así entendido, vid. P. Serna, *Positivismo conceptual...*, cit., págs. 192-208, entre otros lugares.

#### 4. TRES DIFICULTADES.

Escribía Adela Cortina que tiempos recios son éstos para quien quiera hablar de Moral. Y yo añado: para quien quiera, además, hablar de Ciencia jurídica y de Ciencia de la legislación. En los tres párrafos anteriores he aludido a algunas dificultades que hacen comprensible lo que acabo de escribir, pero queda aún más. Está el pavoroso tema del "racionalismo", al que dedicaré el capítulo cinco. Pero, entretanto, hay una serie de problemas que englobo conjuntamente ahora, en este capítulo, y que son: la ideología de los "derechos", el problema de las asignaturas académicas, y el tema del Poder.

Sobre los problemas que plantea la ideología de los "derechos" ya dejé algo dicho a comienzos de este ensayo; a ello me remito como introducción al tema. Quizá desconcierte al lector que haga una referencia a las "asignaturas" académicas y, de la mano de este desconcierto, se pregunte qué tiene que ver la docencia universitaria con el problema de la fundamentación real de la decisión moral o jurídica: entramos en el pantanoso terreno del academicismo, porque -casi por definición- lo que es evidente para el hombre normal y corriente, es tildado de "ingenuidad" por el universitario que, desde sus métodos racionalistas, se siente superior al saber práctico normal y adopta una actitud "crítica". Claro, desde este *criticismo* el filósofo es capaz de negar "todo": basta leer el libro I, Parte IV del *Tratado de la naturaleza humana* de David Hume, para comprender -académicamente- que no existe mi casa, ni mi esposa, ni mis hijos, ni... nada. En pocas palabras, no existe la "realidad": me encuentro a solas conmigo mismo, según Hume, sin más guía que mis pasiones. Huelga decir que la pasión dominante, la única que hoy goza de prestigio académico en el ámbito de la Ética y de la Filosofía del Derecho, es el afán de "libertad"; el sexo apenas es considerado en los libros de Filosofía del Derecho, por más que insistan en él los tratados de Antropología.

Queda, finalmente, el tema del Estado. El "Estado" es la forma de convivencia -sería más exacto decir de dominación- propia de la Edad Contemporánea. Fue diseñado doctrinalmente en los siglos XVII y XVIII, y se hizo realidad viva en el siglo XIX. La Unidad de la Razón reclamaba un solo Derecho, a ser posible univer-

sal: Jeremías Bentham redactó más de un código civil para países que no conocía; fueron abolidos todos los Derechos particulares, *le droit coutumier* francés o los fueros españoles. Junto al monopolio del Derecho estaba el monopolio del Poder: en España, el Estado luchó contra los municipios fundamentalmente, hasta que les quitó prácticamente todas sus competencias y todos sus bienes: se ha escrito mucho sobre las desamortizaciones eclesiásticas, pero muy poco, en comparación, sobre las desamortizaciones municipales. El Estado tuvo el campo libre cuando quitó a los Ayuntamientos sus bienes y su capacidad para imponer impuestos y se erigió así en el único Poder nacional. La Iglesia quedó como una asociación privada más, tan fuerte que era preciso pactar con ella: pero sin capacidad legislativa ni judicial, aunque en algunos Estados, por la fuerza de los hechos, el Poder estatal reconociera algún sector de la legislación o de la jurisdicción eclesiástica. La raíz del problema es el monopolio del Poder: el Estado es soberano, lo que quiere decir que no existe instancia legitimada para enmendar la plana al legislador estatal: ni la Moral, ni la Religión, ni la Iglesia. El Estado ha tenido su propia ideología en el plano de la Filosofía del Derecho, que se ha llamado "positivismo jurídico". Su fundamento: separación estricta entre las leyes y la Moral, de forma que el Derecho obliga porque sí. Alcanzó su expresión más depurada en Hans Kelsen, quien explicó que el Derecho "obliga" porque constituye un "deber ser". Como va de suyo, el "positivismo jurídico" no puede reconocer la existencia de ninguna Ciencia del Derecho: desde el momento en que una persona, jurista o no, se afiance en lo que demanda la realidad para "contestar" al Estado, la Ciencia del Derecho o *jurisprudencia* está proscrita. Por esta razón, yo diría que lo más característico del "positivismo jurídico" es la negación de cualquier saber jurídico, excepto, claro está, el conocimiento más o menos sistematizado de la legislación estatal.

Se trata, pues, de tres problemas distintos, pero que nos llevan al mismo punto. Comencemos por el tema de los "derechos".

#### 4.1. La ideología de los "derechos".

La Modernidad no contempló personas u hombres, sino *individuos*. Y nosotros, como herederos de la Modernidad, seguimos con este dudoso legado. El "individuo" es un ser independiente y aislado que, gracias a la ficción del *status naturae*, es "autónomo". Su "autonomía" es una consecuencia de su aislamiento y, como intenté mostrar en un estudio acerca de los orígenes de la noción de "persona jurídica"<sup>91</sup>, únicamente posee un patrimonio: el hecho de que nadie posee un *privilegio* para dictarle a él lo que debe hacer. Más tarde, ya a comienzos del siglo XVIII, en plena expansión de la mentalidad capitalista, se le añadió un segun-

<sup>91</sup> *La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la "persona jurídica"*, en "Anuario de Filosofía del Derecho" IV (1987) págs. 477-522.

do derecho, como reconocemos en John Locke: el de ser propietario. Pero como el individuo del "estado de naturaleza" únicamente posee indeterminabilidad del arbitrio, el derecho a la propiedad fue fundamentado también en su arbitrio, como estudié en *La Cabeza de Jano*.

Los autores de los siglos XVII y, especialmente del XVIII, no distinguen entre libertad y arbitrio. En el siglo XVII, cuando aún la lengua académica era el latín, emplean indistintamente los términos *libertas* y *arbitrium*, aunque, quizá por razones de decoro o de pudor, usan en mayor medida el de *libertas*. En cambio, en el siglo XVIII, cuando la lengua de las Universidades es preferentemente el alemán, ya usan *Freiheit* (libertad) y *Willkühr* (arbitrio), tomándolos expresamente como sinónimos. De este modo, Kant en la "Sittenlehre" de la *Metafísica de las costumbres*, sostiene dos actitudes muy contradictorias<sup>92</sup>.

Contra este individuo que sólo posee su arbitrio reaccionaron los románticos, en lo que se ha llamado "la revuelta de la conciencia contra la razón". Reaccionaron, igualmente, las diversas corrientes socialistas. Pero en el siglo XX, al acabar la II Guerra Mundial, la propaganda occidental insistió exclusivamente en la "libertad" para combatir al comunismo; sólo que ahora, perdida la noción de libertad, ésta quedó equiparada a la de "arbitrio", y aquí ha quedado empestillada la doctrina universitaria. A su vez, la libertad ha sido entendida como sinónimo de "democracia", y este hecho ha acabado de enturbiar el panorama universitario y vital de nuestra cultura.

De este modo, el hombre de finales del siglo XX se cree libre porque vive en una "democracia" y, a causa de la herencia ilustrada, contempla al poder político como el defensor de sus "derechos". Por esta razón, las expresiones *Legal Philosophy* y *Human Rights* son prácticamente sinónimas y, de hecho, en muchas cátedras universitarias, la "Filosofía del Derecho" consiste en una explicación de los "derechos humanos".

Hablo de "ideología" al referirme al tema de los "derechos humanos" porque, me parece, esta cuestión se ha desorbitado. Nadie que esté en su sano juicio dejará de reconocer que toda persona tiene derecho a la vida, a una vivienda digna, al honor, a la educación etc., pero entiendo que este tema se ha salido de sus límites porque desde estos derechos fundamentales de la persona no se explica toda la realidad jurídica; ni siquiera la mayor parte de esta realidad. Es decir, lo que recha- zo es la pretensión de exclusividad de esta teoría que, además, en la práctica, deja reducidos los derechos a manifestaciones de la igual libertad y comprime todo el

<sup>92</sup> La identificación de libertad con *Willkühr* está presente en toda la obra kantiana. Pero la necesidad de someter el arbitrio a leyes lleva a Kant a sostener ocasionalmente una noción de libertad muy próxima a la hegeliana: *vid.* "La introducción a la metafísica de las costumbres", capítulo dedicado a "Las nociones preliminares sobre la metafísica de las costumbres" (*Philosophia practica universalis*). A la vista de estos planteamientos contradictorios lo que más urgentemente viene a la mente es el título mismo de la obra de Hans-Georg Deggau, *Die Aporien der Rechtslehre Kants* (Frommann-Holzboog, Hildesheim, 1983), aunque no siempre el contenido de este libro responde a su título.

mundo jurídico a las distintas manifestaciones del arbitrio de los individuos; por este hecho se muestra unilateral e insuficiente. Diría que insuficiente por unilateral, con los perjuicios que comporta toda unilateralidad<sup>93</sup>.

Efectivamente, entre otras cosas, el individuo que hace suya la teoría de los derechos es un ser que no es capaz de situarse en una "posición excéntrica" y comprender, así, que él no es el centro del mundo. Yo no quiero que me insistan más en mi independencia y en mi aislamiento. Al contrario, quiero que se me reconozca mi libertad para asociarme, para cooperar. Como puede comprender el lector, un primer problema que crea la ideología de los derechos es que genera actitudes escasamente o nada solidarias, halagando continuamente la pasión menos apreciable del hombre: su vanidad, con la dinámica degenerativa humana que introduce al individuo. En este sentido, Erich Fromm nos dice que «Desde el siglo XVIII se han desarrollado muchas teorías éticas: algunas fueron formas más respetables del hedonismo, como el utilitarismo; otras fueron sistemas estrictamente antieudemonistas, como los de Kant, Marx, Thoreau y Schweitzer. Sin embargo, en la época actual, en general desde el fin de la Primera Guerra Mundial, se ha regresado a la práctica y a la teoría del hedonismo radical»<sup>94</sup>. No faltará, desde luego, quien piense que el hedonismo es una gran cosa, y quizá por ello Esperanza Guisán ha publicado su *Manifiesto hedonista*.

En la vida concreta, los hombres no somos individuos aislados que sólo han de buscar (a falta de otra meta) su placer. Heidegger ha puesto de relieve, hace notar Schwarz-Liebermann, que la "existencia común" (el *Miteinander-sein*), en la vida cotidiana, posee una estructura ontológica propia, de modo que no tiene nada que ver con la "simple adición de una pluralidad de sujetos"; porque el "otro" es un ser (*Seiendes*) que no "está" simplemente en el mundo, sino que tiene un mundo propio, y este mundo que "es" el otro, no se nos aparece bajo la forma de utilización (*Verwenbarkeit*) o de manipulación (*Verfügbarkeit*), sino en el modo de la "comprensión" y del "diálogo"<sup>95</sup>. Me temo, en cambio, que la ideología de los derechos lleva más bien a considerar al "otro" solamente en la medida en que me puede ser útil para mis propios fines o arbitrio, desconociéndolo como tal persona; es decir, implica una in-humanidad en la medida en que sólo reconozco en el otro a lo sumo lo que me reconozco a mí mismo, y soy incapaz, por lo tanto, de captar al otro en su especificidad; implica, por ello, menosprecio por las personas.

<sup>93</sup> Para una crítica extensa y profunda de lo que apunto en este capítulo, me remito a Pedro Serna, *Positivismo conceptual...*, cit., *per totum*.

<sup>94</sup> *¿Tener o ser?* Trad. de C. Valdés. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires, 1987, pág. 24.

<sup>95</sup> Cfr. *Réflexions...*, cit., pág. 94.

#### 4.1.1. Carácter defensivo y concepto histórico.

La doctrina moderna ha considerado únicamente la libertad negativa, la libertad *contra* o "frente a", centrada en el reforzamiento de la independencia del individuo, a fin de combatir (mediante la exigencia de la igual libertad) el despotismo monárquico y las desigualdades propias del Antiguo Régimen. «Ellas fueron [se refiere a las "Declaraciones de derechos"] un arma defensiva, escribe Villey. En 1789 contra el pretendido absolutismo de la monarquía de los Capetos... o en 1948 contra el fantasma de Hitler y contra las dictaduras de todos los tipos»<sup>96</sup>. Sí, de acuerdo, pero el problema reside en que la mentalidad de los derechos "se ha quedado ahí": ya no existen, al menos en los países occidentales, reyes déspotas ni tiranos del tipo de Hitler.

Hoy existen problemas urgentes y graves, y la ideología de los derechos con su esencial carácter defensivo y, por ello unilateral, no es capaz de abordarlos. Realmente, los "derechos del hombre" fueron el instrumento a través del cual se acabó con el *regime paternelle* monárquico y con las desigualdades tradicionales de tipo jurídico; cumplieron su *función histórica*. Pero, ¿tienen hoy el sentido que tuvieron en 1789 o en 1948? Quizá no fuera demasiado arriesgado aventurar la hipótesis de que estamos ante lo que se llama un "concepto histórico", es decir, una construcción doctrinal que sirvió eficazmente en una tesitura histórica concreta, y que no puede ser entendida fuera de su marco histórico. Aferrarse a conceptos históricos es peligroso. G. Friedmann nos indica que «así, el igualitarismo de la izquierda vino a significar igualdad formal, nivelación de los hombres, antes que esfuerzo por hacer a todos ellos dignos por naturaleza»<sup>97</sup>.

Efectivamente, a primera vista podría entenderse que los "derechos humanos" constituyen una barrera frente a la arbitrariedad del Poder; una institución magnífica, por tanto. Pero me preocupa más la mentalidad que crea la ideología de los derechos en las personas; no me refiero a los derechos concretos, sino al talante individualista y egoísta que esta ideología forma. Hablo de los "derechos humanos" como concepto histórico: ¿acaso la mentalidad que ellos crean es congruente con las exigencias de solidaridad de la comunidad política contemporánea? Parece que, en un primer momento, se educa a un individuo insolidario y egoísta para, en un momento posterior, exigirle su cooperación en empresas solidarias: erradicación de la pobreza, ayuda a marginados, viviendas baratas. Esto no tiene lógica, y como las personas no lo entienden —consecuencia de la falta de sentido— se produce en ellas ese "desgarrón" (*Zerrissenheit*), ese "desdoblamiento" (*Entzweiung*) que ya denunció Hegel. Hoy parece que todo esto ha degenerado simplemente en cinismo, que se muestra en al aumento desproporcionado de la burocracia.

<sup>96</sup> *Le droit et les droits de l'homme*. PUF. Paris, 1983, pág. 9.

<sup>97</sup> *La filosofía política de la Escuela de Frankfurt*. Trad. de C. Candiotti. Fondo de Cultura Económica. México, 1986, págs. 29-30.

No hay que tener miedo porque no hablemos de los "derechos": no quedaremos huérfanos. Los principios de la *humanitas*, la *pietas*, la *dignitas*, etc., que cualquiera encuentra en la jurisprudencia romanista garantizan, mejor que los "derechos", algunas básicas exigencias del ser humano. En este sentido no deja de ser chocante para la mentalidad actual más extendida que Tomás de Aquino, en el siglo XIII, al tratar de las tendencias naturales del hombre ("El orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales"), estableciera que "es natural" al hombre el deseo de conocer, lo que traducido al lenguaje cotidiano quiere decir que todo hombre posee un derecho a la educación y a la cultura. Queda el problema de la igualdad político-jurídica, desconocido en esa jurisprudencia a la que aludo. Pero si este tema fue desconocido, me parece que ello se debió, antes que nada, a razones técnicas: era inviable un régimen parlamentario en el siglo IV o en el siglo XVIII; al fin y al cabo, el parlamentarismo sólo se pudo hacer realidad en España cuando se introdujo el telégrafo. Hoy, en cambio, cuando cualquier ciudadano puede conocer casi instantáneamente lo que sucede en cualquier lugar del mundo, lo impensable es, más bien, lo contrario: que él no pueda participar.

#### 4.1.2. Problemas humanos.

El hedonismo y el permisivismo que conlleva la mentalidad de los derechos tienen sus desventajas, como indicaba antes. Aunque son muy respetables las personas que mantienen lo contrario, yo me hago eco del juicio de Mounier: «Todas las personas han ido abandonándose poco a poco en el anonimato de un mundo impersonal. El mundo moderno es esa afasia colectiva, esa despersonalización masiva. El sueño, en lugar de su obligación, es la tentación del hombre»<sup>98</sup>. No me cabe duda de que en los vicios actuales hay más mediocridad que no verdaderas pasiones. Si queremos reforzar las personalidades, no parece que éste sea el camino.

Indicaba antes que la mentalidad que crea la ideología de los derechos hace que cada individuo se crea el centro del universo. La persona —escribe Trigeaud— no es el sujeto frío y escéptico que calcula y descompone como dotado de la naturaleza de un reloj; ella es el sujeto que padece y se abisma en la exaltación narcisista de su yo<sup>99</sup>. En este mismo sentido, F. Puy, al referirse a la crítica hegeliana a la Modernidad, indica que «El derecho abstracto es lo suyo de la voluntad libre de una persona, que piensa en sí misma y se olvida de todo lo demás, y de todos los demás»<sup>100</sup>. Efectivamente, los "derechos", entendidos normalmente bajo la catego-

<sup>98</sup> *Revolución...*, cit., pág. 75.

<sup>99</sup> *La fonction critique du concept de nature des choses*, en "Philosophie juridique européenne", cit., pág. 212.

<sup>100</sup> *Tópica jurídica*. Paredes. Santiago de Compostela, 1984, parágrafo 11.35, pág. 128.

ría del derecho subjetivo, nos devuelven a una sociedad primitiva, pre-romana. Podríamos hablar del primitivismo actual, de una sociedad como la nuestra, en la que millones de personas pelean y compiten, de una forma que, a fin de cuentas, poco se diferencia de la que se practicaba en fases primitivas de la historia. Lo específico de la prevalencia actual del derecho subjetivo —categoría jurídica muy respetable cuando es el caso— es suponer la ausencia de un orden comunitario desarrollado, de modo que los individuos, antes que cooperar, se agotan defendiendo sus intereses; y un interés no es, ni mucho menos, un derecho. Todo vuelve a quedar reducido a una cuestión de fuerza, aunque nos tranquilicemos la conciencia aumentando la burocracia. Hay reticencias en entender que la persona no existe *para sí misma*, sino por sí misma, por su propio valor y dignidad.

El derecho subjetivo se da en aquella situación en la que una persona posee una potestad que puede ejercitar a su placer: yo enciendo mi aparato de televisión cuando quiero, y no tengo que dar cuentas de ello. El derecho subjetivo implica esencialmente irresponsabilidad, y la mayor parte de los derechos o competencias que poseemos los hombres no poseen, ni remotamente, este carácter: supondría atentar incluso contra el idioma decir que yo "tengo libertad" para dar o no dar las clases que tengo obligación de dar. Y, sin embargo, poseo un verdadero derecho a dar mis clases; lo que nos indica que la palabra "derecho" no puede ser reducida a los límites del derecho subjetivo. Sin embargo, como la mentalidad dominante lleva a contemplar el ordenamiento jurídico como un complejo de derechos subjetivos puestos a disposición de cada sujeto, se comprende la exclamación de Puy: «El tópico del derecho subjetivo es el tópico con que presentamos nuestra propia posición jurídica como la de un dios dominador, vencedor y celestial, para que todos los demás, posibles adversarios o competidores, se prosternen, se pongan por debajo»<sup>101</sup>. Es una cita que describe un sector del hombre medio contemporáneo.

Nadie es un todo en sí mismo. Nuestra responsabilidad es solidaria y, por esta razón, nuestra libertad es igualmente solidaria. Es nefasta la regla de oro que encuentro en algunos kantianos de comienzos del XIX, *leben und leben lassen*, "vivir y dejar vivir" porque, aparte de que esto supone no respetar la humanidad del "otro", los hombres vivimos en un estado de interdependencia dinámica en el que la simple omisión (la *Enthaltung* kantiana) ya supone un daño positivo para los demás. Cooperación, interdependencia: diría que el problema práctico está en saber cuando el sacrificio exigido deja de molestar al individuo para comenzar a lesionar a la persona. Desgraciadamente aún ahora una parte de los tratadistas de la Ética y del derecho sigue confundiendo individuo y persona.

<sup>101</sup> *Tópica...*, cit., 39.34, pág. 513.



#### 4.1.3. Algunas objeciones.

En sociedades como la inglesa, la española o la italiana, que son Estados en cuyas Constituciones quedan recogidos algunos derechos o libertades básicas, los "derechos humanos", ¿cumplen alguna función jurídica? Planteo el problema con bastante radicalidad y, por esto mismo, la respuesta ha de ser matizada.

El problema que plantean los derechos humanos, de acuerdo con lo que ahora queremos estudiar, es que son demasiado abstractos; viven, por así decir, en la estratosfera, y como nadie llega hasta allí, en principio no pueden ser violados por muy arbitraria que sea la actuación del poder público en un Estado occidental actual<sup>102</sup>.

Además de existir en la estratosfera de la vida jurídica, estas declaraciones tan genéricas necesitan ser "aplicadas" o argumentadas cuando efectivamente se las alega con fines prácticos; porque entre su formulación y el caso práctico concreto se interpone demasiada distancia. Dicho de otro modo, estos derechos no son directamente justiciables: se les aplica o alega porque ha mediado entre ellos y el problema una cadena argumentativa compuesta de "axiomas secundarios", si suponemos que la declaración de tales derechos constituyen los "axiomas primarios". Schwarz-Liebermann nos comenta que «debemos ser conscientes del hecho de que podemos partir desde axiomas que en sí son irrefutables en su verdad y, en una 'secuencia lógica', podemos llegar a resultados diametralmente opuestos, dado que estos axiomas permiten consideraciones -los 'axiomas secundarios'- diferentes los unos de los otros, a partir del momento en el que ya no estamos en el campo de la 'abstracción', sino en el de la 'experiencia'»<sup>103</sup>. Esto no es una particularidad específica de los derechos humanos, sino de cualquier principio general, como ya destacó Arthur Kaufmann hace bastantes años. Es decir, los "derechos humanos" permiten interpretaciones diferentes que sólo pueden ser resueltas por vía de autoridad, como sucede en España, por ejemplo, con el Tribunal Constitucional; pero, siendo así las cosas, poco importan estos derechos: lo decisivo son las sentencias de este Tribunal, que dicen inspirarse en tales derechos recogidos en la Constitución.

El problema es, sin embargo, más complejo. En el plano de la teoría jurídica vemos cómo desde un mismo axioma, claro de por sí, se pueden llegar a conclusiones distintas, a veces opuestas, porque además de los "axiomas secundarios" existe un contexto de "precomprensión" inicial desde el que se entiende el sentido y alcance de "los derechos humanos". En este sentido, escribe Benito de Castro que «Lo que sí parece incuestionable es que los axiomas (se refiere a los axiomas previos a los derechos) son imprescindibles dentro de cualquier fundamentación racional de los derechos humanos. Ahora bien, cuando esos axiomas recogen ma-

<sup>102</sup> Dejo ahora de lado lo que puede estar sucediendo en algunas de las antiguas naciones del bloque del Este o en otros Estados africanos.

<sup>103</sup> *Reflexions...*, cit., pág. 121.

nifestaciones del modo-de-ser o naturaleza del hombre, las posibilidades dialécticas son mucho mayores»<sup>104</sup>. Quizá es por esta razón por lo que Dworkin opina, con palabras más sencillas, que «Cuando apelan a los derechos individuales, los políticos piensan en proposiciones grandilocuentes, referentes a intereses muy abstractos y fundamentales, como el derecho a la libertad, a la igualdad o al respeto. No parece que esos grandes derechos sirvan para decidir casos difíciles, a no ser, quizá, que sean casos de derecho constitucional; e, incluso cuando sirven, parecen demasiado abstractos para tener mucho poder en la argumentación»<sup>105</sup>.

Pero en el plano de la praxis política, la ideología de los derechos cumple a veces una función perturbadora: como indicaba líneas arriba, estos "derechos" viven fuera del alcance de los mortales, lo que hace posible que un cargo público apele con frecuencia a los "derechos humanos" y, al mismo tiempo, su actuación pueda ser profundamente arbitraria y discriminatoria. Se produce entonces lo que Benito de Castro llama el "efecto autocomplacencia". «Parece claro que la Declaración Universal y el consiguiente impulso general en favor de los Derechos fundamentales de la persona originado por ella ha desencadenado la generalización de una actitud psicológica que podríamos designar con el nombre de "efecto autocomplacencia". No sólo en los planteamientos políticos y en los medios de comunicación social, sino también en el ámbito de la elaboración doctrinal está permanentemente viva una amplia satisfacción acompañada de la convicción difusa de que el mundo actual ha descubierto ya la panacea de todos sus males públicos: los Derechos Humanos»<sup>106</sup>. Y es que entre la abstracción propia de los derechos y la práctica concreta existe un hiatus insondable.

En cambio, la apelación frecuente a los derechos humanos cumple eficazmente una función legitimatoria: un cargo público que favorezca a los suyos y deniegue la justicia a los demás, tiene bien cubiertas las espaldas ante la opinión pública si hace referencias frecuentes a los derechos humanos, en los que dice fundamentar su actuación. Esto es posible porque, sigue indicando Benito de Castro, «Gracias al marcado carácter abstracto y en buena medida formal de los valores y principios que consagra, la Declaración Universal ha podido ser asumida por los más diferentes e incluso contrapuestos regímenes políticos como clave orientadora de su organización y de su acción jurídico-política. Al menos, en apariencia. Al no tener contenidos predeterminados con precisión, al ser simples principios programáticos, los Derechos Humanos proclamados en la Declaración Universal actúan como modelos abiertos que ofrecen una gran flexibilidad o polivalencia política»<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> *La fundamentación racional de los derechos humanos*, en "Persona y Derecho", 22 (1990), pág. 228.

<sup>105</sup> *Los derechos en serio*, cit., pág. 156.

<sup>106</sup> *La crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948*, en "Persona y Derecho" 25 (1991), pág. 19.

<sup>107</sup> *Op. cit.* págs. 17-18.

Un segundo tema que plantean los “derechos” es el de la medición de la justicia. Sucede que estos derechos se presentan en principio como absolutos pero, como reconoce Rawls, «No puede hablar todo el mundo a la vez, ni puede hacerse uso simultáneo pero con fines distintos de unas mismas instalaciones»<sup>108</sup>. Todos estamos de acuerdo en que todas las personas tienen derecho a hablar, y todos estamos igualmente de acuerdo en que los cazadores del pueblo pueden cazar en el coto municipal; hasta aquí no hay ningún problema. El verdadero problema, es saber *hasta dónde* se puede hablar: dónde acaba el derecho a la libertad de expresión y dónde comienza la difamación o la calumnia, cuándo pueden cazar unos y cuándo otros. Rawls indica, ante estas dificultades, que «la institución de las libertades fundamentales, al igual que la satisfacción de deseos distintos, requiere un programa y una organización social»<sup>109</sup>. Pero, claro, entonces el problema se traslada desde la simple afirmación de los “derechos” a ese misterioso “programa y organización social”. Es decir, que según Rawls, e interpreto su pensamiento, conviene olvidarse de los “derechos” y atender a lo que demanda la realidad: volvemos, así, inconfesadamente, a una ciencia jurídica prudencial, de corte romanista. Sólo que ahora se hace cripticamente y en contradicción con los propios presupuestos.

Estos derechos básicos constituyen el fundamento último de algunas regulaciones jurídicas, pero con ellos no se *determina* (se mide) casi nada en Derecho. Pretendo indicar que las competencias que yo poseo, su alcance y límites, mis deberes y posibilidades concretas como padre, esposo, profesor, conductor de un automóvil, etc. no resultan desde estos derechos fundamentales. A veces sí, como el derecho a votar cuando se celebran elecciones generales o el derecho (teórico) a elegir el colegio de mis hijos; pero se trata de casos estadísticamente muy escasos. Por el contrario, en la praxis concreta es preciso atender a lo que reclama cada situación real: normalmente, el derecho a hacer o no hacer no es tanto el correlato ineludible de un principio fundamental como el resultado de una apreciación que tiene a la vista las necesidades *reales*: “reales” del término latino *res*, “cosa”. Pedro Serna nos dice que «sobre la diversidad e incompatibilidad entre los derechos-poder y los derechos-libertad, y otros en general, puede alcanzarse una mayor intelección del problema si se tiene en cuenta lo dicho sobre los valores. Repárese en que cada uno de esos derechos puede tal vez orientarse a la realización de un valor, pero no necesariamente de un valor abstracto, sino de un valor limitado de suyo por su referencia al ser del hombre y a su naturaleza. Se trata, pues, de derechos no sólo ilimitados, sino dotados de contornos precisos, tal vez sólo averiguables en el caso concreto pero en todo caso precisos o, al menos, precisables. Por otra parte, lo que tal vez está mostrando claramente su ineficacia y escasa validez para tratar los derechos humanos es el concepto de derecho subjetivo de raíz

<sup>108</sup> *Las libertades fundamentales y su prioridad*, en “Libertad, igualdad y derecho”. Trad. de G. Valverde. Ariel, Barcelona, 1988, pág. 17.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

voluntarista-liberal que maneja Bobbio de modo permanente. Una de las ideas en que insistimos en el próximo capítulo será precisamente que el concepto mismo de derecho en su acepción subjetiva, liberal e individualista que lo configura como una pretensión absoluta, ilimitada e irracional sobre un objeto determinado, fracasa precisamente al intentar tematizar los derechos humanos como derechos absolutos, a pesar de que si algunos pueden pretender ese carácter absoluto son, en todo caso, éstos. Nuevamente se trata de un problema creado, no por el objeto de la investigación –los derechos– sino más bien por la óptica desde la que se accede a él»<sup>110</sup>. Éste es uno de los problemas: los derechos del hombre no pueden ser absolutos (excepto algunos muy básicos) sino que, como todos los derechos, han de ser medidos (considerados, ponderados y recortados o sublimados) según el contexto.

Porque normalmente, el alcance de la competencia o derecho es una “cualidad de las cosas”, un *medium rei*. De esto trataré más adelante.

Si el lector se siente algo desconcertado por lo que he indicado, no debe preocuparse. Indica Jean-Marc Trigeaud que el éxito material de una doctrina indica poco sobre su capacidad para realizar lo justo. Más bien, este éxito suscita la sospecha, dado el papel que juegan los *media*, de que las filosofías dominantes han llegado a ser verdaderas ideologías ya que se parecen bastante –lo que es sociológicamente explicable– a la definición caricaturesca y errónea que el marxismo dio de la ideología en el siglo XIX<sup>111</sup>.

#### 4.2. El problema de las asignaturas.

Me parece que no digo un disparate si establezco que la Filosofía es “un reflexionar *sobre*”. De hecho, mi buen amigo Beckmann escribía, a comienzos del siglo XVIII, que *philosophare est bene ratiocinare circa ea quae occurrunt*<sup>112</sup>, es decir, hacer filosofía es razonar bien sobre las cosas que pasan. El problema es sobre qué vamos a reflexionar: ¿sobre libros que intentaron hacer realidad la ideología del Estado y que sustentaron por tanto el “positivismo jurídico”, o sobre lo que nos muestra la vida jurídica?

Esta asignatura que se llama Filosofía del Derecho ha tendido a reflexionar sobre libros, y por este motivo es corriente leer frases tales como que “tras las obras de Kelsen y Hart el derecho sólo puede ser entendido como un sistema”. Pero, si dejo de lado los libros, lo que veo en mi trato con jueces y magistrados, lo que veo en los bufetes de abogados, no tiene nada que ver con un “sistema”. El sistema es la pretensión de construir una ciencia que posea un punto único central

<sup>110</sup> *Positivismo conceptual...*, cit., pág. 160-161.

<sup>111</sup> Cfr. *La fonction...*, cit., pág. 242.

<sup>112</sup> *Doctrina iuris ex iure naturae, Iure Gentium, Canonico, Divino, Iure Civili Romano, Iure feudali et Principiis Philosophiae Practicae*. Jena, 1678, pág. 434.

y fundamentador, desde el que toda la periferia sea más o menos exacta y previsible. Lo que llamamos ordenamiento jurídico, en cambio, se nos presenta como una abigarrada masa de leyes, decretos, sentencias y opiniones doctrinales, dictadas en épocas distintas, con finalidades distintas, en la que no es posible descubrir principios fundamentales unificadores.

Sin embargo, el profesor de Filosofía del derecho suele ser un estudioso de libros. Los autores de estos libros pretendieron, en su día, explicar la realidad jurídica, aunque en realidad, más que explicarla, se propusieron *normarla*; de hecho, los libros filosófico-jurídicos del siglo XX más conocidos intentaron moldear las cabezas para hacer posible el "Estado", primero en su versión socialista, y ahora liberal. De este modo, sus autores establecieron un *framework* bastante unilateral<sup>113</sup>; posteriormente, los estudiosos de estos libros, los compararon entre sí, hicieron sutiles distinciones, los completaron siguiendo su dinámica implícita, etc., pero nunca rompieron este marco de trabajo. Surge así, inevitablemente, una escolástica; lo típico de las diversas actitudes escolásticas que se han sucedido en la historia es su carácter epigonal: el "escolástico" no atiende a la realidad, sino a unos textos que constituyen para él el *initium* de la ciencia y que él desarrolla eruditamente. Y así se forman las asignaturas, que suelen ser constructos intelectuales en los que se comparan teorías una vez perdida de vista la realidad.

En cierto modo, los términos "asignatura" y "teoría" son sinónimos, al menos para referirnos a un buen sector de la Filosofía del derecho. La asignatura suele cobrar una cierta forma consagrada, canónica, de la mano, normalmente, de un autor especialmente destacado, cuya lectura resulta *imprescindible*. Las cabezas se van cerrando en torno al contenido material de la asignatura hasta que, finalmente, se produce lo que se propusieron sus pioneros: el alumno universitario sólo ve la realidad jurídica (cree verla) a través del cristal deformado de lo que expone el texto, ya que, como explicaba Bacon, «las lecciones y los ejercicios están dispuestos de tal manera que a nadie se le ocurra pensar o estudiar algo diferente de lo acostumbrado»<sup>114</sup>. Por esta razón, si alguien quiere redactar un libro *acceptable* de "Filosofía del derecho" hoy, en el área latina, le basta con partir de Kelsen, exponer las objeciones de Ross y, finalmente, la actitud conciliadora de Hart; con esto basta. Si quiere tomar fama de erudito, puede aludir a la filosofía dialéctica alemana, al neocontractualismo anglosajón actual, a las teorías sistémicas y al análisis económico del Derecho; pero esto no es imprescindible.

<sup>113</sup> Es una constante humana interpretar la realidad: la inteligencia humana implica siempre una captación algo personal de aquello que aprehende, y por esta razón podemos decir que la *interpretación* es una categoría necesaria de la Inteligencia. Pero una cosa es esta necesaria interpretación y otra es proporcionar una versión ideologizada de la realidad. En este último caso no se trata tanto de captar la realidad, con la necesaria interpretación de ella, como de "normar" a esa realidad social moldeando las cabezas de los oyentes o de los lectores. En este último caso cesa la interpretación inevitable y comienza la actitud ideológica y adoctrinadora.

<sup>114</sup> Aforismo XC, pág. 148 de la edición citada.

Pero si pensamos que la filosofía es una reflexión inteligente sobre la realidad, va de suyo que no podemos encerrarnos en unos textos. Sucede, ciertamente, que algunos ven el texto como un Bien en sí, que no puede ser superado: se trataría de un caso exagerado de escolasticismo, próximo al fanatismo. Otros consideran a la teoría en cuestión como el único marco heurístico o normador de la realidad: siempre ha sido una constante en algunos hombres anteponer sus ideas a lo que muestra la experiencia. Es conocido que Ortega solía decir que estos tales anteponian la carreta a los bueyes.

Por este camino se llega al academicismo. A ese academicismo que, en lo que hace a la Filosofía del derecho contemporánea, arranca de Hume y concluye que sólo existe el lenguaje. El academicismo responde, a veces, a razones muy prácticas: el estudiante desea aprobar el examen y ha de asumir el pensamiento del profesor. El universitario suele ser discípulo, epígono, y ha de pensar como el maestro si quiere ganar la cátedra y, una vez conseguida ésta, necesita insertarse en un grupo *intelectual* si quiere influencias académicas, editoriales, etc., porque la independencia se paga muy cara. También puede suceder que realmente esté "convencido", especialmente si la escuela en la que se integra sigue la moral positiva, el pensamiento de moda, es decir, si piensa como "se" piensa, si siente como "se" siente: entonces será un *progresista*. Para este último supuesto, Whitehead nos indica que «Todos comenzamos siendo empiristas. Pero nuestro empirismo se confina dentro de nuestros intereses inmediatos. Cuanto más claramente dominamos el análisis intelectual de un modo de regular procedimientos en favor de nuestros intereses, tanto más decididamente rechazamos la inclusión de una evidencia que se niegue a armonizarse inmediatamente con el método ante nosotros. Algunos de los mayores desastres de la humanidad han sido producidos por la estrechez de miras de hombres poseedores de una buena metodología»<sup>115</sup>.

Como podemos ver, lo típico de las asignaturas suele ser el alejamiento de la realidad en nombre de unos textos. Alfred North Whitehead, en cambio, nos indica que «La base de toda autoridad es la supremacía del hecho sobre el pensamiento». Como esto no ha sido –y no es– así, su conclusión sobre la historia de la "filosofía" es más bien –y quizá con razón– pesimista: «Si damos un repaso a la humanidad, sus especulaciones han sido absurdas, necias y groseras». Whitehead, buen conocedor de la filosofía analítica (fue uno de sus fundadores), nos indica que la racionalidad proviene de la adecuación del pensamiento a los hechos. «Sin embargo, –prosigue este autor– este contraste de hecho y pensamiento puede ser concebido de una manera falaz. Ya que el pensamiento es un factor del hecho de experiencia. O sea, que el hecho inmediato es lo que es, en parte, por razón del pensamiento implicado en él. La cualidad de un acto de experiencia está ampliamente determinada por el factor de pensamiento que contiene. Pero el pensamiento involucrado en cualquiera de tales actos implica un examen analítico de

<sup>115</sup> *La función de la razón*, cit., pág. 51.

la experiencia más allá de sí mismo. La supremacía del hecho sobre el pensamiento significa que incluso el máximo vuelo del pensamiento *especulativo* ha de tener su medida de verdad»<sup>116</sup>.

Sin embargo, dominan hoy los vuelos del pensamiento especulativo de la mano de las filosofías “constructivistas”. Supongo que debe responder a una tendencia innata en la naturaleza del hombre el que una persona, necesitada de seguridad, se aferre a un texto, extraiga las ideas contenidas en ese texto y juegue con ellas. De este modo, estas ideas cobran una legalidad propia – “la autoridad del arte misma” de que hablaba Bacon–, y los que vienen después encuentran constituido un marco de *ideas* que “constituyen” la asignatura.

Este tema daría mucho que decir. Lo volveré a rozar al tratar del “racionalismo”. Sobre las asignaturas, quizá lo único interesante es lo que expone Wittgenstein en el último párrafo de su *Tractatus*: «Mis proposiciones esclarecen si quien me entiende las reconoce al final como absurdas, cuando a través de ellas –sobre ellas– ha salido fuera de ellas. (Tiene, por así decirlo, que arrojar la escalera después de haber subido por ella). Tiene que superar estas proposiciones; entonces ve correctamente el mundo».

#### 4.3. El Estado y la clase política.

Puede sorprender al lector encontrar unas páginas sobre el tema político en una obra dedicada a la ontología jurídica. Pero este hecho tiene su explicación, como ya hice notar anteriormente. Efectivamente, un problema serio para la posibilidad misma de la ciencia jurídica, es decir, de la ontología del derecho, y de la libertad es el de la existencia y operatividad (aún) del “Estado”.

Este tema es complejo a causa del prestigio que la palabra “democracia” alcanzó en Occidente a partir de los años 50: anteriormente había más sinceridad, que se reflejaba en la terminología, y los libros escritos durante la II República española solían referirse al “régimen parlamentario”, quizá porque nadie pensaba seriamente en un gobierno del pueblo. Pero, en la propaganda que se desarrolló en la “guerra fría” entre Occidente y los países comunistas, se insistió tanto en la libertad y en la representatividad que, finalmente, se impuso el término “democracia”, en el que se resumía todo lo que se consideraba bueno, honesto, digno de respeto.

La crítica a la práctica democrática contemporánea se puede hacer desde dos supuestos. Uno, el de la nostalgia de un pasado que se añora. El otro, que es el que me interesa, es el de querer hacer realidad efectivamente las ideas fundamentales que han conducido a la doctrina democrática; entonces la actitud es necesaria-

<sup>116</sup> *La función de la razón*, cit., págs. 112-113.

mente crítica porque estas ideas básicas se han quedado muy a medio camino, con el consiguiente menoscabo para la dignidad y la libertad de las personas.

Hago mias las líneas de Gustav Radbruch: «Este modo de concebir la democracia no es exacto. La democracia no es, en modo alguno, indiferencia a las concepciones políticas, sino, por el contrario, una concepción política propia y peculiar. Detrás de la idea del relativismo, de la neutralidad, de la tolerancia, se halla el valor positivo de la libertad: la libertad como afirmación del Estado de Derecho, la libertad como semillero y forja de la personalidad»<sup>117</sup>. La práctica real “democrática” deja que desear, y por ello suscribo a Javier Hervada cuando escribe que «De donde resultaría, paradójicamente, que la democracia no sería otra cosa que la forma menos desagradable de tiranía. Afortunadamente, la democracia no es eso; lejos de ser la forma menos mala de tiranía, de suyo es –o al menos puede ser– una excelente forma de gobierno»<sup>118</sup>.

#### 4.3.1. La sociedad invertebrada.

Aludía anteriormente a que el Estado, creación doctrinal de los siglos XVII y XVIII, que en mi opinión se hace realidad en España a partir de 1840, destruyó deliberadamente las formas de organización social y política propias del Antiguo Régimen, que pivotaban sobre los Ayuntamientos. De este modo, la nación quedó invertebrada y el Estado se presentó como el único salvador posible: el poder central, desde la Capital del Estado, procedió a crear muchos organismos para hacer frente a las necesidades colectivas, desde el Ministerio de la Gobernación al Servicio Nacional de Cereales, me parece que ya extinto.

El “Estado” ha cubierto una época que se ha llamado “Edad Contemporánea”. Pero ya no da más de sí. Adela Cortina escribe, a propósito del diagnóstico que Adorno y Horkheimer hacían de la democracia en los años cuarenta que «La liberación está lejos. El discurso individualista es hipócrita porque la cultura de masas, contra toda apariencia, no individualiza, no socializa, sino atomiza. Paradójicamente, los grandes sistemas colectivistas y la cultura de masas, lejos de crear individuos autónomos y comunitarios, los convierten en átomos aislados que constituyen una dúctil masa en manos del poder; los transforma en átomos homogéneos que se limitan a imitar a los mismos modelos. ¿Qué queda de los ideales democráticos de los siglos XVII y XVIII, fundados en el valor del individuo, y de metas valiosas por sí mismas, como la libertad, la igualdad y la justicia?»

En sus orígenes, las democracias se concibieron como expresión de los principios arriba citados, principios que parecían proceder de la razón objetiva. Pero el triunfo de la razón subjetiva comporta inevitablemente su desarraigo: la razón formal no reconoce como valioso nada sustancial; la razón instrumental pone

<sup>117</sup> *Introducción a la Filosofía del derecho*, cit., pág. 166.

<sup>118</sup> *Escritos sobre el Derecho natural*, cit., p. 342.

cualquier idea al servicio de la autoconservación. ¿Qué razones existen, pues, hoy en día para aceptar esos principios democráticos?

Ciertamente, esta pregunta, formulada en la década de los cuarenta, sigue valiendo ahora mismo, y la respuesta es idéntica: no hay razones. En la tradición filosófica la democracia hundía sus raíces en principios de orden especulativo, tales como el supuesto de que la misma sustancia intelectual o la misma conciencia moral se encontraban presentes en todos los hombres. De estos supuestos espirituales bebía su sentido la regla de las mayorías, que constituyó una fuerza de resistencia contra la injusticia existente. Pero estos fundamentos han perdido su valor y la mayoría se convierte en un poder incontestable ante el que todo pensamiento debe inclinarse, sin contar ya con razones para ello.

No cabe apelar a la tradición para seguir manteniendo principios de tal trascendencia, porque la tradición fue criterio de autoridad mientras pretendió transmitir la verdad objetiva; pero si negamos desde el comienzo la posibilidad de verdad objetiva, el recurso a la tradición carece de valor. El triunfo de la razón instrumental ha comportado, pues, la muerte del individuo, la cosificación de los productos y relaciones humanas, y el desarraigo de la democracia<sup>119</sup>.

Es bien conocido que una institución llega a su máximo desarrollo y aspiraciones cuando está llegando a su fin. En la década de los sesenta esta ideología "democrática" (después de las observaciones de Cortina se le pueden poner las comillas a esta palabra, ya sin recelos) pretendió ser total, de la mano de ideas socialistas. La democracia se presentó como la única forma posible de autoorganización de lo social, de modo que la única acción cívica posible sería la "colaboración en la democracia", la *demokratische Miteinwirkung*. En lo exterior, la cáscara, tal cultura se haría realidad en la participación política, de modo que —se postulaba— los gobiernos se elegirían mediante el sufragio, y las leyes serían la expresión de la voluntad popular. En lo interior, los ciudadanos estarían plenamente "realizados", serían felices gracias al desarrollo de la libertad-igualdad. Ambas cosas componían entre otras la Gran Promesa, como la llamaba Marcuse. Pero todo esto ha fracasado.

En efecto, en las sociedades suficientemente desarrolladas, el poder del Estado es una rémora al desarrollo humano de sus habitantes. Este hecho lo reconocemos en la crisis del antiguo bloque de los países del Este: sus ciudadanos no querían "tanto" Estado y sí quieren más sociedad no-estatal. El Estado era rechazable para ellos porque admite únicamente lo que se llama la libertad "negativa", y porque fomenta extraordinariamente la corrupción. La instancia "pública" (término muy equívoco) aparece como garante de la libertad por su carga liberal: pero éste es precisamente su talón de Aquiles, porque la ideología liberal no es capaz, desde sus presupuestos básicos, de ir más allá de la fragmentación del Estado

<sup>119</sup> *Crítica y utopía: la Escuela de Frankfurt*. Cincel. Madrid, 1987, págs. 97-98.

(pensemos en España) en cuarenta millones de individuos aislados o "esferas de libertad", las *Freiheitssphären* de la tradición kantiana<sup>120</sup>.

El Estado occidental, esencialmente anclado en la ideología liberal por lo que se refiere a la libertad, impone de hecho el permisivismo. Ya no existen comunistas, nazis o fascistas. El peligro es hoy la dictadura del permisivismo, que nos ordena de hecho: tú no puedes hacer nada: abstente. Así llegamos a ese individuo, como denuncia Juan Pablo II, «sofocado entre el Estado y el mercado»<sup>121</sup>. Por el contrario, yo quiero la posibilidad para mí mismo, y para los demás, de lograr cosas que son bienes para mí, para nosotros. Esto no lo permite el Estado: por una parte halaga el arbitrio de cada individuo recordándole que él "es libre" y, de otro lado, le carga de impuestos y de trabas que le impiden realizar las iniciativas realmente importantes. Así consigue una masa de dinero que, a falta de verdaderos bienes que conseguir, se gasta en aumentar y mantener una burocracia que se justifica a sí misma.

Todavía hoy algunos universitarios se siguen moviendo entre la alternativa del liberalismo tal como es de hecho, o el totalitarismo. El Estado actual ha pretendido instaurar una vía media, que se llama a sí misma "Estado del bienestar", pero que sería más exacto llamar "individualismo burocrático", como hace MacIntyre. Como es obvio, yo no pretendo ninguna "vía media": se trata, más bien, de profundizar en la libertad y en la justicia.

#### 4.3.2. El tema de la libertad.

Escribe Hervada que «Cuando hablamos de totalitarismos, de opresiones, de abusos de poder o tiranía, tenemos una especial tendencia a imaginarnos a una persona o un grupo minoritario que imponen a la fuerza la violencia —la injusticia, en otras palabras— a la gran masa de la población. Y olvidamos que todo ello puede ser ejercido igualmente por un parlamento o por una mayoría»<sup>122</sup>. Yo añadiría, a la vista de la práctica democrática, a los partidos: no en vano bastantes autores llaman partidocracia al régimen parlamentario.

En un primer momento, la crítica más lúcida que encuentro al régimen parlamentario o partidocrático es la de Isaiah Berlin. «Señalaron que la soberanía del pueblo podía destruir fácilmente la de los individuos. Mill explicó paciente e incontestablemente que, bajo su punto de vista, el gobierno del pueblo no implica necesariamente la libertad. Pues los que gobiernan no son necesariamente el mismo pueblo que los que son gobernados, y el autogobierno democrático no es

<sup>120</sup> Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano. La teoría jurídico-política de la escuela kantiana*. Universidad de Cádiz. 1989, págs. 43-53 y 88-94.

<sup>121</sup> Enciclica *Centesimus Annus*. Ediciones Mensajero. Bilbao, 1991, parágrafo 49, pág. 71 de esta edición.

<sup>122</sup> *Escritos...*, cit., pág. 340.

"gobierno de cada uno sobre si mismo" sino, en el mejor de los casos, que 'a cada uno le gobierne el resto'...

Nadie vio mejor –o lo expresó con más claridad– el conflicto que hay que Benjamin Constant. Él señaló que la transferencia de autoridad de unas manos a otras mediante el aumento de la autoridad comúnmente llamada soberanía, desplaza el peso de la esclavitud. Con mucha razón preguntaba por qué un hombre debe preocuparse de si es oprimido por un gobierno popular, por un monarca o, incluso, por un conjunto de leyes represivas... Sostenía que generalmente los hombres protestaban contra cualquier grupo determinado de gobierno porque los consideraban opresivos, cuando la verdadera causa de la opresión está en el mero hecho de la acumulación misma de poder»<sup>123</sup>.

El argumento de la libre elección del gobierno tampoco le sirve gran cosa a Berlin: «La democracia puede desarmar a una determinada oligarquía o a un determinado individuo, pero también puede oprimir a las personas de manera tan implacable como las oprimían los gobiernos anteriores... Tampoco el consentimiento universal a la pérdida de la libertad preserva a ésta de manera un tanto milagrosa porque aquél sea universal o sea consentimiento. Si consiento que me opriman... ¿estoy por ello menos oprimido? Si me vendo como esclavo, ¿soy por ello menos esclavo?... Constant vio en Rousseau al más peligroso enemigo de la libertad individual porque éste había dicho que "al darme a todos, no me doy a ninguno". Constant no podía comprender por qué, aunque el soberano sea "todo el mundo", no debía oprimir a ninguno de los miembros de su yo invisible si así lo decidía»<sup>124</sup>.

Berlin añade que el Estado «es despótico no porque sea más opresivo que la tiranía bruta, descarada e inculta, sino porque ignora la razón trascendental que está encarnada en mi cuerpo, porque es un insulto a la concepción que tengo de mí mismo como ser humano... y, sobre todo, con derecho a ser reconocido como tal por los demás... El deseo de ser reconocido es un deseo de algo diferente: de unión, de entendimiento más íntimo, de integración de intereses, una vida de dependencia y sacrificio comunes»<sup>125</sup>. «Ésta es la degradación contra la que lucho; no lucho por la igualdad de derechos que otorga la ley... sino por una condición en la que pueda sentirme que soy, porque se me considere que lo soy, un agente responsable, cuya voluntad se toma en consideración porque tengo derecho a ello... Lo que es verdad para el individuo lo es también para los grupos sociales, políticos, económicos o religiosos, es decir, para los hombres conscientes de las necesidades y fines que tienen como miembros de tales grupos». Estos hombres, prosigue Berlin, no piden «el que se les asigne un lugar en un Estado orgánico y carente de fricciones, ideado por un legislador racional. Lo que quieren es que se les reconozca como fuente independiente de actividad humana, como entidad con

<sup>123</sup> *Los conceptos de la libertad*. Alianza Universidad, Madrid, 1988, pág. 234.

<sup>124</sup> *Los conceptos...*, cit., pág. 235.

<sup>125</sup> *Los conceptos...*, cit., págs. 228-229.

voluntad propia que intenta obrar de acuerdo con ella, y no ser gobernados, educados o guiados como si no fueran completamente humanos»<sup>126</sup>. Quizá quiere indicar Berlin que la sociedad permisiva, que tolera pero no autoriza, no lleva al hombre hacia una libertad propiamente humana.

Es decir, la "persona jurídica" de cuño kantiano, ese sujeto independiente y autónomo que crearía la realidad "suya" en el marco de una racionalidad total y única que pasa a través de un régimen político redentor, parece que no logra su objetivo.

Pero el problema es más complicado: no se trata solamente de caer en la cuenta de que la libertad prometida no se da, o por lo menos no se da plenamente en los regímenes parlamentarios, sino que, además, las implicaciones entre el poder (democrático) y la alta banca han hecho del sujeto un sometido, un sujetado. El hombre anterior a la Segunda Guerra Mundial era un ser relativamente libre porque el capitalismo no estaba aún suficientemente desarrollado. El hombre contemporáneo, en cambio, es solamente un peón de las estrategias económicas: la sociedad de consumo, lo ha moldeado eficazmente. Álvaro d'Ors explica que la diferencia decisiva entre el modo antiguo de legitimarse el poder (normalmente mediante victorias bélicas) y la forma actual «se trata, simplemente, de sustituir la decisión armada que en principio conduce a la victoria del más fuerte, por la negociación económica, que conduce al dominio del más rico. Esto es así porque la democracia, por sus mismos principios, postula la transitoriedad del gobernante, cuya potestad depende de las elecciones populares, dentro de ciertos límites constitucionales. Esto quiere decir que el gobernante aparente, al no ser estable, no tiene un poder realmente decisivo, sino que éste debe reservarse a un cierto grupo de personas que, por su gran potencia económica, pueden controlar la vida social, dentro de cada Estado, incluyendo el mismo resultado de las elecciones... De este modo la Democracia es en el fondo una Criptocracia plutocrática, para la que la negociación, los negocios, es su oficio, y no la violencia militar»<sup>127</sup>. Si alguien duda de estas líneas, no tiene más que comprobar que cuando la Alta Banca obtiene buenos beneficios, la forma política y los gobernantes concretos son estables; cuando los beneficios son pocos o están en peligro, el gobernante dura poco tiempo. Y este tema nos introduce en otro problema más complejo, que d'Ors llama la "Sinarquía", es decir, el gobierno universal de la mano de poderes económicos mucho más fuertes que el gobierno de cualquier Estado contemporáneo.

Hablando con toda franqueza, ¿se puede decir que el hombre de hoy es "libre"? Theodor Adorno acompañó –por amistad– a Max Horkheimer durante las últimas semanas de vida de éste, en un hospital de Nueva York. Las conversaciones que mantuvieron fueron reproducidas y están editadas. A través de ellas sabemos que ambos opinaban que el norteamericano medio de los años setenta era un hombre menos humano –más desgraciado– que el alemán bajo Hitler. Un testimo-

<sup>126</sup> *Los conceptos...*, cit., págs. 226-227.

<sup>127</sup> *La violencia y el orden*, cit., págs. 105-106.

nio especialmente interesante teniendo en cuenta que proviene de dos judíos alemanes que hubieron de abandonar su patria bajo el nacional-socialismo. Y ambos echaban de menos los tiempos en que un David Hume o un Immanuel Kant dedicaban sus obras a sus Soberanos con frases tales como "Su humildísimo servidor", al mismo tiempo que —con esas obras— socavaban radicalmente el régimen de sus Soberanos. Hoy no es posible esto. Claro, la pregunta es: ¿Ha conseguido la Modernidad su objetivo? Y la herencia que nos ha quedado de ella, la afirmación del individuo independiente, autónomo, libre, ¿es algo más que una falacia? Este individuo actual, esencialmente imitativo —me refiero al hombre medio— en su estilo de vida es un sometido, un sojuzgado de la industria cultural, de la cinematográfica hace algunos años, de la televisiva ahora: la industria cultural se ha apoderado de la estética y la ha castrado para la masa de la población.<sup>128</sup>

La lógica de la sociedad de consumo, según Adorno y Horkheimer, promete a los hombres no solamente lo que necesitan de un modo legítimo, sino también lo que no necesitan de ningún modo o sólo de un modo muy subjetivo, como dimensión del capricho. La subjetividad caprichosa se vuelve necesidad. Por este camino, la simple subjetividad individual se convierte en lógica objetiva, la única aceptada socialmente, gracias al mecanismo de la psicología industrial. Quien no la acepte será un personaje pintoresco, excluido de la acción social. La alienación que denunció Hegel, ese optar por un objeto, de forma que el hombre acaba *objetivado* en la cosa que ha elegido se ha hecho por fin realidad. Hasta tal punto que los individuos sólo significan por sus posibilidades de ayudar al sistema: por su capacidad de consumo.<sup>129</sup>

En consecuencia, la razón moderna —la de los siglos XVII y XVIII— tiene que negar lo que inicialmente prometió: la humanidad libremente realizada. Este acto final exige un acto de voluntad que la razón no puede permitir... pero que lo exige, llevada por su propio dinamismo una vez que ha negado cualquier posibilidad ontológica. La manifestación social de la falta de libertad es la cultura de masas, que produce la ilusión de la autonomía —gracias a los mitos de la moral positiva— aunque es, en realidad, lo diametralmente opuesto. La cultura de masas es lo no-libre y falto de la posibilidad de la libertad.

Friedman resume el juicio de los fundadores de la Escuela de Frankfurt sobre nuestra libertad real escribiendo que «En consecuencia, el sistema es totalitario porque, no obstante los derechos y garantías formales, niega objetivamente los ámbitos individuales en los que sea posible efectuar juicios negativos autónomos. El derecho formal al disenso está garantizado únicamente en la medida en que es objetivamente impotente. Así, la comunicación del dolor de la condición humana en el capitalismo moderno es tan imposible en las democracias liberales como en

<sup>128</sup> Sobre estas opiniones en Adorno y Horkheimer, vid. G. Friedman, *La filosofía política de la Escuela de Frankfurt*, cit., pág. 172.

<sup>129</sup> Para algunas de estas ideas en Adorno y Horkheimer, vid. Friedman, *La filosofía política...* cit., pág. 200.

los regímenes expresamente totalitarios. Ésta es la tragedia de la democracia liberal»<sup>130</sup>. Esta mentalidad que denuncia Friedman tenía sus condicionantes y por ellos no supo ver que la denegación del disenso no afecta sólo a los individuos, ni siquiera primariamente a ellos: existen grupos, comunidades, que los individuos necesitan y sobre los que recaen igualmente demasiadas limitaciones.

Ante este panorama, es comprensible que Juan Pablo II escriba que «se puede hablar justamente de lucha contra un sistema económico, entendido como método que asegura el predominio absoluto del capital... En la lucha contra este sistema no se pone como modelo alternativo al sistema socialista, que de hecho es un capitalismo de Estado, sino una sociedad basada en el trabajo libre, en la empresa y en la participación»<sup>131</sup>. Empresa, participación, bienes "subjetividad de la sociedad", como se expresa Juan Pablo II: la emancipación de las personas exige la superación del individualismo típicamente ilustrado.

Me parece que, en este panorama, viene bien entender a Álvaro d'Ors: «La cuestión central y permanente para toda reflexión de teoría política es la de quién, en cualquier sociedad, debe mandar y quién debe obedecer. Pero así planteada la cuestión resulta insoluble, incluso incomprensible, pues se olvida que el mandar es, a su vez, un modo de obedecer. De hecho, todo poder es siempre delegado: quien manda es, a su vez, un mandado. Sin esta perspectiva, el tema resulta inteligible»<sup>132</sup>.

#### 4.3.3. El permisivismo.

Emil Brunner supo captar en su tratado sobre la justicia, publicado en 1943, que el totalitarismo surge desde una ausencia, un vacío de fundamentos. Efectivamente, parece que la mentalidad contemporánea tiende a considerar las libertades fundamentales (las de las conciencias, religión, cultural, política) como libertades *residuales*, es decir, como simple ausencia de coacción y esto, como indica Hervada, no es libertad, sino simple tolerancia<sup>133</sup>. Además, el tema de las "libertades" debe ser aún más matizado, porque cualquiera intuye que, más que insistir en libertades básicas o fundamentales (en el sentido estricto del término), los sistemas políticos contemporáneos guiados por la opinión pública, buscan los votos mediante el halago continuo de las tendencias bajas, las propias del "hombre medio" en nuestra cultura de masas. Quizá por ello es por lo que Mounier escribe que «Sólo habría una revolución legítima, la vuestra, que no es violenta porque se adapta a la facilidad de los instintos»<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> *La filosofía política...*, cit., pág. 240.

<sup>131</sup> Encíclica *Centesimus Annus*, ed. cit., parágrafo 35, pág. 50.

<sup>132</sup> *La violencia y el orden*, cit., pág. 47.

<sup>133</sup> Cfr. *Escritos...*, cit., pág. 346.

<sup>134</sup> *Revolución...*, cit., pág. 32.

Como consecuencia inmediata de esta falta de voluntad moral decidida, las democracias contemporáneas, faltas de un fundamento humano, se rigen por factores extraños a sus principios programáticos e iniciales. Por esta razón Juan Cruz indica que «En el aspecto formal, el individualismo afirma la simple democracia formal, pero no la real y concreta. Afirma el derecho de todos a participar en igualdad, pero esquiva el uso del derecho, no haciendo posibles las condiciones necesarias para que todos participen en pie de igualdad. La balanza se inclina entonces según el principio de la fuerza, económica o política, dando lugar al establecimiento de clases sociales, a influjos extraparlamentarios decisivos»<sup>135</sup>.

A finales del siglo XX la base fundamental de la mayor parte de las teorías éticas –que no hacen sino recoger la moral positiva propia de la cultura de masas– es la que estableció la Escuela del derecho natural moderno. Todo queda reducido simplistamente a unas “esferas de libertad” que corresponden a cada individuo y que deben ser respetadas. Pero, como indico, la “libertad” que hoy se siente no es tanto la afirmación de unas libertades determinadas como la consecuencia de una falta de eticidad, de la afirmación de un vacío de la vida humana. Hegel, que se enfrentó totalmente con la Modernidad, la llamaba la “libertad del vacío”, que sólo se puede presentar como un Ideal cuando, ante el vacío humano, se erige al arbitrio individual, al capricho o a la terquedad en las líneas supremas de la actuación humana.

Por este camino, el moralista o el jurista actual vuelve la espalda a los hombres y los deja abandonados a la pura contingencia, ya que cada sujeto, determinado a actuar solamente por su capricho, se decide en su actuación por los mismos motivos por los que podría actuar de una forma distinta o contradictoria, consecuencia de la falta de un fundamento objetivo. En la vida cotidiana, como el individuo suele ser consciente de la contingencia de su actuación, sólo le queda la satisfacción de las diversas facetas de su egoísmo o placer como móvil de su actuación. Si alguien duda de lo que expongo, no tiene más que examinar los motivos por los que actúan buena parte de las personas que conoce. De esta forma, la altisonante y evocadora palabra “libertad” no es en la práctica otra cosa que el *permisivismo*, es decir, aquella actitud humana en la que el hombre, ante la falta de metas que trasciendan su arbitrio, considera que el único fin posible –el único fin “moral”– del ordenamiento jurídico es el de hacer posible el respeto a su placer o capricho, a su egoísmo, a su “esfera de libertad”. De este modo, el permisivismo avanza en la medida en que decae la Filosofía práctica.

Hegel, consciente del monstruo que había gestado la Ilustración, describió con precisión esta mentalidad. Según este filósofo, la afirmación de la “voluntad”, es decir, la del individuo que afirma su propio querer mediante un acto de su arbitrio, se reduce a la pura indeterminación del arbitrio (*Willkühr*), puesto que la libertad así entendida se agota en reclamar la ausencia de cualquier obligación,

<sup>135</sup> *Libertad en el tiempo. Ensayo sobre la historicidad humana*. Universidad de Piura (Perú). Ávila, 1986, págs. 54-55.

de cualquier deber. Repitiendo ideas que ya expuse anteriormente, Hegel llama a este momento de la libertad “libertad del vacío” o “libertad negativa”, ya que tal libertad no quiere nada positivo, sino únicamente la ausencia de cualquier deber. Cuando esta libertad se manifiesta en la vida social sólo persigue la aniquilación de cualquier institución que comporte una exigencia, un deber. No en vano en España se ha despenalizado el adulterio: va contra la mentalidad dominante la existencia de una institución –el matrimonio– que imponga algún deber propiamente humano. En su jerga tan personal, Hegel explica que esta libertad del vacío reclama la eliminación de cualquier hombre sospechoso de querer algo positivo, ya que lo positivo, cualquier meta que debamos realizar, acarrea inmediatamente una determinación (una limitación) de esta libertad. Por este motivo, esta libertad negativa necesita destruir toda obligación, toda institución, pues únicamente de esta manera negativa llega ella a afirmar su existencia<sup>136</sup>.

Madame Bovary vivió en una época en la que no existía libertad sexual, y por esto ella fue desdichada, según Marcuse. Pero, ¿existe hoy libertad sexual? Creo que no: no hemos resuelto los problemas relacionados con la libertad; simplemente, los hemos eliminado. Nuestra sociedad no se enfrenta a los problemas, que son reales porque realmente existen. Simplemente declara que no existen. Y entonces el verdadero problema es que el hombre, que por ser hombre es más que un animal, tiene ante sí verdaderos problemas que nadie le ayuda a resolver. La sociedad permisivista es inhumana: deja abandonadas a las personas en nombre de la “libertad” y de la dignidad: cada ser humano –se dice parafraseando a Kant– es un fin en sí mismo, y pocos se percatan de que una cosa es ser un fin “en sí” mismo, y otra ser un fin “para” sí mismo. Esta inteligencia superficial de la dignidad de la persona plantea serios problemas sobre los que volveré más adelante.

Estoy tratando un tema que, de hecho, es polémico. La persona que defiende la mentalidad permisivista está lejos de ser tolerante, y por ello se cura en salud tachando de integrista o fundamentalista a quien entiende que el hombre es algo más que pura indeterminabilidad del arbitrio. Este tipo de personas –producto de la cultura de masas– sólo reconoce un deber: el de pagar los impuestos al Estado, aunque –fuerza es decirlo– no proporciona ninguna razón de por qué hay que pagar tantos impuestos. Quizá porque así tranquiliza la conciencia al creer que está haciendo algo positivo; aunque esta explicación me parece, a mí mismo, muy benévola.

La “sociedad opulenta” en la que vivimos intenta hacernos felices mediante la abundancia de bienes y la insistencia en nuestras libertades individuales. Horkheimer citó en alguna ocasión las palabras del viejo socialista que, en su crítica irónica a la Religión, explicaba que «es más fácil salvar a un hombre que alimentarlo». Pero Ernst Bloch, a la vista de nuestra sociedad, transformaba esta frase en su contrario: «es más fácil alimentar a un hombre que salvarlo». Cuando todos los

<sup>136</sup> Cfr. *Principios de la Filosofía del derecho...*, cit., párrafo 5.



invitados están sentados a la mesa, cuando todos se encuentran saciados, el dolor no habrá sido eliminado<sup>137</sup>, a pesar de la abundancia de las cosas y de la libertad individual.

Con unos ciudadanos así falla tanto la Inteligencia como la voluntad. Ha fracasado el ideal de la Modernidad: el individuo, abandonado a sí mismo –a sus intereses, a su capricho, a su terquedad– no es capaz de fundamentar sus decisiones. Decisiones, por otra parte, que no las suele tomar él por más que se haga la ilusión de que es autónomo. Como explica Francisco Caballero Harriet, la era Moderna identificó el Estado con la Sociedad, y ésta ha dado paso a la simple racionalidad económica, en donde el Estado (en crisis) ha cedido el testigo al Mercado. No es una simple casualidad que el “análisis económico del derecho” ocupe hoy el protagonismo de la Filosofía del Derecho. Hemos pasado, prosigue Caballero, desde la solidaridad al narcisismo, del “Derecho impuesto” al aparente Derecho negociado o, lo que es lo mismo, desde la “ley del Estado” a la “Ley del Mercado”<sup>138</sup>. Pero ya traté anteriormente este tema a propósito de la crítica de la Escuela de Frankfurt a la sociedad capitalista. Lo que parece evidente es que hace falta una Filosofía práctica –una Filosofía del derecho, en nuestro caso– que nos muestre la realidad del hombre o, por lo menos, el camino que lleva a ella.

#### 4.3.4. Ausencia de participación.

La pieza clave del proyecto ilustrado era la de un hombre nuevo que mediante sus decisiones se creara “racionalmente” él a sí mismo, autopoieticamente, al filo de su libertad de arbitrio. De idéntico modo la ética dialógica contemporánea tiene puestas sus esperanzas en la creación de un género humano nuevo mediante la participación democrática: se acabaron los tiempos de la autoridad, de las limitaciones, de los condicionantes. El hombre nuevo se creará a sí mismo, mediante una *razón total* (práctica y teórica a la vez, autopoietica) en y gracias al diálogo democrático.

Sin embargo, sería problemático hablar de representatividad. Dejando ahora de lado otras consideraciones, los ciudadanos no se expresan más que en las democracias directas, que se han convertido en imposibles en las grandes naciones. Estamos, pues, en manos de los Partidos. Mounier explicaba hace ya bastantes años que «Desde los ciudadanos a la ley que pretende expresar sus decisiones surge la primera abdicación cuantitativa de soberanía: se ha calculado que, eliminando a los no votantes, a la minoría electoral y a la minoría parlamentaria, una ley puede ser aprobada en el Parlamento francés por una ‘mayoría’ que representa

<sup>137</sup> Cfr. A. Cortina, *Crítica y utopía...*, cit., pág. 70.

<sup>138</sup> *Temas pretexto para una reflexión*. Laboratorio de Sociología Jurídica. San Sebastián, 1991, pág. 113.

a un millón de franceses sobre cuarenta»<sup>139</sup>. Pero debo confesar que este tipo de consideraciones, sin dejar de ser ciertas, no me parece que lleguen al fondo del problema: a mí jamás –con ser ciudadano de pleno derecho– se me ha consultado para que me pronuncie sobre ninguna ley. El tema de la “justicia de las mayorías”, de una forma directa, sólo se plantea en el caso de un referéndum, cosa que se produce muy raramente. Por contra, el *Boletín Oficial del Estado* publica diariamente entre cuatro o seis leyes, más muchos decretos normalmente más importantes que las leyes ordinarias. Todo ello hecho por un pequeño grupo de políticos profesionales. Y lo fuerte del tema es que esto es así y tiene que ser así: no hay lugar para ilusiones fáciles.

Existe un sector de la legislación, más bien pequeño, en el que los políticos tienen muy a la vista las encuestas que indican la orientación de la opinión pública. No quieren perder votos y se adecúan al sentir mayoritario. Quizá pueda hablarse aquí de una cierta participación –muy indirecta– de los ciudadanos en la legislación. Pero está el adjetivo “mayoritario”, que implica algunas cosas fundamentales: concretamente, la mayoría jamás se equivoca, porque siempre persigue eficazmente sus intereses. Cualquier persona que tenga experiencia de participación en órganos colegiados sabe que el interés propio prevalece sobre cualquier consideración de justicia, por muy razonada y bien fundada que ésta sea.

Dicho rápidamente: democracia significa únicamente que cada cuatro o seis años se le puede decir “sí” o “no” al gobierno. Algunas personas mostrarán reticencias para admitir esto. Es posible que estén bajo la influencia de la estética de la democracia que explica Álvaro d’Ors: la asamblea de diputados, repleta en sesión plenaria, en el marco de un palacio, con su Presidente presidiéndola, evoca la imagen del pueblo invisible pero reunido. «También un rey –escribe d’Ors–, como persona eminente de todo un pueblo, puede representarle abreviadamente, y el espectáculo de su representación solemne, con todo el boato mayestático y cortesano, expresa una representación del pueblo en forma no muy distante a la figurativa o teatral»<sup>140</sup>. Dicho más resumidamente, también con Álvaro d’Ors: «de lo que se trata no es de representación popular, sino de aceptación popular»<sup>141</sup>.

Entre los ciudadanos y el poder se interponen los políticos o, mejor dicho, la clase política. Se trata de profesionales que, en lugar de optar por el ejercicio del Derecho o de la Medicina, han hecho de la política una profesión. Tema ciertamente espinoso, porque es difícil hablar bien de la clase política. Esto lo reconocemos en el lenguaje ordinario cuando se dicen cosas tales como “No, Juan no sirve. Es demasiado político”. Desde luego, si atendemos a la abundante literatura que apareció en España en el primer tercio de este siglo, la clase política sale muy malparada. Pero se ve que no era un problema únicamente español: Max Weber escribía,

<sup>139</sup> *Manifiesto al servicio del personalismo. Personalismo y Cristianismo*. Trad. de J. D. González Campos. Taurus. Madrid, 1986, pág. 184.

<sup>140</sup> *Ensayos de teoría política*. EUNSA. Pamplona, 1979, pág. 237.

<sup>141</sup> *Ensayos...*, cit., pág. 239.

por aquellos años, que «Desde la instauración del Estado constitucional, y más completamente desde la instauración de la democracia, el 'demagogo' es la figura típica del jefe político en Occidente»<sup>142</sup>.

Los testimonios de los personajes relevantes de los años treinta y cuarenta son igualmente concordantes. Vayan por delante un par de ejemplos. Jaspers nos explica que «Los políticos son otra cosa. Son realistas dotados del sentido de la oportunidad, activos y astutos, hombres de empresa. Despreocupados, actúan de un modo vital, en nombre de la libertad... Cuando se ven comprometidos, se sus traen con mentiras y con frases ocurentes. Con su conducta se burlan del Parlamento... Con frases sentimentales desempeñan la comedia de su seriedad. Son corruptores de la libertad»<sup>143</sup>. Emmanuel Mounier nos dice que «el deseo físico del poder les aturde hasta la brutalidad y el deshonor, incluso cuando incluyen en sus programas la lucha contra los poderosos. Radicales, laicos, conservadores, comunistas, todos tienen en el fondo la secreta pasión, más o menos vergonzante, más o menos confesada, del Estado totalitario, con el que podrán imponer a los hombres su dirección... No son comunidades de hombres libres, sino *cártels* de conquistadores y autoritarios. Enteramente orientados hacia la inscripción personal; impacientes, inquietos, desalentados cuando se retrasa. De este modo, con la mayor frecuencia, no dan nacimiento a un nuevo régimen humano, sino a equipos de aventureros que hacen derivar las resoluciones orgánicas hacia los particularismos con que gravan su poder una vez que llegan al éxito»<sup>144</sup>. Y si queremos el testimonio de un autor más reciente, aquí tenemos el de Erich Fromm: «Otra explicación es que el egoísmo que genera el sistema hace que los gobernantes antepongan su éxito personal a su responsabilidad social. Ya no nos sorprende cuando los dirigentes políticos y los "ejecutivos" de los negocios toman decisiones que parecen beneficiosas y que, al mismo tiempo, son nocivas y peligrosas para la comunidad. Desde luego, si el egoísmo es un pilar de la ética práctica contemporánea, ¿por qué habrían de actuar de otra manera?»<sup>145</sup>.

La Revolución de 1789 fue en parte estéril, porque pretendió suprimir una constante de la naturaleza del hombre: la división en clases. Desde luego, acabó con la discriminación jurídica que suponía la sociedad estamental, pero se quedó en el simple plano jurídico-legal. Hoy, cualquier político tiene unas influencias —un poder— igual o mayor que un noble importante del Antiguo Régimen; y, lo que también cuenta, se trata de un poder también institucionalizado, aunque de otra forma. Todo ha sido cuestión de formas. De ahí la profunda razón del sobrino del *Principone* en el «*Gatopardo*»: «Es preciso que todo cambie para que todo siga igual». Quizá podamos apreciar dos diferencias con el Antiguo Régimen: una, que

<sup>142</sup> *El político y el científico*. Trad. de F. Rubio. Alianza Editorial. Madrid, 1967, pág. 116.

<sup>143</sup> *Iniciación al método filosófico*. Trad. de M.L. Pérez Torres. Espasa-Calpe. Madrid, 1977, págs. 93-94.

<sup>144</sup> *Revolución...*, cit., pág. 255.

<sup>145</sup> *¿Tener o ser?*, cit., pág. 29.

la Revolución acabó con las castas que se transmitían por sucesión hereditaria. Aunque habría que matizar esto, porque en cualquier Estado contemporáneo hay apellidos muy vinculados, por sucesión hereditaria, a la gestión pública o al poder económico. El otro matiz es que el Antiguo Régimen era sincero: reconocía la desigualdad de los ciudadanos; hoy se pretende hacer creer que todos somos iguales, cuando el poder de un político destacado es prácticamente irresistible.

Algo parecido cabe decir de los partidos políticos. Jaspers nos indica que «Nos dejamos dominar por una oligarquía que se elige ella misma. Sólo cuando va a haber elecciones se dirige a sus súbditos. Conceder su voto es el único derecho político del pueblo, pero se realiza sin saber lo que se hace. En el fondo no es sino una aclamación para que continúe dominando esa oligarquía de partidos. Ninguno de los partidos tiene una idea de política. Ninguno actúa en favor de una libertad política interna ni de una libertad intelectual en favor de la educación política del pueblo»<sup>146</sup>. Mounier nos advierte que «en lugar de ese contacto sensible, de ese intercambio entre vida espiritual firmemente establecida y una experiencia viviente, los partidos se crispan entre dos actitudes opuestas y, sin embargo cómplices: por una parte, una ortodoxia doctrinal... formulario conformista, extraño a toda vida espiritual, incluso cuando una inspiración viva la ha engendrado; por otra, una 'táctica' hecha de puro empirismo orientado siempre al éxito, con frecuencia al hecho inmediato e interesado, un empirismo de compromisos y de cobardías. Ese doble juego le permite combatir a la vez cualquier insurrección del genio personal, bajo cobertura de la 'doctrina del partido' (una doctrina que se recita), de la 'unidad del partido' (una rigidez cadavérica), así como la fidelidad a los principios inalienables en nombre de las necesidades de la acción»<sup>147</sup>. Y si queremos también ahora un testimonio más reciente, Sergio Cotta escribe que «o demasiados restringidos elitistamente, como los del ochocientos, o demasiado masificados, como los actuales, los partidos caen bajo la crítica de artificialidad y burocratismo que los pluralistas hacen a la máquina estatal, que la hace incapaz de establecer una mediación efectiva entre los individuos y el vértice del poder»<sup>148</sup>.

Efectivamente, todo partido es una dictadura, una especie de Estado totalitario a escala reducida. No apunta a la realización de sus miembros, sino a la solidez del conjunto: quiere que la máquina sea dura y sin fallo para el choque electoral. Todo el que se quiere insertar en un partido es visto por los ya instalados en él como un competidor, un enemigo en principio más peligroso que los políticos que actúan en partidos de la oposición.

Sin embargo, la clase política y los partidos despiertan el interés de los ciudadanos. Me parece que se trata de un fenómeno similar al de las «revistas del corazón»: millones de amas de casa sin especial relevancia social siguen apasionadamente las incidencias amorosas de los famosos. Cuando se puede ver esto más

<sup>146</sup> *Iniciación al método filosófico*, cit., pág. 76.

<sup>147</sup> *Revolución...*, cit., pág. 257.

<sup>148</sup> *Diritto, persona, mondo umano*. Giappichelli. Torino, 1989, pág. 45.

chocantemente es en la prensa del siglo pasado. España tenía entonces planteados problemas sociales muy graves, y el público, en cambio, se apasionaba por cuestiones parlamentarias o de partidos que en modo alguno rozaban los problemas existentes: en todas las capitales de provincia se editaban semanarios "políticos", normalmente satíricos. Pero, al parecer, el gran público no mostraba interés por los problemas reales; hizo falta una guerra civil para salir del sueño. Hoy sucede lo mismo. La "política" apasiona a la mayoría. Quizá el juicio más adecuado sea, otra vez, el de Mounier: «La cosa pública hace hablar demasiado de sí misma desde que sus ciudadanos desocupados y en general charladores han descubierto el juguete. Esas opiniones, separadas de la experiencia, sólo pueden ser un bullicio de palabras; el aparato democrático, así falseado por el verbalismo, esteriliza en su fuente las propias riquezas de experiencias y de esfuerzos personales que debía integrar»<sup>149</sup>.

Estamos, pues, ante un simple problema de búsqueda del poder y, una vez alcanzado, de mantenerlo por todos los medios posibles. Lógicamente, la clase política, o los partidos –es lo mismo– son refractarios a cualquier actitud ontológica: "las cosas" limitarían sus posibilidades.

Si la mayoría admitiera que alguien puede argumentar racionalmente, esto es, con apoyo en la realidad, estaría socavando los fundamentos de su modo usual de proceder. Interesa, por ello, mantener el mito de las *ideologías*: hoy dicen algunas personas que todo pensamiento, toda argumentación parte desde unas premisas ideológicas, y por este motivo ella misma es necesariamente *ideológica*. "Ideológico" quiere decir, en este contexto usual, que es arbitrario, que depende de los sentimientos y compromisos del que habla y que, en consecuencia, no es objetivamente vinculante porque no responde a ninguna "realidad" externa a los intereses subjetivos. Como las cosas sí pueden vincular eficazmente al margen de intereses subjetivos, se las rechaza en nombre de las "ideologías". De esta forma todos tienen razón porque, en definitiva, nadie la tiene.

#### 4.3.5. La subjetividad de la sociedad.

Lo expuesto hasta ahora quedaría incompleto si no aludiera a lo que en expresión de Karol Wojtyła se llama la "subjetividad de la sociedad". En efecto, el Estado omnipresente quiere hacerse cargo él de todas las necesidades colectivas e individuales suponiendo que se pudieran disociar las unas de las otras. La clase política (el Estado es una ficción, porque sólo hay políticos y burócratas que dependen de los políticos) desplaza a los ciudadanos y, por diversos motivos que poco tienen que ver con la promoción de las personalidades, aumenta desorbitadamente la burocracia. El Estado no quiere ciudadanos libres: quiere *administra-*

<sup>149</sup> *Revolución...*, cit., pág. 254.

dos. La mentalidad o ideología que avala esta forma de pensar y de actuar es postular que los individuos, egoístas por definición, deben ser corregidos por una instancia imparcial y benéfica. Lo "público" monopoliza, pues, las buenas intenciones. Lo "privado" sería el ámbito del egoísmo insolidario que debe ser corregido.

Las vicisitudes por las que se ha llegado a este modo de entender el Estado han venido dictadas fundamentalmente por las tensiones entre Oeste-Este, entre capitalismo y socialismo. El Estado capitalista hubo de hacer un esfuerzo, especialmente en los años de la "Guerra fría", para ofrecer a las clases económicas menos favorecidas lo que sí decían ofrecerles los regímenes socialistas. Así surgieron la "Seguridad social" y otros muchos organismos. El Estado pasó a tomar, de este modo, un mayor protagonismo en las relaciones sociales, laborales, económicas, asistenciales. Pero la experiencia muestra que cada institución guiada por unos principios rectores tiende a expandirse según la dinámica propia de estos principios, más allá de lo que inicialmente se pensó. El principio que ha prevalecido es el de intervención, y lo que se llamó "Estado asistencial" ha degenerado en un Estado intervencionista que no ve con buenos ojos las iniciativas de los ciudadanos.

En otras palabras, el Estado, llevado por su afán intervencionista se ha hipertrofiado, de modo que la mayor parte de sus presupuestos se los gasta en el mantenimiento de su propia burocracia. Por este motivo escribe Juan Pablo II que «no han faltado excesos y abusos que, especialmente en los años más recientes, han provocado duras críticas a ese Estado de bienestar, calificado como "Estado asistencial". Deficiencias y abusos del mismo derivan de una comprensión inadecuada de los deberes propios del Estado... Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por la lógica burocrática más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos»<sup>150</sup>.

Podemos pensar realísticamente que el adjetivo "privado", como contrapuesto al de "público", en el sentido indicado antes, debe ser desterrado. En primer lugar, porque la función social de una Universidad privada (y todo lo que es social es "público") es la misma, o quizá superior –como enseña la experiencia– a la de una Universidad del Estado, posiblemente más preocupada por la "lógica burocrática" que no por realizar eficaz y sobriamente su función. Y en segundo lugar, porque todo lo que no posee la función social adecuada es injusto, y existen muchas instituciones del Estado que consumen muchos medios de todos a cambio de dar muy poco a pocas personas: aquí entramos en el tema de la función antisocial de buena parte de la maquinaria del Estado. En consecuencia, es mejor prescindir –si nos atenemos a la realidad– de la contraposición entre público-privado, porque,

<sup>150</sup> Encíclica *Centesimus Annus*, cit., párrafo 48, pág. 69.

entre otras cosas, estos adjetivos conllevan una carga prestigian- te que prejuzga porque condiciona la visión objetiva. Puede ser cierto con frecuencia que lo privado es menos desinteresado; pero la mercantilización de lo privado –escribe Alejandro Llano– es la otra cara de la burocratización de lo público<sup>151</sup>. Además, lo “público” está lejos de ser la instancia benefactora e imparcial: los políticos y los funcionarios siguen sus propios intereses, como enseña la experiencia.

Estamos, pues, ante la crisis del Estado y, con ella, en el final de la Edad Contemporánea. Esta crisis viene motivada porque como agudamente observa Cotta, el Poder no es el elemento fundamental de la Política: el poder no es bien común, sino simple *necesidad* común<sup>152</sup>. Una vez satisfecha la necesidad de convivir –cosa efectivamente lograda en muchos Estados– el poder político en cierto modo ha cumplido su función, y ya no es capaz de formar una conciencia integradora. Este tipo de conciencia, prosigue Cotta, requiere un “nosotros” en torno a un “bien común”, y este “nosotros” y este bien no tienen por qué poseer ninguna relación directa con el poder político<sup>153</sup>. Por tanto, no existe un solo tipo de unión, sino muchas y muy variadas; todas ellas poseen en común una cierta estructura que es la que las constituye en entidad supraindividual<sup>154</sup>. Todos estos elementos mencionados: el “nosotros”, “bien común”, “solidaridad”, constituyen la estructura de la política, pero esta estructura no está vinculada exclusivamente a los políticos sino que ella afecta a todos los miembros de la comunidad estatal<sup>155</sup> quienes, lógicamente, pueden formar muchas comunidades en torno a distintos bienes comunes. Y este segundo tipo de comunidades serán mucho más humanas (rehúyo la palabra “efectivas”, aunque sea válida) que la inserción del individuo en la máquina del Estado. Eliminada la sensibilidad burocrática, las cosas son distintas.

El estado de la cuestión es, sin embargo, muy distinto. «La esfera privada, lo que resulta más decisivo para el individuo –escribe Cotta–, lo que constituye el fundamento y el fin último, es lo que menos autoridad tiene en su vida, lo que menos espacio tiene... Como se ve, se trata de un retorno cargado de sombras»<sup>156</sup>. Estamos ante un problema antropológico: ¿qué queremos: personas que desarrollen libremente su personalidad o sujetos administrados? A este respecto, Llano explica que el “cuidado” (*Sorge*) es una tesitura de extraordinaria riqueza antropológica. Cuidado es atención, respeto, ayuda. El que cuida no irrumpe agresivamente en la realidad, sino que la “deja ser”. La realidad que hay que cuidar en este caso es la persona humana, que es valiosa por sí misma, porque es digna. Cuidar a otro

<sup>151</sup> Cfr. *La nueva sensibilidad*. Espasa-Calpe. Madrid, 1988, pág. 64.

<sup>152</sup> Cfr. *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*. Trad. de I. Peidró Pastor. EUNSA. Pamplona, 1987, pág. 92.

<sup>153</sup> Cfr. *El derecho...*, cit., pág. 93.

<sup>154</sup> Cfr. Cotta, *ibidem*.

<sup>155</sup> Cfr. Cotta, *El derecho...*, cit., pág. 97.

<sup>156</sup> *Itinerarios...*, cit., pág. 66.

no es sustituirle, es ayudarle. Cuidar no consiste en someter a una persona a pautas extrañas a ella, sino en contribuir a la realización de su proyecto personal: de ahí que para cuidar se necesite, antes que nada, comprender<sup>157</sup>. Esta comprensión nos lleva a saber que la dignidad del hombre no consiste primariamente en lo que le viene concedido, sino en lo que se le concede realizar<sup>158</sup>. Y “comprender”, ante todo, es aceptar al otro tal como el otro es.

Pero el Estado no *comprende*: ordena, sujeta, administra. Priva a los ciudadanos normales –no me refiero a los plutócratas– de buena parte de sus ingresos, que van a parar preferentemente al sostenimiento de la burocracia. El Estado actual es la primera potencia económica de la nación, lo que conlleva que todas las demás “potencias” de cualquier tipo dependan de él, porque él puede desarrollarlas o arruinarlas. La salida normal es escapar de las manos de “la burocracia fiscal irresponsable”, como la llama Popper, y desarrollar una actividad *sumergida*. «No sólo tenemos una economía sumergida. Hoy podemos hablar, sin temor a la exageración, de una ‘sociedad sumergida’»<sup>159</sup>. Por este camino sólo conseguimos neuróticos. Escribe Fromm que «Es innecesario decir que existen individuos que, sin ser neuróticos, no han ahogado su individualidad al cumplir el proceso de adaptación... En este último sentido, el término neurótico no puede ser aplicado a toda una sociedad, puesto que ella no podría existir si sus miembros no cumplieran sus funciones sociales. Sin embargo, en el otro sentido, en el de los valores humanos, una sociedad puede ser llamada neurótica cuando sus miembros ven mutilada la expansión de su personalidad»<sup>160</sup>.

Es preciso que la clase política se percate de que muchos ciudadanos no desean que los políticos decidan por ellos. Ni tampoco una mayoría: recordemos la crítica de Berlin, que se remitía a Stuart Mill y Benjamin Constant, dos autores que tienen bastante peso en el pensamiento democrático. «Una auténtica democracia, escribe Juan Pablo II, requiere que se den las condiciones necesarias para la promoción de las personas concretas... así como de la “subjetividad” de la sociedad mediante la creación de estructuras de participación y corresponsabilidad»<sup>161</sup>. Estas estructuras de participación y corresponsabilidad no son algo misterioso: indicaba poco antes que las personas tienden a agruparse en torno a bienes para ellas, que devienen así “bienes comunes” de esas personas. Estas agrupaciones dan lugar a asociaciones, fundaciones, grupos, entidades en general, en las que las personas que las integran desarrollan lo que realmente quieren desarrollar. La función del Estado en una sociedad pluralista –es decir, libre– es la misma que cumple con los contratos: evitar que se cometan injusticias; por este motivo,

<sup>157</sup> Cfr. *La nueva sensibilidad*, cit., págs. 181-182.

<sup>158</sup> Así se expresa Francesco d'Agostino en *Frammenti di Filosofia del diritto*. Seconda Serie. Libreria Editrice Torre. Catania, 1990, pág. 122.

<sup>159</sup> A. Llano, *La nueva sensibilidad*, cit., pág. 41.

<sup>160</sup> *El miedo a la libertad*, cit., pág. 144.

<sup>161</sup> Encíclica *Centesimus Annus*, cit., parágrafo 46, pág. 65.

el Estado debe prohibir las sectas. Pero lo que en modo alguno puede pretender es hacer inviable el pluralismo social para imponerse la clase política como la única forma de organización de la sociedad.

Los amigos del Estado no admiten este relieve de las personas que, normalmente, sólo llegan a desplegarse como tales dentro de ese cuidado (*Sorge*) y ese *respeto*: respeto es algo muy distinto de la simple "tolerancia". No lo admiten porque, tal como indiqué, la mentalidad que hace posible que exista el Estado no quiere personas, sino individuos; por esta razón buena parte de la clase política contemporánea insiste en los derechos individuales, pero silencia las declaraciones de derechos sociales.

Escribe Benito de Castro que «el planteamiento de la Declaración Universal refleja un claro predominio del modelo o concepción tradicional conforme al cual los Derechos Humanos son configurados casi exclusivamente como instrumentos de defensa del hombre en cuanto individuo. Es cierto que proclama también algunos derechos de los grupos. Pero, incluso en ese supuesto, la Declaración está reconociendo Derechos que atribuye, no al grupo en cuanto tal, sino a cada uno de los miembros de ese grupo. Y esa visión desconoce la propia realidad de los grupos humanos (familia, asociaciones, sindicatos, partidos políticos, iglesias...) en cuanto sujetos reales y distintos de la vida social. Sin duda, este carácter manifiestamente individualista es ya suficiente por sí solo para fundamentar la apreciación de que la declaración Universal de Derechos Humanos se inscribe en el marco de la vieja ideología liberal»<sup>162</sup>.

Como se puede apreciar, los "derechos humanos" usualmente alegados (siempre al servicio del individuo), cumplen una función involucionista cara a la sociedad: impiden el desarrollo de la sociedad. La propaganda ha logrado su objetivo: el individuo actual, "autocomplacido", no aspira a más. Se contenta con ser un administrado en una sociedad opulenta al mismo tiempo que, paradójicamente, se siente libre porque se le ha insistido en sus "derechos". «Esta eufórica sensación —escribe De Castro— que tiene un notable y evidente antecedente histórico en el optimismo utópico de los revolucionarios franceses de fines del XVIII, favorece el continuismo y el inmovilismo y va en contra de las exigencias del progreso histórico. Consecuentemente, encierra un riesgo grave que tampoco sería nuevo: el riesgo de cristalizar una ideología humanista puesta al servicio de la era presente, de los intereses y esquemas organizativos de las sociedades actuales, e impermeable o reacia a los imperativos del futuro»<sup>163</sup>.

#### 4.3.6. Algunos corolarios.

Indica Francesco d'Agostino que la filosofía moderna se puso como proble-

<sup>162</sup> *La crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948*, cit., págs. 12-13.

<sup>163</sup> *La crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948*, cit., pág. 19.

ma último el de la integración del individuo superando las "alienaciones". Pero el problema es: ¿realmente podemos superar las alienaciones si entendemos al Derecho como un sistema *extrínseco* de equilibrio social? Porque todo el que entiende al derecho al modo de unas "reglas del juego" arbitrarias o convenidas, lo entiende como algo extraño o extrínseco a "lo que es" el hombre: entonces el derecho se trataría de unas "normas" *impuestas* a los individuos para recortarles su arbitrio a fin de que no dañen a los demás; esto puede ser cierto en algún tipo concreto de instituciones jurídicas, normalmente de derecho público, pero no es en modo alguno la manifestación primaria o ejemplar del derecho. Entramos de nuevo en el tema ontológico. Si el Derecho se entiende como un entramado de "reglas" que responde a un simple "equilibrio de intereses" destinado a la autoconservación del sistema social, lo mejor que puede suceder es que sea lo menos lacerante posible para el individuo<sup>164</sup>. El Derecho sería, por tanto, algo irremediamente odioso, aunque necesario. Los que entendemos, en cambio, que el Derecho debe ser un orden de cooperación y de libertad no podemos aceptar al ordenamiento jurídico como una estructura externa al ser humano, y esto nos lleva al problema de los bienes: cuando Platón hace decir a Sócrates que cuando el bien se manifiesta es común para todos, expresa algo más que una *houtade* o una falacia. Ya aludiré más tarde al tema de los "bienes". Este primer capítulo es solamente crítico, de denuncia de lo que no va.

El centro del problema es, por tanto, el de la determinación de lo que son *bienes*, siempre en plural. Sánchez de la Torre explica que «El gigantesco incremento de normas de todos los niveles, cuyo resultado es que cualquiera de los modernos Estados europeos sea un ingobernable monstruo de pies de barro es producto de una desorientación histórica que no ha conocido suficientemente la existencia de ese punto crucial en el que el ordenamiento jurídico ha de hallarse en íntima conexión con ciertos 'preceptos del Derecho'»<sup>165</sup>. De esto se trata precisamente: de superar la herencia moderna del individuo aislado e independiente y de reconocer que el Derecho implica necesariamente algo más que la simple tolerancia hecha posible por las "reglas del juego".

<sup>164</sup> Cfr. *Frammenti*., cit., pág. 50.

<sup>165</sup> *El Derecho en la aventura europea de la libertad*. Reus. Madrid, 1986, págs. 85-86.

## 5. LA RAZÓN Y LA ACTITUD RACIONALISTA.

Abordar un tema de esta amplitud supone, desde luego, meterse en camisa de once varas, pero es necesario tratarlo en un escrito introductorio. Quien quiera conocer más a fondo este problema siempre tiene a mano la obra de Alejandro Llano, *Metafísica y lenguaje*, sin desdeñar –ni mucho menos– la sección que Fernando Inciarte dedica a las relaciones entre lenguaje y realidad en *El reto del positivismo lógico*<sup>166</sup>, un libro fundamental al que quizá perjudica su título excesivamente periodístico.

Tengo que describir qué es lo que entiendo por “racionalismo”. Hablo de describir, no de dar una definición. Un jurista romano dejó escrito que *omnis definitio est in iure periculosa*, es decir, que toda definición es siempre una trampa. Huyamos de las definiciones. La definición delimita tan excesivamente lo que de suyo es rico, variado y multiforme, que encorseta a la realidad estudiada de forma muy poco seria.

Puestos a describir la actitud racionalista, diría que el racionalista es aquel hombre que abandona la evidencia racional para sustituirla por una “argumentación”. Fue el caso de Descartes: su *Discurso del método* no es más que el esfuerzo que hace Renato Descartes para demostrarse él a sí mismo que él existe. Esto plantea problemas diversos. Yo me pregunto si en su vida verdadera –no en la académica– Descartes dudaba realmente de si él existía.

### 5.1. La actitud racionalista.

Desde Descartes hasta hoy el saber llamado “Filosofía” ha consistido casi exclusivamente en propuestas epistemológicas a través de las cuales los filósofos (personas que constituyen fundamentalmente una categoría profesional) nos hacen ver que nada está claro. Los filósofos piensan que con el *método* adecuado

---

<sup>166</sup> Editado por Rialp. Madrid, 1974.

—todo ha quedado reducido, de hecho, a un problema de “método”— se resolverán todos o algunos de nuestros problemas: en esta actitud fundamental no hay ninguna diferencia entre Descartes o Carnap, por ejemplo. No tienen en cuenta la irreductibilidad de las cosas.

Lo específico del talante racionalista es dudar o negar la evidencia que nos proporcionan los sentidos, aunque soy consciente de que esta frase, así expresada, es simplista. Es bien sabido que este fue el punto de arranque de Descartes, y Hume lo proyectó a la Edad Contemporánea: no en vano Russell enlaza directamente con Hume. Y los innumerables discípulos —en este punto— de Russell parten acriticamente desde este *postulado*.

La mayor parte de los filósofos parten, pues, desde un relativismo *teórico*: “teórico” es el adjetivo de *theoria*, esto es, visión o contemplación de lo que es, de la realidad. Pues según los filósofos modernos, desde Descartes hasta hoy, la realidad no cuenta porque, al parecer, no podemos conocerla, o no podemos conocerla adecuadamente. Hume marcó con casi dos siglos de antelación las pautas fundamentales de la filosofía del siglo XX: sólo podemos conocer percepciones discontinuas que nos proporcionan los sentidos; por tanto, no hay “cosas”, sólo datos sensoriales en la mente del individuo. El individuo es, por ello, el protagonista de “su” vida: él ha de elaborar esos datos a fin de llevar la vida que considere más conveniente.

Desde la teoría arrancan tanto la técnica como la praxis, el *agere* y el *facere*. Quizá el lector no esté acostumbrado a esta terminología: cuando un estudiante estudia puede suceder que pretenda un bien para él mismo: su perfección personal mediante el aumento del conocimiento. Y, al mismo tiempo, persigue un fin pragmático: aprobar el examen. El hecho de estudiar es, por tanto, un solo acto que presenta dos vertientes: una con la que el hombre busca su perfección personal, humana o moral, que son términos sinónimos; a esta vertiente del estudio se la llama *praxis* y, en lengua latina, *agere*. La otra dimensión del estudio es la pragmática, con la que la persona no busca su perfección personal, sino una “cosa” externa a ella misma: estudiando acaba la carrera, con ella un puesto de trabajo y con el trabajo, dinero, prestigio social, etc. Esta otra faceta, en la que la persona no busca su enriquecimiento personal, sino conseguir una cosa ajena a él mismo, constituye una actividad que fue llamada por los griegos *poiesis* (en contraposición a la “*praxis*”), y por los latinos *facere* en oposición al “*agere*”. Recientemente Erich Fromm puso de moda la terminología “tener” y “ser” para referirse a estas mismas vertientes de la actuación humana: mediante la *praxis* se “es”; a través de la *poiesis* se “tienen o consiguen cosas”.

Podemos comprender que una persona puede tener muchas “cosas” y, en cambio, ser muy poca cosa: decimos entonces que ha dado preferencia a la faceta pragmática, a la *poiesis* o *facere* sobre su realización personal, la *praxis* o el *agere*. También comprendemos que un hombre puede tener pocas cosas y ser, sin embargo, una gran persona, feliz, con una vida lograda, porque ha llevado una *praxis* adecuada. Se trata de una opción fundamental que ha de realizar todo hombre: si concederá preferencia al tener (*poiesis, facere*) o al ser (*praxis, agere*).

Como indicaba, desde la teoría arrancan la praxis y la técnica: un técnico es un hombre que conoce bien aquello con lo que tiene que trabajar. Si no es así no podrá ni trabajar. Lo extraño del caso es que la sociedad de los siglos XIX y XX, esencialmente capitalista y relativista, niega la posibilidad de conocer la realidad por lo que respecta a la vida *práctica* (“práctico” viene de praxis y se opone a pragmático) del hombre, pero al mismo tiempo, y en perfecta incongruencia, estudia detenidamente la realidad para fines técnicos, que dan dinero: aquí los sentidos no nos engañan. Los laboratorios existen para estudiar la realidad, y desde ellos surge la tecnología que hace posible la industria. Como se puede ver, la “filosofía” moderna y contemporánea no tiene cabida en los laboratorios, ni en general en todo aquello que proporciona dinero.

A veces, algún científico elabora teorías muy abstractas acerca del mundo, de la materia, etc. Pensemos en Einstein o en Heisenberg, por citar dos figuras históricas. Este tipo de teorías dan lugar a lo que se llama “Filosofía de la ciencia”, en la que lo único claro, ahora a finales del siglo XX, es que hay muy pocas cosas claras. Kuhn hizo ver, hace casi treinta años, que el método científico, y con él la actividad de los “científicos”, dista de ser una actividad exacta, y que el llamado método científico (que se inspiraba en el método de la Física) dependía ante todo de la genialidad o de la intuición de cada investigador, es decir, de su personalidad cuando trabaja con *seriedad*. Posteriormente, Lakatos y Feyerabend han ampliado esta tesis. Todas estas discusiones acerca de la crisis del “método científico”, etc. han dado lugar a una asignatura, que ya existe en algunas Facultades de Filosofía, que se llama “Filosofía de la ciencia”. Pero esto no afecta para nada a la técnica: el investigador de laboratorio trabaja muy a gusto con la realidad que observa a través de sus instrumentos y se desentiende de las teorías que componen la Filosofía de la ciencia. Por tanto, la realidad cuenta, es tenida en cuenta tal como es por los investigadores que buscan nueva tecnología. Sin embargo, el filósofo afirma que esa realidad no existe, o no podemos conocerla. Me parece que aquí existe una cierta contradicción, al menos en matices, que Hume, tan perspicaz de ordinario, quiso pasar por alto o no supo explicar.

De este modo, el filósofo se queda a solas consigo mismo, porque ha perdido de vista a la realidad. Sólo le queda la “razón”, término muy equívoco como tendremos ocasión de ver. Dedicué un pequeño estudio, *El espíritu de la Modernidad*<sup>167</sup> a mostrar cómo el individuo de la Edad Moderna y Contemporánea considera que él posee una razón omnipotente que moldea a la realidad del mismo modo como un escolar trabaja con la plastilina. Las tesis a priori subyacentes a esta mentalidad serían fundamentalmente dos: que la “realidad” es algo amorfo —la *res extensa* cartesiana— que sólo opone resistencia al esfuerzo humano; y que la “razón” es activa y creadora, porque dispone de las leyes de la Mecánica. Nadie ha explicado en ningún momento por qué esta “razón” es activa: se da como evidente. Ahora si

<sup>167</sup> *El espíritu de la Modernidad*, en “Problemas de la ciencia jurídica. Estudios en homenaje a F. Puy”. Universidad de Santiago de Compostela. 1992, vol. I, págs. 87-99.

se admite la evidencia. Como Hume dejó al hombre reducido a pasiones, de modo que en él la "razón" no pasa de ser una servidora de esas misteriosas pasiones —otra "evidencia"—, parece que la filosofía más moderna ha tendido a considerar que la "razón" existiría en función de hacer realidad lo que el hombre quiere según sus pasiones. La "razón", por ello, sería como una potencia de carácter instrumental que moldea las percepciones discontinuas que nos proporcionan los sentidos a fin de hacer posible lo que *apasiona* al ser humano. Al parecer, de acuerdo con los datos biográficos que hoy poseemos, a David Hume le apasionaba situar la Moral en unas bases distintas a las tradicionales: no creía en la Moral cristiana.

Si cada individuo sólo posee percepciones discontinuas, que son exclusivamente "suyas", no hay posibilidad de entendimiento entre los hombres. En un *poutpourri* extraño, en el que intervinieron James, Dewey y, sobre todo Peirce (por parte anglosajona americana) y Russell, Hahn, Schlick, Neurath, etc., se llegó a un cierto consenso: las percepciones discontinuas hacen posible el lenguaje, que es el suelo de la actividad humana. No existen las cosas, la realidad: pero sí existe el lenguaje. El filósofo y el jurista han de trabajar, por tanto, sólo con el lenguaje: ésta es la médula de las filosofías del siglo XX. En consecuencia, la filosofía *progresista* actual no se toma ni la molestia de volver sobre las cosas: parte dogmáticamente desde el lenguaje, y esta forma de trabajar aparece como una adquisición definitiva. Se entiende que volver a filosofías pre-lingüísticas sería un anacronismo inconcebible. Es una faceta más del problema de las "asignaturas", que traté anteriormente.

Se trata de saber qué leyes rigen el desarrollo del lenguaje en estas filosofías cuando tratan del hombre. Como el *pathos* moderno busca libertad, o la igual libertad de los hombres, ya tenemos el punto de partida imprescindible y omnipresente: la igualdad de todos los seres humanos en ese diálogo interminable que formaría la esencia misma de los hombres. Los instrumentos para avanzar en la argumentación son y siguen siendo los típicamente modernos: las leyes de la Mecánica: cuerpos aislados sin finalidad, igualdad y el principio de acción-reacción. Éste es el "secreto" de Hobbes, Kant (en su Filosofía práctica), Rawls o Habermas. Por tanto, los *constructos* racionalistas de estos autores suponen una base inicial: la igualdad. Durante la Modernidad se recurrió a la ficción del "estado de naturaleza" para postular la igualdad, la independencia, el aislamiento de los individuos. Ahora, a finales del siglo XX, los filósofos no hablan expresamente del estado de naturaleza, pero lo hacen renacer bajo los nombres de "posición original", "condiciones ideales del habla" etc.

Establecen, pues, un dato inicial desde el que buscan deducir todo un "sistema" de Filosofía práctica. Este dato inicial era llamado en la Modernidad el *principium unicum, evidens et adaequatum*. Hoy, que no está de moda el latín, se prescinde de esta terminología y se habla directamente de la posición original, etc., expresiones con las que se designa lo mismo —y que cumplen la misma función— que el *principium unicum* de los modernos de los siglos XVII y XVIII. En consecuencia la filosofía práctica contemporánea *pretende* ser, igual que la ilustrada, deductivista: supone un dato o principio inicial desde el que "deduce" todos los derechos y

deberes del hombre. La deducción implica construir un sistema; recuerdo al lector que la palabra "sistema" designa un *constructo* racionalista que parte desde un principio único desde cuyo desarrollo todo sea más o menos calculable y previsible. Así pues, nuestra filosofía práctica de hoy (pretende ser) es deductivista y sistemática, porque dice ir creando la realidad al mismo tiempo que la conoce con la única guía, omnipresente, de la igualdad de los parlantes en el diálogo.

La crítica a esta forma de pensar ya está hecha hace tiempo. Max Weber se ocupó detenidamente de los problemas del racionalismo. Por lo que se refiere al último punto tratado, el de la actitud deductivista, Weber escribe que «Se trata sencillamente de una ingenuidad cuando, en ocasiones, incluso algunos especialistas siguen creyendo que es preciso establecer ante todo "un principio" para la ciencia social práctica y consolidarlo científicamente como verdadero para poder deducir, acto seguido y de forma unívoca, las normas para la solución de los problemas particulares de la praxis»<sup>168</sup>. Este principio desde el que se parte para deducir el "sistema" da origen a una "ideología". En mi *Introducción a la ciencia jurídica* dejé establecida mi opinión sobre el pensar ideológico: "ideología" es la construcción racionalista que acentúa una faceta, y sólo una faceta, de la realidad: por eso toda ideología, al mismo tiempo que posee algo de verdad (esa faceta real), es profundamente falsa porque, según reza el dicho vulgar, "toma la parte por el todo". En este mismo sentido Weber explica que «Las construcciones de la teoría abstracta sólo son en apariencia "deducciones"... En realidad, se trata más bien de un caso especial de formación de conceptos... Este cuadro de ideas reúne determinadas relaciones y procesos de la vida histórica para formar un cosmos no contradictorio de conexiones pensadas. Por su contenido, dicha estructura ofrece el carácter de una utopía, obtenida mediante la acentuación mental de determinados momentos de la realidad»<sup>169</sup>. El juicio final de Weber sobre este tipo de teorías queda muy claro cuando escribe que: «el proceso empírico histórico que se desarrolla en las mentes de las personas debe ser comprendido en general como un proceso condicionado *psicológicamente* y no *lógicamente*»<sup>170</sup>.

Las fórmulas sencillas presentan el problema del reduccionismo, del simplismo, en una palabra. El "principio único" ilustrado —que todavía hoy seguimos persiguiendo como la única justificación posible de la praxis— implica una reducción insostenible de la complejidad de la actuación práctica humana. En la historia de la Filosofía, los sistemas deductivistas han tomado *una sola faceta* del hombre: la sociabilidad en Grocio, el arbitrio según Kant, las relaciones productivas en Marx y los marxistas, o la igualdad —la igual libertad—, como sostienen hoy Rawls o Habermas. Aludiré ahora a sólo dos problemas que se plantean a cualquiera que se ocupe de estos "sistemas" de filosofía. El primero, que se ve con más claridad

<sup>168</sup> *Sobre la teoría de las ciencias sociales*. Trad. de M. Faber-Kaiser. Planeta-Agostini. Barcelona, 1985, pág. 18.

<sup>169</sup> *Sobre la teoría...*, cit., págs. 67-68.

<sup>170</sup> *Sobre la teoría...*, cit., pág. 79. La intensidad es mía.



en el campo jurídico, se nos muestra cuando observamos que el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, es una masa heterogénea, a veces caótica y, sobre todo, inmensa, de normas y principios que responden a necesidades distintas y que tienen finalidades también distintas. Cada una de estas normas tiene su historia propia, su *casus*, y de nada sirve —o sirve únicamente para enturbiar su estudio— sentar una *teoría* omnicomprendensiva de todas ellas. El segundo tema entra en escena cuando consideramos que no existe “un” solo bien para el hombre: toda persona normal que no necesita urgentemente de un psiquiatra —el que no es un obseso— persigue en su vida cotidiana una pluralidad de bienes no solamente irreducibles los unos a los otros sino, con frecuencia, contradictorios entre sí: trabajar o dedicar tiempo a la familia, exigencias de la imparcialidad y amistad. A la vista de este hecho parece difícil mantener que los hombres nos regiríamos por un solo principio. Lo siento por el ansia de rigor de tanta gente: no sirve de nada una fórmula asequible, construida sobre una única faceta de la naturaleza del hombre, que nos libere de nuestras preocupaciones. Cada caso ha de ser examinado individualizadamente, y para cada caso existen sus propios criterios.

El resultado más visible y desprestigiante para la Universidad de este modo racionalista de proceder es el hecho de que cada Feria del Libro nos trae un nuevo sistema de la “Razón práctica”. Quien no tenga suficiente con el neocontractualismo anglosajón (en sus distintas variantes), o con Habermas, o Hare, o los de la escuela de Erlangen, no tiene más que consultar el tratado de Alexy sobre la racionalidad práctica para comprender que no hay más límites que los de la imaginación, o lo que es lo mismo, que cada cual escribe lo que se le ocurre. Cuando prescindimos de la *theoria* (de la observación de la realidad) entramos en el amplio género literario de los cuentos, que pueden ser de hadas, o de otras cosas.

Me parece que no es lícito partir desde un principio para después extraer las aparentes virtualidades contenidas, según cada autor, en ese principio. Esto quizá pueda ser cierto en el plano técnico, pero no sirve en la praxis. Spaemann nos dice que «la dimensión de la experiencia de lo incondicionado sólo se puede reconstruir ulteriormente en sus condiciones de origen, pero es *per definitionem* algo para lo que sus condiciones de origen son irrelevantes en el momento en que se origina»<sup>171</sup>. Quizá estas palabras puedan parecer un tanto crípticas al lector, y creo que quedará más claro el pensamiento de Spaemann cuando él escribe que «Así lo han visto Platón y Aristóteles cuando coinciden al escribir que el Estado surge para las meras necesidades de la vida, pero una vez que ha surgido, existe para la vida buena. Y lo que sea la vida buena no se puede derivar ya de esas condiciones de origen»<sup>172</sup>. Es decir, las instituciones se originan históricamente desde unas necesidades concretas —de esto no cabe duda— pero una vez consolidadas permiten una serie de posibilidades para la praxis del hombre que no estaban presentes en sus inicios. Por tanto, la racionalidad de una norma, de una institución, se retro-

<sup>171</sup> *Lo natural y lo racional*., cit., pág. 71.

<sup>172</sup> *Lo natural*., cit., pág. 70.

trae necesariamente a un momento posterior al genético. Por este motivo, el intento de sentar *ab origine* “un principio” —génesis y fundamento— y extraer desde él todas las normas para la praxis, parece una empresa poco acorde con la realidad.

Durante los años 1970 a 1976 hube de estudiar a fondo la jurisprudencia bajomedieval, y me centré especialmente en las obras de Acursio, Odofredo, Bellapertica, Bártolo y Baldo. Esta jurisprudencia según se mire es Derecho romano o Derecho romano más desarrollado: en cualquier caso es prudencia y sentido de la justicia aplicado a problemas concretos. Cuando algunos años más tarde me planteé hacer un estudio sobre el método de estos juristas, no encontré mucho que decir: de la mano de estudios indirectos compuse un pequeño artículo que publiqué en el *Anuario de Historia del derecho Español*. En cambio, cuando me enfrento con las proliferas y farragosas explicaciones de Habermas —dando por descontado su enorme extensión— y con el muy extenso y complicado libro de John Rawls, su *Teoría de la justicia*, el resumen más acertado me parece la explicación de Francis Bacon: «Las cosas inanes suelen ser con frecuencia vastas, las sólidas se contraen al máximo y ocupan poco espacio»<sup>173</sup>.

Si nos preguntamos por qué estamos en esta situación universitaria, quizá no sea insensato decir que es porque *queremos* (se trata de un acto de voluntad) un hombre independiente, autónomo, y para lograr esto se entiende que es preciso liberarlo de la Realidad, aunque sea contra toda evidencia. Se trata del influjo de la moral positiva, del pensamiento que tiene prestigio porque está de moda. En nombre de la razón, de la racionalidad, hacemos lo que queremos, y por ello Bacon escribía que «El entendimiento humano no es una luz seca, sino que sufre la influencia de la voluntad y de los afectos, lo que genera ‘ciencias a placer’»<sup>174</sup>.

Poco conseguiremos si seguimos el camino de los principios únicos y de la lógica deductiva. Leibniz, hace ya algunos siglos, señaló una vía más correcta: «generalmente se dice *rationes non esse numerandas, sed ponderandas*. Pero nadie ha señalado la balanza apropiada para ello, aunque nadie se ha acercado más al tema ni ha proporcionado más elementos que los juristas. Por eso he reflexionado no poco sobre el asunto y espero alguna vez llenar el hueco con algo concreto»<sup>175</sup>. Leibniz no cumplió su promesa, o por lo menos no la cumplió adecuadamente. Pero no deja de llamar la atención que, tres siglos más tarde, Stephen Toulmin, discípulo de Wittgenstein, mantenga que la lógica deductiva no sirva para nada en el Derecho —ni en general en la praxis— y que el único discurso verdaderamente científico es el de los juristas, que más que “deducir” desde un *principio*, inducen muchas reglas, normas y principios desde la realidad que observamos. Y es que el método científico no es ni puede ser deductivo: es, al contrario, necesariamente

<sup>173</sup> *La Gran Restauración*. Trad. de M.A. Granada. Alianza Editorial. Madrid, 1985, pág. 60.

<sup>174</sup> Aforismo XLIX, en *El primer libro de los aforismos*., ed. cit., pág. 103.

<sup>175</sup> Carta a G. Wagner, en *Escritos filosóficos*. Trad. de T.E. Zwanck. Charcas. Buenos Aires, 1982, pág. 362.

inductivo: ante todo está la Realidad, a la que estudiamos (*theoria*), y este estudio nos muestra lo que podemos (en el doble sentido de posibilitante y condicionante) hacer.

## 5.2. La imposibilidad de una lógica sin semántica.

Introduzco esta cuestión porque la filosofía del siglo XX ha pretendido prescindir de la *theoria*. En el lugar de la Realidad ha situado una "lógica" fiscalista en unos casos ("dialéctica" en otros) que no tiene en cuenta las cosas. El tema es si es posible una tal "lógica" al margen de las cosas.

Tras el muy confuso *poutpourri* filosófico del siglo XIX, en el que la "Filosofía" devino en un saber prácticamente esotérico, Gottlob Frege entendió que los problemas filosóficos eran, ante todo, problemas terminológicos, y él se propuso a finales de siglo clarificar la filosofía analizando el lenguaje; así comenzó la "filosofía analítica" o filosofía del lenguaje. Frege distinguió en las palabras dos vertientes, que llamó "sentido" y "significado". Si decimos "los marcianos son enanos" podemos ver el *sentido* del adjetivo "enanos": este adjetivo es un predicado de los marcianos, es decir, predicamos que los marcianos "son enanos". Luego esta frase tiene *sentido*. El "significado" es algo distinto: con este término Frege designa la relación de cada palabra con la realidad. Como no existen habitantes en Marte, la frase en cuestión no posee significado, ya que la palabra "marcianos" no se refiere a nada. La dimensión del lenguaje que se ocupa de las relaciones de las palabras con la realidad se llama *semántica* y, por ello, "semántica" equivale –al menos a nuestros fines– a *significado*.

La cuestión es saber si es posible un lenguaje que prescinda de la semántica, del significado. Según Aristóteles, no es posible porque todo lo que se aprende se aprende por inducción o por silogismo. La inducción es el principio de las proposiciones universales, y el silogismo parte necesariamente desde las proposiciones universales que hemos obtenido por inducción desde la realidad. «Así pues, concluye Aristóteles, hay principios de donde nace el silogismo y para los cuales no hay silogismo posible; son, pues, el resultado de la inducción»<sup>176</sup>. Ciertamente podemos hacer muchas argumentaciones –que tendrán un valor dudoso– pero siempre esas argumentaciones han de partir desde verdades que son tales porque las hemos extraído desde la observación de la realidad. En este sentido nos indica Theodor Viehweg que «vista de esta manera, la tópica es una meditación prelógica pues, como tema, la "inventio" es primaria, y la "conclusio" secundaria»<sup>177</sup>. El lenguaje, por tanto, depende de la realidad. Veamos esto más despacio.

<sup>176</sup> Moral, a *Nicomaco*. Trad. de P. de Azcárate. Espasa-Calpe. Madrid, 1983, Libro VI, capítulo II, pág. 204.

<sup>177</sup> *Tópica y jurisprudencia*. Trad. de J.L. Díez-Picazo. Taurus. Madrid, 1964, pág. 63.

La filosofía práctica contemporánea entiende que es preciso prescindir de la dimensión semántica del lenguaje porque, de admitirla, las cosas condicionarían la autonomía de los hombres. Y como la autonomía es el *valor* único, se hace necesario no aludir a ninguna realidad extra-lingüística. Podríamos decir, de manera algo imprecisa, que nuestros filósofos vuelven la espalda deliberadamente a la realidad para *afirmar* contra viento y marea la "libertad" del hombre. Esto me parece un ejemplo acabado de teoría ideologizada.

En sentido contrario, por lo que se refiere a lo que usualmente llamamos "Lógica", Paul Gonthier dedicó su vida profesional, normalmente a través de la revista *Dialéctica*, a mostrar que no existe una Lógica pura –la Lógica "analítica"–, que los argumentos *in propria forma* (es decir, puramente lógicos) no son más que una sucesión de momentos cognoscitivos y valorativos extraídos desde la experiencia. No existe, pues, una especie de "lógica" que, a priori, al margen de la experiencia, nos indique lo que es verdadero o falso: fuera de la experiencia *real*, que comienza siempre por los sentidos, apenas se puede hablar de "lógica".

Por tanto, las cosas constituyen, crean y hacen posible el lenguaje. Schwarz-Liebertmann nos pone en un camino muy real cuando explica que «se trata de saber si la fórmula "naturaleza de las cosas" no es sino un sinónimo del término "lógica"... Todas las facetas de la "lógica" son, en efecto, una explicación y fundamento de la noción de naturaleza de las cosas»<sup>178</sup>. Efectivamente, el lenguaje se apoya fundamentalmente en su vertiente semántica, que es la que lo hace posible.

El lenguaje no es sino el reflejo de la realidad en los hombres. No es quizá un reflejo como el de un espejo, porque el conocimiento humano es siempre –de alguna manera– interpretativo. Pero los hombres podemos hablar gracias ese hogar común que son las cosas, y el lenguaje no es más que el reflejo de la Realidad en nosotros. De ahí la imposibilidad de una "Lógica pura" o de una "Lógica jurídica", sin más. La simple forma no posee reglas propias: incluso el *sentido* de las palabras viene determinado por su "significado", por la estructura semántica. Existe la lógica peculiar de las hipotecas, que es la que usa todo jurista cuando razona sobre un caso de derecho hipotecario, y existe la lógica propia del hurto frustrado. La argumentación no añade nada. Por eso nos indica Wittgenstein que «En la lógica la demostración no es sino un medio mecánico para un más fácil reconocimiento de la tautología, cuando ésta es complicada»<sup>179</sup>. Efectivamente, en las normas hipotecarias o en las exigencias del hurto ya están contenidas las conclusiones; es cuestión de desarrollar esas premisas correctamente. Es la realidad la que impone sus exigencias. Por este motivo Gonzalo Rodríguez Mourullo explica que «El primer mérito de las aportaciones que estamos comentando radica ya en esto, en habernos devuelto a los juristas la conciencia de que estamos utilizando razonamientos tópicos y retóricos en muchas ocasiones sin saberlo y en otros

<sup>178</sup> Cfr. *Réflexions...*, cit., pág. 40.

<sup>179</sup> *Tractatus...*, cit., 6.1262.

—lo que acaso sea peor— creyendo erróneamente que son razonamientos de tipo lógico-formal»<sup>180</sup>.

No existe una lógica al margen de la realidad. Hay sólo una *lógica de las cosas*. Si yo digo: “navegaba con mi automóvil por la bahía de Cádiz”, estoy diciendo un disparate, por más que desde el punto de vista lógico-formal la frase sea impecable. Si, en cambio, digo que “viajé a Sevilla con mi automóvil”, esta frase sí tiene significado, además de sentido. Y el que la primera frase sea un disparate y la segunda algo puesto en razón no depende para nada de convenciones o estipulaciones sobre el uso del lenguaje. Sucede, simplemente, que es *evidente* (dada la “naturaleza de las cosas”) que no puedo navegar con mi coche: “el hecho de que no exista reducción lógica más allá de la evidencia demuestra la imbricación en nosotros del pensamiento y del ser”<sup>181</sup>. Por estas razones, la “Lógica jurídica” como disciplina autónoma carece de realidad: «Aunque el análisis lógico-formal que hace von Wright del silogismo práctico es muy fino —escribe Llano—, se le escapan todas las implicaciones ontológicas y éticas»<sup>182</sup>. Las cosas y las valoraciones hechas sobre las cosas: ontología y ética. Éstos son los fundamentos de cualquier razonamiento práctico, y de cualquier argumentación en general. Cuando esto no se reconoce expresamente —como indicaba Rodríguez Mourullo— o incluso se lo niega, entonces sucede que toda la “argumentación” está plagada de evidencias y de valoraciones inconfesadas. Un libro como el de Ernest Nagel, *La Lógica sin metafísica*<sup>183</sup>, constituye sólo un residuo anacrónico de los tiempos en que dominaba el positivismo lógico. Aunque una obra así sea la bandera de la mayor parte de la filosofía práctica contemporánea.

### 5.3. ¿Superación del racionalismo?

El filósofo racionalista es un ser un tanto esquizoide: un hombre que tiene una vida práctica y concreta y que, en su actividad académica niega esa misma vida. Este tipo de filósofo suele apelar a la actitud *criticista*<sup>184</sup> que sería propia de la Filosofía: los demás —ingenuos por definición— sólo pueden aceptar las cosas porque les falta la suficiente capacidad crítica como para comprender las limitaciones del ser humano.

Es lógico que el hombre normal, psíquicamente equilibrado, no sepa muy bien para qué sirve la Filosofía, si es que ha tropezado con un filósofo racionalista.

<sup>180</sup> *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Civitas. Madrid, 1988, pág. 39.

<sup>181</sup> Schwarz-Liebermann, *Réflexions...*, cit., pág. 5.

<sup>182</sup> *La nueva sensibilidad*, cit., pág. 203.

<sup>183</sup> Está editado por Tecnos, Madrid, 1974.

<sup>184</sup> Del mismo modo que una cosa es ser racional y otra muy distinta caer en el *racionalismo*, una actitud crítica tiene poco que ver con una actitud *criticista*.

Porque a pesar de las razonadas sinrazones de Hume, de Russell o de Neurath, él sabe reconocer a su coche o a sus hijos. Y en el plano del conocimiento práctico, el hombre normal sabe que —a pesar de las objeciones de Kelsen o de Bobbio— existe la justicia, porque entiende que conducir imprudentemente o maltratar niños “es malo”.

La filosofía moral analítica, que ha proyectado sus presupuestos fundamentales en la ética dialógica más actual, es en cierto modo inatacable, porque sucede con ella lo mismo que con el antiguo marxismo: ¿quién podía demostrar que era imposible la sociedad comunista futura? Los marxistas antiguos vivían de la esperanza de un futuro redentor, y las filosofías prácticas actuales a las que aludo viven de la esperanza del logro de un nuevo hombre, un género humano nuevo que se originará desde la igual libertad de todos. Es muy fuerte la fuerza de la esperanza y esta fortaleza motiva un seguir adelante pase lo que pase. Además de este factor —la esperanza laica— es preciso tener en cuenta se trata de proyectos utópicos: una absoluta igualdad en la “posición original”, una “situación de habla ideal”. Lo utópico no es demostrable, pero tampoco es atacable, porque no pasa el *test* de la falsabilidad; pero la esperanza que lo anima justifica en todo caso su defensa, según sus adeptos. Lo utópico no pasa ningún control: no es *verificable* (expresión muy ambigua) de ningún modo. Como la argumentación constituye el resultado, se produce una tautología perfecta. Por esto escribe Wittgenstein que «En la lógica proceso y resultado son equivalentes»<sup>185</sup>.

La experiencia indica que es inútil discutir con un racionalista: su sistema, bien trabado, coherente y riguroso, le hace argumentativamente invulnerable. Así sucede con Caliclés, al que Sócrates no puede vencer con argumentos porque Caliclés es racionalista y coherente hasta el final. José Llopart nos explica, a este respecto, que «cuando el filósofo está efectivamente convencido de su sistema, no le es *licito* hacer ninguna concesión. Él no puede hacer aceptar otro sistema, porque se entraría en contradicción consigo mismo. Todos los grandes filósofos fueron grandes intransigentes, para los que los demás sistemas (filosóficos) eran falsos»<sup>186</sup>. Es el eterno peligro del dogmatismo.

Entiendo que las filosofías racionalistas poseen tanto atractivo porque, como el alcohol o las drogas, satisfacen una tendencia permanente de los hombres. Desde luego, quien se ha hecho una construcción racional rigurosa y coherente no la abandonará: está seguro de sí mismo porque le proporciona personalmente la seguridad que necesita. Como la moral positiva viene cambiando cada diez años, el marxista de los años sesenta pasó a ser neomarxista en los setenta, y “liberal” actualmente, si entendemos por liberal a nuestros efectos al que reduce la Moral a simples reglas del decoro y vive y disfruta el *statu quo* económico y social. Pero el que está preso en el racionalismo, como ya hace tiempo que ha perdido de vista

<sup>185</sup> *Tractatus...*, cit., 6.1261.

<sup>186</sup> *Juristisches und philosophisches Denken*, en “Akten des Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie”. Brüssel, 1971, pág. 89.

la realidad, no queda afectado por sus propios cambios: lo permanente en él es su actitud. Salir de una filosofía racionalista es difícil, algo así como desengancharse de la droga: es natural, porque el problema antropológico que subyace a ambas actitudes es el mismo, el de evadirse de la realidad.

Además, el racionalista se refugia en su terminología, en su especial lenguaje: entra en juego la fuerza mágica de las palabras, y el filósofo se siente seguro detrás de unos conceptos que él tampoco sabe realmente lo que significan aunque los utilice con seguridad. Karl Popper nos indica a este respecto que «hay, además de la intolerancia, otras necedades que no debemos tolerar; sobre todo esa necedad que induce a los intelectuales a ir a la última moda. Una necedad que a muchos ha inducido a escribir en un estilo oscuro y pretencioso; es aquel enigmático estilo que Goethe en "Hexeneinmaleins" y en otros lugares del *Fausto* critica tan demolidoramente. Este estilo, el estilo de grandes, oscuras, pretenciosas e incomprensibles palabras, ese modo de escribir no debería ser tolerado por los intelectuales. Es intelectualmente irresponsable. Destruye el sano entendimiento humano, la razón. Hace posible esa postura que se ha designado como relativismo. Esta postura conduce a la tesis de que todas las tesis intelectuales son más o menos justificables. Todo está permitido. Por eso la tesis del relativismo frecuentemente conduce a la anarquía, a la ausencia de legalidad y, así, al dominio de la fuerza»<sup>187</sup>.

Un sistema racionalista nunca es refutado argumentativamente, sino superado por la realidad vital. Esto lo comprobamos en el marxismo de los años sesenta, siempre seguro argumentativamente. Hoy permanece su seguridad argumentativa teórica, pero sucede que ha quedado demodée, porque nadie se interesa por él. No ha sido rebatido por argumentos, sino por hechos vitales ajenos a la "filosofía".

Por estos motivos que expongo, nunca se nos debe ocurrir discutir con un racionalista o un empirista (el empirismo es una variante especialmente interesante del racionalismo genérico). Olivecrona o Ross han creado un crucigrama difícilísimo: ellos han puesto unas reglas del juego muy unilaterales y radicales y, después, ¡a ver quién resuelve el enigma! Es preferible no complicarse la vida con este tipo de crucigramas: lo más sensato es dejarlos de lado, del mismo modo que algunas personas aficionadas a los crucigramas no se ocupan del "Difícilísimo" que ocupa toda una página de la revista *Quiz*. Si seguimos la razón, ¿el empirismo

<sup>187</sup> *Sociedad abierta, universo abierto*. Trad. de A. Jiménez Perona. Tecnos. Madrid, 1984, págs. 142-143. En la página 21 de esta obra ha indicado que Hegel, «no tanto por sus enseñanzas, sino porque por medio de la formulación oscura y llena de pretensiones de sus pretenciosas enseñanzas abrió a la sabiduría ficticia puertas y más puertas, esto es, a las grandes palabras y, por decirlo brevemente, a la charlatanería. De una charlatanería que la gente que participa de ella, naturalmente, no es consciente, porque han aprendido que Hegel es grandioso y que precisamente se debe hablar de este modo». No sé exactamente a qué se refiere Popper cuando habla de las enseñanzas "pretenciosas" de Hegel. Pero si lo que quiere indicar es que este autor se expresa en un lenguaje especialmente oscuro, apartado del uso común del idioma, y que ello da pie a afirmar inconscientemente una pretendida profundidad del pensamiento, estoy de acuerdo con su crítica.

permite explicar el amor? No, desde luego. Entonces, no sirve. Por este motivo, la actitud más sensata es la que expresaba Montaigne: «Que el discípulo haga burla de tales cosas: es más sagaz burlarlas que contestarlas. Tome el discípulo aquella contra sutileza de Aristipo: ¿Por qué voy a desenredar lo que ya me estorba enredado?»<sup>188</sup>.

Cuando Europa hervía en fervores racionalistas, entonces incipientes, un espíritu culto y delicado, como era el de Michel de Montaigne, le llevaba a un cierto retraimiento hacia lo que entonces era la moda más fuerte. Por ello escribía que «El medio que yo empleo para rebatir este frenesí... es el de humillar y pisotear el orgullo de la suficiencia humana; hacer patentes la inanidad, la vanidad y la baja del hombre; arrancarle de cuajo las miserables armas de su razón»<sup>189</sup>.

<sup>188</sup> *De la educación de los niños*, en "Ensayos". Trad. de J.G. de Luaces. Orbis. Barcelona, 1968, vol. I, pág. 125.

<sup>189</sup> *Apología de Raimundo de Sabunde*. Trad. de EDAF. SARPE. Madrid, 1984, pág. 34.

II  
CIENCIA JURÍDICA,  
LA MORAL Y LA POLÍTICA.

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

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

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

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

Esto, así expuesto, se puede prestar a confusiones, y antes que nada quisiera aludir a lo que no pretendo mantener. Concretamente, desde que en el siglo pasado se pusieron de moda utopías redentoras de todo el hombre, la Política se ha visto rodeada de un halo místico, porque era considerada como la instancia redentora por excelencia; afortunadamente, ésta es hoy es una visión *démodée*. Hoy hemos vuelto a saber que la "salvación" es una cuestión fundamentalmente personal, y por esta razón suscribo las palabras de Andrés Ollero: «Por eso se ha dicho que el derecho es un *mínimo ético*. El derecho no aspira a que la gente sea santa; aspira a que la gente conviva pacíficamente, de manera que –si quiere– pueda ser santa o –si quiere– pueda ganar dinero o hacer cualquier otra cosa; pero no intenta realizar al hombre en su plenitud»<sup>1</sup>.

Esta idea, sin embargo, no siempre es bien entendida en el mundo académico, porque este mundo especial sigue aferrado aún a la tesis de una "razón total", de una omnicomprensión de la vida social desde la que podamos dar *sentido* a cualquier hecho particular; la obra de Habermas es suficientemente expresiva al respecto. Claro, se plantea inmediatamente el problema de quién posee esa omnicomprensión de la realidad social que nos permita saber qué es lo que está bien y lo que no; como es lógico, los *intelectuales* que abogan por esta razón totalizante reclaman para sí las "patentes de racionalidad", expresión que tomo otra vez de Ollero. El hecho de que durante más de un siglo se haya mantenido, como hace Kelsen, que el orden social justo es el orden que «regula la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, es decir, que todos los hombres encuentran en él la felicidad»<sup>2</sup>, ha facilitado este tipo de planteamientos globales y simplistas. Yo entiendo, en cambio, que por muy justo que sea el orden social en el que vivo, este orden social no garantiza, sin más, mi felicidad personal; ni la de nadie. Quizá porque la propia perfección sea un asunto muy personal. Las cuestiones "personales" son específicas de la persona humana: los animales se desarro-

<sup>1</sup> *Derechos humanos. Cuatro preguntas para "expertos en humanidad"*, cit., pág. 32.

<sup>2</sup> *¿Qué es justicia?* Trad. de A. Calsamiglia. Ariel, Barcelona, 1982, pág. 36.

llan a gusto cuando las condiciones externas son las adecuadas. Pero las personas humanas somos diferentes. En cambio, este tipo de planteamientos omnicomprensivos abren la puerta a posibles despotismos más o menos ilustrados.

Como el pensamiento contemporáneo es a veces limitado, y se suele mover por medio de la figura retórica de la *alternativa*, surge entonces el problema de la "alternativa" a lo que ya se ha repudiado. El pensamiento de las alternativas suele ser un tanto dialéctico (en el sentido del *sic et non*) y, desechada la salvación colectiva, parece que lo único viable es la solución opuesta: una sociedad permisivista. De este tema hablé anteriormente, y no repetiré ahora nada. Frente a uno y otro planteamiento prefiero afirmar con Alejandro Llano que «La teoría general de la acción no puede desplegarse en un nivel pre-valorativo, anterior a la ética, sino que ha de ser radicalmente –ella misma– ética»<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> *La nueva sensibilidad*, cit., pág. 211.

## 1. EL "DERECHO", UNA MASA ABIGARRADA DE NORMAS Y PRINCIPIOS.

Paul Amselek explica, con razón, que «Con frecuencia se cree que se puede arrojar luz sobre el Derecho cuando se le define como un conjunto de reglas, de normas, de reglas de conducta o de normas éticas. En realidad, no se hace más que desplazar el problema y proyectar oscuridad sobre la sombra»<sup>4</sup>. Efectivamente, nadie duda de que el Derecho se compone de un conjunto de *normas*, pero el problema estriba en captar que tales normas tienen una naturaleza muy distinta. Nos debiera dar bastante que pensar el hecho de que el Derecho público romano no tiene ningún interés práctico hoy, mientras que el Derecho privado de Roma sigue vigente prácticamente en su totalidad. Parece, a primera vista, como si el "Derecho" público fuera algo necesariamente mutable y variable, mientras que el Derecho privado es muy distinto. Quizá por este motivo, Nikolaeus Falck, uno de los juristas más influyentes del siglo XIX, escribía que «Ante todo, el jurista debe estar preocupado por mantener la parte estrictamente científica del Derecho libre del influjo de las leyes, de modo que adquiera un margen para su trabajo libre y racional. El resultado de esta fundamentación científica es lo permanente y eterno, es decir, aquello que debe quedar libre de las variaciones históricas; todo lo demás, por el contrario, está sometido al cambio de los tiempos, a las opiniones políticas e incluso, con frecuencia, al simple arbitrio»<sup>5</sup>. No deja de ser chocante para nuestra mentalidad actual que uno de los más fuertes iniciadores de lo que se ha llamado "positivismo jurídico" pensara así. Lo que refuerza la intuición inicial de que en el saco de la palabra "Derecho" se yuxtaponen cosas muy diferentes.

<sup>4</sup> *Le droit dans les esprits*, en "Controverses autour de l'ontologie du droit". PUF, Paris, 1989, pág. 27.

<sup>5</sup> Cfr. *Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, en "Kieler Blätter für 1819", 1. Band, pág. 16.



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

Se trata, como veremos, de tres sectores muy distintos, por su misma naturaleza, de todo ordenamiento jurídico. Aquí se puede aplicar sin ningún temor la tesis de Antonio Osuna: «la formalización lógica del razonamiento jurídico será distinta en cada uno de los sectores de la razón práctica jurídica»<sup>6</sup>.

### 1.1. Las Reglas Tipo "A" o constitucionales.

Si al considerar el "Derecho" tenemos en cuenta únicamente las normas que crean las formas políticas, entonces hay que aceptar una declaración de Gustav Hugo que puede aparecer quizá algo chocante: «Todo derecho positivo proviene únicamente del azar, de la casualidad (de la providencia de la Divinidad), a través de la prepotencia de los fuertes»<sup>7</sup>. Efectivamente, en la Historia se han sucedido muchas formas de gobierno, todas ellas igualmente legítimas en su momento. Roma, por ejemplo, comenzó siendo una monarquía; más tarde se convirtió en República, con un cierto parecido a lo que hoy llamamos una "democracia"; finalmente, cuando el espíritu que hizo posible la República había dejado de existir, Augusto la convirtió en un Imperio, en un régimen autoritario. Los romanos, con su peculiar genio práctico, supieron adaptar sus estructuras básicas de convivencia a lo que demandaba cada momento histórico. La monarquía romana no fue más injusta que el Imperio, ni éste más injusto que la República: cada forma de gobierno tuvo su momento, su oportunidad propia. La necesidad las justificaba,

<sup>6</sup> *La razón práctica...*, cit., pág. 455.

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

y lo que hubiera sido realmente injusto hubiera sido el intento de hacer de Roma una República en el siglo II: no hace falta ser un especialista en la historia de la Antigüedad para comprender que el Imperio era necesario entonces, y que la reinstauración de las formas republicanas hubieran conducido a tal caos que Roma hubiera dejado de existir en pocos años.

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

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

#### 1.1.1. Necesidad de la aceptación.

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

En este tema se entremezclan problemas difíciles de analizar. Por un lado está la exigencia moral de que el pueblo es soberano y él debe decidir la forma de gobierno que quiere, y qué gobierno quiere; de otra parte, están las necesidades objetivas y reales, que determinan que lo que llamamos "democracia" no siempre es viable. La exigencia moral de la soberanía del pueblo ya fue expuesta en el siglo XIII por Tomás de Aquino, en los comentarios a la Política de Aristóteles. Tomás se plantea si toda la multitud debe gobernar; es consciente de que en la multitud, unos son sabios y honrados, y otros no, por lo que parece que son los primeros los que deben decidir sobre la nación; no le convence, sin embargo, esta opinión,

<sup>8</sup> *Ensayos de teoría política*, cit., pág. 111. La intensidad es mía.

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

y concluye que debe gobernar toda la "multitud"<sup>10</sup>. Esta tesis la recogió Francisco de Vitoria (el primer gran seguidor de Tomás) a comienzos del siglo XVI, y es típica de los escolásticos españoles de este siglo. En mi opinión, quien la expone, ya tardíamente, con más precisión, es Juan Roa Dávila, en su *De Regnorum Iustitia*, escrito a comienzos del siglo XVII. La tradición escolástica se pierde en el racionalismo *iusnaturalista* de la Edad Moderna, pero las ideas estaban lanzadas y fue el suizo Ulrichus Huber, en la segunda mitad del siglo XVII, el que consagró definitivamente estas ideas "democráticas", proyectándolas hacia el siglo XVIII.

Es decir, la necesidad de que los ciudadanos designen a sus gobernantes parece una exigencia de naturaleza moral. Sin embargo, este tema, como advertía antes, es complicado. Eusebio Fernández nos pone en un camino que nos permite entenderlo mejor cuando indica que «no puede existir una sociedad estable, ni mínimamente justa, sin un sistema de legitimación que cuente con (o sea producto de) el consenso, asentimiento o consentimiento de los individuos que forman parte de ella»<sup>11</sup>. En efecto, como indicaba antes, toda forma de gobierno, o todo gobierno, reposa en última instancia en una aceptación popular, y esto vale tanto para el gobierno de los Austrias, en los siglos XVI y XVII, como para los actuales regímenes parlamentarios. Quiero decir, entre otras cosas, que no es preciso que un grupo político se configure expresamente como régimen parlamentario para que pueda hablarse de aceptación popular: posiblemente Felipe II fue más aceptado por los españoles de su época que algunos líderes actuales de Europa que han llegado al poder mediante elecciones. Claro que aquí siempre ha intervenido un factor distorsionante: me refiero a la propaganda del régimen, que se ha practicado en todas las épocas históricas, y que hoy es un problema especialmente grave dado el enorme poder de los medios de información contemporáneos.

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

Por esto, una de las primeras características de las reglas A o constitucionales, es que los ciudadanos han de ponerse de acuerdo (tácitamente) sobre ellas. Sin consenso no hay gobierno posible. En este punto ya comenzamos a advertir una primera diferencia con la *jurisprudencia* porque, como explica Alberto Montoro, «la validez del principio democrático en cuanto criterio de legitimación de la autoridad, sólo parece sostenerse en el ámbito de lo estrictamente político. La demo-

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

<sup>11</sup> *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Debate, Madrid, 1987, pág. 195.

cracia, como criterio de legitimación de la autoridad, resulta discutible en determinados ámbitos de la vida social y, en otros, abiertamente inaceptable. Existen formas de autoridad en la vida social (la de un padre, la de un profesor, la de un científico...) que ni deben, ni pueden, legitimarse democráticamente»<sup>12</sup>.

### 1.1.2. Luces y sombras de nuestras ideas.

La mentalidad dominante hoy entiende que la única forma de gobierno *legítima* (extraña palabra) es la "democrática". Ya he hecho algunas matizaciones sobre esta tesis, y me parece que la opinión que exponía Joaquín Hopper en 1582 sigue siendo actual: es preciso proceder con cautela y dejarnos enseñar por la historia<sup>13</sup>. La observación que hacía Michel Villey me parece muy puesta en razón: «No vamos a volver sobre lo que tiene de etnocéntrico –y de utópico– el sueño de universalizar el *way of life* americano: el régimen de elecciones libres de las democracias occidentales no parece exportable a Uganda... Esto, más bien, sería el resultado contrario de lo que yo espero del arte jurídico»<sup>14</sup>.

Efectivamente, si por el empeño de exportar mis ideas parlamentaristas voy a sumir a una nación en una guerra civil sin término, es preferible que esa nación siga con un régimen autocrático. Siempre y cuando ese régimen autocrático o autoritario no sea un régimen de terror: supondría una superficialidad inaceptable confundir autoritarismo con terrorismo. Si pensamos en un país del África negra, normalmente dividido en tribus enfrentadas, no parece que lo más oportuno sea, en nombre de la libertad de expresión, permitir que los líderes tribales enardecen a su tribu para que aniquilen al grupo por definición enemigo.

Es decir, en el terreno de las ideas políticas no hay dogmas: casi todo es relativo a la situación concreta. Gustav Radbruch tenía cierta razón cuando proclamaba en el período de entreguerras su "relativismo". Sólo que Radbruch extendió el relativismo desde el plano político al terreno de lo jurídico, y aquí se equivocó. Su relativismo sí es válido para la Política, pues en situaciones extremas el que efectivamente consigue hacer posible la convivencia pacífica, ése es el que *debe* gobernar, como reiteradamente declaró Carl Schmitt. Pero este relativismo de las Reglas tipo A afecta poco al Derecho.

Este tema se ve a veces confundido por el uso indiscriminado de la expresión "derechos humanos", porque bajo tales términos se incluyen realidades excesivamente heterogéneas. Si un régimen practica el terrorismo de Estado, y asesina a

<sup>12</sup> *Razones y límites...*, cit., pág. 14.

<sup>13</sup> «... si inquam, haec et similia videre velis, sine quibus clarum est, nullas plane leges aut conscribi, aut conscriptas intelligi posse: sola historia est, quae te docere, et ad omnes vitae usus, cautum et providum efficere possit». Cfr. *De iuris arte*. Coloniae Agrippinae, 1582, pág. 365.

<sup>14</sup> Cfr. *Le droit et les droits de l'homme*, cit., pág. 12.

gente, ése es un régimen político de asesinos y, si se quiere, podemos decir que "viola los derechos humanos". Pero decir igualmente que un régimen que no admite pluralidad de partidos "viola los derechos humanos" me parece descabellado: insisto en que hay muchas naciones del Tercer Mundo donde no siempre es aconsejable exportar las libertades políticas.

Por lo demás, la forma de gobierno, que tanto da que hablar porque entusiasma a tantos, quizá no sea muy decisiva en la práctica. Victoria Camps nos indica que «La base de cualquier Estado de Derecho es la Constitución, que establece el conjunto de principios que han de regular el gobierno del pueblo. La Constitución no es más que eso: una declaración de principios, un punto de partida o de llegada, sin demasiado contenido, que la acción política o social deberán ir llenando de valores concretos»<sup>15</sup>. Efectivamente, lo realmente importante es la actividad política cotidiana, que se expresa no solamente a través de las declaraciones más o menos programáticas de leyes y decretos, sino especialmente y sobre todo, mediante órdenes ministeriales y resoluciones administrativas, que son los instrumentos de gobierno decisivos. Y si contemplamos la praxis política real, una buena gestión política se puede hacer bajo cualquier régimen; a la inversa, una mala gestión política, que desconoce muchos derechos de los ciudadanos, también se puede practicar en cualquier Estado de Derecho parlamentario que ha reconocido muchas "Declaraciones de derechos humanos", etcétera.

<sup>15</sup> *Ética, retórica, política*. Alianza Universidad. Madrid, 1990, pág. 78.

## 2. LAS REGLAS TIPO "B" O LEGISLACIÓN POLÍTICA.

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

La finalidad específica de las reglas tipo A era hacer posible la convivencia o la coexistencia pacífica. Supuesta esta coexistencia sin violencias, los ciudadanos reclamamos más, aunque es muy difícil ponerse de acuerdo sobre qué es este "más" que pretendemos. Antiguamente se entendía que la finalidad de la comunidad política era el "bene vivere", hacer posible la vida buena de los ciudadanos, cosa que poco tiene que ver con el "bien vivir" en el sentido actual. En este sentido, Tomás de Aquino, por ejemplo, habla de la felicidad como fin de la ciudad<sup>16</sup>. Esta "comunicación en los buenos actos" no quiere decir que este autor proponga una especie de inquisición para la virtud: él dejó establecido reiteradamente que las leyes no pueden ordenar todos los actos buenos ni prohibir todos los malos.

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

<sup>16</sup> «bene autem vel feliciter vivere in politicis, est operari secundum optimam virtutem practice. Et propter hoc manifestum est quod communicatio politica consistit in communicatione bonorum actionum, et consistit in ipso vivere absolute» Cfr. *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*. Ed. de Marietti. Roma-Torino, 1953, Libro III, lectio VII, parágrafo 412.

No es el momento de volver a plantearse el tema de la finalidad del poder político: ya indiqué algo sobre este tema al hablar de la "subjetividad de la sociedad", porque una cosa es el "respeto", que implica fomento, cooperación y ayuda, y otra es la "tolerancia", que es simple indiferencia y que se resuelve en la práctica en la zancadilla continua a todo lo que no favorezca las propias filas.

### 2.1. Denunciamos un dilema.

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

El moralismo sería el error reduccionista que toma la parte por el todo: es la actitud de quien tiene unas ideas sobre la justicia y pretende imponerlas a toda costa. Tener unos principios morales de justicia es imprescindible, pero es preciso contar también con las exigencias propias de la "realidad", y esto no lo hace quien adopta la actitud que denunciamos. Esta persona no repara en que la praxis social ha de contar con modulaciones históricas, con condicionantes psicológicos, económicos y de otro tipo, y que por este motivo las decisiones políticas no pueden reducirse sin más a valoraciones morales. Al hacer tabla rasa de estos hechos, la Moral desaparece y en su lugar entra la moralina, como la llamaba Nietzsche. Por este motivo nadie es más inoperante o más terrible que un puritano cuando llega al poder: si dispone de fuerza hará rodar las cabezas con la tranquilidad que le confiere su "ortodoxia" política basada en un moralismo fanático. En las personas concretas, cuando son inoperantes políticamente, una ética social de este tipo conduce a un temple psicológico y personal que impide participar en los debates públicos. Estas personas suelen adoptar dos posibilidades igualmente coherentes: o se inhiben replegándose al recinto de su conciencia personal mientras contemplan —quizá con cierta satisfacción íntima— cómo la historia avanza hacia el abismo, o se politizan violentamente pretendiendo anticipar la utopía moralizante de una sociedad definitivamente buena<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Vid. Alejandro Llano, *Libertad y sociedad*, en AAVV, "Ética y política en la sociedad democrática". Espasa-Calpe. Madrid, 1980, pág. 85.

Al relativismo también le escandaliza el espectáculo de las valoraciones cambiantes y contrapuestas, pero opta por el conformismo ante la imposibilidad de llegar a una verdad objetiva, o por lo menos admitida por todos; y acaba por convencer de que es mejor así: menos problemas. El talante relativista reduce la Moral a un elenco de opiniones que coinciden todas en tener la misma categoría porque al fin y al cabo —prosigue Llano— lo que tienen en común es que ninguna posee una especial calidad moral. La solución de compromiso alcanzada en cada caso será la menos mala de las posibles: en este planteamiento minimalista, la decisión será simplemente "un" compromiso cualquiera que nos permita avanzar un trecho más como hasta ahora<sup>18</sup>.

Aunque parezcan actitudes opuestas están más próximas de lo que parece. Porque en definitiva ambas coinciden en su renuncia a la comprensión de la capacidad generativa de Moral de la situación social concreta. Ninguna de ellas capta que es posible un juicio moral individualizado sobre situaciones fluidas e irrepetibles, lo mismo que cabe un juicio estético sobre obras de arte únicas<sup>19</sup>. No comprenden que las situaciones sociales o políticas (es lo mismo) suelen llevar en sí su propia y concreta exigencia moral, que la Realidad no es amorfa ante la Moral, que las cosas condicionan y hacen posible un juicio moral necesariamente concreto: han perdido de vista la Realidad, y con ella el saber sobre la prudencia y la justicia. Ambas coinciden, como indicaba, en considerar falsamente que la moral está "ya" constituida, sin entender que la decisión política es ella misma generadora de esa moral de la que hablan y no entienden. Los juristas que captan la actividad jurídica como un saber prudencial, frónético, sí entienden esta cuestión con facilidad. Ellos ven con claridad que en Tomás de Aquino (el máximo teórico de la jurisprudencia romanista) el "derecho natural" se compone de decisiones válidas hinc et nunc —"aquí y ahora"— según un contexto definido y concreto; se trata siempre de decisiones en función de las cosas (*Sachenentscheidung*, explica Schwarz-Liebermann), siempre marcadas por el sesgo histórico<sup>20</sup>.

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

### 2.2. Dos tipos de normas políticas.

Nos damos cuenta de que estas normas (leyes, decretos, etc.) pueden ser justas fundamentalmente por dos razones. Bien porque desarrollan una exigencia

<sup>18</sup> Cfr. *Libertad y sociedad*, cit., pág. 86.

<sup>19</sup> Vid. Llano, *Libertad y sociedad*, cit., pág. 87.

<sup>20</sup> Vid. Schwarz-Liebermann, *Reflexions...*, cit., pág. 19.

concreta de la Moral: éste sería el caso de aquellas normas que disponen que los parados cobren una cierta cantidad de dinero, por ejemplo. En este caso la Moral antecede al derecho, porque la norma jurídica no es más que la realización práctica de una exigencia moral ya existente.

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

### 2.2.1. Las normas que se fundamentan en la moral.

La decisión práctica, sea política, moral o jurídica, tiene a veces una motivación de naturaleza estrictamente moral, esto es, viene ordenada o exigida por una exigencia moral. En principio, la obligación de sostener a los parados es una exigencia moral, propia de la caridad cristiana: de ahí la obligación milenaria de la limosna. Una vez que el Gobernante ha decidido (motivado por exigencias morales que le son impuestas) que también los parados y los ancianos han de vivir dignamente, dicta una serie de normas políticas encaminadas a este fin. Crea así unas "instituciones" que devienen automáticamente vinculantes para el derecho y para la moral, porque el juez ha de tenerlas en cuenta (vertiente jurídica) y toda persona está obligada en conciencia a respetarlas (dimensión moral). La decisión política antecede en estos casos al derecho y a la moral: el político organiza la sociedad y decide lo que será vinculante jurídicamente. Y todo aquello que es vinculante en derecho, vincula también personalmente, en conciencia, si no es injusto. Como comprobamos, la actividad política es un generador continuo de Derecho y de Moral, es decir, de pautas morales y jurídicas.

Sin embargo, hoy existen muchas reticencias para hablar de la "moral", y son varios los caminos que se emplean para escapar de esta palabra. Uno es hablar de "funciones racionalizadoras" o "antropológicas" del derecho. Estas expresiones, indica José Llompart, suenan a moderno, pero cuando analizamos lo que tienen en común tropezamos con la vieja "moral"<sup>21</sup>. Pero hay miedo a usar la palabra "moral". Parece como si el simple uso de este término evocara una actitud dogmá-

<sup>21</sup> Cfr. *Kritische Bemerkungen zum Funktionbegriff*, en "Sophia Law Review" XVII (1973) pág. 2.

tica propia del que piensa que sólo puede existir un modo de ver las cosas, que sería el suyo; y además, la moral arrastra consigo implicaciones teológicas. Para conjurar estos peligros, muchos afirman (y ha llegado a ser mentalidad común) que existen y deben de existir muchas "morales", tantas como personas, si es preciso: para hacer posible este postulado se insiste en la autonomía moral de cada sujeto. Hoy, la "autonomía moral" es vista y sentida como un derecho fundamental de la persona.

Ante esta dificultad, algunos autores recurren a decir que una cosa son las morales (tantas como personas), y otra es la "ética": morales puede haber muchas pero "ética" no hay más que una. No entiendo bien esta distinción entre moral y "ética". En primer lugar, porque se llama moral al saber que regula la conducta de las personas, y ética a la reflexión filosófica o teórica sobre este saber: la moral sí es vinculante, pero la ética no, como no lo es ninguna asignatura académica. Además, parece que se usa la palabra "ética" por el simple hecho de que el término moral está desprestigiado en algunos ambientes: la "ética" sería su sucedáneo. Habría de este modo algo así como una "ética pública", compartida a la fuerza, que sería la que impone la moral positiva recogida en las leyes fundamentales y en los modos de pensar ahora dominantes. Entonces la palabra ética sustituye a la de "moral", sólo que hoy se entiende que no es "objetiva" (que no responde a nada objetivo en el ser humano) sino únicamente "socialmente compartida", "intersubjetivamente entendida", etcétera. En cualquier caso sigue cumpliendo la función de la vieja moral porque niega la autonomía de los individuos: es completamente heterónoma, aunque el hecho de venir de la mano de la moral positiva le presta un cierto aire de autonomía ante quienes siguen la moda.

Parece más realista –y más libre de incoherencias– Leopoldo Eulogio Palacios cuando escribe (a propósito de las exigencias morales que reclaman protección) que «esta protección, además de ser moral, tiene que ser política. Es decir, no me basta con la moral privada. El grito que da el hombre que percibe la extralimitación de una voluntad que no se contenta con lo suyo y atenta contra el bien de los demás es una realidad moral, es cierto. Y ante la injusticia surge también la noción de lo justo y del derecho. Todo esto me lo suministra la moral privada, la conciencia moral, lo mismo hoy que ayer, lo mismo en un complejo organismo social que en una tribu de primitivos»<sup>22</sup>.

### 2.2.2. Las normas políticas instrumentales.

Amselek repara en que lo que define a un instrumento no es el material del que está hecho, sino su función, su finalidad instrumental, su "ser-para", como escribe Heidegger: un instrumento es una cosa que "sirve-para..." o, si se prefiere,

<sup>22</sup> *La prudencia política*. Gredos. Madrid, 1978, pág. 85.

lo que hace aparecer a tal cosa como instrumento es su "utilidad" (Amselk hace un juego de palabras con los términos franceses "outil", instrumento o herramienta, y "utilité"). Esta finalidad instrumental no es, incluso en el caso de los instrumentos materiales, un dato objetivo que se dejaría observar con el objeto-herramienta: se trata más bien de una intención humana, exterior al objeto mismo, que asigna a éste su vocación instrumental<sup>23</sup>. En efecto, muchas leyes, quizá la gran mayoría, no son más que simples instrumentos que sirven para lograr alguna utilidad concreta, es decir, para remediar una determinada necesidad.

A veces, llevados por la fuerza de las palabras (pensemos en el uso del adjetivo "tecnocrático"), podemos pensar que muchos planes legislativos persiguen una finalidad simplemente "técnica": sería el caso de las leyes que crean autopistas, pantanos, fábricas, etc., y nada más lejos de la realidad. Desde luego, todo depende del fin: si con una fábrica se envenenarán las aguas de un río, o si con una autopista se destroza un parque natural, entonces estos planes son muy cuestionables. Pero en circunstancias normales, si el fin que se pretende no es inmoral y si útil a la comunidad, la justicia de muchas leyes se mide por su aproximación al fin propuesto. Antonio Osuna nos indica que la ley es un instrumento para encontrar salida a una situación humana y, como instrumento, puede acercarse en mayor o menor grado al fin propuesto; y, en la misma proporción, se dice que realiza la justicia<sup>24</sup>.

Este tema es más amplio que lo expuesto, y debe ser completado con el capítulo dedicado a los bienes jurídicos, porque de seguir simplistamente lo expresado hasta ahora podría pensarse que existirían simplemente como dos grupos de normas: las que tienen un motivo o fundamento moral, y las que poseen una justificación más pragmática. Y esto no es enteramente así, porque ni aquéllas son tan "morales" ni estas últimas son tan "pragmáticas" (o amorales). De hecho, las razones morales —el actuar "según principios"— suelen ser bastante deficientes en sí mismas, como ya vimos, y dan lugar a un *moralismo* inaceptable. Incluso en la gestión política corriente (sin llegar a casos extremos), son muy frecuentes las medidas tomadas con muy buena voluntad que, por no tener en cuenta factores de psicología colectiva, económicos o culturales, producen efectos nocivos. Por este motivo, salvando los primeros principios, todo estudio jurídico o moral debe comenzar por el análisis de los efectos *reales*, como indica Álvaro d'Ors. En tono muy conciso podríamos decir con Antonio Osuna que «el vínculo entre Derecho y fin se traduce, en términos de semejanza, en el vínculo entre Derecho y ética»<sup>25</sup>.

Sucede que lo que puede parecer como un simple fallo técnico es, en realidad, un fallo moral, contra la justicia: todo gobernante es un administrador de bienes escasos, y si emplea mal los recursos de que dispone está atentando contra los

<sup>23</sup> Cfr. *Le droit dans les esprits*, cit., págs. 30-31.

<sup>24</sup> Cfr. *Los fines del Derecho. Un tema de axiología jurídica*, en "La Ciencia Tomista", CVI (1979), pág. 243.

<sup>25</sup> Cfr. *Los fines...*, cit., pág. 243.

derechos de los ciudadanos. Hoy no se entiende bien esta argumentación; estamos tan imbuidos en la mentalidad propia de los "derechos humanos", que la mayor parte de las personas entiende que sólo existe injusticia cuando se viola un "derecho". Por ello es preciso recordar que todo mal administrador es un gobernante injusto, porque los ciudadanos no le han designado para que despilfarré los bienes de la comunidad; y aun cuando no esté nombrado por los ciudadanos, ningún gobernante puede malbaratar, por su incompetencia, caprichos o prejuicios, lo que no es suyo.

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

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

Ciertamente, la sociedad capitalista actual no favorece esta visión de la "utilitas". Jesús Ballesteros se pregunta: «¿Cuál es el puesto que corresponde a la experiencia jurídica en este horizonte en el que todo está medido por la producción de bienes materiales? En un mundo instrumentalista, en el que sólo son valoradas las herramientas, es lógico que el derecho sólo aparezca justificado en cuanto sea convertido en una herramienta más»<sup>26</sup>. La *praxis* o lo agible no excluye el lucro económico; pero la ganancia por la ganancia es, en un plano personal o colectivo, una actitud inhumana, inmoral. Juan Pablo II suele recordar que toda decisión de invertir es, en sí misma, una decisión "moral": es necesario invertir en lo que realmente hace falta, y donde es necesaria esa inversión.

<sup>26</sup> *Sobre el sentido del derecho*. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 40-41.

### 3. LA NOCIÓN CLÁSICA DE "UTILITAS".

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

La justicia tiene, pues, dos vertientes: una que hace referencia a la moralidad, y otra que versa sobre la utilidad o necesidad, y tanta justicia posee y expresa la una como la otra. Francisco Connanus, en uno de los textos más importantes de nuestra cultura jurídica, explicaba que «me enseñó la lectura de este pasaje de Aristóteles que no podía explicar lo que es el derecho natural si no consideramos que este derecho posee una doble naturaleza, una que hace referencia a la equidad, y otra que se refiere a la utilidad. Decimos que es derecho natural verdadera y propiamente aquel [derecho] que nos prescribe la razón natural, que es eterno [Connanus se refiere a los "primeros principios"]. El otro y segundo derecho natural es el que trata de la utilidad, que suele ser llamado derecho de gentes; este derecho fue constituido no tanto por la naturaleza como por el juicio de los hombres y, sin embargo, es una parte del derecho natural»<sup>27</sup>. Es decir, las normas

<sup>27</sup> «Monuit me et hic aristotelicus locus, qui mihi non videtur explanari posse, nisi duplicem naturam in iure naturale possuerimus, acquitatis unam, utilitatis alteram. Ius illius dicitur naturale vere et proprie, quod illud ratio naturale cuique praescribit, estque aeter-

pragmáticas acordadas según las necesidades componen "derecho natural", o son justas o constituyen justicia, en medida similar a los principios supremos de la justicia.

Jacinto Chozo explica a este respecto que «Si se estableciera que la justicia (Chozo se refiere a la Moral) agota el fin de la actividad política o determina los medios para alcanzarlo, la política sería un arte de las mismas características que la medicina o la educación. Pero si la justicia no agota los fines de la política ni determina completamente sus medios, una dimensión de la actividad política tiene las mismas características que el arte de la retórica. Por eso cuando la actividad política tiene como finalidad exclusiva el logro de los fines éticos, resulta políticamente pobre, porque no despliega toda su potencialidad creadora en cuantas dimensiones posee»<sup>28</sup>.

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

Tomás de Aquino ya expresó que la justicia o injusticia se mide por lo que es útil o nocivo<sup>29</sup>. Sería tedioso exponer con mínimo detalle el pensamiento milenario acerca de la vinculación entre justicia y utilidad. Una cita especialmente literaria y precisa la encontramos en Hugo de Roy cuando escribe que «lo que está introducido a causa del bien público y común de los hombres, posee una causa perpetua y natural de justicia. A causa de la bondad pública es equitativo; por ser equitativo es necesario, y por ser necesario es justo, porque la razón natural se adecúa a la voluntad divina. Porque del mismo modo que la naturaleza no nos falla en lo que es necesario, tampoco la divina voluntad nos deja de asistir en lo que es racional»<sup>30</sup>. Por lo demás, Vico, gran teorizador de la jurisprudencia romanista,

---

num. Alterum et secundum ius est quod in utilitate versatur... quod, nisi fallor, non inscite ius gentium vocabitur; quod non tam natura ipsa, quam hominum iudicio constitutum sit; et tamen iuris naturalis pars est». Cfr. *Commentariorum iuris civilis libri X*. Basileae, 1585, Liber I, cap.6, parágrafo 4.

<sup>28</sup> *Conciencia y afectividad*. EUNSA, Pamplona, 1978, págs. 260-261.

<sup>29</sup> «Consistit enim iustitia et iniustitia ex hoc quod aliqui adaequantur vel non adaequantur in rebus utilibus et nocivis». *In octo libros Politicorum...*, cit., Liber I, lectio I, parágrafo 37.

<sup>30</sup> «Nam quod ob bonum publicum ac commune hominum commodum introductum est, perpetuam iusti causam habet, ac naturalem. Est enim illud ob bonitatem publicam omnino aequum, ob aequitatem necessarium, ob necessitatem iustum, quia rationi naturali, ac divinae voluntati congruum est. Nec enim ratio naturalis deficit in necessariis, nec divina voluntas in rationalibus». Cfr. *De eo quod iustum est*. Hildesii, 1658, Liber II, Titulus Primus, parágrafo 2.

prudencial, no duda en afirmar, entre otros muchos lugares, que «el principio del Derecho natural es la justicia una, es decir, la unidad de las ideas del género humano en torno a las utilidades o necesidades comunes a toda la naturaleza humana»<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*. Trad. de J. Carner. FCE. México, 1978, pág. 59.



#### 4. UTILIDAD Y MORALIDAD.

El segundo tema al que quería referirme ya lo traté parcialmente antes, al hablar del carácter moral de las decisiones políticas. Pero no será superfluo precisar algo más este punto. Juan Cruz tiene presente la distinción entre *praxis* y *poiesis*, *agere* y *facere*. Pero «el hacer humano, la *poiesis* –escribe Cruz–, las operaciones que se realizan en la comunidad de hombres son, en cuanto humanas, a la vez un *quehacer* (una *praxis*, decía Aristóteles); y más esto que aquello. Los menesteres comprendidos en nuestros haceres y quehaceres son los *trabajos* de los hombres. Pero en la comunidad humana no hay *meros* trabajos, sino *quehaceres*, *praxis*, operaciones de promoción humana»<sup>32</sup>. Es decir, la moralidad *concreta* (sería difícil hablar de moralidad “en abstracto”) se hace realidad en los trabajos *concretos* que desempeñamos, por lo que se desdibuja en la unidad vital de la persona la distinción aparentemente nitida entre *praxis* y *poiesis*. Un médico traumatólogo es tal porque ha aprendido una serie de técnicas: en principio es el campo de la técnica, de la *poiesis* o *facere*; pero si pretende ser una “buena persona” (en el sentido moral de la expresión) ha de ser ante todo un buen médico, dominar bien su técnica. Un médico incompetente, un abogado que no conozca su oficio, podrán tener algunas virtudes, pero, antes que nada, son personas nocivas para la comunidad, muy poco presentables moralmente, o como queramos decirlo.

Esto sirve igualmente para el campo del Derecho. La *eticidad* *se hace*, día a día: no basta con tener “principios” o buenas intenciones. Señala Victoria Camps que si la ética es ante todo un compromiso en una empresa colectiva, la distinción weberiana entre principios y consecuencias no vale. Pues tan irresponsable es carecer de convicciones como no tener en cuenta las consecuencias de las decisiones que unos pocos hacen en nombre de muchos<sup>33</sup>. El que gobierna ha de dirigir

<sup>32</sup> *Sentido del curso histórico. De lo privado a lo público en la historiología dialéctica*. EUNSA, Pamplona, 1991, pág. 190.

<sup>33</sup> *Ética, retórica...*, cit., pág. 14.

inteligentemente la realidad social, lo que implica una inmediata responsabilidad moral. Por este motivo, Cotta indica que «Podría decirse desde tal perspectiva que el Derecho es la misma Política que se desarrolla bajo otra forma, la jurídica»<sup>34</sup>. No cabe, por tanto, una distinción, entre lo político y “lo justo”, como si de un lado estuviera la ciencia de la justicia, que formula el justo jurídico –son palabras de Trigeaud– y de otra parte la política, que hace realidad el justo político. En realidad, lo justo es la misma cosa en la ciencia de la política que en la ciencia de la justicia. Más exactamente, la politología no tiene una concepción específica de lo justo: lo justo político no es más que lo justo jurídico, que toma una forma colectiva para asegurar su difusión, su comunicación, el reconocimiento y la protección en todo el cuerpo social<sup>35</sup>. Derecho y Moral suelen ir juntos: se descubren en el mismo acto del juicio, porque lo justo, salvados algunos principios fundamentales, es lo que requiere una situación *determinada*, a veces irrepetible.

Efectivamente, la Moral, así con mayúscula, nos ayuda poco en la vida, individual o social; los primeros principios de la razón práctica son pocos, aunque se violen con frecuencia. Los hombres nos encontramos fundamentalmente con dos factores: nuestras necesidades y nuestro albedrío. Vico nos indicaba que «el operario del mundo de las naciones... es el albedrío humano... determinado por la sabiduría del género humano con las medidas de las necesidades o utilidades humanas uniformemente comunes a todas las naturalezas de los hombres: necesidad o utilidad humanas que, así determinadas, son los dos manantiales, según los jurisconsultos romanos, de todo el derecho natural de las gentes»<sup>36</sup>. Como es obvio, la medida de la necesidad o de la utilidad proporciona la medida del Derecho, y aquí se abre la puerta principal para hablar en un plano jurídico muy realista de “ontología jurídica”.

<sup>34</sup> El Derecho en la existencia humana, cit., pág. 111.

<sup>35</sup> Cfr. *Introduction à la Philosophie du droit*, cit., pág. 86.

<sup>36</sup> *Principios de una ciencia nueva...*, págs. 45-46.

## 5. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE DERECHO Y MORAL.

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

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

Esto no se ha entendido bien en los siglos XIX y XX, tiempo en los que se han propuesto regímenes totalitarios. El totalitarismo es la pretensión de evitar el pecado a toda costa, pretensión que en ningún momento cruzó por la mente de ningún universitario competente.

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

Chozas da a entender que cualquier ideal de justicia es un tanto vacío, o excesivamente ideal, lo que le lleva a prescindir del estilo o talante de un grupo concreto de hombres. En una sociedad dada, los modos de organización justa son generalmente plurales, y no hay razón suficiente para que se imponga uno en lugar de otro. Esto implica que la realización práctica de las ideas éticas tiene una fuerte dimensión lúdica o estética que, presupuesta la rectitud moral (es decir, el afán de hacer las cosas justamente), es el campo del arbitrio individual o del arbitrio de los grupos; es el ámbito del estilo de vida. La cosa es algo más compleja porque, además de que hay varios modos distintos de hacer el bien, cada acción ética (cada realización de una idea ética) admite tantos estilos como sujetos la protagonicen, y aunque el criterio de bondad haya que buscarlo en una norma universal, el criterio del talante o del estilo hay que buscarlo en algunos aspectos de la libertad humana y en los caracteres psicológicos de las personas<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> *Ética y política: un enfoque antropológico*, en AAVV, "Ética y política en la sociedad democrática". Espasa-Calpe. Madrid, 1980, págs. 45-51.

## 6. LAS REGLAS TIPO "C" O LA JURISPRUDENCIA.

Álvaro d'Ors nos indica que la distinción entre lo jurídico y lo organizativo es esencialmente importante y necesaria, pues ambas realidades se presentan íntimamente unidas, sobre todo en ciertas parcelas, como es, por ejemplo, el Derecho Administrativo<sup>38</sup>. Al hablar de las Reglas Tipo A indicaba que nos debía dar que pensar el hecho de que el Derecho privado romano esté vigente caso en su totalidad, mientras que el Derecho público de Roma no presenta hoy interés propiamente jurídico. Lo procedente es preguntarse por las razones de este hecho.

Sucede que el Derecho público es, ante todo, organización de la sociedad a la vista de los elementos históricos de tipo económico, morales, los prejuicios (que dan origen a una serie de mitos -mentalidad mítica- que es prácticamente necesaria) y, en general, todo lo que podemos llamar "factores culturales". No en vano Jacinto Chozas hablaba del "estilo" de cada grupo de hombres como de un dato decisivo.

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

<sup>38</sup> *Ensayos de teoría política*, cit., pág. 24.

son positivamente nocivas: distorsionan la vida en común. En definitiva, es siempre la sociedad la que se organiza ella misma de acuerdo con su peculiar estilo.

El jurista se encuentra en una situación distinta a la del político. A este último le corresponde organizar la sociedad (hasta cierto punto), pero el jurista se la encuentra ya organizada. Schouppe nos dice a este respecto que «el arte de lo justo queda privado de su objeto si no va precedido de un reparto de cosas. ¿Cómo podría un jurista determinar lo que pertenece a una persona si no hay cosa que a ésta haya sido atribuida?»<sup>39</sup>.

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

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

Por tanto, el jurista se encuentra ante un conjunto más o menos organizado, y él tiene que saber qué es lo que corresponde a cada uno en el marco de ese conjunto ya establecido. Por este motivo, Álvaro d'Ors escribe que «Lo jurídico es ante todo un ser y sólo secundariamente un deber ser. Quiero decir que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre para regir la conducta inevitablemente social mediante una discriminación de interferencias, sino que es en primer

lugar un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de normas jurídicas, es precisamente porque la *normalidad* nos proporciona la norma. Cuando se produce una interferencia anormal, entonces y sólo entonces tomamos conciencia de que una norma ha sido infringida; del mismo modo que sólo cuando duele una viscera nos percatamos de que se ha alterado un estado de normalidad, de salud, y aun podríamos decir que sólo entonces nos damos cuenta de la existencia misma de viscera afectada. Como la conciencia del dolor –diríamos la patología– es anterior a la conciencia de la salud –o fisiología–, así también la conciencia de la infracción jurídica es anterior a la norma. En otras palabras: la norma –o deber ser– surge en nuestra conciencia en un caso de infracción de la normalidad –o ser–. De esta suerte, aunque lo antijurídico parece presuponer lógicamente lo jurídico, en el orden genético real ocurre al revés»<sup>40</sup>.

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

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

Ejemplos como éste podría proponer miles, desde el caso del alumno que dice tener derecho a aprobar porque ha hecho un buen examen (y el examen realmente es bueno), hasta el del juez que aprecia un fraude de ley y declara que la demanda no ha lugar, a pesar de que no encuentra apoyo en la legislación ni en la jurisprudencia españolas. Éste es el campo propio de la ontología jurídica, en donde el juez no atiende a pactos, y en el que juega poco papel el estilo o talante políticos del jurista. Si reflexionamos sobre el hecho de que las argumentaciones que hemos de dar a un funcionario que comete cohecho, a un adúltero, o a un ladrón son necesariamente distintas, quizá captemos que nosotros, a pesar de nuestra voluntad libre, vamos a remolque de los problemas: son éstos los que nos imponen su realidad, sus exigencias *propias*, al margen de nuestras ideas personales. Lo que cuenta es el problema. Y como muchos problemas humanos no han cambiado apenas nada desde que el hombre es hombre, es comprensible que haya zonas del Derecho que apenas se encuentran afectadas por la historia.

<sup>39</sup> La concepción realista del derecho, en "Persona y Derecho", XI (1984) pág. 612.

<sup>40</sup> Una introducción..., cit., págs. 103-104.

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

## 7. CONSIDERACIONES SUELTAS.

Las normas jurídicas, como hemos visto, poseen naturalezas muy diversas. Las normas constitucionales poco tienen que ver con las que promueven bienes concretos, y todas estas se relacionan más o menos con la actividad inteligente que realiza el jurista para decidir lo que es más justo o, por lo menos, lo menos injusto en un caso concreto. Además, incluso dentro de la *jurisprudencia*, de lo que he llamado Reglas tipo C, coexisten miles de normas e instituciones de naturaleza muy distinta: si ojeamos el código civil, veremos que poco tienen que ver las normas del derecho de sucesiones con las que establecen limitaciones sobre las paredes medianeras. En consecuencia, sólo a costa de entrar abiertamente por el camino de las ficciones podemos hablar del "Derecho español" o del "ordenamiento jurídico", como si se tratara de un "todo" más o menos orgánico o conjuntado. Si podemos considerar, en cambio, que puede ser lícito hablar del "derecho", en general, si tenemos en cuenta una idea que nos lanza Schwarz-Liebermann: «El *topos* central, que se superimpondría a todos los otros, de manera que los integra en un sistema lógico, se llama, en lo que concierne al derecho, la 'justicia'»<sup>41</sup>. Si, lo que tienen en común el conjunto abigarrado de instituciones jurídicas, que hace que lo llamemos "derecho", es la pretensión de realizar la justicia; quizá sea ésta la diferencia última del derecho respecto de otros subsistemas sociales normativos, como la moral social, o los usos sociales.

Muchas personas tienden a considerar que el Derecho está constituido por la "jurisprudencia", permanente y cambiante como el hombre. Las simples reglas organizativas de la sociedad, en cambio, compondrían únicamente la Organización Social, y el saber sobre ellas constituiría la Ciencia de la Organización, como reiteradamente explica Álvaro d'Ors. Éste es un tema difícil, porque hay argumentos en pro y en contra. Me parece que estamos ante una cuestión eternamente

<sup>41</sup> Cfr. *Fondements.*, cit., pág. 106.

insoluble, porque se pueden mantener ambas actitudes con buenos argumentos. Quizá lo más elegante sea opinar que desde las reglas A y B se declara el Derecho.

Un tercer punto a tener en cuenta es la escasa autonomía que poseen las reglas del tipo A. Su aspiración es mantener la convivencia pacífica, pero ésta no se logrará efectivamente por el simple hecho de que una nación se convierta en una monarquía, en una república o en un régimen militar autoritario. Parece más bien que la convivencia pacífica es el resultado del correcto funcionamiento de las reglas B y C, porque los ciudadanos quieren estar bien administrados. Sería problemático hoy discutir acerca de si hay que hablar de ciudadanos o simples administrados. El desprestigio de las instituciones hace que los ciudadanos vayan descaradamente a la búsqueda de sus intereses, y preocupa poco la cosa pública: el hombre de finales del siglo XX quiere ante todo que le den las cosas hechas, a ser posible bien hechas. Hace años yo no estaba de acuerdo con la definición que Max Horkheimer daba de la política, a causa de su excesivo *pedigree* marxista (entonces me parecía así), pero me parece que hoy, especialmente a la vista del comportamiento de la clase política, se adecúa a la realidad; concretamente, Horkheimer escribía que «la sociedad se basa en la dominación de unos hombres por otros. El conjunto de los métodos que conducen a esa dominación y de las medidas que sirven para mantenerla se llama política»<sup>42</sup>.

Por último quisiera aludir a algo que ya vimos en su momento, pero quizá ahora podemos entender mejor: que las teorías del consenso, como las de Rawls o Habermas pueden y deben ser exigidas en las decisiones políticas, en las que el gobernante ha de elegir una posibilidad entre otras. Pero no pueden ser llevadas al origen del Derecho, que ha de tener en cuenta la naturaleza de las "cosas", es decir, lo que demandan objetivamente los problemas. En este sentido, como escribe Pedro Serna citando a Klaus Höffe, «el pluralismo no puede por sí solo garantizar su propio sentido; es únicamente una forma útil de organización de la libertad y de la justicia, pero en modo alguno suficiente»<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> *Maquiavelo y la concepción psicológica de la historia*, en "Historia, metafísica y escepticismo". Trad. de María del Rosario Zurro. Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 20.

<sup>43</sup> *Positivismo conceptual.*, cit., pág. 332.

### III

## DERECHO Y ONTOLOGÍA JURÍDICA.

Ahora entramos en el conjunto de problemas que más temáticamente quiero tratar. Diría imprecisamente, siguiendo a Moore, que pretendo exponer mi punto de vista para proceder a un "general inquiry into what is good".

Aludí antes al hecho de que no son buenos tiempos para hablar de ética: algunas personas no entienden bien el arte de la prudencia y, en lugar de razonar, la conciencia de ellas está constituida como un puzzle de pequeños y grandes principios y normas que están vigentes o valen "porque sí". Si se acosa argumentativamente a estas personas puede que digan que "se les respete", que "ese es su modo de pensar", "su forma de ver la vida", etc. En cualquier caso no saben dar razón de lo que afirman. Es la mentalidad conocida usualmente como "de principios", de la que participan buena parte de nuestros coetáneos, sean personas de mentalidad tradicional o a la moda. Singer nos dice que «algunas personas piensan que la moral está pasada de moda. Consideran que es un sistema de rígidas prohibiciones puritanas destinadas principalmente a conseguir que la gente no se divierta»<sup>1</sup>. Me parece que el modo aludido de entender la moral lleva casi necesariamente a esta conclusión.

A esta inteligencia de la vida práctica del hombre se opone (si es que queremos irnos al extremo opuesto) lo que expresa David Lyons: «La única fuente de valor moral es el interés humano, entendido en términos de deseo o preferencia. El interés humano también constituye la única base racional para la acción. Si existe un interés al que pueda servirse, existe la razón para hacer lo necesario con el fin de ayudar a ese interés... Se pueden clasificar los intereses según el grado de satisfacción o frustración que produciría su realización. En consecuencia, es razonable tratar de conseguir la satisfacción en el máximo grado posible»<sup>2</sup>. Esto viene a ser una pequeña proclama de la teoría ética utilitarista, una teoría que siempre deja de lado la faceta autorreferencial de la moral porque parece ignorar la distinción —que ya hicieron los griegos— entre *praxis* y *poiesis*.

<sup>1</sup> *Ética práctica*. Trad. de M. Guastavino. Ariel. Barcelona, 1984, pág. 11.

<sup>2</sup> *Ética y derecho*. Trad. de M. Serra. Ariel. Barcelona, 1986, pág. 121.

De este modo las actitudes fundamentales de hoy ante la moral oscilan entre un normativismo un tanto irracional ("son 'mis' ideas, 'mis' principios"), y la afirmación de unos intereses individuales en los que está ausente cualquier categoría normativa ("yo sigo 'mis' intereses"). Ambas actitudes coinciden, sin embargo, en que siguen o llevan a un relativismo: los intereses son muchos, y los "principios" también son muchos, unos y otros no sólo plurales sino con frecuencia opuestos. El relativismo, tras varias generaciones, ha acabado desprestigiando la noción misma de "Moral": si la moral es estrictamente asunto de cada uno, cada cual hace lo que le parece oportuno según su conciencia o sus intereses. Y está de sobra la palabra "moral": ¿para qué sirve?

El lector puede comprender que frente a la ética de los prejuicios y frente a la de los intereses, voy a proponer atender a la Realidad. Pero no es fácil invitar hoy a una reflexión sobre la misma realidad, sobre "las cosas", porque este tipo de argumentaciones ni está muy desarrollado ni posee hoy gran prestigio<sup>3</sup>. El autor que dio el aviso más conocido para volver a la "naturaleza de las cosas" fue Gustavo Radbruch, al acabar la II Guerra Mundial<sup>4</sup>. Pero la misma terminología de Radbruch, plagada de "esencias", de "sentidos objetivos de las cosas", hace desconfiar a quien ha estudiado a Aristóteles o Tomás de Aquino. De hecho, este mismo autor demuestra que no va mucho más allá de un cierto tono declamatorio cuando nos indica que «la naturaleza de las cosas viene a ser la resistencia que el tosco mundo opone y a la que las ideas jurídicas tienen que acomodarse más o menos en gracia a su realizabilidad (*ratione temporum habita*)»<sup>5</sup>. Al parecer Radbruch estimaba que el hombre posee muchas "ideas" y que la Realidad sólo ofrece una materia que opone resistencia a la realización efectiva de esas ideas: muestra no haber superado la mentalidad específicamente moderna.

Quizá la dificultad más fuerte para entender estos temas es hoy la que presenta el Dogmatismo. Al hablar de "dogmatismo" alguno puede pensar en el pensamiento tradicional; pero es muy posible que sea más dogmático el pensar a la moda, casi siempre ideológico, que cambia últimamente en ciclos cortos de tiempo, y que viene encarnado por la *moral positiva*, es decir, por lo que la mayoría vivencia y siente. Esta forma de sentir, con todos sus dogmas, que se transmite por ósmosis o porosidad, pasa desapercibida y no necesita razones: es "evidente" su razón.

<sup>3</sup> Trigeaud nos indica que «Les justifications tirées de la nature n'ont pas toujours été étayées sur une argumentation sérieuse...». Cfr. *La fonction critique du concept de nature des choses*, cit., pág. 118.

<sup>4</sup> «¿Y qué se entiende por "naturaleza de las cosas"? Se entiende la esencia, el sentido de las cosas, el sentido objetivo, tal como se desprende de las estructuras mismas de las relaciones de la vida. Es la respuesta a la pregunta de cómo esta relación de vida así estructurada puede ser pensada como realización de una determinada idea de valor». Cfr. *Introducción a la filosofía del derecho*, ed. cit., pág. 28.

<sup>5</sup> *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., pág. 29.

## I. LA HISTORICIDAD.

El hombre tiene motivos para encontrarse muy a solas consigo mismo cuando pretende orientar su conducta. Los animales poseen instintos que les marcan definitivamente su comportamiento, pero la raza humana modifica sus instintos a través de su razón y de su intelecto y entonces el problema es cómo orientar esta *ratio* humana, porque aparte de los primeros principios de la conciencia sabemos muy poco de nosotros mismos. Cristo contribuyó decisivamente a que el hombre reconociera su propia identidad, pero la conducta a seguir sigue estando —a pesar del Evangelio— poco determinada: no estamos seguros de hasta qué punto la Hacienda pública puede someter al ciudadano con impuestos, o de cuando una guerra está realmente justificada, y estos ejemplos —incluso en temas fundamentales— podrían multiplicarse. En un plano más cotidiano, todos experimentamos incertidumbres en lo que hemos de hacer en la familia o en cuestiones profesionales.

No existe una especie de "derecho natural" inmutable que nos libre definitivamente de nuestras perplejidades. La mirada a cómo son las cosas, buscando una orientación de ellas, tampoco nos libra siempre del peso de decidir. Schwarz-Liebermann nos indica que puede parecer evidente que existe una "naturaleza de las cosas" inmanente a la Realidad y que se descubre mediante un razonamiento refinado, fruto de la experiencia del hombre; esto nos permite responder al problema del "derecho natural inmutable". La idea de un derecho natural inmutable es aberrante<sup>6</sup>. Ciertamente, el hombre posee los principios primeros o fundamentales de la razón práctica; sólo que estos principios, de por sí muy generales y por ello bastante formales y vacíos, nos abandonan normalmente a la hora de la decisión concreta.

<sup>6</sup> «Il devient évident, d'autre part, qu'il y a bien de supposer une "nature des choses" immanente et qui est découverte à la lumière d'un raisonnement raffiné, fruit de l'expérience de l'homme... Cela nous permettra aussi de répondre au problème d'un "droit naturel immuable". L'idée d'un droit naturel immuable est aberrante...». Cfr. *Réflexions sur la nature des choses...*, cit., pág. 52.



El problema es más complejo de lo que puede suponer una persona que se proclame historicista, sin más. Y la reflexión sobre él también es antigua, porque ya Aristóteles escribía que «A algunos les parece que todas las normas son de derecho legal [positivo], y dan como razón que lo que es por naturaleza es inmutable y tiene por todos lados la misma fuerza, como el fuego, que quema aquí lo mismo que en Grecia, mientras que por contra vemos cambiar las cosas que se tienen por justas». Aristóteles no acaba de formar juicio sobre este tema y escribe a continuación: «No pasan así las cosas precisamente, aunque sí en cierto sentido». Y deja abierto el problema indicando que «Por más que entre los dioses el cambio no exista en absoluto, entre nosotros *todo lo que es por naturaleza está sometido a cambio*, lo cual no impide que ciertas cosas sean por naturaleza y que algunas otras no sean por naturaleza»<sup>7</sup>.

Del mismo modo que Aristóteles, tampoco Tomás de Aquino insistió mucho en la inmutabilidad de la justicia. Más bien, Tomás afirmó que cambian históricamente tanto la naturaleza<sup>8</sup> como la razón del hombre<sup>9</sup>, y en consecuencia estableció una doctrina sobre la justicia que es ante todo *prudencial*, siempre atenta a las circunstancias, de por sí contingentes y cambiantes. Ciertamente si el estudioso sólo toma en consideración el tratado de las leyes que se contiene en la I-II de la *Suma teológica* quizá pueda llegar a la conclusión de que existe una ley natural inmutable, aunque Tomás explica muy claramente que la ley natural cambia en la historia<sup>10</sup>. Pero si el lector de Tomás de Aquino acude a sus tratados sobre la prudencia y la justicia contenidos en la II-II de esta obra, en donde trata del *derecho* y no de la ley, entonces llegará a una conclusión más matizada. No estoy exponiendo nada que no sea sabido, pero indica con bastante razón José Llopart que la escolástica actual no se ha tomado muy en serio el tema de la historicidad<sup>11</sup>.

El problema está en que no se trata solamente de un tema muy complicado,

<sup>7</sup> *Moral a Nicómaco*, cit., Libro V, capítulo VII.

<sup>8</sup> En la II-II, q.57, art.2 ad 1 de la *Suma teológica* establece qué es aquello que es natural y que tiene una naturaleza natural (*naturam inmutabilem*), «oportet quod sit semper et ubique tale». Pero, en cambio, «*natura hominis est mutabilis. Et ideo quod naturale est homini est mutabilis*»

<sup>9</sup> Las declaraciones de Tomás acerca de la mutabilidad de la razón humana son frecuentes. Una declaración un tanto programática la encontramos en la *Suma teológica* I-II, q.91, art.3, donde indica que «*ratio humana non potest participare ad plenum dictamen rationis divinae, sed suo modo et imperfecte*». Éste sería el motivo de la falta de estabilidad de la razón del hombre. Más adelante, en la I-II, q.97, art. 1 escribe que «*ratio humana mutabilis est et imperfecta. Et ideo eius lex mutabilis est*».

<sup>10</sup> El de Aquino establece que la ley natural puede cambiar por adición, porque se le añade una nueva institución que hasta entonces no era de derecho natural, o que puede cambiar por sustracción, porque una institución que era de derecho natural deja de serlo. Vid. el art. 5 de la q. 94 de la I-II de la *Suma teológica*.

<sup>11</sup> Vid. *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*. Vittorio Klostermann. Frankfurt a. M. 1976, pág. 201. En la página 199 ha indicado que se ha puesto de moda referirse a la historicidad, pero se retrocede inconscientemente ante el miedo que provoca esta realidad.

sino también fundamental. Por este motivo suscribo las palabras de Jesús Ballesteros cuando escribe que «Nos parece que puede afirmarse sin exageración que el elemento decisivo para la valoración positiva o negativa del derecho en relación con la vida humana es el sentido que se tenga de la temporalidad»<sup>12</sup>. Por esta causa, aunque el tema sea complejo, es preciso estudiarlo.

### I.1. Estamos en la historia.

Antes que nada quisiera proceder a una cierta clarificación terminológica. El término «absoluto» suele ser usado en la tradición escolástica como lo opuesto a «contingente». Se llama contingente a aquello que puede ser y no ser, es decir, que no es «necesario». Todos nosotros somos seres contingentes porque ciertamente «somos» o existimos, pero hubiera podido suceder que nunca hubiéramos sido engendrados por nuestros padres, y entonces no hubiera pasado nada relevante porque el mundo hubiera seguido igualmente su curso aun faltando «yo». Es fácil comprender que todos los seres que existen son contingentes, y por esta razón explica José Llopart que «lo Absoluto» sólo puede ser una cualidad divina<sup>13</sup>. Igualmente el término «relativo» se usa como opuesto a «absoluto». Es *relativo* aquello que depende de alguna condición, y por este motivo se opone lo relativo a lo absoluto, pues lo absoluto es lo que no depende de condición alguna<sup>14</sup>.

Dado que entre los hombres casi todo está sometido a condiciones y que casi todo es contingente, parece que la palabra «Absoluto» está fuera de lugar para referirnos a los saberes a través de los que los hombres intentamos normar nuestra conducta, como es el caso de la Moral y el Derecho. Introduzco la partícula «casi», que parece que quita fuerza a lo que expongo, porque existen unas vertientes del Derecho y de la Moral que no son discutibles, es decir, que no son contingentes ni relativas: me refiero como es lógico, a esos principios fundamentales de nuestra actuación, como es el caso del precepto de «no asesinar». Pero cualquiera puede comprobar que en su vida cotidiana esos principios primeros juegan una función escasa: están como diluidos en todo lo que queremos normar y salvo casos muy raros no encuentran aplicación *directa* en nuestra conducta.

En lo sucesivo es mejor no usar términos como «absoluto». Hablar de una justicia absoluta o de una moral igualmente absoluta es de ordinario una aberración. Ya aludí a que al hablar de los «fundamentos ontológicos del derecho» un jurista sólo alude a aquellos datos reales y con frecuencia muy objetivos que hacen que la decisión adoptada no sea *arbitraria*. El primer resultado de que no podamos contar con casi nada Absoluto es que los hombres estamos «en» lo contingente: hemos de normar cosas contingentes y desde estas mismas cosas hemos de extraer

<sup>12</sup> *Sobre el sentido del derecho*. Tecnos. Madrid, 1984, pág. 130.

<sup>13</sup> Vid. *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, cit., pág. 108.

<sup>14</sup> Vid. Llopart, *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, cit., pág. 112.

nuestros criterios valorativos. En consecuencia, normalmente ni el moralista ni el jurista pueden formar ni enunciar juicios apodicticos. Se dice que un juicio es "apodictico" o perteneciente al *logos aposantikós* griego, cuando con tal juicio se expresa una verdad absoluta. Al contrario, la persona que se ocupa de la conducta de los hombres sólo puede enunciar opiniones probables.

Es preciso evitar aquí dos peligros que se caracterizan por su igual unilateralidad. Uno es el del historicismo fácil del que cree que por ser casi todo contingente y relativo, estas opiniones probables son muy subjetivas o estrictamente personales. Pensar así contradice la experiencia: porque desde los datos contingentes y relativos podemos obtener elementos de juicio objetivos y determinantes: cualquier esposa sabe que su marido y sus hijos (con sus peculiares personalidades, caracteres, temperamentos) son contingentes, como ella misma; pero esa comprobación no le autoriza a obrar como si no fueran "asi". El otro peligro es creer que puesto que nuestros juicios suelen ser objetivos, fundamentados en realidades objetivamente existentes, estos juicios que exponemos son absolutos, de modo que no caben discrepancias, o cambios en el tiempo, etcétera.

Tenemos pues unos juicios éticos (jurídicos y morales) que son simultáneamente objetivos y contingentes. Como el hombre vive "en" la historia, y es la misma historia la que en buena medida conforma aquello con lo que los hombres nos movemos, no podemos en modo alguno prescindir de lo que puede presentarse como la simple *circunstancia*. Indica Llopart, siguiendo estrechamente a Tomás de Aquino, que si abstraemos de las circunstancias no nos queda nada de la acción humana: una acción sin circunstancias no existe<sup>15</sup>. Por este motivo la médula o la razón de ser de lo que es justo "naturalmente" no es lo "Absoluto" sino la no-arbitrariedad<sup>16</sup>.

Una "via media" de entender este problema sería la de suponer que las normas (la ley) no pueden cambiar, porque estarían dadas para siempre. Únicamente cambiaría la "materia" sobre la que se aplican tales normas, y así se produce el silogismo que denuncia Llopart: la Premisa Mayor estaría constituida por las leyes inalterables y ahistóricas, y la Premisa Menor estaría compuesta por las circunstancias humanas que se modifican según el tiempo y el lugar. Lo típico de esta interpretación algo tradicional es que la historia sólo recae sobre los hechos, no sobre las leyes, y esto se acomoda muy bien a la vieja regla lógica que establece que "la conclusión sigue la peor parte": *conclusio sequitur peiorem partem*<sup>17</sup>. Sin embar-

<sup>15</sup> Vid. *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, cit., pág. 123. Se remite a los textos tomistas contenidos en I-II, q.19, art.6 y II-II, q.79, art.2.

<sup>16</sup> Vid. Llopart, *Die Geschichtlichkeit*., cit., págs. 196-197.

<sup>17</sup> Vid. Llopart, *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, cit., pág. 17. Andrés Ollero explica de modo similar que «La dimensión histórica del derecho no es compatible con un planteamiento de la positividad como entidad normativa cerrada, siempre a la espera de ser trasladada aplicativamente a unos hechos en continuo cambio, mientras que ella misma no cambiaría sino por derogación sustitutiva». Cfr. *Derechos humanos y metodología jurídica*. C.E.C. Madrid, 1989, pág. 190.

go, esta visión de la historicidad del derecho o de la moral parece que no explica satisfactoriamente la realidad<sup>18</sup>.

Estas actitudes no convencen porque la mayor parte de nuestros principios y la práctica totalidad de las normas no están escritas en los cielos, como formando un código separado de los hombres que existiría al margen de la historia humana. Más bien sucede que la casi totalidad de las normas y principios jurídicos los inducimos desde la experiencia, y esta experiencia sí está formada en buena medida por las circunstancias de por sí mutables y cambiantes. Por esta razón las normas que ahora son muy buenas y justas objetivamente, es posible que sean nocivas -y por ello injustas- cuando las circunstancias cambien. Ballesteros nos dice en este sentido que «A diferencia de lo que ocurre con los principios metafísicos que pueden valer en cualquier situación, los principios éticos y jurídicos presuponen determinadas condiciones, tal como intuyó Aristóteles y recalcó más detenidamente Suárez»<sup>19</sup>.

Es decir, ese derecho para el hombre se determina desde lo que el hombre necesita a lo largo de la historia. Y procediendo bastante más allá de las simples necesidades, diría que las leyes de la actuación humana se determinan desde lo que el hombre es a lo largo de la historia. Quizá la trampa más frecuente en este punto es suponer que el hombre posee una naturaleza "ya dada" de una vez para siempre. Pedro Serna nos advierte de este peligro: «puesto que la naturaleza no es lo dado, no se puede pretender aprehenderla deductivamente a partir de un concepto cerrado y especulativo; es más bien la captación de los bienes y tendencias lo que permite descubrir el ámbito de lo humano. Dicha captación se lleva, por tanto, a cabo no por medio del pensamiento teórico-especulativo, sino a través de

<sup>18</sup> Llopart denuncia esta forma de proceder, que ha solido ser la usual en los comentaristas de Tomás de Aquino, y escribe que «Die Scholastik ist sich nicht des Unterschiedes zwischen einem, die veränderliche Natur, und einem anderen, die unveränderliche Natur des Menschen voraussetzenden Naturrechts bewusst gewesen und hat vergeblich auf anderen Wegen versucht, die im voraus nur als scheinbar erklärten Ausnahmen des Naturrechts zu erklären. In einer der kommentierten Auflagen der *Summa Theologiae*, wo Thomas gerade behauptet, dass das Naturgesetz sich ändern kann ("potest tamen mutari"), hat der Kommentator aus eigenen Stücken die Bemerkung hinzugefügt, dass, was sich ändere, sei nicht das Gesetz selbst, sondern nur die "materia". Diese von mir "Anwendungstheorie" benannte Ansicht, die bis heute vertreten worden ist, argumentiert folgenderweise: Die Prinzipien ändern sich nicht (Obersatz); nur die Materia, d.h. die verschiedene Tatbestände sind veränderlich (Untersatz); deswegen kommen durch die Anwendung der naturrechtlichen Prinzipien auf die jeweils verschiedenen Tatbestände verschiedene rechtliche oder sittliche Entscheidungen zustande (Folgesatz). Nach diesem Syllogismus wird die Geschichtlichkeit Rechnung getragen; sie bleibt aber immer bei der Materie stehen, denn das Naturrecht als solches darf von ihr nie infiziert werden». Cfr. *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, en "Gedächtnisschrift für René Marcic". Berlin, 1983, pág. 112. Llopart se refiere a la *Summa Theologica diligenter emendata* de De Rubeis. Taurini, 1917, Pars 1.<sup>a</sup>, Tomus secundus, pág. 538.

<sup>19</sup> *Sobre el sentido del derecho*, cit., pág. 104.

la racionalidad práctica»<sup>20</sup>. Serna se refiere a la racionalidad práctica que es propia de la ética y de la jurisprudencia prudencial, de tipo aristotélico o tomista.

El problema es que el hombre está “en” la historia y en cierto modo él mismo es historia o, por decirlo con otras palabras, su naturaleza presenta una dimensión marcadamente histórica. Tomás de Aquino vio con claridad este problema, y por ello dejó escrito que cambian tanto la razón como la naturaleza del hombre. Pero sus discípulos del siglo XVI no desarrollaron más esta comprobación y finalmente la rigidez más bien cadavérica a que apuntaba un tanto subliminarmente la teoría iusnaturalista de la Edad Moderna<sup>21</sup> acabó por enturbiar el tema de la historicidad humana. La reacción romántica contra la Ilustración, que se produjo en la primera mitad del siglo XIX, fue ciertamente historicista, pero la forma como ha sido entendida esta reacción ha sido muy poco matizada y radical, y desde ella domina en nuestro pensamiento una mentalidad que podemos llamar *historicista*, que a algunos nos parece que toma una sola vertiente de la realidad como toda la realidad humana.

El hombre es historia, pero esto no quiere decir que los hombres cambiemos a lo largo de la historia del modo que una especie animal sucede a otra tras una glaciación. Una primera comprobación muy superficial nos hace ver que el género humano sigue presentando unas constantes biológicas, es decir afectivas, psicológicas y somáticas a lo largo del tiempo. En este sector de su naturaleza coincide con cualquier especie de los vertebrados superiores que, como sucede con los perros o los caballos, presentan igualmente unas constantes biológicas desde que los conocemos. Pero la comprobación de esta constancia simplemente biológica en el hombre ni basta ni se adecúa a la experiencia, porque si el hombre pudiera cambiar sus ideas morales con su razón, cada generación sería distinta de las anteriores, lo que no es el caso. Según se mire, todos los hombres somos “distintos” aquí y ahora; pero también somos todos igualmente “hombres”. Luego este cambio de un hombre a otro, de una época a otra, debe ser explicado muy matizadamente.

Nadie puede dudar de que el hombre posee bastante de autoplastico, pero esta capacidad de conformarse a sí mismo no es en modo alguno una facultad *autopoiética* que le permitiera al género humano hacer consigo mismo lo que cualquier hombre hace *poiéticamente* con las cosas externas a él mismo. Si tal cosa

<sup>20</sup> *Positivismo conceptual...*, cit., pág. 129.

<sup>21</sup> Hablo de simple tendencia más bien “subliminar” en las ideas iusnaturalistas de la Modernidad porque la Escuela del Derecho Natural moderno no pretendió hacer tratados de “derecho natural” en el sentido tradicional de esta expresión. Pufendorf, Wolf, Gundling, Achenwall o Kant más bien pretendieron sentar las bases para crear derecho positivo “correcto” o adecuado a lo que ellos entendían que era la “naturaleza” del hombre. Sobre este tema puede verse la parte histórica de mi estudio *Una introducción a la ciencia jurídica*. Civitas, Madrid, 1988, o *Nuestros prejuicios acerca del llamado “derecho natural”*, en “Persona y Derecho” 27 (1992) págs. 21-200. Un estudio más monográfico es el ya citado acerca de los orígenes de la expresión “persona jurídica”.

sucediera, es decir si una época pudiera *hacerse* a sí misma, entonces un hombre de finales del siglo XX no podría leer una obra literaria de siglos anteriores: cada época utilizaría categorías técnicas en su propia constitución que necesariamente serían distintas con las de otros momentos históricos. En tal caso una obra como el *Discurso sobre la dignidad humana* de Pico della Mirandola, escrita en el siglo XVI, habría de ser ininteligible para un lector moderno, por ejemplo. Más bien sucede que si el lector de hoy puede leer muy a gusto escritos de los sofistas griegos del siglo VI a.C., esto sucede porque a pesar de las diferentes categorías antropológicas que ocasionalmente nos separan de aquel momento histórico, descubrimos en los griegos una *tendencia* a realizar su humanidad que es igual que la del hombre de hoy, y entonces entra de lleno el tema de la *teleología* en la Antropología, en el Derecho, en la Moral.

Con el término “teleología” no pretendo dar a entender que cada cosa tiene un sentido. La palabra “sentido” (*Sinn*) tal como la entendemos hoy fue acuñada en Filosofía por los neokantianos de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, y si anteriormente no existía es porque la filosofía aristotélica y tomista –tachada usualmente de “teleológica”– no entendía el *telos* al modo del “sentido” o *Sinn* contemporáneo. Lo que nos indica de paso que la tendencia a un fin poco tiene que ver con las expresiones corrientes hoy tales como “tener sentido” o “servir para algo”, por ejemplo<sup>22</sup>.

Más bien hablamos de teleología porque comprobamos que los hombres de todos los momentos tienden hacia un fin que les hace entenderse a sí mismos. Podríamos decir provisionalmente que este fin es su *dignidad*, aunque si tenemos a la vista esta sola idea difícilmente podremos entender este horizonte hermeneúutico que hace posible la comunicación humana a través del tiempo. Porque aunque haya una imagen unitaria que los hombres tienen de sí mismos, también es cierto que los modos de alcanzar el fin específicamente humano son distintos en el tiempo y en el espacio, y que los talentos ante la vida, más dependientes de una visión estética quizá irreplicable, también hacen que nos diferenciamos profundamente. Pero en cualquier caso queda en pie la evidencia primera, a saber: que nos reconocemos como personas humanas a pesar de los cambios culturales porque queremos lo mismo. O dicho con otras palabras, que aquello a lo que los hombres han tendido y tienden determina una misma *naturaleza* a pesar de los cambios.

Al llegar a este punto comprobamos que la palabra “naturaleza” referida al hombre es algo equivoca. Porque de una parte nos referimos con ella a lo que los hombres hacen de sí mismos según las épocas y las culturas, de forma que la “naturaleza humana” consiste en un constituirse o llegar a ser, de modo que los

<sup>22</sup> El hombre contemporáneo necesita encontrar un “sentido” a cada cosa, de acuerdo con la peculiar noción de *sentido* que él usa. Por esta causa queda desconcertado ante la existencia de cosas que no tienen “sentido”, tales como el dolor, la existencia de personas muy disminuidas, o cantidad de insectos, que no sabe para qué “sirven”. Este hombre contemporáneo debería replantearse su noción de “sentido”.

hombres son los que ellos han hecho de sí mismos. Y de otro lado la "naturaleza humana" sería una finalidad que recae sobre una especie biológica pero que trasciende los datos afectivos, psicológicos y somáticos que se tienen en cuenta en la Biología. Así, según el primer modo la naturaleza sería aquello que *somos* ahora y que depende en buena parte de nosotros. Pero desde la segunda acepción de "naturaleza" ésta sería algo "ya dado" y omnipresente en los hombres. Me parece que no hay mayores reparos en admitir la verdad de las dos vertientes de la expresión *naturaleza del hombre*, siempre y cuando seamos conscientes de su heterogeneidad y de su unidad en la praxis vital. Lo que no parece procedente es quedarse con la naturaleza como algo estático o ya-dado, porque se opone a la evidencia histórica: los hombres cambiamos en la historia. Ni tampoco es admisible postular la mutabilidad total de la naturaleza humana, porque esto es igualmente contrario a la experiencia más elemental: no podemos entender "técnicas" que se han perdido en la historia, pero sí podemos entender a los hombres que desarrollaron esas técnicas<sup>23</sup>.

De ahí que la historicidad del hombre siempre presente algo de sorpresa, un momento único que no puede ser reducido a categorías racionales: son muchos e imprevisibles ahora los modos cómo los hombres alcanzamos nuestro fin. De ahí el viejo aforismo: *Historia quaerens intellectum*, un dicho que —destaca Llompart— expresa algo real pero imposible, porque siempre existirá tensión entre historia y razón.

## 1.2. ¿Ética de situación o "via media"?

Lo expuesto hasta ahora puede prestarse a que alguien *coja el rábano por las hojas* y en la práctica se quede solamente con la dimensión histórica de la naturaleza del hombre. Así llegaríamos a una variante de la antigua "ética de situación" tal como fue expuesta por Fletscher<sup>24</sup>. Y tampoco es éste el caso.

No es muy convincente esta forma de entender la Moral porque, ante todo, comprobamos que existen principios y normas inalterables: jamás será lícito castigar al inocente o asesinar, por ejemplo. En un plano más jurídico vemos que nunca nadie podrá prometer dar más de lo que tiene. Jaime Mans publicó hace años un estudio titulado *Los principios generales del derecho* en el que recoge varios miles de estos principios, y cualquiera puede comprobar que la fuerza vinculante

<sup>23</sup> Es lógico lo que indica Serna: «La disyuntiva naturaleza-historia o naturaleza-libertad sólo tienen sentido en el otro concepto de naturaleza, y no en el concepto originario aristotélico de la palabra, proveniente, más que de la ciencia natural, del ámbito de la praxis humana». Cfr. *Positivismo conceptual*., cit., pág. 122.

<sup>24</sup> Vid. Josef Fletscher, *Situation Ethics. The New Morality*. Westminster Press. Philadelphia, 1966.

de muchos de ellos predomina sobre las exigencias o conveniencias de las situaciones normales —y a veces hasta de las extraordinarias— en las que nos encontramos. Sucede más bien que si ignoramos estos principios —que constituyen como el fondo del vaso del derecho y de la moral— estamos destruyendo la misma moral y el derecho, y con ellos al hombre.

Pero quisiera mencionar otro aspecto de este problema que me parece más importante. En una primera mirada pudiera parecer que una norma o un principio sustituyen o reemplazan a otro, de forma que se produciría un *desplazamiento*. A veces es así, pero normalmente el proceso del aparente *desplazamiento* es más complejo. No olvidemos que es el hombre el que decide lo que estará vigente en cada momento, y los hombres presentamos una cierta naturaleza permanente a lo largo de la historia y de la geografía. Los principios cambian, pero como cambian al servicio de los fines específicamente humanos, es posible que el cambio sea más aparente que real. José Llompart nos indica que «en el cambio o desplazamiento de un principio jurídico está siempre presupuesto un concepto superior (*Oberbegriff*) o un principio superior (*Oberprinzip*) vinculante que asegura la continuidad»<sup>25</sup>. Aquí está expresada una faceta del cambio histórico de nuestras ideas morales que apenas suele ser tenida en cuenta. Porque, efectivamente, cuando personas responsables (no tengo en cuenta como es lógico lo que se hace por lucro propio, por fanatismo o por irresponsabilidad) deciden que han de modificar una institución jurídica, esas personas están *obedeciendo* un mandato moral que les ordena cambiar las instituciones a fin de acomodarse a las nuevas necesidades sociales o a la nueva mentalidad que ahora existe. Solamente si suponemos o postulamos gratuitamente que nuestro comportamiento es amoral podemos entonces considerar que el cambio de nuestras instituciones no obedece a un imperativo moral. Este imperativo superior, que está como por encima del cambio histórico, es ese principio superior (el *Oberprinzip* que expresa Llompart) que está siendo hecho realidad gracias a la variación de las normas y principios históricos subordinados a él.

Estos principios superiores que ordenan la modificación histórica de otras normas inferiores parece que están muy enraizados en esa tendencia fundamental de la naturaleza humana a la que aludía páginas antes, y que conforma lo que tiene el hombre de permanente a lo largo de los cambios históricos. Claro, que tampoco podemos ser ingenuos: a veces, el cambio no lleva a la actualización práctica de ningún principio superior. Porque del mismo modo que en la historia ha habido fuertes retrocesos técnicos durante épocas enteras, igualmente en la historia se dan retrocesos humanos o morales en los que los hombres cambiamos principios e instituciones quizá por un mal entendimiento de lo que nosotros somos, quizá

<sup>25</sup> «Bei der Anwendung oder Umkehrung eines Rechtsprinzips wird immer ein verbindender Oberbegriff oder ein Oberprinzip vorausgesetzt, wodurch die Kontinuität gewährleistet wird». Cfr. *Die Geschichtlichkeit*., cit., pág. 100.

porque todos estamos afectados por pasiones, etc. que no siempre dejan ver con claridad<sup>26</sup>.

Con estas matizaciones podemos entender lo que escribe Juan Cruz: «El conocimiento de los fines connaturales al hombre precede al razonamiento práctico que hacemos para integrarnos en ellos... Sólo la razón práctica tiene como materia propia lo contingente libre, contingente en su actualidad y en su futuridad, o sea, la realidad concreta y existencial de los actos personales y singulares. La razón práctica guía estos actos contando también con el conocimiento de los principios universales, propios del intelecto moral, y con el saber obvio de ciertas conclusiones que saca la razón moral especulativa en su uso natural y fácil.

Si el intelecto moral señala la *meta* o el fin último de toda la vida, la razón práctica marca la *ruta* o los medios que conducen a esa meta. Presupone, pues, que el intelecto moral haya señalado el fin universal y los medios indeterminados a la voluntad... Pero el intelecto moral no indica en concreto la manera en que el hombre debe ejercitar sus actos de cara a ese fin, porque esto depende de las circunstancias»<sup>27</sup>.

Si no convence gran cosa lo que se llamó “ética de situación”, tampoco parece aceptable una “*vía media*”, esto es, una especie de actitud intermedia o centrista propia de quien establece él –porque él quiere– dos extremos alejados y él, en cambio, se sitúa generosamente en el centro, como para contentar a todos. Lo específico de estas actitudes *centristas* es que el sujeto que actúa así parece no creer en ninguna verdad y –puestos a ser pragmáticos– *decide* él dejarse llevar por unos y otros y, una vez estudiadas las actitudes, alejarse de los “extremismos”. Este modo de proceder a veces es útil en la praxis política, pero temo que sirve de poco, o de nada, en el saber, en la ciencia. Porque la ciencia se preocupa ante todo de conocer lo “que es”, y si lo “que es” está alejado del sentido común de los *prudentes* entonces es que los *prudentes* están equivocados. Como es lógico, me estoy refiriendo al conocimiento teórico, que es el conocimiento propio del científico. El científico no trata tanto de establecer o crear la verdad como de conocer lo que ya existe. Y nosotros ahora somos científicos, porque en este sector de la Antropología que es la Filosofía práctica, momentáneamente estamos intentando sólo *comprender* al hombre en su realidad histórica.

Es comprensible que las *vías medias* que se han intentado en tema de derecho natural hayan fracasado. A lo largo del siglo XX han aparecido intentos de integrar la conciencia historicista en una idea *tradicional* del derecho natural. Tal ha sido el caso de Rudolf Stammler, que quiso “un derecho natural con contenido cambiante”, o de Spranger, que habló de un “derecho natural histórico-teleológico”, o de Müller con su “derecho natural histórico”<sup>28</sup>, etcétera. Me parecen intentos de cua-

<sup>26</sup> En este tema es importante la obra de Theodor Litt, *Wege und Irrewege geschichtlichen Denkens*. Stuttgart, 1948.

<sup>27</sup> Reivindicación de la razón práctica, en “Persona y Derecho”, 9 (1982), pág. 184.

<sup>28</sup> Vid. a Llompарт, *Die Geschichtlichkeit...*, cit., págs. 193 y ss.

drar el círculo: no se puede partir de la idea moderna y decimonónica del derecho natural y querer introducir en ella la historia. Una persona que haya estudiado el Derecho, y no solamente el expuesto en los manuales de los siglos XIX y XX, no pretende una versión *mejorada* del “derecho natural”. Esta persona más bien reconoce en el proceder jurisprudencial romanista –que es un tipo de jurisprudencia que se desarrolla desde Roma hasta el siglo XVII– una forma de entender al hombre y a sus necesidades que *asume* la historia con entera naturalidad. Tal fue el caso de las exposiciones doctrinales-teóricas de Pedro de Bellapertica y Tomás de Aquino en el siglo XIII, o de los hermanos Hopper y Bolognetus, de Francisco Connanus y Pierre de la Grégoire en el siglo XVI, o de Hugo de Roy y Hermann Conring ya en el siglo XVII: juristas o filósofos que vuelven la mirada sobre la *jurisprudencia* conocida y reflexionan sobre ella.

### 1.3. Cuestiones de historicidad.

El planteamiento fácil, que se expresa afirmando que todo es inmutable, o todo es relativo a la moda en el pensar, al cambio de sentimientos o de circunstancias, etc., ha quedado descartado. Es posible que en la génesis de este planteamiento bastante dilemático hayan influido decisivamente las exigencias de la verdad teórica. En la filosofía antigua se llama *verdad teórica* o *theoria* al conocimiento de las cosas que son externas a nosotros: conocemos a otras personas, árboles, animales, artefactos, etcétera. Aquí está vigente la exactitud: o se conoce exactamente cuál es el auto de Fulano, o no se conoce. La dificultad para entender la relativa exactitud de la verdad que no es teórica (cual es la verdad práctica), estriba en que la mentalidad corriente que se expresa en muchas personas tiende a pensar que “una cosa” o es verdad o no lo es. Esto es cierto en el saber teórico, pero no suele serlo en el práctico.

Giambattista Vico, con intuición genial a comienzos del siglo XVIII, vislumbró que cuando los hombres emitimos una sentencia sobre nuestro comportamiento no estamos enunciando una verdad apodictica o teórica, sino que normalmente sólo estamos proponiendo una sentencia juiciosa, prudente, fiable, etc., que no pasa de ser simplemente “verosímil” y en mayor o menor grado “probable”. El hecho de que no puedan ser calificadas de verdaderas o falsas no quiere decir que sean inservibles o nada fiables. Pero si una sentencia no es verdadera ni falsa, entonces ¿qué es? Vico argumentó que los juicios sobre la conducta de los hombres no pertenecen al campo de lo “verdadero” (el *verum*), sino al mundo de lo “cierto” (*certum*). Y es que los hombres no podemos pretender certeza absoluta en los saberes sobre nosotros mismos, y hemos de contentarnos con los que es cierto sin aspirar al imposible de que ello sea realmente verdadero. En Vico estaba muy presente la conciencia histórica: él era profesor de Retórica pero se interesó mucho por el desarrollo histórico del pensamiento jurídico: fue el primer pensador importante del siglo XVIII que captó la historicidad del derecho con sus inevitables variaciones en las diversas valoraciones que se han sucedido en la historia.

En el idioma español tenemos la posibilidad de distinguir entre dos situaciones reales gracias a los distintos verbos "ser" y "estar". Con el verbo "ser" designamos lo que una cosa es (el "es" hace referencia a lo más propiamente ontológico), mientras que con "estar" nos referimos a una circunstancia: parece que "estar" se usa para designar la manifestación externa, simplemente fenoménica. Vico —que no disponía de esta facilidad de distinción— distinguió entre lo cierto y lo verdadero, lo que quizá haya sido una suerte para todos. "Ser" sería lo verdadero; "estar" mienta lo que simplemente es cierto. Vico recabó "lo cierto" con un status ontológico propio porque era consciente de que el género humano va haciendo sus derechos en la historia (también el derecho natural) de acuerdo con algunas exigencias elementales de la naturaleza humana. El *derecho justo* o el *aequum bonum*, como suele decir Vico, «no es otra cosa que lo que el hombre va haciendo de acuerdo con la naturaleza humana o de conformidad con la vida social»<sup>29</sup>.

La mentalidad de la Edad Contemporánea, que está fuertemente influenciada por el mito de progreso perenne, tiende a pensar que el género humano se va "perfeccionando" en la historia; algo así como el hombre fuera alcanzando progresivamente una vida más plena o perfecta. Si no aceptamos este mito del progreso continuo no existe ninguna razón de peso para pensar de este modo: existe un progreso en cuestiones técnicas, pero es gratuito afirmar que el hombre realiza su humanidad mejor ahora que hace siglos. Alasdair MacIntyre nos indica que «el hombre tiene por telos de la vida humana cierta clase de vida; el telos no es algo que alcanzar en un momento futuro, sino mientras se construye la vida completa»<sup>30</sup>. Efectivamente, salvo casos excepcionales, cada momento de la historia representa un autoentendimiento del hombre tan pleno como cualquier otro. Todos sabemos —explica Choza— que no existe una realización tan completa del bien que no pueda pensarse otra superior, y que por esta razón no hay series de fenómenos o acontecimientos reales que puedan considerarse totalizadas. Pero desde esta comprobación no podemos concluir que en la historia se dará —en un futuro— una plenitud que supla de una vez por todas nuestras carencias actuales: «no hay un fin último en la historia... La historia no tiene un fin último, y la sociedad, precisamente en tanto que sujeto de la historia, tampoco lo tiene. Pero esta tesis, aunque coincida con la de Dilthey y Popper, no es necesariamente solidaria del relativismo historicista ni del positivismo agnóstico»<sup>31</sup>. Aquí corremos el peligro de que nos engañen nuestras categorías que hacen posible el conocimiento: todos conocemos nociones (llamadas "esencias" en la filosofía tradicional) que son siempre plenas; pero aunque en el plano esencial ninguna noción «admite grados, en el plano existen-

<sup>29</sup> «Appartengono esse alla vera vita dell'uomo, ch'è a dire elleno non esser altro che ciò che va l'uomo facendo covenevolmente alla umana natura, o in conformità della vita sociale». Cfr. *De universo iuris uno principio et fine uno liber unus*. Trad. de E. Amante. Napoli, 1841, pág. 119.

<sup>30</sup> *Tras la virtud...*, cit., pág. 219.

<sup>31</sup> *Ética y política: un enfoque antropológico*, cit., pág. 44.

cial, es decir, en el de la dimensión espacio-temporal, la noción de "grado" es rigurosamente inherente a toda realización»<sup>32</sup>. Fernando Inciarte, que ha destacado fuertemente la historicidad de la verdad práctica con gran precisión, recalca que la historia humana no admite ningún juicio definitivo: un juicio moral absoluto sólo puede ser un juicio final, al término de la historia<sup>33</sup>.

El hombre es, pues, un ser que se hace de manera simultánea completamente e incompletamente en la historia. Este problema no se puede entender si se entiende a la "naturaleza humana" como un dato definitivo, como algo que ya está-dado. Sabemos que el hombre posee una pauta general de comportamiento que le acompaña siempre en la historia, y esta pauta determina la tensión continua entre el "es" y el "debería ser". Pero esta tensión sólo encuentra solución en el orden de la libertad humana: la libertad acompaña y hace posible la historicidad o la historia. Por esta razón se puede afirmar que lo específico del hombre, y por tanto lo propiamente humano, queda delimitado por la libertad y de este modo sólo en la libertad consiguen los hombres la realización de su verdad<sup>34</sup>. Por esto, no es razonable contraponer la naturaleza a la cultura, o a la libertad o a la historia, ya que la naturaleza libre tiende a desarrollarse y a cultivar sus virtualidades y es principio, y agente, y posesora de su propia cultura: la naturaleza humana es una naturaleza libre<sup>35</sup>.

En consecuencia, lo que el hombre "es" ahora es una actualización de su naturaleza más que una limitación de ella<sup>36</sup>. Usando un lenguaje algo hegeliano podemos decir que lo real concreto que existe ahora es la única realidad existente, aquélla en la que el hombre llega a ser y le permite desarrollar sus posibilidades: en modo alguno lo real existente puede ser considerado como una negación de las posibilidades del hombre, a pesar de que siempre lo concreto existente pueda ser considerado (de forma muy intelectual) como un tope a mi propia realización, porque me condiciona. Hegel realizó un esfuerzo considerable por convencernos de que toda concreción, que se presenta ante la conciencia vulgar más bien como una "limitación", es nuestra única realidad. Ciertamente cualquier individuo puede hacer un esfuerzo de imaginación "saliéndose de su propia piel" e imaginarse gracias a la fantasía un mundo irreal que sería el que él verdaderamente desea: en tal caso vivencia a "su" mundo real más bien como un estorbo para lo que él quiere. Este modo de proceder es una constante en el hombre: en principio todo

<sup>32</sup> J. Choza, *Ética y política...*, cit., pág. 23.

<sup>33</sup> Cfr. *Sobre la verdad práctica*, en "El reto del positivismo lógico". Rialp. Madrid, 1974, pág. 214.

<sup>34</sup> Vid. sobre este extremo a P. Durán, *Los derechos humanos, ¿una nueva filosofía?*. Nau Llibres. Valencia, 1988, págs. 118-119.

<sup>35</sup> Vid. Carlos Cardona, *Por qué es natural la ley natural*, en "Persona y Derecho", 7 (1980), págs. 257-258.

<sup>36</sup> Andrés Ollero indica que «Positividad e historicidad se hacen compatibles cuando a lo histórico se lo capta como actualización existencial y práctica de lo esencial, y no como su negación». Cfr. *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., pág. 193.

individuo es proclive a dogmatizar acerca de sí y de lo que no es él. Cuando encuentra que "el otro" (las demás personas, las cosas) no coinciden con sus ideas acerca de lo bueno o lo bello, entonces ve a "lo otro" más como un obstáculo que no como una manifestación del ser.

Naturalmente esta acentuación de nuestra naturaleza en la historia no quiere decir que el hombre no pueda señalarse metas para mejorar lo existente. Pero ya ha pasado el tiempo de los diseños utópicos (que fue el siglo XIX), quizá porque tenemos más experiencia sobre la viabilidad de las utopías *racionales*, y la tensión entre lo que "es" y lo que nos parece que "debería ser" puede ser comparada al funcionamiento de un matrimonio: un buen matrimonio soporta —y necesariamente ha de soportar— tensiones frecuentes, a menos que se trate de dos cónyuges muy extraños. Pero, a pesar de estas tensiones, cualquiera puede distinguir un buen matrimonio (con sus tensiones necesarias) de un matrimonio ya roto. Y es que las tensiones no implican la ruptura con lo real.

Tiene mucha razón Chesterton cuando nos dice que el problema fundamental del hombre es compatibilizar su amor al mundo hasta amarlo, y odiarlo hasta desear reformarlo<sup>37</sup>. Y parece claro que sin un amor previo no se puede reformar nada. El que se limita a odiar, a rechazar lo que no le gusta, difícilmente podrá arreglar algo: lo normal será que caiga en esa mentalidad que estuvo tan en boga en los 60 y parte de los 70, que se concretaba en una mística revolucionaria que no se trascendía a sí misma y que no llegaba a nada (fuera, claro está, del destruir por el destruir). Hablo de aceptación de la realidad, y tal aceptación es algo más que una resignación confusa ante la necesidad que nos es impuesta: aceptar es *asumir*, hacer propio el estado de cosas que nos encontramos, y aquí juega un papel importante el amor. Chesterton nos dice que «mi aceptación del universo nada tiene que ver con el optimismo: se parece mucho más al patriotismo... El mundo no es una casa de alquiler que estemos ansiosos de abandonar<sup>38</sup>... Supongamos que nos hallamos frente a una de las cosas más feas: por ejemplo, el barrio de Pimlico. Si pensamos en lo que mejor le conviene a Pimlico, el vecino no debe contentarse con desaprobar a Pimlico: más le valdría entonces degollarse o marcharse a Chelsea, pongo por caso. Tampoco puede contentarse con aprobar a Pimlico, porque entonces Pimlico seguiría siendo Pimlico. Lo único que queda es —para los que puedan hacerlo— amar a Pimlico... Si saliese algún enamorado de Pimlico, acaso Pimlico llegase a ostentar torres de marfil y pináculos dorados. Y Pimlico atraería por sí mismo, como atrae la mujer cuando es amada. Porque las decoraciones no tienen por fin esconder cosas horribles, sino decorar cosas que son adorables por sí mismas. Si hubiese quien amase a Pimlico tan arbitrariamente como las madres aman a sus hijos —porque son "suyos"—, en un año o dos Pimlico sería más hermoso que Florencia... Los hombres comienzan por honrar un sitio,

<sup>37</sup> Vid. *Ortodoxia*. Trad. de A Reyes. Editorial de S. Calleja. Madrid, 1943, págs. 15-17.

<sup>38</sup> *Ortodoxia*, ed. cit., pág. 132.

y después van ganando gloria para él. No amaron a Roma por grande, no. Roma se engrandeció porque supieron amarla»<sup>39</sup>.

Estamos ante una historia que no es previsible, porque el desarrollo del ser humano no sólo viene marcado por factores técnicos y económicos, sino también y en muy buena medida por cambios en las valoraciones que no son reductibles a esos factores indicados. Una comprobación que puede hacer cualquiera es que los hombres cambiamos nuestras valoraciones a lo largo de la historia sin que exista una explicación científica para ello<sup>40</sup>. Aquí entra en juego ese talante o estilo de vida de que nos hablaba Chozza antes, que es resultado únicamente de la elección humana<sup>41</sup>.

Aunque esta elección de las valoraciones no suele ser un proceso "libre" en el sentido usual de la palabra: cada generación "se encuentra con" un estado de cosas que ella no ha creado pero que ella sí tiene que resolver. En esta tesitura no sirve aplicar "de arriba a abajo" unas leyes o valoraciones preexistentes o adoptadas *libremente* (arbitrariamente, aunque se suele decir que han sido tomadas "racionalmente"), porque lo que es justo no se determina por entero con independencia de la situación que exige justicia<sup>42</sup>. Es decir, nuestras valoraciones, si pretendemos que sean justas, han de ser *inducidas* normalmente desde los datos que presenta el problema histórico que consideramos<sup>43</sup>. Pero el desarrollo de este último problema lo dejo para más adelante.

<sup>39</sup> *Ortodoxia*, cit., págs. 135-136.

<sup>40</sup> Serna indica que «el conocimiento moral, el conocimiento de lo que es valor, o de la conducta o situación que mejor realiza o se acomoda a un determinado valor, exige una continua adaptación a esa realidad cambiante: el mundo humano es histórico y lo moral, en ese sentido, está transido de historicidad, siendo susceptible de un estudio histórico porque los valores, como formas del deber-ser humano, también pueden ir generándose históricamente en la conciencia de la humanidad al enfrentarse los hombres con diferentes situaciones». Cfr. *Positivismo conceptual*, cit., pág. 282.

<sup>41</sup> José Delgado Pinto indica que «la base de partida consiste en mostrar que, en virtud de su peculiar estructura, el hombre, aunque ser finito existente entre otros seres también finitos y limitados, no constituye un ente cerrado, clausurado en sí mismo, sino abierto al mundo, al ser en general, por lo que posee una "esencia abierta" en terminología de Zubiri. Desde el ángulo de la acción esto se traduce en que la voluntad funciona como una potencia relativamente indeterminada, ante la que en cada situación se abre un horizonte de posibilidades entre las que ha de elegir. Es a través de este proceso continuo de elección entre posibilidades distintas como el hombre ha de hacerse a sí mismo en relación necesaria tanto con la naturaleza como con los demás hombres con los que convive o coexiste». Cfr. *Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del derecho*, cit., págs. 23-24.

<sup>42</sup> Esta idea es un tópico de la filosofía práctica prudencial. Una exposición reciente sobre ella puede encontrarse en J. Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, cit., págs. 104 ss.

<sup>43</sup> Destaca José Llompарт que es significativo que Tomás de Aquino señale un procedimiento deductivo desde la Ley Eterna a la Ley humana, a través de la Ley natural. Pero cuando trata del derecho y no de la ley, este procedimiento que va desde el Derecho natural al Derecho positivo es, en cambio, *inductivo*. Vid. *Das Naturrechtsgedanken heute und morgen*, cit., pág. 16.

## 2. "PERSONA" Y NATURALEZA HUMANA EN LA DECISIÓN PRÁCTICA.

Hablaba antes de que es una tendencia fundamental del género humano el deseo de ser *autónomos* en un sentido radical, es decir superando *lo dado*, lo que somos. Y en este empeño nos encontramos con dos factores que superficialmente se pueden considerar más como limitantes o condicionantes que no como posibilitantes. Uno, que cada cual es lo que es, lo que indica que el afán de autonomía tiene un límite; pero al hombre contemporáneo le molesta todo lo que le recuerde a "límite" de sus posibilidades teóricas o imaginadas.

El segundo tema posee otra naturaleza: todos nos tenemos a "nosotros", seres históricos con nuestras circunstancias, que somos mejores o peores desde muchos puntos de vista; pero lo cierto es que nos tenemos a nosotros. La dignidad del hombre exige que él se valore positivamente a sí mismo con sus circunstancias; porque si no es así no queda más salida que algún tipo de marginación, hasta llegar a la marginación máxima.

Esta tensión entre lo que somos y lo que consideramos que deberíamos ser constituye el escenario imprescindible y el telón de fondo de toda vida humana.

### 2.1. Un punto de partida.

La vida del hombre se desarrolla asumiendo él una serie de papeles o funciones, llamadas "personas". Es obvio que aquí nos jugamos nuestra libertad, nuestra creatividad: el hombre puede quedar atrapado en sus funciones sociales del modo en que un insecto queda preso en una tela de araña. Éste es un campo abonado para cualquier tipo de "positivismo sociológico", que es una tendencia de la filosofía social que exige que la persona se conforme con lo que tiene. Los "positivistas", en general, son muy poco dados a hablar de libertad.



La reacción usual contra este planteamiento es sentirse una "persona jurídica" en el sentido kantiano: un ser "libre" sin vínculos, radicalmente autónomo. No en vano Kant ignora los ámbitos en los que se desarrolla la vida humana: la familia o la profesión, por ejemplo. Sólo tiene en cuenta a un individuo desligado de cualquier función: nos parece que Immanuel Kant confunde las realidades de "personalidad" y *persona*, y con el filósofo de Königsberg buena parte del siglo XX hace lo mismo. Es cuestión de preguntarse por qué una persona especialmente inteligente como es Hegel llega a decir que es un oprobio para la Humanidad que Kant hubiera mantenido que el hombre es *persona*; una afirmación que así, sin más, escandaliza muchos oídos.

La Modernidad entendió el derecho como una "cualidad moral que compete a la persona" (una *qualitas moralis personae competens* según la conocida definición de Grocio), y desde entonces el individuo o "persona" ha ocupado el lugar primero y central de cualquier reflexión sobre la ética y el derecho. Como este individuo únicamente es portador de "derechos" entra necesariamente en conflicto con los mismos derechos de los demás... y de este modo tenemos una sociedad que se caracteriza ante todo por el enfrentamiento entre los individuos. Desde este punto de partida no hay lugar para la ética y el derecho, a no ser que se postulen unos derechos fundamentales del hombre o derechos humanos y se hagan lucubraciones con ellos. Pero ya vimos antes que desde estos *derechos humanos* —que siguen el conocido carril de los "derechos" de la persona— no hay lugar para un saber sobre la ética, individual o social. Otra posibilidad más reciente es la de insistir en un *consenso* especialmente cualificado, y entonces se alude a "posiciones originales" o "situaciones ideales de habla". Pero como estos constructos no tienen más principio rector que la igual libertad de las "personas" queda igualmente bloqueado el camino para hacer una ética que merezca este nombre. En cualquier caso tanto la teoría de los derechos humanos como las éticas procedimentalistas más recientes siguen desconociendo el entorno en el que el hombre se realiza, *las cosas*.

Para despejar algo este problema es necesario distinguir la noción filosófica de persona de su noción moral o jurídica. Cuando hacemos referencia a la noción filosófica de persona nos referimos a ese ser individual, único e irrepetible en la historia que somos cada uno de nosotros, con nuestro genio o *daimon* personal, con una capacidad de innovación y de creatividad igualmente irrepetibles.

En cambio, la persona en sentido jurídico es una realidad distinta. Ibáñez nos dice que la sociedad es el ámbito natural donde los hombres concretos realizan su existencia, a través del cumplimiento de papeles diferentes, y por eso somos llamados *personas*. Este término significa desde la antigüedad clásica la máscara con que los actores de una pieza de teatro se revisten para dar más sonoridad a sus voces. Como la máscara representa el rol que cada actor juega, resulta que ella vino a identificarse con ese rol o papel. Conservando este significado pasó a otros ámbitos. En la Roma clásica, por ejemplo, al ámbito jurídico, para designar a cada uno de los sujetos que intervenían en el proceso judicial. En gramática, por otra parte, hablamos de primera persona, segunda persona, tercera persona según la función

que cada una cumple en la oración<sup>44</sup>. De esto resulta que la noción boeciana de persona es insuficiente para una filosofía jurídica: Boecio definió a la persona como "ser individual de naturaleza racional". «Es verdad que los hombres son los únicos que participan en la vida del derecho, pero lo hacen *diferentemente*, cada uno según su propia *individualidad*. La persona, para el derecho, es siempre un *rol*, entre otros muchos roles, según la definían los juristas romanos. Nótese que, por lo tanto, es erróneo hablar de persona en singular. Ella, al menos en el campo jurídico y político, debe emplearse en plural»<sup>45</sup>. Por tanto, no se puede elaborar una teoría jurídica *de y sobre* la persona, porque la noción de persona no basta —según Ibáñez— para medir los derechos, esto es, para conocer la realidad particular en cada caso, lo que es lo mismo que decir que no sirve para determinar la naturaleza y el alcance de las relaciones sociales. Naturaleza que es «la realidad concreta de cada caso, realidad variable, pues las circunstancias constituyen uno de sus elementos fundamentales»<sup>46</sup>.

Ibáñez pone el dedo en la llaga: si queremos hacer justicia y dar a cada uno lo que le corresponde es preciso *mensurar*, y la ciencia jurídica, como la ética en general, consiste ante todo en saber mensurar las conductas. Pero la persona humana es incommensurable, porque todos somos iguales en derechos y obligaciones si se nos considera en abstracto. Parece que desde esta igualdad radical de las personas poco se puede ponderar o medir sobre sus conductas, porque carecemos de criterios.

Nuestros contemporáneos son reacios a hablar de "personas jurídicas" porque temen que entremos todos por un camino *objetivista* muy poco humano. Como si temieran que la libertad y dignidad incommensurables de las personas se perdiera en el procedimiento frío de *medir* objetivamente lo que pertenece a cada uno, y por esto reclaman personalidad o personalismo frente a objetividad. Tengo que indicar que no pretendo en modo alguno negar esa realidad que he llamado persona en sentido filosófico, y que tampoco quiero *diluir* la naturaleza humana, representada en buena medida por la persona, en las funciones sociales que cada cual representa. Por este motivo he dedicado el siguiente epígrafe al tema de la naturaleza humana.

Pero temo que se están confundiendo aquí dos realidades muy distintas: el *mérito* jurídico y el mérito moral. Quizá la explicación última de por qué se confunden las nociones de persona filosófica y persona jurídica reside en el afán de atribuir a cada ser humano (a cada "persona") la misma dignidad y la misma libertad, evitando así discriminaciones y desigualdades odiosas.

<sup>44</sup> *Persona y derecho en el pensamiento de Berdiaeff, Mounier y Maritain*. Ediciones Universitarias. Universidad Católica. Santiago de Chile, 1984, pág. 84.

<sup>45</sup> *Persona y derecho...*, cit., pág. 96. Vid sobre este tema a Ilva-Myriam Hoyos, "El concepto jurídico de persona", EUNSA, Pamplona, 1989, págs. 240 y ss.

<sup>46</sup> *Persona y derecho...*, cit., pág. 195. Cit. por Ilva-Myriam Hoyos en "El concepto jurídico de persona", cit., pág. 241.

Algunos mantienen que desde el punto de vista moral es muy respetable la persona que actúa con buena intención; y por muy distinto que sea lo que cada cual haga todos son igualmente respetables, porque su mérito sería el mismo: al haber actuado con buena intención habría como una igualdad fundamental entre las personas. Por el contrario, desde el punto de vista jurídico, en cambio, lo que cuenta es lo que cada cual ha conseguido *realmente*, con independencia de su intención. Es odiosa esta objetividad que se expresa mediante el adverbio "realmente" (de *res*, cosa), pero ha de ser así. Cualquier profesor experimenta esta tensión entre estos dos tipos de mérito cuando un alumno que realmente no ha podido aprobar a pesar de su innegable buena voluntad quiere ser tratado como los demás que han pasado el examen.

## 2.2. La naturaleza humana en el derecho.

En un primer vistazo podemos comprobar que el hombre pertenece a una especie biológica concreta, y como todo integrante de cualquier especie presenta unas necesidades –derechos– específicas. Así argumenta Hart para hablar de unos derechos fundamentales del hombre. Pero cuando hablo de naturaleza humana no lo hago al modo de Hart, porque lo que llamamos naturaleza del hombre se dilata más allá de los derechos a cubrir necesidades biológicas. Cuando aludimos al *derecho* a la vida, al honor, al fama, al respeto... Cuando afirmamos que no se puede disponer de un hombre arbitrariamente, en la doble vertiente en que se presentan los derechos: porque no se puede proceder contra derechos fundamentales, o porque no se puede ir contra los derechos y deberes que surgen desde la naturaleza de los actos humanos, estamos haciendo referencia a algo más que a exigencias propias de una especie biológica. No se trata de lanzar las campanas al vuelo para cantar las excelencias de la "naturaleza del hombre", sino sólo de comprobar algo que parece evidente.

Si podemos hablar de verdaderos *derechos* y *deberes* al referirnos al hombre esto sucede porque en la vida de los seres humanos hay algo más que simples condicionantes o posibilitantes meramente físicos. Al llegar a este punto entramos otra vez en el tema de la *teleología* como única realidad que permite explicar las peculiaridades que presentan los hombres frente a cualquier otra especie biológica. Reitero que el término teleología poco tiene que ver con esa visión del mundo francamente bobalicona según la cual cada cosa y cada acontecimiento tendría un "sentido". Parece más bien que al hablar del *telos* o fin del hombre estamos aludiendo a una tendencia del género humano que no puede ser encuadrada en moldes biológicos, afectivos o psicológicos. Como suele suceder normalmente, este tipo de cosas fundamentales las reconocemos a través de sus efectos.

Explica Serna que si lo natural es lo fáctico, lo dado, y no lo tendencial, el mundo de la naturaleza –y la sociedad misma– son portadores de una realidad hueca, determinada en su actividad por un juego de fuerzas externas al hombre; entonces ese juego de fuerzas impone un orden simplemente externo y extrínseco

al ser humano. Como ha observado Spaemann, cuando se impone una regulación a seres que carecen por completo de tendencia alguna, de dinamismo propio, desaparece la diferencia entre movimiento natural y violento<sup>47</sup>. Si no hubiera una naturaleza, un *telos*, no sería posible –ni tampoco necesario– orientar la libertad en ningún sentido, porque cualquier uso posible de la libertad sería correcto; pero entonces tampoco sería capaz de perfeccionar al hombre, y por esto no existiría razón alguna para limitar o no limitar su libertad, puesto que ésta se revelaría como un atributo no-relevante, al resultarle indiferente cualquier forma de actuación porque en ninguna de ellas se autoexpresaría a sí mismo<sup>48</sup>. Cuando una bomba estalla esparce sus fragmentos por *todas* las partes, pero no por eso decimos que es libre. Y es que una cosa es la libertad y otra la indeterminación "natural".

Hablamos, pues, de bienes y tendencias que le son debidas al hombre. Viendo el mismo tema desde otro ángulo, podemos preguntarnos por qué esos bienes le son "debidos" al ser humano. No, desde luego, porque le hayan sido *adjudicados*. La expresión "*deber* algo a alguien" expresa una radicalidad que desborda cualquier posible adjudicación mediante leyes, contratos o consensos: también en las granjas se adjudica un lugar a cada animal, y nadie puede decir que un animal tiene derechos. Si no se hace referencia a esta realidad fundamental de "ser humano" que está más allá de cualquier verificación simplemente empírica, no se puede entender el derecho. MacIntyre, que es el autor reciente que más insiste en la objetividad de las circunstancias que conforman la "persona", escribe que «Sin embargo, las argumentaciones morales de la tradición clásica aristotélica –en cualquiera de sus versiones griega o medievales– comprenden como mínimo un concepto central, el concepto de "hombre" entendido como poseedor de una naturaleza esencial y de un propósito o función esenciales»<sup>49</sup>. Es decir, la expresión "buen capitán de barco" expresa un juicio fáctico; para que este juicio sea también *moral* se requiere algo más que la simple comprobación empírica<sup>50</sup>.

El hombre es, pues, el topos central que hace posible hablar de justicia y de moral; precisamente porque el ser humano no es un dato más de la *Naturaleza* que presente unas exigencias para su desarrollo.

<sup>47</sup> Positivismo conceptual., cit., pág. 123.

<sup>48</sup> Vid. P. Serna, *Positivismo conceptual.*, cit., pág. 376.

<sup>49</sup> *Tras la virtud*, cit., pág. 81.

<sup>50</sup> Escribe MacIntyre que «La presuposición que conlleva este uso de "bueno" es que cada tipo de sujeto... tiene de hecho algún propósito o función específicamente dados. Llamar bueno a algo es, por lo tanto, formular también un juicio fáctico... Dentro de esta tradición, las proposiciones morales y valorativas pueden ser designadas verdaderas o falsas, exactamente de la misma manera que todas las demás proposiciones factuales lo son. Pero una vez que desaparece de la moral la noción de propósitos y funciones esencialmente humanas, comienza a aparecer implausible tratar a los juicios morales como sentencias factuales». Cfr. *Tras la virtud*, cit., pág. 84.

### 2.3. Mejor: la naturaleza de los actos humanos.

Nos indica Pedro Serna que «Cómo se determina el contenido de lo humano... constituye también un tema aparte. Dos observaciones nada más haremos aquí a la luz de lo dicho hasta ahora: puesto que la naturaleza no es lo dado, no se puede pretender aprehenderla deductivamente a partir de un concepto cerrado y especulativo; es más bien la captación de los bienes y tendencias lo que permite descubrir el ámbito de lo humano»<sup>51</sup>. Efectivamente, Serna nos pone ante un tema interesante, que desvela mejor la realidad: lo que llamamos “el hombre” o “naturaleza humana” no lo conocemos desde un estudio de lo que es el “hombre” aislado de sus actos. La llamada *naturaleza del hombre* —especialmente esa vertiente de la naturaleza humana que contemplamos anteriormente como realizándose en la historia— se *concreta* por lo general en la “naturaleza de los actos humanos”. Estos actos humanos son por excelencia las instituciones morales o jurídicas que los hombres hemos creado a lo largo de la historia.

Hablar de instituciones plantea siempre un problema: algunos piensan que la función de la moral sería la de destruir o reformar las instituciones para hacer al hombre libre, quizá porque se piensa que las instituciones ahogan al hombre libre. Pensemos, por contra, que el derecho existe por y para el hombre, porque del mismo modo que la moral, la finalidad última de ambos órdenes normativos no es otra que hacer feliz al individuo, enseñándole a liberar el apetito. Pero este existir por y para el hombre no se suele realizar *directamente*, porque rara vez la moral o el derecho contemplan al hombre directamente en tanto que persona (en el sentido filosófico del término). La personalidad sólo resulta directamente protegida en pocos casos estadísticamente: delitos contra el honor, prohibición de torturas, etcétera. En la mayor parte de las ocasiones, moral y derecho protegen a las personas indirectamente, es decir, tratando de impedir la lesión de las instituciones en las que el hombre se concreta y realiza<sup>52</sup>. Esto es un aspecto más tanto de la *imbecillitas* humana como de la indeterminación existencial de las personas, porque las personas apenas se reconocen en la historia si no es recurriendo a las instituciones que ellas mismas han creado para *hacerse* y protegerse. Por este motivo, hablar de ordinario de cosas tan generales como “el bien del hombre” es un sinsentido. Lo que es bueno para el hombre se concreta en bienes determinados, muy concretos: que se proteja y fomente su familia, su profesión, la comunidad en que vive, etc., y esto, a su vez, nos lleva a instituciones jurídicas más concretas.

Algo de esto apunta Alejandro Llano<sup>53</sup> cuando indica que la investigación

<sup>51</sup> *Positivismo conceptual*., cit., pág. 129.

<sup>52</sup> También podría decir que la Moral y el Derecho protegen a las personas indirectamente, haciendo posible las instituciones jurídicas y morales a través de las cuales el hombre se realiza como tal en la historia.

<sup>53</sup> *Vid. La nueva sensibilidad*, cit., págs. 130 y ss.

ontológica-antropológica que se ha de buscar tras los “derechos humanos” es necesariamente una búsqueda muy modesta: no existe una realidad como la “naturaleza humana” desde la que pudiéramos saber que es lo que conviene al hombre.

La jurisprudencia occidental entendió este problema muy bien durante muchos siglos, aunque de una forma quizá demasiado intuitiva. De todos modos lo captó adecuadamente y por este motivo apenas encontramos en los juristas romanos o en los grandes juristas bajomedievales referencias directas a la naturaleza humana. Pero las cosas cambiaron en la Edad Moderna y entonces se produjo una *sustitución* muy interesante: el razonamiento jurídico desapareció en manos de *procedimientos sustitutorios*. Muchos comenzaron a hablar y a escribir de la “naturaleza humana” como fuente inmediata del derecho. Sin embargo, un estudio atento de lo que cada cual entendió por “naturaleza humana” nos lleva al teatro, al número del sombrero del prestidigitador: así como el prestidigitador saca de su sombrero muchas cosas, que él mismo ha metido previamente en el sombrero, del mismo modo el *iusnaturalista* moderno saca de la noción de “naturaleza humana” muchas exigencias, que él mismo ha introducido subrepticamente antes. Así, todo se resuelve en una enorme tautología, y el acuerdo es imposible, quizá porque nadie habla claro.

El derecho procede de forma distinta. En una primera comprobación muy elemental vemos que la legislación dispone la cantidad máxima de plomo que puede contener la gasolina, o la distancia mínima entre los ejes de los camiones. Éstas son normas importantes para el hombre, pero sería erróneo decir que tales cosas se disponen “porque así lo exige la naturaleza del hombre”. Más bien habrá que buscar los bienes concretos jurídicamente protegidos, que son valorados como bienes precisamente porque se estima que son bienes humanos o bienes para los hombres; detrás de cada norma jurídica están siempre los hombres, las personas. Pero no es correcto decir que tales medidas se adoptan porque eso es una exigencia de la persona libre: habrá que alegar que estas medidas se imponen por razones ecológicas, o de seguridad en el tráfico, o para que no se estropeen indebidamente las carreteras. Por contra, si aludimos a la “naturaleza humana” como fundamento directo de las normas, entonces asignamos a éstas un fundamento tan remoto que ya no podemos saber el porqué de la limitación del plomo en la gasolina, etcétera. Y tras la falta de exactitud viene la incapacidad para medir jurídicamente.

Los bienes humanos que protege y hace posible el derecho son muchos. Y además de la cantidad numérica existe una diferencia de cualidad: estos bienes tienen naturalezas muy distintas y frecuentemente entran en conflicto entre sí, de modo que no hay mayor inconveniente en afirmar que son contradictorios entre ellos. Los bienes jurídicos son tan múltiples como múltiples son las facetas del hombre, a veces opuestas o incompatibles. Esto implica que los puntos de referencia que ha de tener en cuenta el jurista son múltiples y que, en consecuencia, no responde a la realidad buscar un principio único y supremo (llámese “naturaleza humana”, “persona”, libertad e igualdad, etc.) desde el que pudiéramos extraer deductivamente o aplicativamente las diferentes soluciones jurídicas<sup>54</sup>.

Esto nos lleva a comprender que es inútil plantear en moral y derecho cuestiones de naturaleza abstracta, muy generales. Incluso podríamos decir que hablar de nociones tan generales como el "derecho" o la "moral" es en cierto modo una pérdida de tiempo. La moral, tomada tan abstractamente como esta palabra indica, no existe, o es una abstracción francamente excesiva: sólo existen una multitud de conductas concretas ordenadas, permitidas o prohibidas, cada una de las cuales tiene un fundamento o causa distinta y propia, que los hombres establecemos para ser felices, para realizar nuestra humanidad. Lo mismo podemos decir del derecho: sólo tenemos conductas o instituciones con las que intentamos dar a cada cual lo que le corresponde. Toda institución –jurídica o moral– tiene una causa o finalidad que le es propia, y si queremos actuar en el derecho o en la moral hemos de prescindir de referencias muy generales –que normalmente resultan declamatorias, si es que existe buena intención– y atender a los fundamentos y a la finalidad concretos de lo que estamos examinando y, por tanto, de lo que el jurista o moralista está proponiendo de una forma más o menos imperativa. Y cuando usamos conceptos abusivamente genéricos se produce un hecho que parece que es una constante humana: comienzan las discusiones *doctrinales* porque, faltos de puntos de referencia que dirijan la discusión con sentido de la realidad, el campo de la retórica es mucho más amplio que los campos de Castilla. Esto entronca con el problema de las asignaturas, al que ya aludí antes.

Es necesario disponer de los términos "derecho" y "moral", porque nos resultan imprescindibles en el habla cotidiana. Es útil usarlos en la medida en que seamos conscientes de que en ellos estamos unificando muchas realidades muy heterogéneas. En este problema lo único sensato quizá es afirmar que las diversas instituciones que componen la moral se unifican únicamente porque son manifestaciones del empeño genérico por llevar una vida verdaderamente humana. O que las muchas conductas e instituciones que constituyen el conjunto del derecho tienen como denominador común el esfuerzo del hombre por dar al otro lo que se le debe.

Este objetivismo puede parecer algo inhumano, y es posible que alguien eche de menos una mayor referencia a las personas con su dignidad, libertad, etc. Pero no está de más considerar que normalmente la dignidad o la libertad de las personas, más que ser unas realidades que exigen inmediatamente un reconocimiento jurídico, se desgranán en cada uno de los bienes protegidos en las diversas situaciones humanas. Por esta razón parece más ajustado a la realidad del hombre hablar de la dignidad de ser padre o hijo (que se respete y se ayude a cada cual en su condición de hijo o padre), de la dignidad peculiar que reclama ser médico o

juiz, que presenta muchas exigencias concretas, etcétera. Ello, sin perjuicio, naturalmente, del derecho al respeto genérico que merece todo hombre porque es "persona".

En otras palabras, aunque esto suponga repetir una idea ya suficientemente expresada: normalmente es preciso abandonar las ideas genéricas de libertad, igualdad o dignidad<sup>55</sup> y si realmente queremos personas libres, iguales y con dignidad, es mejor atender a la *naturaleza de los actos* que son regulados por el derecho y la moral, es decir, atender a la naturaleza de unos actos que son regulados desde las exigencias que presentan estos mismos actos. Cualquier acto se define por sus efectos reales, como puso de manifiesto magistralmente Álvaro d'Ors<sup>56</sup>, y por esta razón es imprescindible tener a la vista a la hora del enjuiciamiento los efectos que *realmente* producimos en "las cosas" con nuestras actuaciones. Es evidente que en la filosofía práctica hay que atender ante todo a los actos *objetivos* del hombre, según sus efectos o consecuencias reales; la "persona" queda casi diluida en este proceso de enjuiciamiento, aunque sabiendo siempre que ella constituye el fundamento último de la actividad enjuiciadora. Y precisamente porque es una ultimidad, rara vez aparece expresamente en el razonamiento.

Sobre esta faceta del problema, Victoria Camps indica muy gráficamente que «la identidad del yo varía según sea el juego o el acto de habla que está realizando: el yo promete, ordena, bromea o, simplemente, dice; *no tiene una identidad propia*, independiente del acto que está realizando, antes bien se sumerge en dicho acto el cual le otorga el protagonismo que cada actuación requiere»<sup>57</sup>. Parece que Triggeaud quisiera amplificar expresamente esta idea de Camps cuando él escribe que el derecho no considera a un Ser absoluto en el que el fenómeno sería directamente (y literalmente) su manifestación; el derecho no considera a estos seres absolutos (las personas) sino al principio *inmediato* de su existencia en el mundo histórico<sup>58</sup>.

Esto no supone un desvaimiento de las personalidades. Simplemente sucede

<sup>55</sup> A veces es necesario fundamentar la solución directamente en estas realidades. Tal cosa sucede cuando el título jurídico coincide con el fundamento último de la decisión. Aludiré a este tema más adelante.

<sup>56</sup> Vid. el capítulo preliminar de su *Una introducción al estudio del derecho*, cit., cuando escribe que «El estudio del derecho es un estudio de libros. Pertenecen así a la aplicación literaria que se comprende bajo el rótulo amplio de "Humanidades". No sólo porque toma los libros como materia de estudio, sino también porque aquéllos se refieren directamente a la operación y no al ser, es decir, porque toman en consideración el obrar del hombre y no la naturaleza, la propiamente física o la metafísica. Así todo estudio del derecho debe empezar por los efectos reales, y si se habla de naturaleza de los actos debe ser a modo de inducción sintetizadora de la realidad estudiada». Vid. también la segunda parte de esta obra, págs. 100 y ss.

<sup>57</sup> *Ética, retórica, política*, cit., pág. 22. La intensidad es mía.

<sup>58</sup> «Non pas un Etre absolu dont le phénomène serait directement (et littéralement) la manifestation; mais le principe immédiat de son existence dans le monde historique». Cfr. *Humanisme...*, cit., pág. 98.

<sup>54</sup> Grzegorzczyk explica que «Lo que es importante en esta visión, es que toda tentativa de llevar el fenómeno jurídico a uno solo de sus nudos, con exclusión de los otros, constituye una *démarche* reduccionista y es, en consecuencia, metodológicamente erróneo». Cfr. *Système et réalité*, en "Controverses autour l'ontologie du droit". PUF. Paris, 1989, pág. 201. La traducción es mía.

en la realidad que la persona se realiza como tal *asumiendo* (que implica siempre aceptación, voluntad) esas funciones concretas que le corresponde históricamente vivir: una mujer que es madre no se realiza "ella" mejor como persona porque afirme frente a todos un "yo" que necesariamente es casi vacío y normalmente egoísta por *caprichoso*. Se realizará ella misma como persona en la medida en que –entre otras cosas– sea realmente una buena madre. Hace años lei en una obra de Gustav Radbruch que el niño que al aprendiz a escribir pretende tener una letra personal, antes conseguirá tenerla fea que no personal.

Las distintas funciones o papeles que desarrolla un hombre en su vida, de índole familiar o profesional, el ser comprador o vendedor, o heredero o amigo, no son como apósitos añadidos a su persona. Son más bien los datos concretos en los que se despliega su personalidad más irreductible, y fuera de ellos tal personalidad no es nada. No es lícito oponer una suerte de personalidad *auténtica* a lo que realizamos socialmente, que sería identificado como "vida inauténtica". Esta contraposición sólo es posible cuando no se han entendido las razones de ser del derecho y de la moral, o cuando no se ha captado la naturaleza histórica del hombre. Entonces se piensa en una "personalidad" que sería antecedente a lo que realizamos en la vida, cosa que no es admisible porque no concuerda con lo que cualquiera puede conocer mediante su experiencia. Y, naturalmente, todos los esfuerzos que se hagan por entender al hombre desde esta óptica están condenados al fracaso, como señala Sánchez de la Torre<sup>59</sup>.

#### 2.4. Hombre y persona. Unas reflexiones reiterativas.

Kant, resumiendo la teoría jurídica y moral de la Edad Moderna, construyó el término unitario de "persona jurídica" e hizo opaca la pluralidad de personas que encarna cada hombre. Y me parece que acabó de confundir el problema cuando estableció que "toda persona es un fin en sí misma". Le faltó entender que algunas dimensiones de las personas no son jamás instrumentalizables y que otras facetas de las personas no se pueden entender sin referencia al servicio a los demás. Le faltó matizar: no en vano Odofredo declaraba siglos antes que *in dividendo tota est difficultas*.

Si queremos entender por qué una persona no puede ser instrumentalizada nunca y por qué la persona es esencial y simultáneamente un instrumento al ser-

<sup>59</sup> Escribe este autor que «En una proyección trascendente del ser humano, tal como viene contemplada en tal antropología, la funcionalidad de la libertad humana rebasa la imaginación de un Fausto... Pues, en su comparación, todos los seres y todas las relaciones fácticas inmersas en el espacio y en el tiempo son transitorios ante la consideración de que sólo el ser humano es poseedor de una clave que le abre el destino eterno. Por ello, la pregunta acerca de "qué cosa es el hombre" se queda sin respuesta». Cfr. *El derecho en la aventura europea de la libertad*. Reus. Madrid, 1987, pág. 22.

vicio de los demás, hemos de hacer una referencia a la vieja distinción entre *praxis* y *poiesis* o, lo que es lo mismo pero dicho en latín, entre *agere* y *facere*. Veamos un supuesto: la dimensión de la profesionalidad es necesaria al hombre, porque una persona que no trabaja –además de ser un parásito odioso para los demás– suele ser desgraciada, degenerada, que extiende su desgracia a los demás, especialmente a su familia. No se trata, por tanto, de un problema simplemente social, sino ante todo personal. El trabajador, al trabajar, se perfecciona a sí mismo: usualmente se dice que se realiza o debe realizarse en el trabajo. Desde este punto de vista cualquier actividad profesional es inmanipulable, es un "fin en sí misma", y éste es el ámbito de la "praxis" o del *agere*. Pero toda profesión implica una relación: el médico se pone él al servicio de sus pacientes, de modo que si no estuviera efectivamente al servicio de los enfermos no se podría siquiera decir que es un médico; y lo mismo sucede con todas las profesiones. Los pacientes, a su vez, se ponen en cierto sentido al servicio del médico, porque le pagan por sus servicios. Podemos ver cómo aquí quiebra la tesis inmatizada del "auto-fin" o *Selbstzweck* kantiano, porque todas las personas están necesariamente al servicio de todas las otras, al menos potencialmente. Y, al mismo tiempo, paciente y médico siguen siendo fines en sí mismos. Aunque sean diferenciadas por razones pedagógicas, la "praxis" y la *poiesis* van siempre unidas en cualquier acto verdaderamente humano, aunque la sociedad capitalista nos ha acostumbrado a no considerar más que aquellas acciones en las que se pueda ganar dinero; de este modo la vida humana queda inhumanamente reducida a una sola de sus dimensiones.

Estas diversas personas que posee cualquier hombre constituyen su *munus publicum*, su *status* personal y social. Un hombre sin personas no es concebible, porque ni él se entendería a sí mismo, y por esto indica MacIntyre que «Sin tal lugar en el orden social, un hombre no sólo sería incapaz de recibir reconocimiento y respuesta de los demás; no sólo los demás no sabrían, sino que él mismo no sabría quien es»<sup>60</sup>. Sucede así porque las personas que encarnamos constituyen nuestro modo específico de *ser en el mundo*; son casi existenciales, en el sentido de Heidegger. Sin personas no hay *praxis*, esa autorreferencialidad de las normas que es imprescindible para que el ser humano se reconozca él mismo como tal.

Diluida entre las diversas personas morales o jurídicas se encuentra la "persona" o el *yo* que he llamado filosófico. Este otro tipo de persona es una firme condición del hombre, no experimentable, como indicaba anteriormente, que lanza exigencias permanentes para los hombres de todos los tiempos y para todas las personas que pueda vivir un hombre<sup>61</sup>. Por esta razón un verdadero derecho será

<sup>60</sup> *Tras la virtud*, cit., pág. 158.

<sup>61</sup> Juan Cruz indica que «Santo Tomás realizó el notable esfuerzo de recuperar la auténtica dimensión metafísica de la naturaleza humana, viniendo a decir que el "estado natural" no es una situación cultural o histórica –ni pasada ni actual– sino una firme condición metafísica que encierra una serie de exigencias permanentes para los hombres de todos los tiempos». Cfr. *Sentido del curso histórico...*, cit., pág. 133.

siempre humanista, y una persona verdaderamente humana sabrá imprimir esta calidad en las personas jurídicas que asuma. Persona humana y persona jurídico-moral van, pues muy de la mano: un empleado burocratizado que realiza mal su trabajo no es simplemente un mal profesional; si falla su actividad profesional es porque simultáneamente está fallando la persona que está en la base, y entonces podemos hablar de falta de integridad o de falta de hombría de bien.

Como todos los temas fundamentales, la tensión entre la persona y *las personas* nunca podrá ser zanjado: las dos palabras decisorias –“siempre” y “jamás”– no pueden ser dichas en él. La explicación sobre las personas que objetivamente asumimos y la necesidad de un *real* para la medición no pueden hacernos olvidar que a veces, especialmente en temas fundamentales, una persona tiene que decidirse, mediante valoraciones personales, al margen de la objetividad dada<sup>62</sup>. Pero hoy es más urgente insistir en la objetividad, en el *medium rei*, porque el fácilmente llamado “personalismo” (individualista) está volviendo opaca la filosofía práctica.

<sup>62</sup> En este tema es fundamental el ensayo de Inciarte *Sobre la verdad práctica*, ya citado en otras ocasiones.

### 3. IDEALIDAD Y UTOPIA.

La crítica *total* propia del pensamiento utópico es hoy solamente un trasunto de una época corta de nuestra historia: parte del siglo pasado, aunque tiene antecedentes en el siglo XVIII<sup>63</sup>. Sin embargo, aunque ahora no leamos en serio a los socialistas utopistas del siglo XIX, la utopía permanece firmemente en nuestro pensamiento y en nuestra praxis jurídica y política. Ya hemos arrinconado los igualitarismos económicos, pero como un pensamiento o una afectividad secularizada necesita una esperanza –necesariamente escatológica a pesar suyo–, los pensadores de finales del siglo XX parecen haber situado su amor final, su redención futura, en la realización de la “igual libertad” que nos conducirá indefectiblemente a la justicia armoniosa. Y el éxito universal que han obtenido indica que estos autores sólo han expuesto lo que sus lectores querían leer. Estamos ante un problema, por tanto, que no se circunscribe a unos universitarios exaltados.

Pero con la crítica del pensamiento utópico parece que estamos destruyendo los afanes de mejora del orden social que algunos –hoy ciertamente pocos– pueden tener. El problema es algo complicado porque si un libro de derecho se limita a consagrar lo que ya existe, no cabe duda de que su autor puede ser tachado muy justamente de ideólogo al servicio de las fuerzas existentes<sup>64</sup>. Pero si el libro jurídico se lanza igualmente por los campos de la imaginación, no sólo es dudoso que posea algún valor, sino que también muy justamente se le puede considerar como cuerpo nocivo, porque alentar esperanzas irracionales implica lanzar a los hombres por caminos equivocados, aunque sea bello decir *boutades* como “¡La imaginación al poder!” y otras parecidas. En cualquier caso, tanto el conservador a

<sup>63</sup> La editorial “Scriptor Reprints” de Frankfurt am Main está haciendo un magnífico esfuerzo por reeditar estas obras, normalmente extrauniversitarias.

<sup>64</sup> Entonces se produce una situación como la que indica Spaemann, aunque este autor expone esta idea con otro sentido y en otro contexto: «La naturaleza se convierte en el reino sin trascendencia de seres que se mueven pasivamente, en los que se afirma aquello que ya es». Cfr. *Lo natural y lo racional*, cit., pág. 32.

ultranza como el ideólogo utopista desconocen las virtualidades de la filosofía práctica.

### 3.1. Qué es una utopía.

Ha habido muchas discusiones sobre lo que quiso indicar sir Thomas Moro cuando tituló a un libro suyo *Utopía*<sup>65</sup>. Para unos el prefijo "u"<sup>66</sup> haría que significara algo así como "lugar inexistente"; otros entienden que es la contracción de "eu", feliz, por lo que significaría "lugar feliz". En cualquier caso, como ni las cosas inexistentes ni las perfectas son humanas, parece que con utopía se designa la teoría que resuelve la cuestión de lo deseable pero deja intacto el problema de lo realmente posible. De rechazo, la utopía implica una crítica de lo existente bien por medio del contraste, de la ironía, etcétera<sup>67</sup>. El "método utópico" ha sido muy recomendado en el siglo XX —pensemos en Wells, Toynbee, Mumford o Skinner— y consiste tal método en construir una imagen o modelo, que se establece aun a sabiendas de que es absurdo o irreal, y a sacar consecuencias de su funcionamiento imaginado con el fin de provocar, corregir o eliminar conductas existentes. Este método pretende que las "utopías conjeturales" funcionen como hipótesis de trabajo que nos hagan intuibles instituciones completamente diferentes de las que existen. La utopía sería como una invención técnica, que aún no existe pero que es una verdad intempestiva o una verdad prematura<sup>68</sup>.

Los presupuestos epistemológicos del pensamiento utópico están claros. La obra de Kant ha estado omnipresente a lo largo del siglo pasado, y este pensador lanzó a la "justicia" por los cielos ideales o fantasiosos porque la entendió como una "forma" a priori del derecho. Ello ha preparado a la Universidad para separar completamente y finalmente la idea de la justicia (que sería una forma inteligible a priori), de la realidad concreta —que es la única real— de la misma justicia. De la mano de esta inteligencia confusa del derecho, muchos autores del siglo XIX comenzaron a hablar del *Ideal*<sup>69</sup>, lo que perpetuó la separación entre realidad y justicia, habida cuenta de la próspera fortuna que ha tenido la palabra "Ideal" en la filosofía e incluso en el lenguaje cotidiano. En este proceso de separación de la justicia y la realidad, ya en el siglo XX, una mixtura de Hume y Kant ha hecho posible y casi necesario que casi todos los filósofos de este siglo hayan negado la ontología, y con ella la posibilidad de admitir en sede filosófica la realidad, las cosas. La filosofía de la Escuela de Frankfurt ha remachado el clavo final al negar la

<sup>65</sup> Apareció en 1516 con el título *De optimo reipublicae statu, deque nova insula Utopia*.

<sup>66</sup> Tal prefijo puede ser la contracción del "ou" griego, que quiere decir "no".

<sup>67</sup> Vid. Juan Cruz, *Reivindicación de la razón práctica*, cit., pág. 189.

<sup>68</sup> Vid. sobre este tema a J. Cruz, *Reivindicación...*, cit., págs. 190-191.

<sup>69</sup> Vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Editorial Actas, Madrid, 1993.

"escisión" de la razón en teórica y práctica en nombre de la única razón que, según ellos, existe: la práctica. De este modo el círculo se cierra: sólo existe una *racionalidad* (en realidad, ideal o imaginada), que es la del hombre que *desea* modificar las insatisfactorias relaciones actuales.

Somos muchos los que juzgamos que las relaciones actuales son insatisfactorias, pero no por eso nos lanzamos por el campo de la irracionalidad y del imposible: el amor a la realidad hasta el punto de desear mejorarla o cambiarla no nos lleva a prescindir de esa misma realidad, de lo que el hombre es o puede ser. Y es que, aunque algunas sentencias viejas parezcan poco serias en sede *filosófica*, sigue plenamente vigente el dicho que indica que "desde un clavo pintado en la pared sólo se puede colgar una chaqueta también pintada en la pared". Cuando nos movemos con cosas reales, los clavos pintados sirven de poco y lo que se impone es reivindicar la vieja distinción entre la dimensión teórica y práctica de la razón, y profundizar en lo que es la razón práctica y en qué medida depende de la teórica.

Por lo que respecta a la naturaleza ideológica de toda utopía, me remito a lo que expuse en *Una introducción a la ciencia jurídica* al tratar de las ideologías, a saber, que toda ideología es la captación de una sola faceta de la realidad de que es hipostasiada, de modo que un solo ingrediente de una realidad es tomado por toda la realidad posible sobre ese tema. De ahí el carácter dogmático de cualquier ideología o utopía. Juan Cruz nos indica que «El pensador utópico simplifica la realidad humana y social; una existencia que es fácticamente compleja, queda reducida a unos pocos elementos: "o estira el organismo humano hasta llegar a dimensiones anormales en el lecho utópico, o le quiebra sus miembros". El pensador construye una imagen alejada de la realidad, porque se mueve más allá de la función aprehensiva de la inteligencia; de suerte que la relación que ésta guarda con las cosas queda perturbada, excluyendo factores esenciales de ellas. El pensador utópico está poseído por el afán de dominar el mundo y la sociedad para transformarlos; y sofoca la primitiva actitud receptiva y humilde de una razón que se subordina a la estructura objetiva...»<sup>70</sup>. El pensador utópico es una persona que odia y ama apasionadamente, y los apasionamientos son malos consejeros para conducir nada. Choza explica sobre este punto que «la interferencia de la dinámica afectiva en las representaciones de la imaginación se produce cuando hay un debilitamiento del principio de realidad, y entonces el riesgo de error es prácticamente total»<sup>71</sup>.

Esta parcialidad connatural al pensamiento ideológico y utópico proviene en sus orígenes de una parcialidad en la consideración de las virtudes. Chesterton expone magistralmente que «Si, por ejemplo, quiero dar una definición exacta del carácter de Mr. Bernard Shaw, no podré hacerlo mejor que diciendo: tiene un gran

<sup>70</sup> *Reivindicación de la razón práctica*, cit., pág. 199. En el mismo sentido J. Choza en *Ética y política...*, cit., pág. 19.

<sup>71</sup> *Conciencia y afectividad*, cit., pág. 222.

corazón, un corazón generoso y heroico, pero no tiene el corazón en su sitio. Y lo mismo acontece con la sociedad típica de nuestros días.

La gente de hoy no es perversa; en cierto sentido aun pudiera decirse que es demasiado buena: está llena de absurdas virtudes supervivientes. Cuando alguna teoría religiosa es sacudida, como lo fue el Cristianismo en la Reforma, no sólo los vicios quedan sueltos. Quedan sueltas las virtudes. Y éstas vagan con mayor desorden y causan mayores daños. Podríamos decir que el mundo está poblado por las viejas virtudes cristianas que se han vuelto locas. Y se han vuelto locas por sentirse aisladas y de verse vagando a solas... Por esto los humanitarios se preocupan sólo de la caridad y que su caridad (siento decirlo) resulte muchas veces falsa. Tomemos un caso: Mr. Blatchford ataca al Cristianismo en nombre de una sola virtud cristiana que lo ha enloquecido: la virtud de la caridad puramente mística llevada a términos casi irracionales»<sup>72</sup>.

### 3.2. La exclusividad de la "theoria".

Una persona que "sabe" hacer una cosa *aplica* este saber a la realidad, y a esta persona la llamamos un técnico. El técnico no busca, no indaga, a menos que la evolución técnica de los aparatos con los que se ocupa le fuerce a hacer algún cursillo. Desde este punto de vista, la técnica está en las antipodas de la filosofía práctica, porque lo típico de esta última es un continuo observar para rehacer sus consejos y normas. La moral y el derecho son saberes permanentemente inmaduros, siempre a rastras de muchos cambios.

Sin embargo, la teoría académica sobre el derecho o la moral ha estado instalada en una tradición que se remonta al siglo XVII y que se suele llamar "física general de la socialización" conforme a una mecánica del estado social. Esta pretensión, que alcanza su ejemplo más acabado en Hobbes, pretendía enunciar de una vez por todas las condiciones correctas del orden social y jurídico justo; todas las demás realidades de los hombres sólo sirven para que se les "aplique" estas normas supremas y eternas ("únicas", en realidad)<sup>73</sup>. Este planteamiento lo podemos observar fielmente hoy en buena parte de los filósofos actuales de la moral y del derecho, a los que me suelo referir.

Esta manía de los hombres es muy antigua, y la reconocemos en Platón. Lo que en Aristóteles es prudencia –un saber siempre en guarda contra sí mismo, esencialmente renovable– en Platón es *sabiduría* que ha de ser aplicada inmediatamente, que no admite discusiones. Hay en él una "pretensión de la teoría de volverse inmediatamente práctica"<sup>74</sup>. Aristóteles reaccionó frente a Platón, no porque

<sup>72</sup> *Orthodoxia*, ed. cit., pág. 58. Vid. también J. Choza, *Ética y política...*, cit., págs. 20 y ss.

<sup>73</sup> Cfr. Daniel Innerarity, *La teoría discursiva de la legitimidad de J. Habermas*, en "Persona y Derecho" 14 (1986) pág. 238.

<sup>74</sup> Cfr. D. Innerarity, *Razón política y razón práctica*, en "Persona y Derecho" 10 (1983) pág. 154.

considerara que el conocimiento (*theoria*) es inoperante para la acción, sino porque entendía que los conocimientos previos a la acción no pueden pretender un valor o capacidad exclusivos. «La mayoría de los que han tratado de política –escribe Aristóteles– aunque acierten en lo demás, fallan en lo práctico. En efecto, no hay que considerar exclusivamente el mejor régimen, sino también el posible e igualmente el que es relativamente fácil de alcanzar y adecuado para todas las ciudades» (*Política*, VI, 1). La exclusividad con que Platón teorizó sobre el Estado y la desconsideración de las *circunstancias* reales es lo que explica «las reservas que Aristóteles tiene desde el punto de vista de la teoría, incluso como mera construcción intelectual»<sup>75</sup>. Es decir, una teoría que prescindiera de las circunstancias no teorizables no es solamente una teoría inaplicable, sino que es una mala teoría. El realismo aristotélico no supone una *concesión* a las circunstancias, sino el principio de que lo realmente normativo es el modelo posible y no el ideal<sup>76</sup>.

Lo específico de la teoría utópica es, pues, la previsión absoluta: el pensador conoce todo lo que el hombre es y será. «En la utopía no hay que hacer preguntas, porque todo está ya resuelto. Quien interroga, por el simple hecho de hacerlo, supone que hay algo no previsto o realizado: es un crítico, un enemigo, un cáncer eliminable. Si ella no poseyese toda la luz no sería utopía»<sup>77</sup>. La utopía desmorona la razón práctica y la absorbe en la razón técnica; ésta, falta de su subordinación a las circunstancias de la vida, acaba congelando el futuro<sup>78</sup>. El porvenir, precisamente porque todavía no existe, produce una especial irritación al pensamiento deseoso de exactitud. Pero el científico utópico no retrocede ante la dificultad de prever el futuro y pretende hacer él que lo futuro venga a coincidir con la "objetividad" que él expone<sup>79</sup>. «Cuando esto no ocurre, es decir, cuando la razón teórica y técnica absorben sin residuos a la [razón] práctica, surge el fenómeno de la utopía. Lo que ésta quiere evitar a toda costa es la solicitud e incertidumbre que acompañan a lo contingente libre»<sup>80</sup>.

### 3.3. Problemas últimos.

He aludido reiteradamente a la dimensión histórica del hombre que hace que él sólo puede pensar –y en consecuencia actuar– "desde lo que es". O por decirlo con las palabras que Joachim Ritter usa a propósito de la teoría ética de Aristóteles,

<sup>75</sup> Cfr. D. Innerarity, *Razón política y razón práctica...*, cit., pág. 155. La última idea es de Julián Marías en *Introducción a la Política de Aristóteles*. Instituto de Estudios Constitucionales, Madrid, 1970, pág. XXII.

<sup>76</sup> Cfr. Innerarity, *Razón política y razón práctica...*, cit., pág. 156.

<sup>77</sup> J. Cruz, *Reivindicación de la razón práctica*, cit., pág. 202.

<sup>78</sup> Vid. J. Cruz, *Reivindicación de la razón práctica*, cit., pág. 212.

<sup>79</sup> Vid. Juan Cruz, *Reivindicación de la razón práctica*, cit., pág. 212.

<sup>80</sup> J. Cruz, *Reivindicación de la razón práctica*, cit., pág. 210.



esta dimensión humana reticente a la *theoria* lleva a actuar a pesar suyo desde *was bereits ist*<sup>81</sup>, desde “lo que ya existe”.

Kant fue mucho más tradicionalista que Tomás de Aquino, porque el de Königsberg se limitó a seguir lo que era una moda irresistible desde dos siglos antes: fue un *progresista* acabado, porque siguió la moda sin residuos. Tomás de Aquino, por el contrario, se opuso a su época porque pretendió rehabilitar a un autor griego (Aristóteles) que estaba mal visto en prácticamente todos los ambientes universitarios del siglo XIII: por este hecho la obra de Aquino fue condenada por la Inquisición de París pocos días después de su muerte, mientras que la de Kant fue celebrada en todos los cenáculos universitarios como la expresión de la verdadera Razón. Lo paradójico del caso, es que Kant fue y es considerado “progresista”, y Tomás de Aquino “conservador”. Es fácil comprender, al filo de esta consideración, que una feminista de hoy (incluso radical) es profundamente tradicional o tradicionalista: se enraiza en una tradición de moda desde hace casi treinta años. Lo difícil y lo *atrevido*, ahora, es ser aristotélico o tomista superando a los conservadores kantianos o las tradiciones feministas.

Todos nos movemos dentro de una tradición, pero esta comprobación no nos puede llevar a un escepticismo fácil en virtud del cual todos quedaríamos igualados porque nos constituimos desde valores (tradiciones) igualmente incommensurables. Así llegaríamos a un casi weberiano “politeísmo de tradiciones”. El hecho de que intuyamos de que lo que *se nos aparece* “como tal” lo es sólo por la perspectiva que ha adoptado el observador activo, no tiene por qué llevar a ningún relativismo.

Planteo, pues, el tema de forma última: se trata de saber en definitiva en qué medida la “observación” está hecha posible por los datos (*reales*) o en qué medida la apreciación subjetiva sería ella misma, en cierto modo más allá de la simple subjetividad, la misma significación objetiva<sup>82</sup>.

El tema es espinoso, no enteramente resoluble. Porque al ser la vida en buena medida obra de la libertad (de la convención, en su sentido más amplio), no podemos hablar de objetividades que trasciendan completamente esta libertad. Desde luego, siempre puede *pensarse* que lo que es obra de la voluntad puede ser hecho desaparecer o superado por un acto de la misma libertad: así pensaron los utopistas del siglo pasado y nuestros constructivistas de hoy. Schwarz-Liebermann se plantea esta cuestión con total lucidez: «Un problema que se presenta en filigrana,

<sup>81</sup> Vid. *Naturrecht bei Aristoteles...*, cit., pág. 17, entre otros lugares.

<sup>82</sup> Schwarz-Liebermann escribe que «La définition de ce qui appartiendrait au domaine de la “logique du fait” totale, irréfragable... le domaine est vaste (et décisif dans notre contexte) où ce qui est désigné comme logique apparaît comme tel grâce à la perspective de l’observateur. Or, la question qui se pose de manière supplémentaire nous semble être celle-ci: dans quelle mesure cette observation est-elle par des données (“objectifs”) dans quelle mesure l’appréciation subjective serait-elle au-delà de la simple subjectivité, un élément d’objectivité, de signification objective?». Cfr. *Réflexions...*, cit., pág. 54.

incluso allí donde no ha sido formalmente expresado, es el de saber en qué medida lo que nosotros vamos a fijar es la obra de este acto de fijación... La respuesta –se contesta a sí mismo este autor– está más allá del pensamiento humano, y es así por definición [necesariamente], porque tal respuesta es la de la aceptación o rechazo de la trascendencia que no se puede juzgar»<sup>83</sup>.

¿Qué es esta “trascendencia” insuperable a la que se refiere Schwarz-Liebermann? No sería insensato entender que la libertad humana no puede ir más allá de ella misma: un hombre puede juzgar libremente *sobre* lo que observa en la sociedad o en sí mismo, pero la estructura de su juicio depende igualmente de, o se mueve *sobre* lo que ese hombre es o ha llegado a ser históricamente. Un sujeto individual siempre puede hacerse la ilusión de que él es libre de forma absoluta, pero lo cierto es que ese hombre depende en sus juicios de la tradición que él ha querido aceptar. Ya he indicado que un anarquista, una feminista o cualquier libertario poseen “su” tradición, asumida o aceptada –como toda tradición– por un acto de voluntad en el que juegan una función decisiva los condicionantes personales de educación, de sentimientos estéticos o de resentimiento (no en vano Max Scheler publicó una de sus obras fundamentales bajo el título de *El resentimiento en la construcción de la moral*). En cualquier caso, lo más correcto es comprobar que estas personas a que aludo tienen, como todos, sus *prejuicios*: de entre las diversas tendencias que les ofrece la tradición, ellas han elegido (mediante un acto de la voluntad no justificable ulteriormente y normalmente inexpressado para el mismo sujeto) la que su apetito les dicta.

No es posible explicar nuestro “ser en el mundo”. Nosotros *vivenciamos* la libertad individual de una forma muy íntima y fuerte, y por esto rechazamos la esclavitud. “Nosotros vivenciamos”: ante esta frase sobran las “explicaciones” más o menos racionalistas. El sentimiento de la libertad personal constituye *nuestro* máximo *sobreentendido* en el siglo XX: partimos desde él, y me parece inútil argumentarlo. En la comprensión histórica juegan un papel mínimo los entendimientos expresos o entendidos: lo decisivo son los sobreentendidos, porque desde ellos partimos y a ellos llegamos. Ya Wittgenstein, siempre inteligente, puso de relieve que el saber, lo razonable o lo justificable, se identifica con lo razonado o lo justificado<sup>84</sup>: no hay modo de salir de nuestro lenguaje, que marca necesariamente los límites de nuestro mundo.

Pero volvamos al examen del pensamiento utópico: hay quienes pretenden salirse de su mundo, siempre por el expediente de echar abajo una tradición en

<sup>83</sup> «Une question qui est présente en filigrane, même là où elle n’est pas formellement exprimée, est celle de savoir dans quelle mesure ce que nous fixons est l’oeuvre de cette fixation... la réponse est au-delà de la catégorie de la fixation par l’acte de la pensée humaine, et cela par définition, puisqu’elle est celle de l’acceptation ou du refus de la transcendance qui ne peut se juger». Cfr. *Réflexions...*, cit., pág. 64.

<sup>84</sup> Vid. J. Vicente Arregui, *Acción y sentido en Wittgenstein*. EUNSA. Pamplona, 1984, pág. 181.

nombre de un sector de las exigencias morales de esa misma tradición que atacan. ¿Puede hacerse esto?

Todos podemos juzgarnos a nosotros mismos personalmente, y esta posibilidad puede llegar a ser una fuente de confusiones. Cuando la conversión de una persona es radical, puede llegarse a la idea de que las reformas en general pueden ser igualmente radicales, y esto requiere de alguna matización. La conversión personal no puede ser radical, aunque efectivamente se produzca de hecho este espejismo psicológico: un hombre puede mejorar desde lo que él "es", de forma que tienda a llegar a ser lo que él en cierto modo ya es. Así, una persona enferma que acude a un psiquiatra puede llegar a ser "su" plenitud, es decir, una persona normal como ella es; pero nunca puede aspirar a ser una persona "ideal". Una persona ideal sería un psicópata. Los utopistas no entienden la normalidad como meta suprema, última y limitante, y en su lugar tienden hacia la idealidad. Parece que si los Estados contruidos sobre patrones ideales han fracasado tan pronto, esto se ha debido a que han sido diseñados sobre una irrealidad tan fuerte como es la "idealidad", siempre inhumana porque es refractaria al hombre: excede el ámbito de lo humano. Por este motivo, la solicitud máxima cara a las utopías es preservarnos frente a ellas: que nadie se queje si la inhumanidad inherente a la idealidad vuelve efectivamente infelices a los hombres cuando la utopía se pretende hacer realidad viva, en un plano personal o social.

No podemos perder de vista la indigencia de la razón, que sólo es una consecuencia de la *imbecillitas* humana. A veces los pensadores se dejan guiar por un mito, al que presentan como la "razón pura". El último decenio del siglo XVIII y el primer tercio del XIX están plagados de autores que, siguiendo a Kant, erigieron a la moral positiva de su momento como la exigencia necesaria de la *reine Vernunft* o razón pura: sólo se puede hablar de "razón pura" cuando se ignoran los condicionantes históricos y sociológicos del propio pensamiento. Hoy sucede lo mismo: sigue vivo y operante el mito de la libertad-igualdad, sobre el que se construyen las teorías contractualistas actuales. En Europa, y desde el siglo XVI, cuando se quiere proponer una meta ética universal y nueva, seguimos indefectiblemente los carriles de la igual libertad.

Seguimos, pues, desde el XVI hasta hoy en manos del mito. Aunque la presentación de la propia propuesta ética en nombre de la "verdadera razón", de la *razón pura*, de la auténtica emancipación del hombre, etc., cumple una eficaz función propagandística porque hace perder de vista los orígenes humildes de la verdad que el autor en cuestión propone. La negación de la realidad en nombre de un imposible es siempre una figura mítica, y denota antes que nada la falta de capacidad creadora o reflexiva de quien procede así. Pensemos sobre este problema, como contrapunto, que Cristo nunca predicó exigencias *irreales*, ni siquiera como esquema ético-interpretativo de la realidad.

Todo lo dicho no implica que el autor de estas páginas proponga una especie de conservatismo a ultranza. Las instituciones existentes son útiles, y por ello justas, mientras se mantengan las necesidades que las hacen útiles: cambiadas las necesidades, *iustum dissoluitur*, lo que es justo desaparece, como escribía Pierre de

la Grégoire a finales del siglo XVI. Solamente un fanático puede entender que lo que ahora es justo lo es incondicionalmente, y que lo será siempre. Por esto suscribo a Inciarte cuando explica que «En una palabra, el peligro es entonces considerar al Estado o, en general, al estado existente de cosas en una comunidad histórica determinada como la norma suprema de moralidad que hay que hacer observar y guardar por todos los medios. Por esto, no resulta sorprendente que los intentos de aumentar la virtud y la felicidad por vía del Estado, sin que éste se limite a evitar crímenes y a aminorar el sufrimiento, han surtido tantas veces un efecto contrario: el aumento del dolor y la debilitación de las reservas morales del individuo»<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> Sobre la verdad práctica, cit., pág. 193.

#### 4. LA DISTINCIÓN ENTRE LO EMPÍRICO Y LO REAL.

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

La actitud empirista parece ser una constante del hombre, como reconocemos en varios diálogos de Platón, en donde Gorgias o Trasimaco representan ejemplarmente el empirismo que hoy atribuimos a la Escuela de Uppsala (si es que pensamos en el derecho) o a los positivistas lógicos que surgieron desde el Círculo de Viena. Estos últimos pensadores identifican la noción del "ser" con la efectividad determinable según las coordenadas espacio-temporales; todo esto compuesto y expuesto exclusivamente en una jerga físico-matemática<sup>86</sup>. La aceptación de estas exigencias (¿postulados?) implica recluir o diluir la noción de lo real en las categorías de la mera facticidad y del ser pensado (mediante el pensamiento matemático). La fenomenología radical y la "jerga" físico-matemática se dan la mano. De esta forma el conocimiento humano pierde de vista las cosas reales y se escinde en un simple conocimiento empírico que sólo atiende a datos singulares (datos atómicos, que en la madurez del neopositivismo fueron llamados "átomos lógicos"), y en el conocimiento lógico-formal (que usa categorías simplemente sintácticas o gramaticales de origen y fundamento desconocido), y que se resuelve en definitiva en una pura tautología, como señaló Wittgenstein.

La Física -paradigma del conocimiento exacto- queda filtrada por las leyes de la Gramática, que se supone que pertenecen a la psicología humana, y así la pretendida objetividad del conocimiento físico queda reducida a una mezcolanza

---

<sup>86</sup> Es muy representativa de este modo de pensar la obra de Otto Neurath, *Fundamentos de las ciencias sociales*. Trad. de J. Betancor. Taller de Ediciones Josefina Betancor. Madrid, 1973.

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

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

Pero el problema está en que en el plano de la Filosofía práctica esta reducción de la realidad a lo simplemente empírico no convence, por muy convincente que sea, en cambio, en los ámbitos académicos. Un alumno no queda convencido ante un mal profesor porque se le diga que "las cosas son así", o bien que no hay otra realidad. Parece más bien que el concepto de profesor es un *concepto normativo*, de modo que a cualquier profesor se le puede exigir justificadamente que sea un buen profesor. Pero los positivismos se niegan a aceptar esta doble dimensión de las cosas –la empírica y la real–, y sólo admiten lo que cabe dentro de su estrecho marco epistemológico. Al empirismo se le escapa lo que es propiamente humano, lo que hace que la vida merezca ser vivida. M. Merleau-Ponty nos indica que «A título de 'paramitía' es útil indicar todo cuanto las construcciones empiristas hacen incomprensible y todos los fenómenos originales que camuflan. Esas nos ocultan, primero, el 'mundo cultural' o el 'mundo humano' en el que, no obstante, transcurre casi toda nuestra vida... Nada hay [para el positivismo] en el aspecto

sensible de un paisaje, de un objeto o de un cuerpo, que lo predestine a tener un aire 'alegre' o 'triste', 'vivaracho' o 'apagado', 'elegante' o 'grosero'. Al definir una vez más lo que percibimos por las propiedades físicas y químicas de los estímulos que pueden afectar a nuestros aparatos sensoriales, el empirismo excluye de la percepción aquella ira o aquel dolor que, sin embargo, yo puedo captar en un rostro»<sup>87</sup>.

Ante esta situación la única instancia correctora de la realidad empírica que no gusta, es la constituida por el pensamiento utópico, o bien esa metafísica nebulosa de los "derechos humanos". Pero ya tenemos razones para comprender que ni una ni la otra nos van a resolver los problemas: las utopías son más bien nocivas y los "derechos humanos" suelen ser, de ordinario, inoperantes ante el saber práctico.

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

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

#### 4.1. Dos observaciones.

Ante todo se trata de *comprender* lo que hacemos o pretendemos hacer: somos seres inteligentes y un esquema puramente behaviorista fracasa necesariamente cuando se trata de explicar la conducta humana. El simple y puro naturalismo puede servir para explicar los hechos, pero es insuficiente cuando trata de entender los actos, porque el acto supone siempre una teleología en la acción. Otta Weinberger nos indica que «Según mi parecer, la acción no es definible simplemente como transformación de un estado de cosas, sino que la definición de la acción debe referirse al proceso de informaciones (*informationnel*) que suscita y determina la acción. La acción está determinada por un proceso de transformación de informaciones, a saber, informaciones descriptivas e informaciones prácticas (fines, valores, preferencias, normas). La acción está dirigida por una deliberación teleológica en la que intervienen reglas normativas; y mediante la reconstrucción de esta deliberación teleológica es como el espectador externo explica la acción que él observa»<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> *Fenomenología de la percepción*, ed. cit., págs. 45-46.

<sup>88</sup> *Les théories institutionnalistes du droit*, en "Controverses autour de l'ontologie du droit". PUF. París, 1989, pág. 79.

Al hablar de teleología no pienso en una especie de orden cósmico universal –como parece entenderla René Marcic–, en el que cada individuo y cada cosa tuviera asignado una función, un lugar en vistas a algo. En este contexto que ahora estudiamos, el término teleología designa una realidad más modesta: ¿para qué existe un relojero? ¿o un médico? ¿Se le puede exigir a un relojero lo que es propio de su oficio? Como podemos comprobar, nos movemos con conceptos normativos.

Un acto humano, si es una verdadera acción del hombre, se explica por sí mismo: tiene un sentido, sirve para algo. Este “para” nos proporciona su razón de ser. No sucede así con los simples hechos: el hecho requiere ser explicado, y es así «hasta tal punto que el hecho se puede definir como lo que en su comparecer no aporta la razón y el fundamento de su comparencia»<sup>89</sup>. Otros autores prefieren hablar del “carácter intencional de la acción”<sup>90</sup>, o bien de la posibilidad de que un acto “dé razón” de sí mismo<sup>91</sup>. Se trata de una terminología que usa palabras y expresiones sinónimas. Lo que está claro es que la acción hace referencia a unos motivos, intenciones y razones. Nos interesa hacer hincapié en las razones, porque éstas, en el ámbito del derecho, se nos presentan estereotipadas, fijadas y tipificadas: objetivadas, en una palabra. Un hecho ininteligible, que sólo puede ser explicado causalmente o mecánicamente es, por ejemplo, la caída de una persona en la calle. En cambio, una acción que tiene un sentido objetivo es la de llevar el coche al taller *para* que lo arreglen; y la razón o motivo que introduce la partícula “para” es tan objetiva que el responsable del taller incurrirá en responsabilidad si no cumple el fin institucionalmente previsto.

En un plano más amplio, que implica toda una Antropología, MacIntyre escribe que «Todo acto locucional necesita un contexto para ser inteligible. El contexto por excelencia es la conversación... Entender una conversación implica entender un conjunto de descripciones: ‘ir al sastre’, ‘acudir a la Facultad’... Y lo que es verdad de las conversaciones es verdad también *mutatis mutandis* de las batallas, del ajedrez, los seminarios de filosofía, las familias alrededor de la mesa, etc. Esto es, de cualquier transacción humana en general»<sup>92</sup>. MacIntyre entiende la vida humana al modo de una saga antigua: la vida de los hombres es un relato, una conversación interminable que se monta sobre una infinidad de *sobreentendidos*. «Porque actuamos narrativamente, porque toda acción tiene en sí misma carácter

<sup>89</sup> J. Choza, *Manual de Antropología filosófica*. Rialp. Madrid, 1988, pág. 266.

<sup>90</sup> «El elemento capital que ha llevado a la superación interna de los esquemas iniciales del neopositivismo lógico, y con ello a la recuperación de la ontología, ha sido la atención prestada a la acción humana. En efecto, el carácter intencional de la acción ha llevado a la convicción de la imposibilidad de comprender la naturaleza de la misma recurriendo a los presupuestos causalistas y mecanicistas. Esto es lo que ha ocurrido en el seno de la filosofía analítica a partir de las ‘Investigaciones filosóficas’ de Wittgenstein». Cfr. J. Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, cit., pág. 77.

<sup>91</sup> Tal es el caso de G.E.M. Amscombe. Vid. *Intention*. Blackwell. Oxford, 1976, pág. 9.

<sup>92</sup> *Tras la virtud*, ed. cit., pág. 260.

narrativo, por eso podemos entender las acciones de los demás... Por tanto, el concepto de acción es secundario respecto al de acción inteligible, y la noción de ‘una’ acción es siempre una abstracción potencialmente equívoca. Una acción es siempre el momento de una historia. La noción de historia es tan fundamental como la noción de acción. La una exige a la otra»<sup>93</sup>.

Ciertamente, con estas precisiones nos adentramos en terrenos más propios de la filosofía hermenéutica, y es preferible dejar ahora de lado este tema. Pero podemos retener la idea básica: una acción humana nunca se produce aisladamente, de modo que hubiera que *explicarla*. La acción ha sido *comprendida* por todos, y esto hace posible que podamos leer el periódico, que funcionen los tribunales de justicia o que podamos subir a un tren. He aludido a MacIntyre porque siempre acecha el peligro de quedar presos en la pobre noción de acción intencional que expone Max Weber. Weber entiende que todo lo que se haga por referencia a un fin tiene un *sentido*; pero esta explicación parece insuficiente tratándose de conductas específicamente humanas, porque el hombre es algo más que un ser que actúa de acuerdo con unos fines sociales que se ha propuesto o que le han propuesto: su vida –como indicaba Alfred Schutz ya en 1932– tiene mucho de «recuerdo, anticipación o proyecto»<sup>94</sup>. Y aludí anteriormente al hecho de que el hombre se hace él a sí mismo en la historia, que no se limita a perseguir fines sociales “ya dados” por una especie de instancia extraña a él mismo, como se limita a indicar Weber.

El segundo tema al que es preciso aludir es el de la relativa preexistencia de la verdad práctica, al menos en el campo del derecho: otra cosa es lo que ocurre en la política. Wittgenstein mantenía que la filosofía es de naturaleza eminentemente descriptiva, y esta tesis se mantiene en su obra desde la primera página de las *Notes on Logic* de 1913 hasta las últimas de *Sobre la certidumbre*. “La filosofía deja todo como está”. El filósofo no debe sacar conclusiones, no dice cómo deben ser las cosas. Se limita a observar como trabaja el lenguaje, porque «las proposiciones están bien como están»<sup>95</sup>. La tarea de la filosofía es mostrar el camino desde el error a una verdad que ya estaba dada de antemano, aunque no se era consciente de ello. De algún modo conocer la verdad o ser consciente de ella requiere pasar por el error: hay que considerar el error –por qué es posible, a qué es debido– para que en rigor pueda el filósofo explicar la verdad existente. Con otras palabras: para que la verdad no resulte trivial, a fuer de obvia, hay que dar razón antes del error<sup>96</sup>. Estas consideraciones a propósito de Wittgenstein tienen más enjundia de lo que puede parecer a primera vista. Si *buscamos* la verdad es porque ésta ya está dada: la verdad se “encuentra”, no se crea. Aunque esta afirmación –referida a la filosofía práctica– puede ser una fuente de confusiones por su poca matización. Si busca-

<sup>93</sup> *Tras la virtud*, ed. cit., págs. 261 y 264.

<sup>94</sup> Vid. A. Llano, *La nueva sensibilidad*, cit., pág. 198.

<sup>95</sup> Vid. J. Vicente, *Acción y sentido en Wittgenstein*, cit., pág. 164.

<sup>96</sup> Vid. J. Vicente, *Acción y sentido en Wittgenstein*, cit., pág. 165.

mos lo que desconocemos, ¿cómo sabemos al encontrarlo, que era lo que buscábamos? Wittgenstein responde que la verdad ya estaba dada de antemano, aunque –por así decirlo– de un modo trivial<sup>97</sup>. Éste es el problema principal que nos planteamos ahora: el de la *trivialidad* de la verdad, que suele resultar tan obvia, tan evidente, que no tiene sentido reflexionar sobre ella. Y cuando esta reflexión se produce es necesariamente tan sencilla, que la misma trivialidad de la verdad afecta a la reflexión que se hace sobre ella. Lo grave del caso es que los libros sencillos no tienen cabida en los anaqueles académicos: el academicismo exige libros complicados, dotados de gran coherencia interna y externamente brillantes y sugerentes. Estos libros suelen contener los errores a que alude Wittgenstein, y por lo menos cumplen una función positiva: el esfuerzo por refutarlos hace que se reflexione sobre la verdad *trivial*. De hecho, si los juristas romanos y los juristas bajomedievales que comentan el derecho romano no se preocuparon por escribir obras teóricas sobre la metodología que ellos seguían, esto se debió sencillamente a que estaban haciéndolo “bien”. Cuando en el siglo XVI aparecen, de la mano de los Hopper, los Bolognetus, Connanus, Grégoire, etc., las primeras explicaciones filosóficas o teóricas sobre el método jurídico específicamente romanístico, este hecho se debió a que era preciso refutar y oponerse al racionalismo constructivista que ya entonces se estaba imponiendo en las universidades: la aparición de error hizo necesario exponer la verdad sabida pero falta de reflexión expresa.

El hecho de que la verdad suela estar dada no implica que toda la verdad práctica lo esté. En otros términos: desde el hecho de que nuestro entorno –nuestra normalidad– nos proporcione los conceptos universales operativos o normativos ya dados a nosotros, no se sigue de ello que la actividad con el derecho sea una tarea pasiva, carente de necesidad creadora por parte de cada uno, del jurista. Llano nos indica que al decidir algo, yo comienzo, me decido, pero –si mi decisión es racional– lo hago a la vista de mi situación, de mis tendencias y valoraciones objetivas: me decido *porque* “tengo mis motivos”, y tanto destacan la objetividad de estos motivos (que implica una exterioridad a mí), como el hecho de que tales motivos sean “míos” porque yo los he asumido. Esta relación entre motivación y decisión dista, sin embargo, de estar clara en la fenomenología de la decisión. De un lado los motivos internos y externos influyen en mi decisión, la median; pero de otro lado, el curso de mi deliberación sólo se resuelve cuando yo corto porque quiero el proceso de mi elección, es decir, cuando trasciendo los motivos con la fuerza de mi propia libertad. Los motivos objetivos y mi decisión no son momentos antitéticos en la praxis humana, porque como escribe Merleau-Ponty «yo no soy libre a despecho de mis motivaciones, sino precisamente por medio de ellas». Porque aunque estos motivos antecedentes no actúan mecánicamente, sí actúan a través de su sentido, y la decisión afirma este sentido como válido, y le confiere eficacia. Por tanto, mi decisión es algo que yo libremente –pero no arbitrariamente–

<sup>97</sup> Cfr. J. Vicente, *ibidem*.

te–promuevo<sup>98</sup>. Este “tener motivos” es lo que separa a la prudencia de la arbitrariedad, y la objetividad de estas razones o causas componen el suelo de cualquier decisión jurídica, de eso que llamamos “ontología jurídica”.

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

#### 4.2. Lo ideal y lo real.

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

Efectivamente, la primera condición para hablar de realidad es atenernos a la experiencia. La empiria, por contra, implica unos condicionantes excesivamente estrechos, de modo que a través de ella no puede ser captado todo lo que exceda del plano causal-mecánico. Por este motivo la empiria únicamente puede captar hechos, nunca acciones humanas. Y a nosotros nos interesan específicamente las acciones de los hombres que, por el simple hecho de ser tales, poseen una finalidad objetiva que escapa al esquema físico-causal propio de la actitud empirista.

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

No pienso que el siglo XIX nos haya hecho un gran favor legándonos la noción del Ideal. Ese perfeccionismo imposible que esta palabra denota se destruye cuando se encuentra con la realidad, porque siempre será lícito preguntar:

<sup>98</sup> Cfr. Llano, *La nueva sensibilidad*, cit., pág. 95.

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

Estaba indicando que al reconocer unos conceptos normativos u operativos no estábamos escapando por los campos de la imaginación utópica. En una primerísima aproximación al problema de los criterios para reconocer lo bueno y lo malo, tenemos el que propone Aristóteles: «a menudo un hábito contrario se conoce por su contrario»<sup>99</sup>. En efecto, conocemos en qué consiste ser un buen padre a la vista de cómo proceden los malos padres. Claro que si nos instalamos en una actitud exquisitamente racionalista, siempre será posible preguntar: “¿cómo sabemos cuando un padre es malo?”... una pregunta que no merece la pena el trabajo de contestarla. García de Haro nos indica que «Entendemos qué significa, en concreto, portarse como un buen padre o hermano, ante el nerviosismo de las personas con quienes convivimos, reacción que se nos hace patente por los sentidos; o cuando la caridad... nos obliga a hacer un favor a una persona determinada, que oímos que nos lo pide; o a atender a alguien que vemos preocupado, etc. Es decir, podemos pasar de la ciencia moral –refleja o no– al conocimiento de la moralidad del acto singular concreto; y esto de un modo natural, sencillo, sin especial esfuerzo»<sup>100</sup>.

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

<sup>99</sup> *Moral a Nicómaco*, ed. cit., Libro V, cap. 1.

<sup>100</sup> *La conciencia moral*. Rialp. Madrid, 1978, pág. 114.

a alcanzar es “humano”, esto es, un tanto relativo: un buen hermano no es nunca un hermano ideal.

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

#### 4.3. Realidad y sentido.

La explicación causal-mecánica no sirve para explicar y normar la conducta humana, como tampoco sirve la remisión a un estado ideal imposible. Situados en las *acciones* de los hombres, intentamos que estas mismas acciones normen los actos humanos. El acto del hombre no es un simple “hecho” porque –explica Trigaud– la cultura hace intervenir a todo el hombre (*l'homme tout entier*), a la integralidad del hombre en la historia que él tiene como horizonte específico<sup>101</sup>. Esta intervención de “todo el hombre” en lo que él realiza introduce ciertamente una cierta *artificialidad* o subjetividad en la conducta humana, que no es sino un correlato necesario de la intencionalidad con la que las personas obramos. La intencionalidad y la interpretación son dimensiones necesarias de la inteligencia.

Algunos autores, como Bobbio, no entienden bien la naturaleza de esta intencionalidad y siguen más o menos confusamente el politeísmo de los valores a que alude Max Weber. Así, Bobbio propone que el análisis y valoración de los actos se hace en última instancia desde el exterior (“exterior” a los actos mismos) de una perspectiva que está determinada por un “valor”. Los “valores” o *principios* ya constituidos se aplicarían a los actos para saber si tales actos son “buenos” o “malos”: entramos en el camino aporético de la ética “de principios”. Como los valores son muchos y contradictorios (derecho a la vida *versus* libertad de la mujer, en el caso del aborto, por ejemplo), Bobbio entiende que siempre y en definitiva es una valoración última la que juzga a otra valoración igualmente última e irreductible: de esta forma llegamos a una oposición insoluble. Pero replica Schwarz-Liebermann a Bobbio que sería falso no ver que el análisis de los hechos puede corroborar o negar una finalidad, y que este análisis no tiene por qué estar íntegramente bajo el timón de una subjetividad arbitraria. Si supusiéramos esto último en todos los supuestos, entonces estaríamos desvalorizando definitivamente la

<sup>101</sup> *Vid. Essais de Philosophie du droit*. Studio Editoriale de Cultura. Génova, 1987, pág. 233.

categoría de la razón<sup>102</sup>. Además, si es posible que en otras cuestiones morales se entiendan quienes dicen sostener posturas morales inconciliables, esto se debe a que a pesar de las discrepancias ambas personas están dentro de una tradición o una verdad moral común. La experiencia enseña que una profundización adecuada en esta verdad moral común suele llevar a la superación de las contradicciones; porque estas oposiciones sólo son, frecuentemente, resultados de incoherencias personales.

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

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

Sucede que en la vida cotidiana no hacemos este tipo de análisis porque nos movemos entre sobreentendidos, en un amplio marco de *precomprensiones*, tal como ha destacado la filosofía hermenéutica. Estas precomprensiones hacen posi-

<sup>102</sup> «S'il est vrai que l'analyse des faits n'est pas, au dernier ressort, à l'extérieur d'une perspective, ce qui implique en quelque sorte la présence d'une notion de "valeur", il serait faux de ne pas voir que l'analyse des faits peut corroborer ou infirmer une finalité et que cette analyse des faits n'est nécessairement et intégralement sous la houlette d'une subjectivité arbitraire. Ce serait là définitivement dévaloriser la catégorie de la raison». Cfr. *Réflexions...*, cit., pág. 47.

ble que cuando decimos: “el mecánico ha reparado mal el pinchazo”, no nos estemos limitando a registrar un hecho: estamos emitiendo simultáneamente un juicio de valor.

El derecho se compone, desde luego, de juicios de valores, pero el reconocimiento de esta naturaleza de las cosas, de estos conceptos normativos, no implica la “juridificación pura y simple de la facticidad”, sino que más bien estamos juzgando (normativamente) a la facticidad humana desde lo que ella misma nos muestra. Aquí tiene razón el adagio romano: “*Ex facto ius oritur*”, es decir, el derecho se origina —y solamente se origina— desde los hechos<sup>103</sup>, a los que el hombre otorga una naturaleza (la “naturaleza de las cosas”) a la que no es ajeno en modo alguno el mismo hombre. Y es que la naturaleza de las cosas está transida de la misma naturaleza del hombre, por lo que estos mismos hechos o actos pierden su carácter puramente empírico y adoptan una naturaleza teleológica, tendencial o humana: lo que no implica en modo alguno la adición de una arbitrariedad, como antes vimos. Wittgenstein reparó en este fenómeno y dejó escrito algo lapidariamente que «Los hechos pertenecen todos sólo a la tarea, no a la solución»<sup>104</sup>.

En esta mediación que el hombre opera sobre los hechos brutos surge la “naturaleza de la cosa”, que entonces ya posee una naturaleza normativa. Porque los hombres no nos limitamos a registrar las cosas, como si hiciéramos un inventario, sino que las *comprendemos*. Entonces las cosas hablan por sí mismas, y normalmente no se requiere de una instancia exterior a ellas mismas que las enjuicie. Incluso un autor tan poco sospechoso como Habermas nos indica que «la teoría tiene que traducir los conceptos que, por así decirlo, trae de fuera, a los conceptos que la cosa tiene de sí misma, aquello que la cosa quisiera ser por sí misma, y confrontarlo con lo que la cosa es»<sup>105</sup>.

El momento en el que observamos claramente que las cosas “hablan por sí mismas” nos lo indica Hervada cuando explica que no nos limitamos a contrastar lo frecuente con lo menos-frecuente (lo general o común con lo minoritario o particular), sino que oponemos lo *normal* a lo defectuoso<sup>106</sup>. Y es que lo normal, que es lo real, no siempre coincide con lo estadísticamente más frecuente. Lo que ya nos indica, de paso, el valor que nos deben merecer las estadísticas en nuestra vida práctica.

Este peculiar sentido de nuestros conceptos, que les proporciona esta virtualidad singular, lo reconocemos en la posibilidad de pedir responsabilidades. Cuando decimos “médico” queremos decir en realidad un “buen médico”, porque si el médico no se comporta como *debe* por el simple hecho de serlo, incurre en responsabilidad civil o penal. Este paso desde el ser (ser médico, por ejemplo) al

<sup>103</sup> Vid. Schwarz-Liebermann, *Réflexions...*, cit., pág. 97.

<sup>104</sup> *Tractatus...*, cit., punto 6.4321.

<sup>105</sup> Apéndice de *La lógica de las ciencias sociales*. Trad. de M. Jiménez Redondo. Tecnos. Madrid, 1988, pág. 28.

<sup>106</sup> Vid. *Lecciones de filosofía del derecho*. EUNSA. Pamplona, 1989, vol. I, pág. 74



deber ser (la obligación de portarse como un médico competente) lo opera natural y necesariamente la inteligencia humana de una forma tan sencilla y espontánea que es inútil buscar ulteriores explicaciones<sup>107</sup>. De hecho, podemos preguntarnos si cuando el legislador legisla para los abogados, médicos, conductores de autobuses, etc. ¿en qué tipo de profesionales está pensando? No, desde luego, en conductores de autobuses que beben bebidas alcohólicas durante su trabajo, ni en abogados que desconocen la legislación y la jurisprudencia por falta de estudio. Es más realista decir que está pensando en abogados o conductores *normales*, aunque en la realidad suceda que “lo normal” sea francamente raro de encontrar: de ahí el dicho que reza que “un hombre normal es lo más anormal que existe”.

Abundando más en el tema anterior, Trigeaud indica que si existe un deber-ser de la norma, no sólo tal deber-ser es indisociable de la naturaleza en el sentido del ser, sino que tal naturaleza no puede ser pensada fuera de los valores, de su “deber-ser”. La ilusión consistiría en separar artificialmente lo axiológico de lo ontológico<sup>108</sup>.

Efectivamente, se trata –como advertía anteriormente– de que las cosas se juzguen a sí mismas, mediante la superación del plano puramente empírico hasta llegar a su naturaleza real: para ello basta añadir la idea de perfección razonable que está implícita en todo concepto. Aristóteles escribía sobre este tema que «De igual modo, en todos los casos sin excepción, se añade siempre a la idea simple de la obra la idea de la perfección suprema que esta obra puede alcanzar; por ejemplo, si la obra del músico consiste en componer música, la obra del buen músico consistirá en componerla buena»<sup>109</sup>.

A este respecto existe una tesis de la Psiquiatría alemana del siglo pasado que se expresa como “la elevación del ser que ya está dado”: *die Erhöhung des vorgefundenen Daseins*<sup>110</sup>. Me parece que ésta es la expresión más precisa de la idea que pretendo exponer. «¿Por qué no ha de ser –escribe James– la misión del pensamiento incrementar y elevar la existencia, en lugar de imitarla y reduplicarla?»<sup>111</sup>. La misma realidad, que designamos con el mismo concepto, presenta dos vertientes: una empírica (pensemos en un mal abogado), y otra real o normativa: el abogado como debe ser, que es la figura que contemplan todos los reglamentos de Colegios de Abogados y en general toda la legislación sobre abogados y cuales-

<sup>107</sup> Explica Schwarz-Liebermann que «La notion de nature des choses conduit en dernier ressort, inexorablement au problème de la “surnature” des choses à partir du moment où elle dépasse les facticités les plus sommaires. On a beau s’insurger contre l’émergence ou l’irruption dans le débat des problèmes de cet ordre, on n’y changera rien, précisément puisque l’intelligence humaine opère nécessairement dans la perspective de l’interprétation». Cfr. *Réflexions...*, cit., pág. 72.

<sup>108</sup> Cfr. *Essais...*, cit., pág. 145.

<sup>109</sup> *Moral a Nicómaco*, ed. cit., Libro I, cap. V.

<sup>110</sup> La tomo de W. James. Vid. *El significado de la verdad*. Trad. de L. Rodríguez Aranda. Aguilar. Buenos Aires, 1980, pág. 102.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

quiera profesionales: lo que nos indica que el “deber ser” no es algo postizo, que añadiéramos nosotros a lo que ya existe. Parece más bien que una cosa que “es” lleva en sí diseñada lo que esa misma cosa debe llegar a ser.

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

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

“Las cosas” poseen una lógica, y ésta es la lógica de un desarrollo, es decir, del desarrollo del ser real; esto implica que el “sentido” (palabra que no me gusta) de las cosas reside en su *abstracción*: gracias a esta “abstracción” llegamos a conocer lo que cada institución es realmente, procediendo más allá de las apariencias que nos proporciona la empiria. Esta lógica es la que está en la base de todo razonamiento jurídico, de forma que éste no posee realidad ni consistencia si prescinde de la finalidad que observa<sup>112</sup>. Y es que los hechos que atiende el jurista no son hechos “brutos”, sino lo que Elisabeth Anscombe llama “hechos institucionales”. Los hechos institucionales son aquellos que existen a partir de nuestras instituciones, esto es, dentro de un sistema de reglas constitutivas. Los hechos brutos son los materiales fácticos de los que se hacen los hechos institucionales<sup>113</sup>. Pero los hombres operamos continuamente con hechos institucionales o conceptos normativos, y es gracias a esta capacidad de pasar desde lo uno a lo otro (desde lo empírico a lo real normativo), gracias a esta capacidad de abstraer (me refiero

<sup>112</sup> Vid. sobre este tema a Schwarz-Liebermann, *Réflexions...*, cit., pág. 134.

<sup>113</sup> Vid. J. Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, cit., pág. 86.

a la abstracción que nos hace superar el plano de lo inmediato, de lo empírico, para llegar al plano de las "nociones") lo que hace posible la comunicación humana.

En consecuencia, el conocimiento propio del derecho debe tener presentes estos dos componentes de su realidad, porque este conocimiento percibe más allá o por debajo del fenómeno estudiado una relación fundamental a la justicia, que es la relación a la realidad<sup>114</sup>. Porque si es real que hay músicos malos, también es "real" (aunque en otro plano) que a todo músico que se contrata se le puede exigir que interprete música de cierta calidad.

## 5. LOS BIENES JURÍDICOS.

Si preguntamos a una persona de mentalidad tradicional qué es la moral, seguramente responderá que la moral es "un conjunto de normas". Pero la cuestión que se plantea inmediatamente es la de saber quién ha dictado esas normas, y para qué sirven. Si, en cambio, le preguntamos a esa misma persona si le parece bien que le roben su coche, muy posiblemente contestará que no: vivencia ese robo como un *daño* que le han hecho a él y no como una "violación de la norma". Éste es el tema, porque la moral y el derecho giran sobre daños. Un daño implica la privación de un bien: el coche, el dinero, el honor, etcétera. Lo que nos hace ver desde un primer momento que derecho y moral tienen más que ver con bienes que no con normas.

Una persona puede hacerse daño a sí misma o a los demás<sup>115</sup>. En la moral tradicional se habla de "pecado" cuando alguien se lesiona a sí mismo o lesiona a otros. Es una noción interesante la de pecado, un concepto "económico" bajo el que se resumen varias realidades. La mentalidad usual entiende que el pecado es tal, es decir, es "malo", porque supone proceder contra un mandamiento de Dios. Sucedería algo así como si Dios tuviese una especie de honrilla que se viese molestada cuando se le desobedece, y por eso castiga. Habría que concluir que Dios es una persona muy suspicaz. No sé si éste es el curso real de las cosas. En un plano teológico quizá fuera mejor suponer que Dios no tolera que nadie haga daño, ni a los demás, ni a sí mismo, del mismo modo que una madre no tolera que un hijo suyo se haga daño, o dañe a sus hermanos. Pero la noción de "pecado" tiene una faceta negativa y está en que vincula la moral a la religión, de modo que aquella aparece como un apéndice de esta última. Y no es así, porque la moral es asunto secular.

Estamos, pues, ante bienes humanos, y conocemos que son *bienes* –es decir,

<sup>114</sup> Vid. J.-M. Trigeaud, *Essais...*, cit., pág. 264.

<sup>115</sup> En una consideración teológica podemos añadir que el que blasfema hace daño –mejor sería decir que *pretende* hacer daño– a Dios.

cosas "buenas"— porque su privación supone una lesión contra alguna faceta de cada persona. Vemos otra vez que la noción de injusticia precede a la de justicia. La Ética en general tiene, pues, el doble fin: desde un punto de vista meramente negativo establece que hemos de respetarnos a nosotros mismos y a los demás. En sentido positivo es el saber que lleva a ganar bienes para todos.

El derecho, que es ante todo un sector de la ética, participa de esta misma naturaleza: está dirigido tanto a evitar daños como a conseguir bienes<sup>116</sup>, y este girar en torno a los bienes constituye la racionalidad específicamente jurídica. Hablamos de derecho porque son bienes que *pertenecen* a otras personas; si éste no fuera el caso, habría que hablar de simple moral. La moral suele acompañar al derecho, de modo que la obligación moral se añade al deber jurídico<sup>117</sup>. Pero, en cambio, no toda obligación moral llega al plano jurídico. Esto es así en parte porque la Moral es más exigente que el derecho, y en parte también porque la Moral, al comprender las obligaciones de cada uno consigo mismo, es necesariamente más amplia que el derecho, que apenas contempla este último tipo de obligaciones.

La visión liberal del derecho, que lleva a entenderlo como un orden coercitivo, que debe ser lo más reducido posible porque lesiona la libertad de las personas, enturbia la comprensión adecuada de las relaciones entre la Moral (de la que el derecho es una parte) y los bienes. Por esta razón Georges Gurvitch indicaba hace ya algún tiempo que debemos renunciar a los prejuicios individualistas y comprender que el derecho no es simplemente un orden negativo y limitativo que cada sujeto poseyera para su defensa. Es preciso darse cuenta de que el orden jurídico es un orden de colaboración positiva, de ayuda: es necesario habituarse a ver en el derecho un orden de paz, de unión, de trabajo en común, de servicio social<sup>118</sup>. Gurvitch reacciona contra lo que algunos llaman el "complejo de la pizarra":

<sup>116</sup> Antonio Osuna escribe que «El tema de la racionalidad del derecho sugiere el planteamiento de la verdad propia del discurso jurídico. Cualquier justificación del derecho pretende dar por supuesto que el derecho no es coacción incontrolada, ni "razón de Estado", ni la fuerza de que dispone el poder, sino un tipo de racionalidad en la vida social». Cfr. *La razón práctica...*, cit., pág. 449.

<sup>117</sup> Esto, así expresado, no tiene mucho sentido: no suele existir un deber moral que se añada o refuerce al deber jurídico, como si existieran dos tipos disjuntos de "deberes". Sería más correcto decir que la moral refuerza el deber que ya ha creado el derecho. O que el derecho sanciona desde el plano específicamente jurídico (la coacción) el deber que ya existe moralmente.

<sup>118</sup> «Pour être en état de concevoir la nature du droit d'intégration, il faut non seulement arriver à une idée adéquate de la totalité immanente comme idéal de l'être social, il faut aussi renoncer aux préjugés individualistes concernant l'interprétation générale de la nature du droit. Il faut comprendre que le droit n'est pas un ordre purement négatif et limitatif, qui ne fait que défendre. Il faut se rendre compte que le droit est aussi un ordre de collaboration positive, de soutien, d'aide, de conformité. Il faut s'habituer à voir dans le droit un ordre de paix, d'union, de travail en commun, de service social». Cfr. *L'idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le 17<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du 19<sup>e</sup> siècle*. Reproducción de la editorial Scientia (Aalen) de la ed. de París de 1932, pág. 19.

rra": la vida social es vista como una pizarra escolar cuya superficie limpia se va empujando conforme se escribe en ella, es decir, en la medida en que las normas jurídicas van ocupando la mayor parte de la pizarra. Según avanza el derecho, así retrocede la libertad, que sería el patrimonio de los individuos. Esto no es cierto por lo general, aunque en ocasiones pueda serlo: las normas jurídicas que crean universidades, que establecen cobertura económica para los parados, que otorgan facilidades para construir carreteras, etc. buscan hacer realidad bienes para todos, y en modo alguno se puede considerar que constituyen esencialmente una limitación para las personas. Lo mismo cabe decir de la mayor parte de las normas del derecho privado, que fundamentalmente crean competencias, capacidades de hacer sancionadas por el derecho. El problema para entender esta relación fundamental entre la noción de "bienes" y el derecho reside quizá en que las teorías filosófico-jurídicas vigentes hasta hace poco tiempo fueron elaboradas por penalistas, y el derecho penal presenta una faceta fuertemente restrictiva y represiva. Aunque también se puede considerar que esas limitaciones penales tienen como único fin que no se dañen bienes que ya existen: así considerada, resaltaría más la dimensión positiva del derecho penal que no la negativa. En cualquier caso queda claro que todo el ordenamiento jurídico gira en torno a los bienes: a la protección de los que ya existen, o en el fomento de los que la colectividad estima que deben ser hechos realidad.

Para cumplir esta finalidad, el orden jurídico exige diversas conductas a las personas. Las molestias que comportan estas exigencias no son malas: todo depende de si está proporcionada al bien que se pretende conseguir con ella. Desde luego, está claro que no puede ser una exigencia heroica: hay un cierto consenso en que debe ser la que se puede exigir al individuo medio del grupo<sup>119</sup>.

En este tema es preciso contentarse con ese "bosquejo grosero" de que habla Aristóteles en las primeras páginas de la *Moral a Nicómaco*, porque cada cultura, cada generación tiene su estilo de vida que le hace objetivar como bienes aquello que ella considera como tales. Hay unas expectativas y una tipicidad de las expectativas en las que se concreta lo que es considerado como "bien jurídico", y estas expectativas varían de un momento histórico a otro, del mismo modo que varían geográficamente hoy. Sobre este tema lo más aproximado es lo que indica Lombardi-Vallauri cuando explica que la tipicidad propia de la institución es la normatividad; su nacimiento es misterioso, y coincide con el surgimiento de una heteronomía<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> Vid. J.-M. Trigeaud, *Personne humaine et droit*, en "Archives de Philosophie du Droit" 36 (1991) pág. 377. Vid. también el interesante estudio de Sergei Hesse, *Diritto e morale nel liberalismo, nel socialismo, nella democrazia, nel comunismo*. Trad. de A. Rigobello. Armando Editore. Roma, 1978, págs. 56-57.

<sup>120</sup> Cfr. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè. Milano, 1975, pág. 407.

### 5.1. Un marco general.

Hablaba páginas arriba de que es necesario proceder a una "búsqueda general de lo que es bueno", según las palabras de Moore. El problema reside en que no disponemos de un mundo de ideas ejemplares, al modo platónico, de forma que únicamente hubiera que aplicar a la realidad tales ideas para tener sin más "lo bueno"<sup>121</sup>. Muy al contrario, como explicó ya en el siglo XIII Tomás de Aquino la naturaleza sólo nos da algunos principios a partir de los cuales ha de proceder el hombre<sup>122</sup>.

Como sucede en casi todos los temas básicos, la noción de bien jurídico se encuentra siempre supuesta, y no es definible en los términos usuales de una definición<sup>123</sup>. Esto no es nada peculiar de la ética: en todos los lenguajes existen nociones, que se llaman "términos primitivos", que son indefinibles sin caer en un círculo vicioso; tal es el caso, por ejemplo, de "derecha" o "punto" en Geometría<sup>124</sup>. En lugar de intentar definirlo es preferible proporcionar criterios para reconocer cuándo estamos en presencia de uno de estos "términos primitivos", en nuestro caso, cuándo estamos ante un "bien jurídico". Una definición en tema tan básico, además de la dificultad que apuntaba antes, plantea el problema de que ha de ser formulada en términos tan amplios que es dudoso que sirva para nada.

El tema es algo peliagudo porque los juristas apenas se han ocupado de él. «Los juristas –escribe Carbonnier– sólo tienen ojos para los derechos derivativos, procedentes de fuentes soberanas, como la ley y el contrato, que se transmiten a través de unos modos de adquirir en que nada se pierde y nada se crea, según la clásica fórmula *nemo plus iuris...*»<sup>125</sup>. Pero, además, hablar de bienes jurídicos nos lleva a un tema del que me ocupé en la primera parte de esta obra: al rechazo de la metafísica u ontología. En efecto, si aludimos a *bienes* que han de ser protegidos por el derecho, que en muchos casos son bienes que el derecho no crea sino que se limita a reconocerlos protegiéndolos, entramos en el tema espinoso de aludir a una "realidad" que es previa a la norma jurídica y que condiciona la normación

<sup>121</sup> Innerarity añade que «Considerar que la acción se limita a aplicar una verdad teórica, sin introducir en ella ninguna dimensión que la especifique como práctica, es un planteamiento incompatible con la filosofía de la acción que Aristóteles sostiene. La pregunta teórica sobre qué sea el bien cede aquí el paso al conocimiento de cómo surge en el ejercicio de la praxis». Cfr. *Razón política y razón práctica...*, cit., pág. 159.

<sup>122</sup> «Et inde est quod Philosophus dicit, quod si ars faceret ea quae sunt naturae, similiter operaretur ea quae sunt artis. Sed natura quidem non perficit ea quae sunt artis, sed solum quaedam principia praeparat, et exemplar operandi quodam modo artificibus praebet». Cfr. "Proemium" de la *In VIII libros Politicorum expositio*, ed. cit.

<sup>123</sup> Vid. Grzegorzczuk, *Le concept de bien juridique: l'impossible définition?*, "Archives de Philosophie du Droit" 24 (1979), págs. 260-264.

<sup>124</sup> Vid. Grzegorzczuk, *Le concept de bien juridique...*, cit., pág. 267.

<sup>125</sup> *Derecho flexible. Para una Sociología no rigurosa del derecho*. Trad. de L. Díez-Picazo. Tecnos. Madrid, 1974, pág. 137.

que se pueda hacer de ella. Estoy de acuerdo con F. Laporta cuando indica que «Se puede, creo, hablar de cosas valiosas, de bienes, de estados de cosas buenas sin incurrir en graves pecados metafísicos»<sup>126</sup>. Efectivamente, hay que perder el miedo a hablar de "las cosas", porque una visión ontológica realista no nos introduce –al contrario– en palabrerías que nada indican.

En los últimos treinta años, el pensamiento individualista –sería mejor aludir al *sentimiento* propio de la ideología liberal– ha puesto las cosas más difíciles. Esta ideología contempla a toda conducta como una actuación arbitraria de una persona y, como es lógico –planteando gratuitamente así las cosas– todos se resisten a ponerse al servicio de los fines arbitrarios de otro. De este modo, la noción de bien objetivo queda proscrita, porque la objetividad del bien implica que a veces me conviene a mí, pero en otras ocasiones yo he de ponerme al servicio de las exigencias de ese bien. Por esta razón, cuando se dice que una institución es beneficiosa, la mayor parte de la gente (que ha perdido la noción de su dimensión social) pregunta: "beneficiosa, ¿para quiénes?". El individualismo propio de la ideología de los derechos hace difícil reconocer que la mayor parte de las instituciones o bienes son beneficiosas para todos: Pedro no estudia en el Conservatorio de Música, pero gracias a que existe ese Conservatorio puede oír buena música. Este sentimiento radicalmente individualista se ha visto reforzado en la dinámica de mayo del 68, y ha encontrado sus representantes académicos en la "izquierda freudiana" o en los portavoces de la "antipsiquiatría". Ellos parten del principio de que "todo lo que dura resulta duro" y en consecuencia, la principal tarea "contracultural" es luchar contra las instituciones. «Desde esta perspectiva, el derecho no puede aparecer como otra forma que como represión, a no ser que, vaciándose enteramente de su estructura y contenido propios, se convierta en expresión de pretendidos derechos a la satisfacción de los deseos e impulsos del inconsciente humano»<sup>127</sup>.

#### 5.1.1. La "objetividad" de los bienes.

Para que algo pueda ser calificado de "bien jurídico" es preciso que sea un bien para todos, un bien objetivamente, sea porque efectivamente es un bien para toda la comunidad, sea porque responde a una exigencia moral tan elemental que la sociedad no puede dejarla abandonada.

El primer problema que se plantea es quién está capacitado para decidir sobre la "objetividad" del bien. Podría pensarse que lo está el político que crea las leyes, o el jurista que decide. Sin embargo, la mentalidad individualista también aquí oscurece el problema, porque el liberalismo –llevado por el prejuicio del "mínimo jurídico"– parece entender que no hay persona capacitada para dictar a

<sup>126</sup> *Acotaciones del trampolín: respuesta a R. Vernengo*, en "Doxa" 7 (1990) pág. 306.

<sup>127</sup> J. Ballesteros, *Sobre el sentido del derecho*, cit., págs. 132-133.

los demás lo que es objetivo y lo que no. Berlin escribe irónicamente a este respecto que «lo que le da la plausibilidad que tiene este tipo de lenguaje es que reconocamos que es posible, y a veces justificable, coaccionar a los hombres en nombre de algún fin que ellos mismos perseguirían si fuesen más cultos, pero que no persiguen porque son ciegos, ignorantes o porque están corrompidos. Esto facilita que yo conciba coaccionar a otros por su propio bien, por su propio interés y no por el mío. Entonces pretendo que yo sé lo que ellos necesitan verdaderamente mejor que ellos mismos. Lo que esto lleva consigo es que ellos no se opondrían si fueran racionales, tan sabios como yo»<sup>128</sup>.

Esta actitud de Berlin no parece muy ajustada a la realidad. La vida en común —y la vida humana es siempre vida en común— presenta exigencias colectivas, a las que aludí en la parte titulada “Ciencia jurídica, Moral y Política”. El gobernante por lo que se refiere a las leyes políticas, y el jurista en lo que hace a las que llamé Reglas C, ha de hacer realidad esas exigencias. Si seguimos el estricto individualismo de Berlin —a pesar de que él dice ser socialista— el individuo habría de quedar abandonado a sus propias fuerzas de modo que toda empresa colectiva —como puede ser la creación de una universidad o la construcción de una carretera— debería ser proscrita como atentado al derecho que cada individuo tiene a disponer de sí mismo y a no ser coaccionado para realizar ninguna empresa que él no se haya propuesto subjetivamente. Como esto no es precisamente lo que pretende Isaiah Berlin, parece que él mismo se enreda en una contradicción, llevado por sus prejuicios.

Pero, mejor que un argumento *ad hominem* es preferible denunciar ese formalismo individualista o liberal que acaba admitiéndolo todo porque, al parecer, no hay criterios firmes para descalificar nada, como indica Vitoria Camps. «Un formalismo que, además, se sustenta en un suelo tan poco firme porque *no es cierto* que carezcamos de la distinción entre vicio y virtud o entre el dolor y el placer constructivos o destructivos de la persona y de la sociedad. Carecemos, sin duda, de unos criterios tan sólidos y tan completos que nos permitan decidir en cada caso, al aplicarlos, qué debemos hacer, sin riesgo de equivocarnos. Pero poseemos una memoria del bien y del mal moral —sobre todo del mal— que nos sirve de punto de referencia»<sup>129</sup>. Y, aparte de que normalmente sabemos lo que está bien o mal, afirmo con Ollero que «este sofisticado planteamiento de la popular expresión “nadie debe imponer a otro sus propias convicciones” refleja una falta de sensibilidad sobre la dimensión ‘social’ de todo derecho»<sup>130</sup>.

Si nos preguntamos más radicalmente por qué se puede imponer un bien determinado a otra persona, será preciso distinguir entre respeto y tolerancia. Un profesor puede dar sus clases porque los alumnos se mantienen en silencio. Pode-

<sup>128</sup> *Los conceptos de la libertad*, cit., pág. 203.

<sup>129</sup> *Virtudes públicas*. Espasa-Calpe. Madrid, 1990, pág. 98.

<sup>130</sup> *Para una teoría “jurídica” de los derechos humanos*, en “Revista de Estudios Políticos” 35 (1983) pág. 108.

mos decir que los alumnos *respetan* la condición de profesor. Es la cualidad de profesor lo que hace que una persona pueda *exigir* (hablando en términos estrictos) respeto para el fin institucionalmente previsto para su cargo o puesto. Si esa misma persona pidiera silencio en su propio nombre sólo podría “pedir”, pero no exigir. Y si se impone silencio en nombre propio, entonces entramos en el campo de la imposición arbitraria.

Es decir, podemos exigir respeto *gracias a las cosas*: el profesor sólo puede exigir silencio gracias a su condición objetiva y *real* de profesor. “Personalmente”, cuando la relación se da directamente entre persona y persona sin ningún bien intermedio, no cabe la obligación, sino solamente la súplica, el ruego o el favor. Reparemos en que exigir es lo mismo que imponer: toda exigencia es una imposición. Ahora estamos en mejores condiciones de entender lo que afirma Álvaro d’Ors: que el hombre [es decir, la voluntad del hombre] es relevante en el derecho únicamente por relación a las cosas. Que es lo mismo que afirmar que normalmente el derecho es una condición de las cosas, no una cualidad personal.

Si no existen bienes entre los hombres —“las cosas” de que hablamos— no puede hablarse con propiedad de obligación: fuera de algunos casos excepcionales en los que están en juego derechos fundamentales de la persona, ése suele ser el campo de la simple negatividad o de la tolerancia, el terreno del arbitrio. En él los únicos derechos y obligaciones son negativos y se concretan en la *Enthaltung* kantiana, es decir, en el abstenerse, en no interferir el arbitrio ajeno.

La distinción entre respeto y tolerancia es sólo un correlato de la que existe entre libertad y arbitrio. Los modernos no supieron distinguir el arbitrio de la libertad y, en consecuencia, tampoco fueron capaces de matizar entre tolerancia y respeto: usaron indiscriminada y universalmente la noción de tolerancia. La tolerancia supone indiferencia, un “no importar” pero tampoco impedir. El respeto, en cambio, es algo muy distinto: “respeto” con respecto a un hombre empobrecido es la obligación que tienen los demás, la sociedad, de ayudarle.

Para poder hablar de una institución que exige respeto se precisa un bien, que sería el núcleo de tal institución. Académicamente se puede problematizar mucho la noción general de bien, pero todos sabemos lo que son cosas buenas en el plano público: una docencia universitaria de calidad, hospitales, autopistas, menor delincuencia, que se cumplan los contratos, etcétera. A este bien o finalidad que la institución intenta realizar la llamamos “bien jurídico protegido”. Es preferible esta denominación a la de “bien protegido jurídicamente” porque en este último caso parece que existirían unas misteriosas normas jurídicas, surgidas de nadie sabe donde, sin especial justificación, que “protegerían” o crearían ese bien. En principio no es la norma jurídica la que decide acoger un bien, sino que, al contrario, la valiosidad de una conducta es la que hace que la designemos como un bien que reclama protección por sí mismo. Por tanto, la realidad, los bienes, son lo primero en la génesis del derecho; las normas jurídicas aparecen posteriormente. Hablando con propiedad, y si examinamos los fundamentos jurídicos de las sentencias, sería muy difícil o imposible disociar la estructura del razonamiento jurídico de las exigencias que plantea la naturaleza del bien protegido<sup>131</sup>.

Si aún a finales del siglo XX nos seguimos planteando el tema de si los bienes sociales pueden ser impuestos a la sociedad, ello se debe a una inercia que todavía permanece. En efecto, el pensamiento liberal surgió históricamente como reacción contra el *regime paternale*, contra el despotismo monárquico típicamente moderno que veía en el Soberano a un "padre providentísimo", como lo llamaba Burlamaqui, cuya misión era hacernos a todos felices a la fuerza. De aquí surgió el tema de si era misión del gobernante –y, por tanto, de la legislación– hacer felices a los súbditos, previendo por ellos y decidiendo por ellos. El pensamiento liberal primitivo hubo de hacer frente ante todo a estas doctrinas políticas, llamadas "eudemonistas", y vemos como los últimos decenios del siglo XVIII fueron el telón de fondo de la polémica eudemonismo-antieudemonismo<sup>132</sup>. A lo largo del siglo XX esta visión liberal –que sólo postula tolerancia y que parece no entender qué es el respeto– se ha reforzado ante los excesos de los regimenes totalitarios. Pero lo que procede preguntarse es si ahora, a tantos años de distancia de los regimenes totalitarios (al menos en Occidente), tiene sentido seguir planteando estos temas, que tantas energías consumen, y si no es preferible que los gobernantes se dediquen simplemente a gobernar según el bien de la comunidad. Los derechos de los ciudadanos ya están recogidos en las constituciones y otras leyes, y quizá esto es suficiente. Pero hacer exclusivamente una "ciencia de los derechos" como sinónimo de Filosofía del derecho, de la moral y de la política, parece más el narcisismo propio de la actitud individualista y liberal que no una verdadera preocupación por las personas.

El núcleo del problema se puede compendiar diciendo: "¿hay razones para...?". Aludo a razones que surjan desde el mismo problema, no a apriorismos ideológicos: si aludimos a la falta objetiva de viviendas en Jerez o en Cádiz, estamos refiriéndonos a un problema real, no a una exigencia de la retórica política del momento. Por esta causa es preferible comenzar a fijar la objetividad de los problemas ya desde la misma terminología que usamos, y por esto es preferible decir: "mi modo de considerar el problema" que no "mi modo de pensar", porque la simple referencia al problema ya fija algunos o muchos de los extremos de la discusión<sup>133</sup>. En cambio, la referencia imprecisa a "mi modo de pensar" puede introducirnos fácilmente por campos simplemente imaginados o ensoñados, en los que crece la hierba de la arbitrariedad muy rápidamente.

Aludo a razones objetivas. Si un hombre dice: "Tengo que ganar dinero porque estoy casado y tengo tres hijos", el peso de la argumentación se desplaza a la

<sup>131</sup> Jean-Marc Trigeaud indica que en el pensamiento helénico y romano el "ser" y el valor de lo justo no eran dissociables. La distinción surge posteriormente, cuando el derecho se extiende desde la disposición imputable a la voluntad del hombre bajo forma de ley o de sentencia. Vid. *Essais...*, cit., pág. 300.

<sup>132</sup> Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 172 y ss.

<sup>133</sup> Trigeaud nos indica que «intueri, c'est regarder à l'intérieur, se placer aude dans du phénomène observé». Cfr. *Essais...*, cit., pág. 252.

partícula "para", que es la que nos indica la causa del deber o del derecho. Tengo el deber "porque", no porque ganar dinero sea un bien en sí, un derecho de la persona. El problema, cuando es real, universaliza la argumentación. Poco importa que sea un problema que afecte a toda la población, a una parte de ella, o a pocas personas: si el problema existe realmente es un problema objetivo, que nos afecta a todos<sup>134</sup>. Pensar de otra forma supondría aniquilar la realidad que designamos con el nombre de "inteligencia", y Vitriarius ya indicaba que la razón de la universalidad de las instituciones radica en que un solo hombre «sostiene a todo el género humano»<sup>135</sup>.

Hablaba de razones porque una norma práctica siempre ha de existir por algo o para algo, por alguna razón, motivo o causa a la que debe su existencia. Esta razón o motivo es el fundamento de su exigibilidad, de su obligatoriedad. No en vano Platón dice en *Gorgias* que el bien, cuando se manifiesta, es común para todos: cuando existe una causa para hacer algo mejor, para remediar una situación calamitosa, si esa razón es real, es razón para todos. La ética o filosofía práctica no tiene otro fundamento –además de los primeros principios de la conciencia– que las razones adecuadas o suficientes, lo que se llaman "las buenas razones", según la expresión que S. Toulmin contribuyó a popularizar<sup>136</sup>. Como vemos, los sentimientos subjetivos influyen poco en las normas prácticas: si no hay un fundamento real para la exigibilidad de una conducta entramos normalmente en el campo de los caprichos, de los prejuicios. Las razones constituyen la necesidad de la norma, y esa necesidad (realmente física o simplemente moral) justifica las normas o instituciones.

Esta objetividad no implica que la solución sea siempre unívoca, de modo que no hubieran de existir perplejidades: ¿invertir en carreteras o en los ferrocarriles? Pero la subjetividad inherente a toda elección no subjetiviza igualmente la necesidad previa, porque si realmente se plantea una alternativa que crea la perplejidad, es porque los dos términos de la alternativa resuelven objetivamente el problema que ya existe.

Esta relación entre una institución jurídica y un bien que es su razón de ser puede fallar. En tal caso, si falta esta relación, es porque se trata normalmente de

<sup>134</sup> Schwarz-Liebermann indica que «Une réflexion est universelle ou elle n'est pas. Voilà pourquoi la réflexion ne nous appartient que très partiellement et comme indirectement. L'ordre du droit signifie la "mise en place" de toute réflexion. Le droit est la voie de l'objectivation, la révélation de l'objectif». Cfr. *Le droit et les choses (les biens). Matière et matérialité. "Objectivité" et "réalité" dans la perspective du droit*, en "Archives de Philosophie du Droit" 24 (1979) pág. 280.

<sup>135</sup> «Ius Gentium ob utilitatem communem constituit, ut et infans et furiosi dominia accipere et retinui possint, personam illorum interim quasi sustinent humano genere». Cfr. *Institutiones Iuris Naturae et Gentium ad methodum Hugonis Grotii conscriptae*. Lugduni Batavorum, 1711, Libro II, cap. III, parágrafo XII.

<sup>136</sup> Vid. *El puesto de la razón en la ética*. Trad. de I.F. Ariza. Alianza Editorial. Madrid, 1979.

un conjunto de normas que han sido superadas en la historia, de modo que ya no tienen fundamento, aunque lo tuvieran en tiempos pasados; pero persisten porque benefician a alguien. También es muy posible que el derecho se use para funciones distintas de las que le corresponde por su propia estructura. «Claro que esto último –escribe Cotta– no sucede sólo respecto del derecho, porque también la Amistad, e incluso la Caridad, pueden ser instrumentalizados por intereses personales o de grupo; pero en estos casos nadie osará decir que ésa es su auténtica función»<sup>137</sup>.

### 5.1.2. Necesidad de la concreción.

Si queremos tratar de la conducta del hombre es preciso evitar los términos generales, tales como “la moral”, “la justicia”, etcétera. Estos términos son auténticas trampas, porque hacen perder de vista la realidad que trata de comprender la filosofía práctica, y en lugar de esta realidad, el moralista o el jurista se entretiene con palabras a las que sería difícil llamarlas incluso conceptos o nociones. Lo más aproximado que se puede decir de ellas es que se les aplica lo que ya dije anteriormente acerca del sombrero del prestidigitador. Pocas cosas más absurdas que decir: “hablemos de la moral”.

Wittgenstein indicaba que cuando el investigador se mueve en este plano abstracto no habla de los hechos, de la realidad, no dice lo que es el caso o no lo es, sino que se limita a hacer aserciones gramaticales pero creyendo que provienen de la experiencia. Esta forma de hablar es una confusión entre las investigaciones fácticas y las simplemente conceptuales: se podría decir que constituye una enfermedad<sup>138</sup>. Es posible que esta forma de hablar proceda de un mal uso del lenguaje o, como sostenía Wittgenstein, de una falta de aplicación o de efectividad del lenguaje, porque este tipo de discurso abstracto aparece cuando el lenguaje se va de vacaciones. «Las confusiones que nos ocupan surgen cuando el lenguaje es como una máquina parada, no cuando está trabajando»<sup>139</sup>. Al perder su contacto con la realidad, el lenguaje se vuelve abstracto, se carga de palabras biensonantes pero muy vacías. Y éste es el camino que lleva a las discusiones “doctrinales”, que no pueden tener fin porque la extensión de la fantasía que rellena las palabras no tiene límites. Un jurista romano se hubiera quedado muy sorprendido si alguien le hubiera dicho: “háblame de la justicia”. Porque el jurista únicamente sabe analizar problemas concretos con sentido de la equidad y rehuye (y debe rehuir) las discusiones sobre “nociones” tan abstractas. Por este motivo, Wittgenstein nos dice en el parágrafo 5.5563: «Nuestros problemas no son abstractos, sino acaso los más concretos que existen».

<sup>137</sup> El derecho en la existencia humana., cit., pág. 194.

<sup>138</sup> Vid. J. Vicente, *Acción y sentido*., cit., pág. 153.

<sup>139</sup> Vid. J. Vicente, *Acción y sentido*., cit., pág. 152.

Normalmente –denunciaba Wittgenstein– la búsqueda de las esencias ocultas nos hace olvidar lo obvio. Lo difícil, llevados por ese impulso de búsqueda de profundidad, es caer en la cuenta de que la solución la hemos tenido siempre delante. Por esto, muchas formas corrientes de proceder en filosofía están enfermas: porque su carácter de aparente profundidad le lleva a buscar soluciones profundas, ignorando que la verdadera solución está en lo patente. En este sentido, la filosofía es una enfermedad crónica, que va complicando cada vez más las cuestiones haciendo más nudos en nuestro pensamiento<sup>140</sup>. Ya aludí a este problema cuando traté del racionalismo. No podemos ignorar que nuestras soluciones han de estar adheridas siempre a un problema singular, un problema que es una actividad humana y, como tal, entretrejada con todas las demás actividades del hombre. Y lo mismo se debe decir del lenguaje, que sólo es el vehículo para expresar la solución. El problema comienza cuando el lenguaje se aísla de su suelo vital y no hace pie.

Privadas de sus puntos de anclaje en la realidad –de sus puntos de referencia necesarios–, las palabras se emancipan para ponerse al servicio de la imaginación en los ámbitos academicistas. Escribe Miguel de Montaigne que «de ello da buen testimonio la disputa existente siempre entre los filósofos a propósito de encontrar el soberano bien del hombre. Esa disputa dura aún y durará eternamente, sin posibilidad de resolución»<sup>141</sup>.

Efectivamente, la filosofía práctica es refractaria a esos planos abstractos, “filosóficos”, y le va mejor ese término medio en el que trabaja el jurista. «Yo sostengo –escribe Álvaro d’Ors– que un juez puede declarar lo justo, y hacer con ello ius, sin tener una idea previa y general de lo justo. Es decir: creo que una idea general y abstracta de lo justo no es necesaria para que un juez declare lo justo. Para designar esa idea abstracta y previa de lo justo tenemos un vocablo exacto: justicia. La justicia es a lo concretamente justo como la belleza a lo concretamente bello, la bondad a lo concretamente bueno. Ahora bien, la realidad demuestra que todos somos capaces de emitir opiniones aceptables acerca de lo bello o lo bueno y también lo justo, sin tener una idea muy clara de lo que sea la belleza, la bondad o la justicia. Sería francamente temible, como dice con razón Roscoe Pound, que los jueces declararan una huelga de brazos caídos en espera de que los filósofos del derecho les suministraran una definición incontrovertible de la justicia»<sup>142</sup>.

La raíz del problema es haber olvidado que la filosofía práctica es una actividad casuística, porque gira en torno a bienes concretos y no a reglas generales. Parece que hemos olvidado lo que viene expuesto en el título XVII, libro I del Digesto: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*, que viene a decir que el derecho no se obtiene desde las reglas, sino que éstas se han inducido desde el derecho. Álvaro d’Ors escribe que «como el acto de juicio tiene siempre como

<sup>140</sup> Vid. J. Vicente, *Acción y sentido*., cit., pág. 151.

<sup>141</sup> *Sobre una expresión de César*, en “Ensayos”, ed. cit., vol. I, pág. 251.

<sup>142</sup> *Una introducción*., cit., pág. 112.

objeto un caso concreto, toda la actividad jurídica será eminentemente casuística. Y también la enseñanza del derecho debe serlo. La aplastante hegemonía de la ley sobre las otras fuentes del derecho ha tenido también por consecuencia la desorientación en los métodos de la enseñanza del derecho. En efecto, la enseñanza se ha reducido a unas exposiciones sin sustancia de los mismos siempre escasos preceptos legales, ordenados (o desordenados) con fines principalmente nemotécnicos, según las preferencias particulares de cada expositor, por lo demás bastante uniformes, y hasta se ha llegado en algunos casos a un nuevo tipo de positivismo: el positivismo de un libro sistemático de enseñanza. Pero una actividad jurídica liberada de las trabas impuestas por el legalismo ha de consistir fundamentalmente en el *ars boni et aequi*, esto es, en la adaptación siempre viva y llena de posibilidades de la inteligencia humana... En este sentido nos atrevemos a afirmar que el más auténtico método de investigación y aun de exposición del derecho es... el casuismo»<sup>143</sup>.

En el siglo XX no han corrido buenos vientos para entender adecuadamente este problema. La primera mitad del siglo vio nacer a la "axiología", y Hartmann habló de "valores", es decir, de la Bondad, de la Justicia, como estrellas fijas en un cielo platónico. La segunda mitad del siglo, aparte del neopositivismo lógico, se ha ocupado con el estructuralismo, que pretende ante todo una unidad que sería una totalidad unitaria subyacente a todos los "fenómenos" estudiados<sup>144</sup>.

Es chocante la función entre ideológica y desconcertante que llevan a cabo las teorías "generales" que se apoyan sobre palabras igualmente abstractas. La mayor parte de las personas suelen ser buenos moralistas en su vida cotidiana: saben cómo educar a sus hijos, cómo llevar adelante la familia, cómo gestionar la economía doméstica, cómo tratar a los amigos. Pero esas mismas personas, cuando abandonan el plano intuitivo (y bueno) sobre el que llevan su vida, y se lanzan a elaborar teorías generales pierden el sentido común que ejercitan realmente en su vida normal. Comprendemos los reproches que Wittgenstein lanza contra la filosofía: más que buscar esencias últimas, es necesario examinar lo evidente, la cotidianidad. Y es que en este saber los problemas no se resuelven tanto proporcionando nueva información como reordenando lo que siempre hemos sabido<sup>145</sup>.

Si nos ceñimos a casos concretos no es tan difícil conocer lo que está bien y lo que no. Aquel escriba preguntó a Cristo en tono muy general: "¿Y quién es mi prójimo?". Y Cristo le contestó con un ejemplo muy concreto, la parábola del buen samaritano. Y es una respuesta que ha permanecido hasta hoy.

<sup>143</sup> Una introducción..., cit., pág. 140.

<sup>144</sup> Vid. A. Montoro, *Análisis estructural y conocimiento jurídico*. Universidad de Murcia, 1982, págs. 26 y ss.

<sup>145</sup> Vid. J. Vicente, *Acción y sentido...*, cit., pág. 158.

### 5.1.3. Atender a las consecuencias. La responsabilidad.

Aristóteles entendió que las acciones se califican como buenas o no según las consecuencias reales que ellas produzcan. La consecuencia más general, la que se consigue con el conjunto de nuestra vida, si realmente ha sido una vida virtuosa, es que habremos alcanzado la felicidad, aunque se trate de la felicidad relativa que puede conseguir el hombre. El fin último de la moral es, pues, conseguir ser feliz.

Este modo de entender la moral se prolonga durante la Baja Edad Media, fundamentalmente de la mano de Tomás de Aquino, que sigue estrechamente a Aristóteles en este punto. Asumiendo los primeros principios de la conciencia o razón práctica, Tomás de Aquino atiende a las consecuencias de nuestros actos para determinar si esos actos son adecuados ("buenos") o inadecuados ("malos") para el hombre, es decir, para su felicidad. Pero este panorama se enturbia en la Ilustración porque entonces se establece que el punto de referencia de la creación de normas y criterios morales no es el hombre considerado como "*animal político*", sino el individuo tomado en sí mismo. Los ilustrados perdieron de vista a la comunidad como criterio para saber lo que le "va" o no le va al hombre, y en su lugar situaron a un individuo que actúa con vistas a satisfacer su placer, su amor a sí mismo, llamado *Philautia* o *Selbstliebe*. Podríamos decir que perdieron de vista la felicidad y la sustituyeron por el hedonismo individualista. Por este camino, toda la moral individual y la teoría política fue entendida como un "obrar *para*" lograr el placer individual. Si hubieran sido consecuentes, los ilustrados del tipo de Thomasius hubieran debido llamarse a sí mismos "hedonistas", como se les denomina hoy usualmente, cuando hemos entendido otra vez la diferencia entre el hedonismo y la felicidad. Pero ellos hablaron de "eudemonismo", usando el mismo término que Aristóteles. Lógicamente, quienes no aceptaron el hedonismo grosero de Thomasius o Gundling, porque no entendían cómo desde la búsqueda del placer individual puede surgir un "deber" (que es un término normativo), rechazaron sin más cualquier actitud "eudemonista", a la que consideraron ligada indisolublemente a cualquier consecuencialismo. Paradójicamente, el rechazo de Thomasius llevó al rechazo también de Aristóteles y de cualquier actitud aristotélica.

Concretamente, el rechazo definitivo del consecuencialismo ético vino de la mano de Kant, porque al prusiano le pareció aberrante que la conducta que él estimaba más noble y elevada en el hombre, esto es, el obrar por "deber" u obligación (*Pflicht*, *Verbindlichkeit*), fuera considerada como una conducta instrumental, como un hacer algo "para conseguir...". Dado que no existe nada más elevado que el deber (Kant era puritano) la única justificación del deber sólo puede ser el deber mismo, y por esta causa estableció que la única conducta moralmente relevante era aquella en la que el sujeto obraba "según el deber" y no para conseguir placer<sup>146</sup>. (Tengamos en cuenta la antropología pesimista propia de este tiempo: todos entendían que el hombre es un ser egoísta que sólo actúa por su propio pla-

<sup>146</sup> A las conductas simplemente instrumentales, sin valiosidad especial en sí mismas,



cer). La fortuna de esta concepción de la estructura de la moral –obrar “por el deber y sólo por el deber”– llevó a la generalización de la frase de “obrar por el deber mismo”, cosa que no hubieran entendido Aristóteles o Tomás de Aquino.

El deber era el *principium* de la actuación humana moral: para que un acto fuera moralmente relevante era preciso que el sujeto obrara “por principios” (es decir, por la idea del deber), con buena voluntad. Kant subjetivizó la teoría ética. Él no conocía la filosofía griega ni tomista, y entre las dos opciones en las que le chantajeaba su época (o consecuencialismo hedonista, o buena voluntad), él optó por esta última. Por esta razón atendió a un solo criterio: la “buena voluntad”. Para él lo único incondicionalmente bueno en el mundo era una voluntad buena. Las consecuencias reales de nuestros actos no nos deben importar si obramos con una voluntad tal. Tenemos así una doctrina ética, que llega hasta hoy, que en oposición a Thomasius y sus discípulos, no es *consecuencialista* en absoluto porque no tiene en cuenta las consecuencias de los actos, sino únicamente la *ley* o *principium* que nos lleva a hacer u omitir.

Como la buena voluntad puede estar equivocada y perseguir realmente un mal a pesar de la voluntad subjetivamente buena, Kant echó mano de un antiguo procedimiento que ya se expresa en la “regla de oro” evangélica: «haz con los demás lo que tú quieres que los demás hagan contigo», sólo que Kant la expresó en su versión usual negativa, de acuerdo con el individualismo egoísta de la Ilustración: «No hagas a los demás lo que no quieres que los demás hagan contigo». Por tanto, el sujeto debe elevar lo que él pretende (“móvil”, *Triebfeder*) a un plano universal (“¿pueden hacerlo todos?”). Si pasa esta prueba, el simple móvil se convierte en “ley” (*Gesetz*) y da lugar a un imperativo categórico: yo puedo hacer, *exigiendo* (justificadamente) respeto a los demás. O yo debo hacer, *exigiendo* que todos los demás hagan lo mismo. Aunque esta última faceta, positiva, apenas si es tenida en cuenta. A esta doctrina de universalización del móvil para comprobar si hay contradicción lógica, se la llamó del “imperativo categórico”. En otros momentos Kant echa mano de esa misteriosa “razón pura legisladora” u hombre nouménico a que ya me he referido, aunque lo expuesto aquí dista de estar claro en la doctrina de Kant. Quizá es más propio de las doctrinas kantianas que no del mismo Immanuel Kant.

Un problema inmediato que plantea una ética “de principios”, es que éstos (los principios) son muchos, a veces irreconciliables: estamos ante un nuevo politeísmo que da origen a una pluralidad de “morales”. Max Weber –tan aficionado a las tipologías– captó este hecho y propuso distinguir entre la ética de convicción,

---

Kant las llamó “imperativos hipotéticos”. Los designó como “hipotéticos” porque estas conductas únicamente son necesarias (imprescindibles) en la hipótesis de que el sujeto actuante “quiera” alcanzar o conseguir algo. De este modo, el que quiere conducir un automóvil “tiene que” o “debe” aprender a conducir. No se trata de un deber en sentido estricto, como es obvio. A las conductas que vienen ordenadas o imperadas por la Moral, de modo que hay que cumplirlas “porque sí” y no “para” alcanzar otra cosa, Kant las llamó “imperativos categóricos”.

de principios o deberes, y la ética de la responsabilidad o de las consecuencias. La primera es la que hace suya el que aspira a ser santo, el que se mueve por los “principios” o el “deber” y no atiende a las consecuencias de sus actos. La segunda es la ética del hombre de acción, que no tiene más remedio que atender a las consecuencias de lo que decide porque ha de responder ante los demás de sus acciones. Este “hombre de acción” no puede ser *santo*: ha de mancharse las manos al tomar muchas decisiones pragmáticas, en contra de sus principios.

Al entrar a enjuiciar la ética de principios, hago mías las palabras de Victoria Camps: «Pienso que la distinción de Weber es aún excesivamente radical. Por una parte, me cuesta entender que la adhesión a unos principios rígidos, mantenidos a toda costa, sea una actitud ética. Yo la calificaría de dogmática, cercana al fanatismo ciego. Por otra parte, creo irrefutable la afirmación de que cualquier acción... debe ser juzgada teniendo como criterio las consecuencias que derivan de ella. ¿En qué consiste si no la responsabilidad?»<sup>147</sup>. «La tesis de Weber –prosigue Camps– no es válida, no funciona, si trata de decirnos que el hombre de acción debe vivir fiel a sus principios sin tener cuenta de las consecuencias de sus actos. No, los principios rígidos, sean cuales sean, sólo pueden mantenerse públicamente a costa del terror, es decir, a costa de imponer una definición y un modo de entenderlos que no tiene por qué ser generalizable»<sup>148</sup>.

Porque el problema no es aceptar o no aceptar un determinado principio: el problema verdadero es saber que los principios (que son varios, o muchos) se oponen entre sí en el enjuiciamiento de un problema. En esta tesitura, “valorar” es por definición sacrificar un principio en pro de otro. «El aprendizaje de los valores últimos –escribe Camps– es el aprendizaje de sus mutuas limitaciones»<sup>149</sup>. Naturalmente, querer imponer a toda costa y siempre un principio determinado supone caer en un dogmatismo poco compatible con lo que exige el ser, cada situación enjuiciada. «Volviendo a la distinción de Weber, prosigue esta autora, habrá que reconocer que el político que busca tan sólo la eficacia de su gestión, entendiéndola como el mero mantenimiento de una paz y un orden que, a su vez, le aseguran el mantenimiento en el poder, carece de objetivos éticos. El orden, la seguridad, incluso el poder, han de ser vistos como la condición, el requisito necesario para el progresivo desarrollo social hacia un mayor bienestar y hacia una mayor justicia. Si ésas y sólo ésas son las consecuencias de la política ‘responsable’, el político merece el juicio adverso que suele derivar de la lectura del texto de Weber. Si las consecuencias, en cambio, se miden con el criterio de los bienes básicos o los derechos fundamentales, la atención a las consecuencias merece plenamente el nombre de ‘ética’ en el mejor sentido del término. Insisto: la *Verantwortungsethik* [la ética de la responsabilidad] es la única adecuada y posible. La

<sup>147</sup> *Ética, retórica y política*, cit., pág. 106.

<sup>148</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>149</sup> *Ibidem*.

dignidad de la acción no radica en los principios o en las consecuencias, sino en el valor real de ambos»<sup>150</sup>.

Camps habla preferentemente de la actuación pública; pero lo que dice acerca del comportamiento de los hombres públicos se puede extender a cualquiera de nuestros comportamientos. Pensemos que apenas existen conductas buenas o malas en sí, a despecho de lo que piensan los que poseen muchos principios. Una conducta es “mala” cuando priva de un bien o causa un daño, y nunca por otro motivo. Para un creyente la blasfemia es “pecado” –el máximo pecado según Cristo– porque el hombre intenta hacer daño a Dios, insultándolo. Un adulterio es pecado porque el adúltero rompe la promesa de fidelidad que ha hecho al otro. Toda institución, sea el matrimonio o la compraventa a plazos, es “buena” porque la sociedad la ve como la garantía necesaria o más conveniente para conseguir unos bienes concretos. Por este motivo, al margen de intenciones o consideraciones subjetivas, llamamos buena a la institución misma a causa del bien que se consigue con ella. Pero como puede comprender cualquiera, la bondad o maldad radica ante todo en el bien que se consigue o en el mal que se evita mediante la conducta estereotipada en que consiste la institución en cuestión. Por tanto, ante todo, para valorar nuestra conducta, o el valor de una institución moral o jurídica, habrá que ponderar el bien humano que se consigue mediante tal conducta. Reitero la idea de que, salvo algún caso muy excepcional, no existen conductas buenas o malas “en sí”: en principio la calificación moral de una conducta depende de las consecuencias de nuestros actos, siempre y cuando la acción a realizar no lleve a destruir bienes superiores a los que pretendemos con nuestra conducta: en tal caso se aplica el principio que reza “el fin no justifica los medios”.

El “deber por el deber” no explica apenas nada de la calidad de nuestra conducta, y temo que la ética así entendida se resuelve en lo que Nietzsche llamaba *moralina*. Reconocemos que el orden social ha sido roto porque se ha producido una conducta inesperada, imprevista, que lleva a exigir una responsabilidad. «La responsabilidad y la culpa se dan la mano: uno se siente responsable de haber hecho algo que no era adecuado, que no debía hacerse, algo anormal, imprevisto o fuera de lugar. Se siente impelido a buscar respuestas porque el orden de los acontecimientos no las proporciona, sino le exige explicaciones. Dicho de otra forma, alguien le hace culpable de una conducta inesperada»<sup>151</sup>. Es el momento de la responsabilidad el que determina la existencia de un bien. Parecería que el proceso debería ser el contrario: primero existiría un bien, y porque este bien se ha vulnerado... Pero los hombres no somos así. Álvaro d'Ors explica que en el derecho sucede lo mismo que con el cuerpo: uno no se peca de que funcionan sus vísceras hasta que algo falla, de modo que la noción de patología es anterior a la de salud. Sobre este punto existe un cierto consenso. Trigeaud explica que la

<sup>150</sup> *Op. cit.*, pág. 107.

<sup>151</sup> V. Camps, *Virtudes públicas*, cit., pág. 61.

idea de la justicia sólo se forma a partir de la vivencia de la injusticia<sup>152</sup>, y Schwarz-Liebermann escribe que el proceso dialéctico de la justicia está animado por el hecho de que la antítesis es su condición existencial<sup>153</sup>. El hecho primario en el derecho, lo que nos hace reconocer que estamos ante la presencia de un bien jurídico, es la aparición de la culpa o responsabilidad<sup>154</sup>.

#### 5.1.4. Los instintos y los medios en la creación de los bienes.

Falto de una mayor determinación existencial, el fin del hombre –es decir, de la moral y del derecho– es saber liberar los instintos. Quizá bajo la influencia de la ética protestante puritana de los siglos XVIII y XIX, usualmente se estima que la moral tendría como función principal la represión del instinto y del placer que los instintos proporcionan. No es así como la tradición aristotélica y tomista contempló la relación entre los instintos y la moral. Aristóteles se mueve en todo momento en el plano de lo que es “natural” al hombre, en muy buena medida en el terreno de los instintos, y lo mismo hace Tomás de Aquino: para ambos la meta última de la filosofía práctica es llegar a la realización del instinto básico del hombre: la felicidad. A diferencia de otros modos de entender la moral –pensemos en los estoicos y en los epicúreos– que son más bien negativos porque se concretan en un “no sufrir” o sufrir lo menos posible, Aristóteles y Tomás establecen una finalidad francamente positiva, optimista: el fin del hombre es llegar a ser feliz sabiendo liberar los instintos animales y racionales.

He aludido al hecho de que el hombre es un ser bastante indeterminado existencialmente, que no sabe muy bien qué hacer consigo mismo. Un cristiano posee una serie de claves que le ayudan parcialmente a superar esta indeterminación, pero aun así su vida dista mucho de estar acabada. Así pues, la indeterminación continúa y se hace preciso reconocer unos puntos de referencia básicos para nuestras vidas. Esos puntos de referencia son los principios que forman como el fondo del vaso de la “moral” o del hombre, que proceden desde lo más primario de la conciencia (y entonces hablamos de los “primeros principios”), o bien desde la experiencia, o bien desde el instinto. Aunque normalmente esta distinción tan escolar no se muestra tan claramente en la praxis porque los principios constitutivos del hombre se muestran dependientes tanto de la conciencia como del instinto, por ejemplo.

De todos modos, ahora nos interesa destacar la función del instinto en nues-

<sup>152</sup> Cfr. *De l'universalité de la justice en Europe*, cit., pág. 320.

<sup>153</sup> «Son processus dialectique est animé par le fait que l'antithèse est sa condition existentielle». Cfr. *Fondements...*, cit., pág. 17.

<sup>154</sup> «Le fait qu'il y ait responsabilité, le fait qu'il y ait l'effet de la responsabilité –et de l'irresponsabilité– nous introduit dans une nouvelle dimension du réel, nous conduit vers ce qui mérite ce nom». Cfr. Schwarz-Liebermann, *Le droit et les choses...*, cit., pág. 276.

tra vida siguiendo lo que indica Leopoldo-Eulogio Palacios: «La verdad especulativa se define usualmente como adecuación del entendimiento y la cosa. ¿Y la verdad práctica? Aquí no hay cosa acabada a la que deba adecuarse el entendimiento o razón. Según dije arriba, la razón práctica no tiene por oficio espejear o especular objetos, sino todo lo contrario: producirlos y realizarlos. Y no habiendo posibilidad de que se acople a una cosa ya hecha (pues ella es la que tiene que hacerla), su rectitud y acierto sólo pueden provenir de su adecuación con su principio directivo, con lo que se llama el *apetito*, dando a esta palabra su sentido más noble»<sup>155</sup>.

Tomás de Aquino dejó escrito que «los preceptos de la ley natural siguen el orden de las inclinaciones naturales del hombre», y Hegel nos indica que «Lo verdadero de esta indeterminación es que los instintos deben aparecer como el sistema racional de las determinaciones de la voluntad; aprehenderlos de esta manera es el contenido de la ciencia del derecho»<sup>156</sup>. Es decir, los grandes universitarios de todas las épocas han comprendido que el edificio de la «moral» ha de construirse sobre los cimientos de los apetitos humanos.

El tema, de todas formas, es algo difícil porque los instintos se nos presentan a veces como racionales y a veces como irracionales. El impulso sexual fundamenta el *ius connubii*, que en nuestra cultura nunca le ha sido denegado a ninguna persona, pero este mismo impulso puede dar lugar a conductas fuertemente inhumanas si se desvincula de la sensibilidad y de la razón. El impulso natural por la libertad ha determinado que haya sido suprimida la esclavitud en Occidente, lo que parece un avance sobre otros momentos históricos, pero también determina que un padre poco escrupuloso abandone con mayor facilidad a su familia. El problema estaría, pues, en saber hasta dónde el instinto contribuye a que cada hombre realice la humanidad que él porta consigo, y cuando comienza a ser un factor de animalidad, de vida inhumana. En este punto entra en juego, entre otros elementos, el «principio de realidad», que tan bien ha descrito Jacinto Choza en *Conciencia y afectividad*: a esta obra me remito.

Por lo que se refiere a los medios que es preciso emplear para hacer realidad la virtud, el tema es también bastante delicado. En la técnica o *poiesis* el artesano dispone de un fin claro a realizar (hacer la declaración de hacienda, por ejemplo) y de unos medios igualmente determinados (aunque es dudoso que haya nada claro en el derecho fiscal). En este campo técnico los medios son simplemente *instrumentos* para alcanzar un fin determinado. No sucede así, sin embargo, en la *praxis* o conducta práctica del hombre, porque aquí los medios son algo más que instrumentos, ya que los mismos medios prefiguran en buena medida el fin último: ¿caso se puede disociar la felicidad –fin de nuestra vida– de los medios que usamos para alcanzarla? Aristóteles se percató de este hecho, y estableció que «el

<sup>155</sup> *La prudencia*., cit., pág. 69. Vid. también las págs. 50-51

<sup>156</sup> Cfr. *Grundlinien*., cit., párrafo 19.

fin se constituye como tal mediante la elección de los medios, en lo cual consiste el juicio deliberante»<sup>157</sup>.

Este tema ha permanecido mal o poco entendido durante mucho tiempo porque se ha perdido de vista la función decisiva de los «medios» en la realización última de la vida del hombre. De hecho, más que constituir un sobreentendido, hoy es preciso volver a explicarlo detenidamente, y por ello Camps escribe que «es imposible conocer de antemano los medios más adecuados para la realización de la vida correcta. No se trata, pues, de elucubrar sobre la idoneidad de unos medios para unos fines, sino que la misma reflexión sobre los medios es ya una reflexión sobre la vida correcta. Los llamados medios no son, en definitiva, otra cosa que la «prefiguración» del fin... Desde tal perspectiva, venimos a invertir los términos tradicionales del problema. Se ha tendido a pensar que es misión de la ética fijar valores y fines, y función de la política poner los medios para llegar a ellos. Con lo cual, ética y política estarán llamadas a contraponerse siempre. O a orientarse según valores de distinto tipo: hacia fines últimos o hacia la eficacia, como indica Weber. Sea como sea, la ética se mantendría intacta, en su reino de los fines, en tanto que la política debería mancharse con decisiones y acciones vergonzosas: el pacifista a ultranza jamás podrá identificarse con ninguna actuación política. De hecho, sin embargo, la dicotomía entre política y ética, como la dicotomía entre fines y medios, es producto de una abstracción que simplifica una realidad mucho más compleja. Si los fines y medios no fueran vistos como conceptos abstractos, sino como una mezcla que hace que se resuelvan los unos en los otros, los términos del problema variarían»<sup>158</sup>. De hecho, esta autora ha escrito poco antes que «los fines o razones últimas de la acción no dicen nada, carecen de contenidos, separados de los medios que han de realizarlos. Es relativamente fácil ponerse de acuerdo sobre la cuestión de que todas las formas de explotación del hombre por el hombre han de ser abolidas; no es tan fácil, sin embargo, el acuerdo sobre qué entendemos o hay que entender, a qué llamamos o debemos llamar, 'explotación'»<sup>159</sup>.

## 5.2. Bien y comunidad.

Desde un punto de vista muy extendido, se entiende que promover el bien de uno supone hacer daño a los otros. Sucedería algo así como en el reparto de una tarta: cuanto más se le dé a uno, menos queda para el otro. Victoria Camps afronta este problema y nos dice que «es fácil encontrarse con dos o más opciones incompatibles. Cualquier conflicto ético puede servir de ejemplo: el joven que, según lo cuenta Sartre, se encuentra ante el dilema de escoger entre su madre y la patria se

<sup>157</sup> *Moral a Nicómaco*, ed. cit., L. III, cap. 3.

<sup>158</sup> *Ética, retórica, política*, ed. cit., págs. 77-78.

<sup>159</sup> *Ética, retórica, política*, ed. cit., pág. 75.

enfrenta a una incompatibilidad que tal vez podría dirimirse modificando la percepción del problema. Dicho de otra forma: el conflicto no se resuelve admitiendo o rechazando una de las dos opciones aparentemente incompatibles, sino contemplándolo desde una perspectiva distinta<sup>160</sup>. Se trata ahora de saber qué es esa "perspectiva distinta" a que alude Camps.

El sujeto que razona en la moral y en la justicia no puede ser el "yo". Si los hombres no nos acostumbamos a conjugar el "nosotros", difícilmente podremos hacer justicia, y más difícilmente aún podremos llegar a la meta última de la moral: la felicidad personal. La *Philautia* no sólo es un criterio inadecuado, sino desdenable; y no lo califico así porque me oponga personal o subjetivamente al egoísmo que conlleva, sino porque se opone a lo que en realidad es el hombre: un ser necesariamente social en la mayor parte de sus dimensiones. Este rasgo de la naturaleza humana lo captó con bastante radicalidad Aristóteles, y dejó escrito que «Así pues, llamamos en un sentido justo a lo que produce y protege la felicidad en la comunidad política»<sup>161</sup>. Nótese que Aristóteles no dice algo así como: "llamamos justo a lo que hace feliz al individuo". Sino que introduce el criterio de la comunidad en la génesis de la felicidad personal.

Este problema ya era viejo en el tiempo de Aristóteles. De un lado, él se encontraba con la pura "teoría" platónica, desvinculada de la realidad. De otro estaban los sofistas, que se situaban en las antípodas de Platón porque no reconocían ninguna "teoría" reguladora de la conducta humana y atendían únicamente a los intereses de los individuos. De hecho, los nombres de Gorgias, Calicles o Trasímaco han pasado a la historia como los primeros pensadores conocidos que vincularon el derecho a la fuerza, de modo que aquél era un resultado del equilibrio de intereses; pero los intereses o la fuerza no pueden ser el campo de la justicia. Aristóteles, con fino sentido político, desdenó tanto la excesiva teoría platónica como el "realismo" grosero de los sofistas. Su apartamiento de Platón le llevó a tener en cuenta los intereses reales de los integrantes de la comunidad, y su sentido de la justicia le proporcionó el "filtro" por el que debían pasar los intereses individuales para llegar a ser intereses jurídicos, que no era otro que el logro de la comunidad: un interés está justificado o legitimado cuando encaja en el bien común. El haber sabido centrar el tema, escapando de la teoría utópica platónica y de la reducción del derecho y la justicia a la fuerza (lo que implicaba cabalmente la negación misma de la justicia) hace que Leo Strauss considere a Aristóteles como el primer pensador político que ha existido<sup>162</sup>. Porque si los sofistas hacían imposible la justicia a fuer de ser "realistas", Platón la negaba igualmente por haberla llevado a las nubes. Y la justicia es un criterio corrector de la conducta humana, que por este doble hecho (ser una idea regulativa y tener que recaer efectivamente sobre conductas reales) ha de ser ideal y eficaz a la vez.

<sup>160</sup> *Ética, retórica, política*, cit., pág. 48.

<sup>161</sup> *Moral a Nicómaco*, ed. cit., Libro V, cap. 1.

<sup>162</sup> Vid. D. Innerarity, *Razón práctica y razón política*, cit., pág. 162

Este criterio aristotélico se ha vuelto incomprensible para la mentalidad individualista. El individualismo político y jurídico sólo atiende al número: la mayoría siempre tiene razón. O, si no la tiene, la solución propugnada por la mayoría es la menos mala posible. El hombre contemporáneo siente pánico ante las "vanguardias clarividentes" que pueden imponer su criterio a las mayorías. La mayoría es un criterio tan bueno como otro cualquiera, pero tiene que ser completado con el sentido social porque, campando por sus respetos, la mayoría puede oprimir eficazmente a una minoría. Aristóteles propone, en definitiva, que no degenera la sociedad como consecuencia de la falta del principio de la sociabilidad. La mayoría blanca de los EEUU puede oprimir a las minorías étnicas, y los propietarios de bienes inmuebles urbanos pueden explotar —mediante la especulación con esta propiedad— a los que no son propietarios. Pero toda opresión es un *boomerang* que deteriorará a toda la sociedad: de hecho, los problemas que crean las minorías marginadas acaban afectando gravemente "a todos". Por esta razón MacIntyre explica que el que antepone su propio bien al de los demás no es tanto un egoísta como una persona que no ha comprendido cual es su verdadero bien.

Una constante de la inflación de "política" que ha habido en los siglos XIX y XX, ha sido que bajo el término *político* sólo se entiende la relación entre el individuo y el poder político supremo, y esto tampoco es realista. Los hombres desarrollamos la inmensa mayor parte de nuestra actividad en instituciones intermedias, tales como los municipios, corporaciones profesionales, empresas, etc., y estas instituciones constituyen el criterio social inmediato de que disponemos para juzgar la licitud de nuestra conducta. En efecto, cada institución tiene o protege un bien objetivo; sabemos que es *objetivo* porque normalmente está por encima de los intereses de las personas que forman parte de esa institución. Los intereses de alumnos y profesores de un centro educativo —quizá medibles estadísticamente— pueden muy bien ser los de trabajar poco, lo menos posible. Pero si esos intereses convergentes se hacen realidad, ese centro realizará de hecho una función antisocial y degenerará en no justificado, ilegítimo o injusto, porque las personas formadas en él constituirán un peligro social. Aun al filo de este ejemplo simplista, esto nos hace ver que el gobierno de una institución no puede tener como hilo conductor el equilibrio de intereses. Sucede más bien que la justicia consiste normalmente en hacer realidad los bienes sociales y humanos por los que existe cada institución. Y estos bienes constituyen *realmente* los intereses de los individuos: si los hombres son abandonados al juego de sus "intereses" subjetivos, entonces tiene razón Hobbes al recoger la vieja frase "homo homini lupus". Pero cuando el sujeto sale de sí mismo y atiende a las cosas, entonces entiende que su interés personal está por encima de lo que le dicta su interés subjetivo.

En este tema tenemos que precavernos frente a la tentación de erigir en modelo de todo el derecho a las Reglas Tipo A: estas normas sí se forman y establecen mediante el juego de fuerzas efectivas, y este hecho constituye precisamente su garantía de estabilidad y eficacia. Por esta razón personas tan distintas como Carl Schmitt o Gustav Radbruch mantienen que aquél que efectivamente puede imponer un orden, ése es el que está justificado para imponerlo. Pero las reglas consti-

tucionales, tipo A, son muy peculiares y sus caracteres son en principio específicos únicamente de ellas. Quizá debido al hecho de que Europa ha estado tan preocupada, desde la Revolución Francesa hasta hoy, por encontrar su constitución política, estas reglas han saltado al primer plano de la atención y han cobrado un protagonismo muy desproporcionado.

Si nos preguntamos cuándo es común un bien, que viene a ser lo mismo que preguntarnos cuándo un bien es tal, surgen inmediatamente dos criterios. En primer lugar, algo es "bueno" porque representa algo bueno, bello o útil para toda la sociedad. Ya estudiamos este tema al tratar de la "utilitas" y la creación de las leyes políticas. El otro criterio consiste en que esa conducta exprese y haga realidad una exigencia de la justicia. Porque aunque la justicia se haga realidad en una sola persona se reputa que es un bien para todos los hombres, porque todo el género humano queda representado en aquél con quien se vive la justicia o se comete la injusticia<sup>163</sup>.

Además, siempre será un bien la libertad, en general, cosa que normalmente se consigue con la falta de normas: la "normativización" es uno de los peores enemigos del ciudadano y sólo es "útil" en definitiva para que unos pocos se luchen en beneficio de la gran mayoría<sup>164</sup>. Esta libertad del arbitrio es uno de los bienes comunes más importantes: los hombres necesitamos un margen de libertad irresponsable en el que nuestro arbitrio pueda ser ejercido a fondo. Es, entre otras cosas, una garantía de salud mental.

El arbitrio no se opone al sentido comunitario. Lo que sí se opondrá a tal sentido es erigir a la figura de los "derechos" (subjetivos) en la manifestación primaria del derecho: entonces ya no existe más comunidad. Sólo hay seres que luchan por imponer sus intereses, al margen de cualquier consideración de justicia. A menos que se diga, como hicieron algunos sofistas del tipo de Caliclés, que la ley de la mayoría es la ley de la justicia.

<sup>163</sup> Joachim Hopper escribía que «Atque id quidem cum ita, consequitur porro, nihil opus esse, separatim de officiis adversus alios, et separatim de his, quae quis apud se praestare debet, precepta proponere. Nam una et eadem est utilitas uniuscuiusque, et universorum: unum et idem debemus alii, et nobisipsis». Cfr. *De iuris arte*, ed. cit., pág. 340. Hopper se refiere en este texto a las obligaciones que tenemos con nosotros mismos; pero esta idea puede extenderse a las obligaciones con una sola persona.

<sup>164</sup> Domingo de Soto escribía sobre este extremo que «Unde illico efficiuntur veluti araneum telae, quibus moscae arcentur, non leones. Legum inquam inmodica turba hoc solum praestat, ut boni et mites, qui legibus non indigent circumspecti vivant, perspicaces autem et in domiti leges plures habeant, quas pessudent ad suas explanas libidines». Cfr. *De iustitia et iure libri decem*. Reproducción facsímil de la edición de 1556. I.E.P. Madrid, 1967, Libro I, q.VI, art.3, página 43 del primer volumen de esta obra.

### 5.3. Los problemas del "medium rei".

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

La vulneración de los derechos de la personalidad es algo distinto de la vulneración del *suum*, de aquello que "es de uno". La personalidad exige ante todo igualdad; la justicia no atiende tanto a la igualdad como a la equivalencia, que debe ser medida normalmente al margen de las personas, aunque la persona humana sea la razón última por la que se miden las cosas.

Persona y medición objetiva se combinan en el derecho. Explica Trigeaud, siguiendo a Álvaro d'Ors, que «la persona está ausente del fundamento o la esencia del derecho, porque éste consiste en una partición de cosas. La persona se manifiesta indirectamente, en el límite, en tanto que sujeto de derecho, porque ella exige que se le atribuya un bien objetivo»<sup>165</sup>.

#### 5.3.1. El "Medium rei".

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

Aristóteles captó con toda lucidez que la medición jurídica es una medición de cosas, y dejó escrito que lo que es justo supone cuatro términos por lo menos:

<sup>165</sup> «La personne est absente du fondement ou l'essence du droit, puisque le droit consiste en un partage de choses. A la limite, la personne se manifeste indirectement, comme sujet de droit, au sens d'attributaire d'un bien objectif». Cfr. *La fonction critique du concept de nature des choses*, en "Philosophie juridique européen", cit., pág. 202. Es difícil traducir la palabra *attributaire*, que implica un cierto protagonismo o exigencia: en español no existe el término "atributario".

dos personas para las que se da algo justo, y las cosas en que se da o realiza lo justo, que también son dos; la igualdad es la misma para las personas que para las cosas porque son las cosas las que determinan las posiciones iguales de las personas<sup>166</sup>. En la Política retoma esta cuestión y escribe que «la justicia es una cualidad de las cosas por referencia a las personas»<sup>167</sup>. En efecto, ha sido una intuición que se remonta a los orígenes de nuestra cultura entender que lo que se me debe no se determina por lo que yo soy, ni por lo que es el otro, sino por la naturaleza de la relación jurídica que me vincula con el otro. Esta relación puede ser muy distinta: si he comprado un paquete de tabaco que cuesta 200 pesetas, debo objetivamente 200 pesetas. Si le he causado al otro un daño físico grave porque le he atropellado con mi coche, la indemnización puede ser fijada en varios millones de pesetas. Varía tanto el motivo, título o causa por el que debo algo a otro, como ese mismo débito. Como en el plano de la justicia nos relacionamos con los demás necesariamente a través de cosas (es decir, de "relaciones jurídicas" muy concretas) yo cuento ante el otro según *la cosa* que me une a él, de modo que quedamos "igualados" –pues siempre se ha dicho que la justicia consiste en una igualdad entre las personas– no en atención a nuestras personalidades sino en atención a la relación *real* que nos vincula. Esa relación "real" constituye "la cosa" que debemos al otro, de modo que si yo pago al estanco las 200 pesetas que cuesta el paquete de tabaco, quedamos "igualados" jurídicamente.

Tomás de Aquino dedicó cierta atención a este tema, desde el ángulo de la filosofía moral. En la II-II de la *Suma teológica* se ocupa de las cuatro virtudes fundamentales, la prudencia, justicia, fortaleza y templanza. Declara reiteradamente que la justicia se diferencia de cualquier otra virtud porque las virtudes regulan las pasiones interiores de los hombres y para esta regulación se atiende únicamente al mismo hombre cuyas pasiones hay que regular. Es decir, para determinar lo que puede beber Pedro (que es una cuestión que atañe a la templanza) hay que atender al aguante que Pedro tiene personalmente ante el alcohol. Esto, sin embargo, no sucede con la justicia, porque para determinar lo que Pedro debe a Juan no se atiende al interior de uno ni del otro, a la peculiar personalidad de cada cual, sino a la naturaleza de la cosa misma que los une en derecho. Así, si Pedro ha comprado a Juan un coche que vale 900.000 pesetas, Pedro debe a Juan 900.000 pesetas, y esta deuda no se calcula por lo que "es" Juan o por lo que es Pedro, o por alguna cualidad personal de uno o de otro: la deuda se calcula por lo que vale la cosa externa, es decir, el coche. Por este motivo Tomás de Aquino declara que la "materia de la justicia" consiste en una operación *exterior* a través de la cual se determina la proporción debida a otra persona, y por esto, el *medium iustitiae* (la "cosa justa" o "lo que es lo justo") consiste en una cierta proporción según la igualdad de la cosa<sup>168</sup>. Es decir, para determinar lo que se debe al electricista que

<sup>166</sup> Cfr. *Moral a Nicómaco*, ed. cit., Libro V, cap. III.

<sup>167</sup> Libro III, cap. 7.

<sup>168</sup> «Respondeo dicendum quod, sic ut supra dictum est, aliae virtutes morales consis-

ha venido a casa, no se atiende a lo que el dueño de la casa puede pagar, ni a lo que el electricista necesita personalmente, sino al tiempo invertido en la reparación, costo de los materiales empleados, etcétera. Se trata, pues de una "operación exterior" a lo que son las personas mismas, que se concreta o calcula según una medida objetiva y externa a las personas que intervienen en la relación.

Este planteamiento no se eritiende, sin embargo, desde hace siglos. La Modernidad entendió que "el derecho" o lo justo –"la cosa justa"– es una *cualidad moral* de las personas que dimana de la misma personalidad, y el siglo XX ha seguido esta mentalidad y se ha llenado con la ideología de los "derechos humanos", que, a modo de "cualidades morales" de las personas, parecen constituir hoy el único punto de referencia para determinar la justicia. Francesco d'Agostino habla, por ello, del horizonte de "absolutización de lo humano" en el que el derecho pierde cualquier medida objetiva<sup>169</sup>. «En los límites en los que el hombre es considerado medida en sí mismo, es bien difícil elaborar declaraciones de derechos que no sean autorreferenciales, y por esto mismo privadas de fundamento»<sup>170</sup>. En la experiencia jurídica Moderna (si es que se puede llamar *experiencia "jurídica"* a lo expuesto en las obras de Pufendorf, Gundling o Kant) el derecho o lo justo no posee ninguna medida objetiva distinta de lo humano en cuanto tal y, lo que es más grave, esa *humanidad* así postulada deviene simple estructura o instrumento para una artificialidad<sup>171</sup>. Efectivamente, las construcciones político-jurídicas de la Modernidad, que se renuevan hoy de la mano de Buchanan, Nozick, Rawls o Habermas, sólo son constructos racionalistas –es decir, construcciones imaginadas, artificiales– basadas en algunas facetas aisladas de lo que es el hombre, a las que se llama a veces "derechos" del hombre o *derechos humanos*. Y así no es posible la ciencia jurídica.

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

tunt principaliter circa passiones, quarum rectificatio non attenditur nisi secundum comparationem ad ipsum hominem cuius sunt passiones... Et idéo medium talium virtutum non accipitur secundum proportionem unius rei ad alteram, sed solum secundum comparationem ad ipsum virtuosum. Et propter hoc in ipsis est medium solum secundum rationem quoad nos. Sed materia iustitiae est exterior operatio secundum quod ipsa, vel res cuius est casus, debitam proportionem ad aliam personam. Et ideo medium iustitiae consistit in quaedam proportionis aequalitatis rei exterioris ad personam exteriorem». Cfr. *Suma teológica*, ed. cit., II-II, q.58, art.8, resp.

<sup>169</sup> Vid. *Frammenti di Filosofia del Diritto*. Torre. Catania, 1990, pág. 120.

<sup>170</sup> *Frammenti...*, cit., pág. 122.

<sup>171</sup> Vid. F. d'Agostino, *Frammenti...*, cit., pág. 121.

Este tema se ve enturbiado por esa rama especialmente interesante del derecho que es el derecho penal. La teoría general del derecho ya se resintió desde finales del siglo pasado porque fue elaborada por penalistas alemanes, quienes, como es lógico, la enfocaron desde su peculiar ángulo o deformación; posteriormente, el cine y la televisión han hecho que el derecho penal sea para el gran público el paradigma de lo jurídico: realmente, sería muy aburrido hacer películas sobre casos de derecho mercantil. Y en el caos en que se ha convertido el derecho penal en el siglo XX –en el que ni siquiera los penalistas se ponen de acuerdo sobre cual es su finalidad o para qué sirve– sí se tienen en cuenta muchas consideraciones personales. Pero lo que sirve para el derecho penal sólo cuenta ante el resto del derecho en muy contadas ocasiones: algunos supuestos de negligencia o buena fe, y poco más. La inmensa mayor parte de la vida jurídica pasa de largo ante las consideraciones personales.

Puede parecer que el derecho se despersonaliza y –por así decir– se *cosifica*. Pero temo que el derecho siempre ha sido así (*despersonalizado*) y que la única garantía de que exista una cierta justicia se base precisamente en esta objetivación externa a las personas. Los hombres siempre se han quejado de la despersonalización inhumana del derecho: de aquí el antiguo dicho gótico: *Juristen, böse Christen*, ¡juristas, malos cristianos! Por esta razón Radbruch escribió que «si nos preguntamos ahora qué es lo que puede explicar esta frecuente aversión de los poetas y, en general, de los artistas hacia la ciencia jurídica encontraremos como causa, tal vez, la llamada 'objetividad' jurídica, es decir, la tendencia del jurista a abstraerse precisamente de los rasgos esencialmente humanos. El Derecho, por ejemplo, conoce del matrimonio, pero ignora el amor; nos habla de obligaciones y créditos y deudas, pero no de amistad»<sup>172</sup>. Federico García Lorca aludía al plomo de las calaveras, y este reproche lo hacía contra quienes tienen un marcado talante jurdicista: lo hubiera podido extender con más razón a todos los juristas.

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

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

Supuesta la objetividad y la equidad, la doctrina del *medium rei* es normal-

<sup>172</sup> *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pág. 145.

mente nuestro único criterio de justicia, de modo que desaparecido él, quedamos abandonados al juego de fuerzas existente en el sector profesional, económico, familiar o político en el que nos movamos. El “*medium rei*” exige que se examinen las exigencias objetivas (“objetivas” viene de *obiectum* u objeto) del problema para estar en condiciones de decidir con justicia. Así, si se convocan becas para estudiantes, la objetividad exige que se tenga en cuenta solamente la economía de la familia y el rendimiento académico del solicitante. El personalismo –que en Hegel es sinónimo de injusticia– proviene cuando las becas se conceden al margen de estos criterios porque se atiende a consideraciones “más personales”. Por este camino, como suele suceder de hecho en la adjudicación de tantas cosas, todo queda en manos de la fuerza o, lo que es lo mismo, del poder. El criterio del *medium rei* desborda este tipo de consideraciones subjetivas y centra la atención en los datos concretos del problema, de modo que la necesidad aparece como la fuente máxima de justicia o de injusticia<sup>173</sup>.

### 5.3.2. Objetividad y voluntad.

No todos los datos del problema nos los ofrece sin más la objetividad de “la cosa” examinada: el caso ha sido configurado en buena medida por los hombres, por su voluntad en la historia, y por este motivo la ciencia jurídica ha de tener en cuenta muchas normas, criterios y principios que han sido establecidos por la voluntad humana. Ya aludí anteriormente a que el hombre no sólo irrumpe en la historia, sino que crea una dimensión de esta misma historia: en buena medida el hombre es autoplástico. Esta plasticidad se muestra, entre otras facetas humanas, también en la jurídica, y éste es el campo que los antiguos llamaban del *ius positivum*, normalmente fundido con el del *ius naturale*.

Si concretamos en el derecho laboral, esta irrupción del hombre en la historia la comprobamos, por ejemplo, en la creación del contrato de trabajo: no está escrito en los cielos que tal contrato haya de sustituir al contrato romanístico de la prestación de servicios. En otras palabras: los datos que los hombres han de estudiar son en buena medida creación de ellos mismos.

En este sector de problemas contemplamos la vinculación de la justicia a las personas: el orden social ni nos viene dado íntegramente ni se desprende sin más de la realidad. Muchas instituciones jurídicas las decidimos los hombres según nuestra idea de la dignidad, de nuestros intereses, del plexo de fuerzas que concurren. Domat tituló a su obra más conocida *Las leyes civiles en su orden natural*: hoy estamos en condiciones de superar la ingenuidad de algunos ilustrados, y seguramente no se nos ocurrirá hacer un “código de derecho natural”. Desde luego, el derecho a las vacaciones pagadas no está inscrito en la naturaleza del hombre. La

<sup>173</sup> Sobre este criterio, el específicamente jurídico, vid. Rodolfo L. Vigo, *Las causas intrínsecas del derecho*, en “*Sapientia Iuris*”, XXXVII (1982), Buenos Aires, págs. 57-58.

*dignitas, pietas, o la humanitas* se convierten así en fuentes del derecho siempre que haya poder suficiente para imponer en el pacto lo que se consideran sus exigencias.

Tal como vimos al aludir a la historicidad humana, el dato histórico se entrelaza con el que no es histórico sin que siempre sea posible distinguir entre ambos. Rousseau no tenía razón cuando mantenía que el orden social (todo él) depende de convenciones. No es necesario que un técnico en ordenadores tenga que ganar más que un minero; incluso en algunos países los trabajos más primitivos se pagan más caros, porque son más duros. Pero sí es de sentido común que el mecánico no puede pretender cobrar tres horas de trabajo por un arreglo que cualquier profesional competente realizaría en una hora: en lo que es propio de la voluntad inciden factores que afortunadamente reifican u ontologizan lo arbitrario.

### 5.3.3. Objetividad y función.

La palabra "función" se opone en este contexto a la de derecho, entendido éste como un derecho subjetivo, cuya nota definitoria es la irresponsabilidad. En la función, en cambio, se es esencialmente responsable, porque el sujeto que ejerce la función ha de rendir cuentas.

Normalmente, todo lo que tiene una causa necesaria u objetiva para existir está condicionado por aquello mismo que es la razón de su existencia. No estamos, pues, ante unos simples condicionantes de la libertad que no tendrían más explicación que la inercia de los prejuicios de la tradición, tal como los liberales explicaron las limitaciones de la propiedad en el siglo pasado: si la propiedad posee limitaciones es porque es necesario que exista la propiedad, y por eso ha de tener esas limitaciones. Sólo lo que no es necesario puede ser ilimitado.

Dicho de otro modo: las condiciones que hacen necesario que una institución exista *ahora* (no me refiero a su origen en la historia), son efectivamente *condiciones* que siguen operando una vez creada esa institución. Entonces decimos que tal institución cumple una *función*: ella trabaja para el bien del conjunto, y el conjunto mismo determina cómo debe trabajar. Frecuentemente una institución altera sus propios condicionantes, de modo que ya no funciona de acuerdo con su razón de ser: éste es un caso típico de opresión, porque si esa institución sigue existiendo es únicamente porque favorece a algunos.

Tampoco han corrido buenos tiempos para entender esta explicación de la realidad jurídica. Primeramente Comte suprimió la libertad individual en nombre de una teoría exteriormente parecida a ésta; suscitó la palabra derecho por la de "función", pero en un sentido tan organicista que despersonalizó el derecho, y la explicación comtiana se hizo acreedora de una justa antipatía. Más tarde, ya en el siglo XX, diversas teorías institucionalistas fueron utilizadas por el pensamiento político totalitario. La reacción frente a ellas ha consistido en entender al Derecho como una pugna de "derechos" subjetivos enfrentados: unas *cualidades morales*

que serían inherentes a cada persona y que mediante la lucha recíproca llegarían a una especie de equilibrio como el equilibrio ecológico.

Al filo de esta mentalidad, sólo existiría como dato primario el derecho o la libertad, y toda limitación de esta *lex permissiva* originaria<sup>174</sup> sería vista como limitación odiosa, sólo justificada por la necesidad de que existan las menos limitaciones posibles. Un escolástico tardío español del siglo XVI, Mancio del Corpus Christi fue uno de los primeros en llevar esta visión del "derecho" a la explicación de la propiedad: Mancio define al derecho de propiedad como «la facultad de usar de una cosa sin ninguna limitación»<sup>175</sup>, pero como ha de reconocer que existen limitaciones de la propiedad (casos de los menores, de los pródigos), aclara inmediatamente que tales limitaciones no corresponden «a la naturaleza del dominio»<sup>176</sup>.

Si se expone así el problema, el planteamiento es irreal porque la propiedad no es esto. Y porque es irreal decimos que es injusto: toda irrealidad lleva necesariamente a injusticias. La moral (de la que el derecho o la justicia es un sector) no es más que el esfuerzo del hombre por realizarse como tal, y cuando se pierde de vista lo que las cosas son (y el hombre es el tópico que aglutina la realidad de modo que podamos hablar conjuntamente de "las cosas") el hombre ya no se realiza específicamente "como tal", sino como le es impuesto: he aludido anteriormente a que cuando se pierden de vista las cosas –que son nuestro punto de encuentro y nuestra garantía de justicia– entra en juego lo único que queda: la fuerza. En tal caso la "libertad" se verá ampliada, recortada o suprimida según la fuerza de que cada cual, cada grupo, disponga. Porque entonces ya faltará el punto de referencia que permite decir: "esto es injusto". Y por este camino que no reconoce condicionantes en las cosas, la "libertad" de cada cual degenera en opresora de la libertad de los otros o de las minorías en votos o en poder.

El fallo está en considerar superficialmente –como hace Mancio– que las limitaciones son *excepcionales*. Examinando el problema más atentamente, el defecto de Mancio reside en que no ha entendido *qué es* (es decir, por qué y para qué existe) el derecho de propiedad. Los liberales del siglo pasado hicieron realidad las tesis de Mancio sobre la propiedad y volatizaron prácticamente todas las prohibiciones; pero como el hombre no puede vivir al margen de sí mismo, el siglo XX ha limitado la propiedad quizá en mayor medida que la Baja Edad Media. La diferencia con entonces está en que ahora la ha limitado sin poder dar explicaciones de nuestra conducta. Todo lo que ha quedado del sentido común que hace posible la propiedad es la doctrina del abuso del derecho, que se presenta hoy

<sup>174</sup> Así caracterizaba al derecho J.A. Brückner, el más lúcido y coherente en mi opinión de los iusnaturalistas modernos. Vid. su *Essai sur la nature et l'origine des droits ou Déduction des principes de la science philosophique du droit*. Leipsic, 1810, párrafos 145 a 178.

<sup>175</sup> Cfr. *De Dominio* I. Observatio 4. Págs. 246 y 247 del volumen 12 de "Persona y Derecho".

<sup>176</sup> Vid. *Ibidem*, pág. 245 de este volumen de "Persona y derecho".



como necesaria pero incoherente con el conjunto doctrinal que explica la propiedad. Diríamos que frente al derecho de propiedad de otra persona se opone el derecho mío a que el otro no abuse de su propiedad... y al jurista no le puede quedar claro dónde comienza el abuso del derecho y donde termina mi derecho. En la práctica suele haber un cierto sentido de la justicia porque los juristas (los legisladores, los jueces) son cripto-objetivistas, como indiqué antes. Si no es así, entonces la regulación queda en manos de la fuerza.

Si el término "función" resulta molesto porque recuerda demasiado al positivismo sociológico de Augusto Comte o a las diversas teorías institucionalistas en las que se apoyaron los totalitarismos de la primera mitad de siglo, podemos usar la palabra "administración". Schwarz-Liebermann indica que «siempre es indispensable reconocer que, precisamente a causa de esta situación funcional, toda 'propiedad' no es un derecho absoluto, *utendi et abutendi causa*. Al contrario, toda dominación, todo ejercicio de un poder de disposición está sometido a la jerarquía de valores en cuestión, a la finalidad última y a sus razones. Todo ejercicio de un derecho está sometido a la noción inexorable de 'administración'. Y esto es lo que impide una propiedad en sentido absoluto»<sup>177</sup>. Esta tesis me parece algo exagerada: también existen los derechos subjetivos, que se caracterizan como tales frente a los restantes tipos de derechos porque está ausente de ellos la idea de administración y, por ello, su ejercicio no está sujeto a responsabilidad. Más adelante me ocuparé de ellos. Pero, a pesar de las exageraciones, el núcleo de la idea que expone Schwarz-Liebermann es aprovechable.

Tratamos ahora de explicar cuando la libertad del hombre es hecha posible por la realidad, la "objetividad", esto es, cuando ésta crea un derecho o una posibilidad de acción que puede ser actuada por un sujeto. Trigeaud concede sin mayor dificultad que el *campo patrimonial* del hombre es el terreno de la medida, de la división, en donde está vigente el criterio del *medium rei*, sin olvidar su origen y dependencia de la persona; no sucede así en el *campo personal*, que es el de los derechos y deberes de la personalidad, que se muestra más refractario a la "medida de las cosas"<sup>178</sup>. Habría que ver más despacio qué se entiende por campo de lo patrimonial o derecho patrimonial, y la zona de lo personal o derecho de la persona: el pensamiento de Trigeaud es muy matizado para admitir este tipo de clasificaciones rotundas. Lo que sí veo con claridad es que "las cosas" nos siguen ayudando incluso en las esferas que pueden parecer más "personales".

<sup>177</sup> «Il est toutefois indispensable de reconnaître que, précisément à cause de cette situation fonctionnelle, toute "propriété" n'est pas un droit absolu, *utendi et abutendi causa*. Au contraire, toute domination, tout exercice d'un pouvoir de disposition est soumis à la hiérarchie des valeurs en cause, à la finalité ultime et à ses raisons. Tout exercice d'un droit est soumis à la notion inexorable d'"administration". Celle-ci interdit une propriété au sens absolu». Cfr. *Fondements...*, cit., págs. 27-28.

<sup>178</sup> «Mas il y a aussi, en second lieu, le domaine, le plus vaste champ du *patrimonial*. Le *patrimonial* tombe mieux sous les critères de mesure et de division, sans toutefois oublier sa dépendance et son origine dans le *prosopon*...». Cfr. *Philosophie du droit...*, cit., pág. 81.

Así, por ejemplo, el derecho a la libertad informativa se vivencia hoy como un "derecho" inherente a la *persona*. La cuestión es: si queremos entender y explicar la realidad, sin pretensiones de normarla según nuestro juicio, ¿podemos entender la libertad informativa como un derecho estrictamente *personal*? Es necesario matizar: todos los derechos se orientan hacia las personas y dependen de las personas; en este sentido, cualquier derecho o deber es un derecho o deber "personal". Luego la libertad e información no es más ni menos personal que cualquier otro derecho. Pero si al hablar de "derecho personal" se quiere decir que todo hombre tiene derecho a expresar lo que quiera, porque todo hombre es persona, ya no es posible estar de acuerdo. Porque el derecho a la libertad de información no me parece tanto un derecho de la persona a decir lo que quiera como la necesidad o el derecho que tiene la verdad a ser expresada: el acento no recae sobre el sujeto que habla, sino sobre el objeto que se expresa, es decir, la verdad. Es un derecho muy transido de la personalidad del informador porque entre los hombres la verdad no suele ser absoluta: el color del cristal con que se mira influye en que se destaque más un rasgo que otro, en que se valore más una vertiente del problema que no otra. Podemos decir que se trata de la verdad *more humano*, al modo de los hombres: pero de la verdad al fin y al cabo. Porque cualquier persona distingue en su vida cotidiana entre la verdad y la mentira: toda interpretación de la realidad tiene su límite.

Reconocemos que es más un derecho *real* que no personal en el hecho de que ningún ordenamiento jurídico reconoce –ni puede reconocer– el derecho a expresarse de un modo absoluto, incondicional. Porque el Derecho también castiga al que se expresa mal, y de ahí las indemnizaciones por daños y perjuicios, la existencia de los delitos de difamación, calumnia, etcétera. Cuando realmente se demuestra que una información es mentirosa, se incurre en responsabilidad, siempre moral y con frecuencia jurídica.

Cuestión distinta es el derecho a expresarse, cuando no se miente sobre estados de hecho o sobre la conducta de las personas, como sucede con algunos sectores de la creación artística o poética; o bien cuando una persona emite su opinión sobre cualquier tema. Éste es un derecho que los Estados totalitarios, y también normalmente los autoritarios, no ven con agrado o lo reprimen. Me parece que no es tanto un derecho a decir lo que se quiera sobre los demás (un derecho así no existe porque caería sin más bajo las sanciones del código penal) como el derecho a emitir las opiniones propias, interpretando cada cual la realidad o los hechos según su propio punto de vista, siempre y cuando no incurra en falsedades o injurias. Este derecho tiene una importancia especial cuando no es más que una faceta del derecho más genérico a la participación en los asuntos públicos<sup>179</sup>.

Las exigencias de la objetividad –y con ella del *medium rei* en su sentido más amplio– siguen presentes allí donde la mentalidad vulgar considera que hay "de-

<sup>179</sup> Sobre este derecho más amplio, vid. mi estudio *Libertad y derecho*, ahora en prensa.

rechos de las personas", como es el caso del derecho a votar *lo que se quiera*. Una cosa es el derecho a votar, y otra distinta es la capacidad de votar en un sentido u otro. La mentalidad del siglo XIX entendió que ésta era una cuestión moral, porque cada persona decide en conciencia lo que debe hacer; y como se dijo que sobre la moral no existen reglas objetivas, porque la moral es asunto *personal* de cada uno (según pensó el siglo XIX<sup>180</sup>), el contenido de la votación es igualmente asunto personal, del que nadie tiene que dar responsabilidades.

Digo con Hegel que esta tesis sólo se puede mantener cuando falta en absoluto reflexión filosófica sobre este tema, y parece más propia de un estado pre-cultural de la Humanidad. Este postulado se basa en la identificación del derecho a votar con lo que de hecho se elige u opta en la votación. Como –se dice– hay derecho a votar o no (según se quiera), existe igualmente el derecho a votar la opción que se prefiera. Como si en la votación para el ingreso en el cuerpo de notarios, o de catedráticos de Universidad, cada miembro del tribunal pudiera actuar irresponsablemente, siguiendo su arbitrio o sus intereses. Esto no es más que una faceta de la confusión más genérica entre libertad y arbitrio.

Cuando se prescinde de la medición objetiva de las cosas y se alca únicamente que la propia opción ha obtenido más votos que las otras, normalmente se identifica el derecho y la fuerza, y entonces la única diferencia entre una dominación militar y otra "democrática" estaría en el hecho de que los militares se imponen con la fuerza de las armas y los *demócratas* con la fuerza de los votos. Todo se reduciría a la cuestión de cómo domesticar o civilizar la Fuerza: las votaciones representarían una Fuerza más civilizada porque se imponen de forma menos traumatizante físicamente: el siglo XX siente horror ante el dolor físico, al que ha reducido casi todos los males imaginables. Pero esto tampoco es democracia.

Un voto no puede ser un *acto de fuerza*: si votar se entiende así habría que condenar al régimen parlamentario por inhumano, inmoral: la teoría política "democrática" sería la primera legitimación –tras algunos sofistas como Calicles o Trasímaco– de la dominación por la fuerza. Y la democracia no es esto.

En todos los organismos se vota para decidir: votamos en los Consejos de Departamento, en las Juntas de Facultad, en las Juntas de Gobierno. El problema es: ¿dónde radica la fuerza vinculante del voto? Se trata de un problema moral como todos los que hacen referencia al *deber*, obligación o vinculatoriedad. Es evidente que no basta decir que todos se han comprometido de antemano a aceptar los resultados de la votación, y que la participación en la votación ya implica el deber de aceptar el resultado: ésta es una explicación formalista e incorrecta, porque confunde un requisito *sine qua non* (la aceptación de la futura voluntad mayoritaria) con el fundamento de la fuerza vinculante de tal voluntad.

Como problema *moral* que es, la voluntad mayoritaria necesita fundamentarse en *buenas razones*, en *razones objetivas*. Puede haber discrepancia sobre la vali-

<sup>180</sup> Vid. *Una introducción a la ciencia jurídica*, págs. 117-123.

dez de esas razones, pero esto no es problema porque la discrepancia acompaña a todos los asuntos humanos: los hombres emitimos *opiniones*, no Verdades con mayúscula. Pero la conciencia del carácter opinable de nuestros argumentos no relativiza de raíz las razones que se alegan ni, por ende, legitima cualquier forma de imposición por la fuerza. Reitero: las razones en que se fundamenta la decisión mayoritaria han de ser "objetivas", o por decirlo con Toulmin, han de ser "buenas razones".

Siempre que se aluda a la objetividad entra en juego el criterio del *medium rei*. La objetividad requiere que se considere qué es la empresa comercial para la que se trabaja, qué es la empresa educativa, o qué es cualquier otra empresa u organismo del que se forma parte. La naturaleza y la marcha de cada actividad suministrará razones objetivas para decidir, y por ello mismo validará a unas opiniones e invalidará a otras sabiendo siempre que existe un amplio campo opinable.

Igual que antes hablaba de los derechos de la verdad, ahora es preciso referirse a los derechos de la institución *para la que se vota*. El Consejo que votando representa o crea la decisión de una entidad hace –por así decir– que esa institución hable. Es una cuestión de intereses, pero de intereses de la entidad: de la Universidad, en nuestro caso. En la medida en que la decisión representa eficazmente los intereses científicos y educativos de la Universidad, en esa misma medida estarán legitimadas las decisiones tomadas por los órganos colegiados: no hay otro criterio. Las personas que integran los órganos colegiados a través de los cuales se gobierna la Universidad actuarán justamente (y podrán, en consecuencia, exigir obediencia) cuando no les guíe su propio interés, sino el interés de la Universidad: pueden entonces exigir obediencia porque la Universidad es esa "cosa", *res*, que nos une a nosotros, y gracias a la cual podemos (ella es nuestro "vínculo" común) *exigir* (y no simplemente imponer) acatamiento.

Hegel indicó reiteradamente que cuando el hombre deja aparecer su particularidad (su propio interés, en este caso), entonces es cuando se produce la injusticia<sup>181</sup>. Al contrario, el interés común, que *ya existe*, es nuestra única garantía de justicia, y es posible que ésta sea una forma de interpretar el oscuro pensamiento de Rousseau. Las *cosas*, al margen de la personalidad o libertad abstracta (en el sentido hegeliano de este término) constituyen y crean eficazmente nuestra justicia. Las cosas constituyen nuestra apertura al ser –por usar una expresión muy manida– y si no nos abrimos a la Realidad, el hombre queda empozado en el charco de su propio ego, fuente continua de injusticias, porque no se puede concebir cómo desde el egoísmo o la falta de sentido de la realidad se puede tratar a los demás adecuadamente. El "morir a sí mismo" de que habla el Evangelio no constituye únicamente una exigencia teológica, propia de una moral revelada muy exigente: es la condición *sine qua* no es posible ni siquiera la justicia humana.

<sup>181</sup> Vid. *Grundlinien...*, cit., párrafo 15, agregado.

Como podemos apreciar, el criterio del *medium rei* está presente en casi todo el derecho. Existen muchos ámbitos en los que no opera, desde luego, y suelen ser ámbitos de la vida humana no jurídicos: si unos amigos deciden que irán el domingo a cazar a tal sitio, y no a tal otro, es dudoso que esto se pueda considerar como una cuestión jurídica. En los círculos pequeños, donde falta una autoridad reconocida, la votación suele ser el procedimiento más adecuado para tomar decisiones, y es dudoso que en estos problemas intervengan consideraciones propiamente jurídicas: éste es más bien el campo del "me gusta", el momento de pensar en los demás, o el de "me da la gana".

En cierto modo, el derecho es necesariamente el momento del *análisis de la realidad* al margen de las personalidades. Si hablamos de derechos de la personalidad o de libertad, es más bien en un sentido negativo: protegiendo esa libertad contra ataques del exterior. Y es que ni los cazadores quieren que nadie les imponga cuándo y a dónde han de ir a cazar, ni a nadie le gusta que le calumnien. En este caso, el razonamiento jurídico está a la defensiva, es preferentemente protector de las personalidades y ejerce una función primordialmente represiva, como sucede en el derecho penal. El campo de la justicia, en cambio, es el de la medición objetiva. Ya indiqué que a las palabras "justicia" e "injusticia" les separa algo más que el prefijo "in".

Un obstáculo grande para reconocer esta medición real de la justicia es la hipostatización del derecho subjetivo<sup>182</sup>: no podemos erigir –como sí hizo un buen sector de la doctrina del siglo pasado– a la figura del derecho subjetivo, caracterizado esencialmente por la irresponsabilidad, en la manifestación primaria del derecho, de forma que el resto de las categorías jurídicas fundamentales hayan de regirse según la teoría general sobre el derecho subjetivo. El derecho subjetivo protege las personalidades negativamente: evitando interferencias en su arbitrio. Pero resulta evidente que la ciencia jurídica no se limita a esta tarea negativa. La ciencia del derecho trabaja sobre la "necesidad" que manifiestan los hombres, y la sola fijación de esta necesidad ya impone un sector de los cauces –o uno solo, como sucede a veces– fuera de los cuales la decisión es injusta. Como el hombre se ha desarrollado en la historia, y como la historia humana es ya amplia, la experiencia colectiva de la sucesión de generaciones ha ido cristalizando en instituciones que hoy existen: desde las Universidades hasta los Ministerios de Agricultura. Una entidad está justificada, y es por tanto justa, en la medida en que acude a socorrer una *necesidad*: la necesidad es nuestro máximo criterio de justicia. Y las decisiones que se tomen dentro de las instituciones que hemos creado serán justas en la medida en que ayuden a realizar el fin propio de esa institución, es decir, la necesidad por la que existen ahora. El criterio es siempre *real*, y poco importa la cuestión procedimental: si una Universidad está bien gestionada por un órgano colegiado o unipersonal, el hecho es que está bien gestionada. Y si lo

<sup>182</sup> Vid. en este sentido el estudio de S. Cotta, *Absolutisation du droit subjectif et disparition de la responsabilité*, en "Archives de Philosophie du Droit", 22 (1977), págs. 23-30.

está mal, está igualmente mal con independencia del procedimiento seguido en la toma de decisiones.

#### 5.3.4. Matizaciones al "medium rei".

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

Trigeaud nos indica que «el acto subjetivo de aprehensión de lo bello o de lo justo implica una sensación irreductible»<sup>183</sup>. Adelantando ideas, se podría decir que el acto personal de descubrimiento de lo justo supone una captación inexplicable, un *intueri* "en" el problema mismo que no se deja explicar por ningún procedimiento preestablecido.

La ley está clara: todos sabemos que no podemos mentir o asesinar a nadie. Pero esta ley se dirige al hombre en tanto que hombre, a la *naturaleza humana* en su decurso histórico. Salvado el peligro del relativismo, sabemos que el *derecho* –que es cosa distinta de la ley– está más condicionado por la naturaleza de las cosas. No en vano Tomás de Aquino dejó escrito que la ley es solamente «una cierta causa del derecho»<sup>184</sup>.

Nos movemos e intentamos conceptualizar a un hombre que desborda la razón humana. Los filósofos griegos, especialmente desde Sócrates, pretendieron buscar seguridad definiendo las esencias: el problema reside, explica Trigeaud, en saber si el hombre mismo no desborda la esencia conceptualizable<sup>185</sup>. Porque existe *lo existencial*, *lo vivo*, que se sitúa en un plano previo a aquello que precede a la esencia<sup>186</sup>. Cuando hablamos de un bien jurídico existe, ciertamente, una esencia que se manifiesta en un concepto, aunque no siempre esta manifestación es pacífica. Esta esencia existe, porque no es la proyección de estados de ánimo, ni el reflejo de impresiones fugitivas: "está ahí". Pero como el derecho es en buena parte obra humana, cabe preguntarse hasta qué punto esta noción o esencia no es el resultado de una razón práctica y creadora, de una razón en cierto modo "poiética", que desbordan la razón teórica gracias al movimiento imprevisto de la imaginación<sup>187</sup>.

<sup>183</sup> «L'acte subjectif de saisie du beau ou du juste implique une sensation irréductible». Cfr. *Essais...*, cit., pág. 279.

<sup>184</sup> «Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris». Cfr. *Suma teológica*, ed. cit., II-II, q.57, art. 1 ad 2.

<sup>185</sup> Cfr. *Essais...*, cit., pág. 306.

<sup>186</sup> Vid. Trigeaud, *ibidem*.

<sup>187</sup> Vid. Trigeaud, *Essais...*, cit., págs. 297-298.

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

«La autonomía radical de la intuición en relación a la razón, de la *finesse* frente a la 'geometría', es un tema constante de controversia»<sup>188</sup>. Efectivamente, la percepción intuitiva primera —que en muchos casos es solamente una secuela de una visión estética más amplia— nos hace comprender que todo “lo racional” tiene un cierto tufo de *constructo* a posteriori, de justificación racionalista después de haber tomado la decisión. La razón es subsidiaria en este juego eterno del conocer-enjuiciar o del enjuiciar-conociendo, porque el juicio es ante todo intuitivo. Trigeaud llega a mantener que el valor de lo justo se impone: es irresistible a la conciencia, precede a la libertad misma, y recurrirá a la razón solamente para organizar las consecuencias<sup>189</sup>.

Hoy estamos en condiciones de comprender que frente al mecanicismo típico de la filosofía ilustrada<sup>190</sup>, frente a la ética de Kant (tan racional, y por ello tan artificiosa), que relegaba a la intuición en la moral al simple plano del “móvil” o *Triebfeder*, una vez superado el formalismo entre logicista y empirista del neoempirismo, hemos de dar un visado válido y estable a esa vertiente de nuestra inteligencia que se muestra en el sentimiento; quizá la expresión más acertada sea la de Xavier Zubiri: “inteligencia sentiente”. El *acto de sentir* no se puede confundir con el placer o el dolor que experimenta el que siente: la percepción dolorosa o gozosa puede llevarnos a la verdad de una vida feliz.

Quizá hayamos de concluir, con Trigeaud, que la naturaleza personal del hombre es más rica y, sobre todo, más completa que su naturaleza racional; de modo que si la inteligencia admite algún principio racional es a condición de poder superarlo<sup>191</sup>. Nociones, conceptos, definiciones... todo esto tiene un cierto valor en el derecho, siempre y cuando no se intente la empresa aberrante del sistema: intentar embotellar la vida humana pasándola toda ella por el cuello estrecho de una intuición necesariamente incompleta, es desnaturalizar al hombre. Tocaré este tema al hablar de “la contradicción”.

El derecho lo crea el hombre al crearse a sí mismo, cosa que no logra entender ningún positivismo jurídico; cuando el positivismo reflexiona sobre sí mismo y capta esta realidad, entonces entra por el camino irracional del “derecho libre”, en el que él intenta abrirse a la vida... al precio de introducir asignaturas económicas

<sup>188</sup> Trigeaud, *Essais...*, cit., pág. 272.

<sup>189</sup> Vid. *Essais...*, cit., pág. 255.

<sup>190</sup> Vid. sobre este tema *El espíritu de la Modernidad*, como apéndice a este estudio.

<sup>191</sup> *Essais...*, cit., págs. 256-257.

en las Facultades de Derecho<sup>192</sup>, lo que no deja de ser una interesante huida hacia adelante. Superada la fase algo interesada del positivismo, la intuición nos hace ver que la libertad creadora de soluciones jurídicas concretas coincide con la libertad creadora humana más general<sup>193</sup>, y que cualquier juez, creando al mismo tiempo que aplica, sólo hace continuar el proceso de constitución social: para reconocer esta realidad no era necesario modificar artículos del título preliminar del código civil.

La cultura, en tanto es un “no-saber”, como explica Trigeaud, en tanto es comprensión de la relatividad del saber que aprecia los límites de la ciencia, nos hace ver que la *paideia* es el juez de la *episteme* aristotélica<sup>194</sup>.

«Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo», escribió el genio jurídico romano. Tenemos, pues, dos elementos: la voluntad, que sería como el factor interior, sobre el que versa la virtud; y “lo suyo” o el derecho concreto, que es calculado y medido según criterios externos al agente: éste es el campo del *medium rei*. La virtud fortalecería y en definitiva haría posible la voluntad, y la *jurisprudencia* trataría de la medición objetiva del derecho. El único inconveniente que encuentro a esta explicación, así expresada, es que es demasiado nitida: sus perfiles son excesivamente claros. Es posible que el elemento personal, que no se limita a la voluntad recta, y el elemento real que designamos como *medium rei* vayan muy compenetrados entre sí. La dinamicidad de lo humano rompe el molde a veces estrecho de “lo que ya existe” (*was bereits ist*, según la terminología de Ritter) y entonces la justicia deja de ser rigurosamente un “acto segundo”, una voluntad que atribuye a cada uno lo que ya es suyo, sin crear nada. Al contrario, la vertiente creadora de la justicia suele estar presente en la vida del derecho de un modo normal: a veces un caso puede ser resuelto inequívocamente con una norma, pero otras veces el juego de los principios y normas hace entrar en escena a las valoraciones, o libertad, del juez.

Es posible que lo más preciso que se puede decir sobre la objetividad de la ciencia del derecho es lo que escribe Trigeaud: «Todo derecho que se deduce del bien jurídico, obra penetrada de actividad personal, está transido por el ser»<sup>195</sup>.

<sup>192</sup> Esto es una peculiaridad del plan de estudios vigente en España: en segundo curso de Derecho existe la asignatura de “Economía Política”.

<sup>193</sup> Vid. Trigeaud, *Essais...*, cit., pág. 266.

<sup>194</sup> Vid. *Essais...*, cit., pág. 234.

<sup>195</sup> «Oeuvre pénétrée de l'activité personnelle, le bien juridique, tout droit qui s'en déduit, est pénétrée par l'être». Cfr. *Essais...*, cit., pág. 293.

## 6. LA CONTRADICCIÓN.

Una idea de la que podemos partir es la que expresa Wittgenstein en el párrafo 5.634 de su *Tractatus*: «No hay orden alguno a priori en las cosas». Esta idea la perfila más Baruch Spinoza cuando escribe que «Nada de lo que tiene de positivo una idea falsa es suprimido por la presencia de lo verdadero, en cuanto verdadero»<sup>196</sup>.

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

Si la realidad se capta a priori, sin matizar, como denunciaba Wittgenstein, lo más sensato es entonces decir que las cosas son buenas y son malas a la vez. Referido este hecho a las explicaciones filosóficas que se han sucedido en la historia, Hegel indicaba que «La historia de la filosofía muestra, por una parte, lo negativo de los principios, pero, por otra parte, también lo afirmativo de los mismos»<sup>197</sup>. Es un buen aviso contra cualquier dogmatismo.

La “tópica” no es simplemente un método mejor que se proponga, algo así como el amigo propone que se cambie el automóvil viejo por otro mejor. El método tópico asume la complejidad dada: un ordenamiento jurídico (un “derecho”)

<sup>196</sup> *Ética demostrada según el orden geométrico*. Trad. de Vidal Peña. Alianza Editorial. Madrid, 1987, Parte Cuarta, Prefacio, pág. 257 de esta edición.

<sup>197</sup> *Introducción a la historia de la filosofía*, cit., pág. 66.

como el español no es un bloque de normas agrupadas en torno a la Constitución. Cada artículo de cada ley o decreto recoge una norma, un principio, una *regula*. Una misma rama del derecho contiene una multitud de principios y *regulae* distintos y, a veces, contradictorios. En suma, cualquier "derecho" es algo altamente complejo. La visión naïv, por contra, quiere ver un bloque, un todo, en lo que no es más que un reflejo de una realidad viva, discorde, dispersa: y es que todavía es muy fuerte el influjo de las *filosofías* sistemáticas.

Pascal se enfrentaba al sistematismo del siglo XVIII y escribía que «La naturaleza ha hecho que las verdades todas existan cada una en sí y por sí misma. Nuestro arte las encierra unas a las otras, pero esto no es lo natural. Cada una tiene su lugar adecuado e independiente»<sup>198</sup>. No es posible ni la aceptación incondicional ni la crítica absoluta. Un tradicionalista critica la actualidad desde el consentimiento completo a lo heredado, y un "crítico total" como Marcuse podía ejercer su crítica absoluta a costa de sublimar lo que él creía que era lo *incondicional*. Normalmente, la captación vehemente de una única faceta de la realidad suele llevar a estos resultados: así se crean *teorías* globales desde las que se acepta o descalifica "todo", sin que el pensador entienda que cada cosa requiere su medida específica: el agua se mide en litros, el hierro en toneladas, y cada cosa humana requiere de su medición adecuada. Porque, digo con Chesterton, que no está loco quien quiere levantar una estatua de un kilómetro de alta: el verdadero loco es quien pretende calcularla en centímetros cuadrados.

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

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

<sup>198</sup> *Pensamientos*, ed. cit., n. 21.

Es lógico que cualquier jurista experimentado en el oficio rehúse la simplicidad platónica. Este jurista hará suya la crítica de Giambattista Vico cuando decía que «Platón se limita con promover una sola justicia, pues sostiene que debe seguirse como regla de lo verdadero lo que parece uno, esto es, igual para todos»<sup>199</sup>. Ciertamente, cuando el bien se manifiesta, lo hace para todos: negar esto sería un insulto a la inteligencia del hombre. Y también sería un insulto al hombre no tener presente lo que nos advertía Hugo de Roy: que en toda institución jurídica existe siempre justicia e injusticia<sup>200</sup>. Por esta razón, Tomás de Aquino ya había escrito que una cosa que es buena y honesta para una persona puede ser mala y viciosa para otra<sup>201</sup>. Y es que la realidad humana es más complicada de lo que pretende el simplismo del pensamiento racionalista.

### 6.1. ¿Bienes absolutos?

No se puede hablar de "el bien" del hombre, como tampoco de "el mal" para el hombre: son términos demasiado abstractos para referirlos a lo humano. Si existen *cosas buenas* en concreto y cosas malas muy concretas, aunque raramente estas cosas son buenas o malas siempre, de modo absoluto. Normalmente lo que bajo unas determinadas circunstancias es bueno, comenzará a ser nocivo cuando cambien esas circunstancias<sup>202</sup>. Por este hecho, contra Hartmann hay que decir que no existe una "jerarquía" inmutable de valores o bienes: casi todos los bienes suben y bajan en la escala de la importancia.

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

<sup>199</sup> *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*, cit., Libro II, cap. VII.

<sup>200</sup> Este jurista escribía que «... ut semper una ratio ab alia non differat; nisi ut magis et minus. Neque alio respectu iustum vel iniustum ex magnaque petitur, nisi ut maius antepnatur minori». Escribe estas líneas a propósito de la *praescriptio*, una institución que era considerada odiosa, próxima a la injusticia. Cfr. *De eo quod iustum est...*, cit., Liber II, Titulus VII, parágrafo 7.

<sup>201</sup> «Sic enim propter diversas hominum condiciones, contingit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosus, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt aliis vitiosus, tanquam eis non proportionati». Cfr. *Suma teológica*, ed. cit., I-II, q.94, art. 4.

<sup>202</sup> Tomás de Aquino escribía a este respecto que «Sed quia prudentia est circa singularia operabilia, in quibus multa concurrunt, contingit aliquid secundum se consideratum esse bonum et conveniens fini, quod tamen ex aliquibus concurrentibus redditur vel malum vel non opportunum ad finem». Cfr. *Suma teológica*, cit., II-II, q.49, art. 7, resp.

mejor. ¿No matar por justicia? No, porque los desórdenes serían horribles y los malvados matarían a todos los buenos. ¿Matar? No, porque es contra natura. No tenemos verdad ni bien más que en parte, y eso mezclado de malo y de falso»<sup>203</sup>. Efectivamente, lo que es indudablemente malo, está claro, a menos que el intelectual retórico complique enrevesadamente las cosas. Pero cuando nos salimos del campo restringido de las evidencias, ya comienzan las dudas: los hombres sabemos a veces lo que no se debe hacer, pero no tenemos tan claro qué es lo que *debemos* hacer para realizar nuestra humanidad. Normalmente, por vía de autoridad se declara en cada grupo que algo es malo o bueno, y si esta autoridad coincide con la moral positiva, la gente vivencia esa conducta como inequívocamente buena o mala. El etnocentrismo propio de cada sociedad hace el resto: nosotros tenemos la verdad y todos los demás, todas las restantes épocas históricas, han estado equivocadas.

En un párrafo desde luego mucho más elegante, Vico expresó magistralmente esta realidad: «Porque la vida del hombre es superior a la de los animales, y por esta causa esta segunda parte [la racional] domina sobre la parte primera del derecho natural, por esto es verdad lo que decía Pompeo cuando las tempestades le impedían partir para la guerra, que lo necesario era navegar y no vivir. Igualmente esta ley [la natural] ordena en general a los hombres que lo necesario es hacer el bien, no vivir»<sup>204</sup>. Aunque normalmente el bien supremo del hombre es la vida, en ocasiones puede no serlo: a veces es más importante navegar que vivir, como decía Pompeo.

## 6.2. El sacrificio de elegir.

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

Toda nuestra vida es una pura concreción, determinación o limitación, y

<sup>203</sup> *Pensamientos*, ed. cit., número 385.

<sup>204</sup> «E poichè la vita dell'uomo è assai da più di quella de'brutti; e pero questa seconda parte domina sulla parte prima del diritto naturale: onde in conformità di quella che una volta disse Pompeo, impedito dalla tempesta a non poter partire per la guerra, il navigare è necessità e non il vivere; medesimamente questa legge comanda in generale agli uomini tutti esse necessario il bene fare, non necessario il vivere». Cfr. *De universo iuris.*, cit., pág. 120.

esto genera ansiedad. «El hombre está invadido por la angustia —escribe Juan Cruz— no solamente porque asume una posibilidad cuyo logro es incierto, sino que ha de hacer su vida asumiendo siempre una posibilidad (la que sea), forzado constantemente a ser bajo la forma de poder-ser, destacándose de la nada»<sup>205</sup>. Esta realidad necesaria de la vida humana contrasta plenamente con la dinámica de la sociedad capitalista actual, uno de cuyos lemas podría ser: “No renuncies a nada”. Como toda concreción implica una renuncia, «el existir humano es a la vez un prolongado estar naciendo y estar muriendo»<sup>206</sup>.

La angustia no procede únicamente de la concreción (con la consiguiente exclusión de las restantes posibilidades) que implica la elección: el carácter dramático de la vida humana viene dado, sobre todo, por la necesidad de optar entre opciones muchas veces opuestas, sin que exista un paliativo o término medio<sup>207</sup>. Este hecho se produce porque la elección no suele ser entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor, lo que hace que en nuestra decisión haya siempre justicia e injusticia, logro e imperfección humana o moral. Es lógico que cualquier hombre se sienta culpable: cada elección supone una falta, un pecado, como indicaba Schwarz-Liebermann.

Este optar entre lo que es simplemente mejor y peor, sabiendo que al elegir siempre desechamos una posibilidad objetivamente valiosa, lo captó Hegel con viveza: «Todo principio del entendimiento es unilateral en sí; y esta unilateralidad es mostrada porque el otro principio es opuesto a él. Pero este otro principio es de la misma manera unilateral»<sup>208</sup>.

Es lógico que MacIntyre insista en su obra más conocida —*Tras la virtud*— en la naturaleza trágica del actuar humano. Trigeaud lleva hasta el final este problema e indica que «es preciso admitir una dualidad de esencia»<sup>209</sup>.

## 6.3. La pluralidad irreductible.

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

Es una constante humana rebelarse contra el carácter plural de la realidad.

<sup>205</sup> *Libertad en el tiempo*, cit., pág. 16.

<sup>206</sup> J. Cruz, *Libertad en el tiempo*, cit., pág. 17.

<sup>207</sup> Schwarz-Liebermann escribe que «Le droit éprouve en lui-même le drame de notre vie, le reflète. Ce drame, selon une profonde réflexion de Jaspers, consiste dans notre incapacité à donner suite à toutes les possibilités constructives qui nous son offertes. Par tout ce qui nous faisons, nous fixons et de ce fait nous décevons, voire commettons une faute». Cfr. *Fondements.*, cit., pág. 49.

<sup>208</sup> *Introducción a la historia de la filosofía*, cit., pág. 68.

<sup>209</sup> *Humanisme de la liberté.*, cit., pág. 28.

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

No existe la Razón Única que se expresaría en un lenguaje igualmente único, gracias al cual reconoceríamos que la variedad de las cosas es sólo aparente. Los Modernos se propusieron *reconstruir* el mundo al margen de la realidad, a la que no aceptaban, y se vieron obligados a *hablar* de una "ratio" nueva, una especie de instrumento o realidad omnicomprendiva entre omnisciente y omnipotente, que lo permitiría todo. Los Modernos hablaron y hablaron, y los siglos XIX y parte del XX también creyeron en la realidad de esta nueva piedra filosofal con la que se construiría la Nueva Realidad. Actualmente, los intentos de Rawls y de sus seguidores no son sino una versión actualizada de esta nueva razón que ahora, con la crisis del método científico, ya no aspira a ser "científica" y pretende ser *humanista*. Tomás de Aquino fue más sabio: declaró reiteradamente que «la razón es medida por las cosas», que existen muchas razones, tantas como cosas. En realidad, no existe la *ratio humana*: existen más bien las cosas con sus exigencias. Un tema ciertamente complicado que explicó más precisamente Wittgenstein cuando escribía que la razón es solamente *a box of tools*.

Los hombres nos encontramos necesariamente con "La Contradicción" —como la llama sin más Trigeaud— porque «es una característica de los seres humanos normales perseguir varios fines; una preocupación obsesiva por un solo fin deter-

minado puede tomarse de hecho como un síntoma de enfermedad mental»<sup>210</sup>. Efectivamente, un hombre normal persigue en su vida varios fines, normalmente de difícil conciliación: la dedicación a la profesión no se compadece bien con el tiempo para la familia, para los amigos, para los hobbies. En otro orden de cosas, cualquier persona encargada de juzgar algo se ve sometida a las tensiones que resultan entre las exigencias de la imparcialidad y de la amistad: cada cosa tira por su lado, y la persona concreta que las asume todas queda en cierta medida desgarrada.

Posiblemente, la tendencia a la unificación que a que he aludido como constante humana proviene de la misma naturaleza de la razón. Sir Francis Bacon nos dice que «El entendimiento humano, por su peculiar naturaleza, supone fácilmente un mayor orden e igualdad en las cosas del que realmente se encuentra, y aunque en la naturaleza hay muchas cosas singulares y llenas de disparidad, se imagina a pesar de todo paralelismos, correspondencias y relaciones que no existen»<sup>211</sup>. Como todavía seguimos siendo herederos de la mentalidad cientifista, más decimonónica que actual, es conveniente considerar que todo reduccionismo es, como lo llamaba Hegel, *una expresión torpe*, «como si el mundo no ofreciese al hombre más que un solo enigma y ésta fuera la relación última del hombre con el mundo»<sup>212</sup>.

#### 6.4. Contra el atomismo: mirar al conjunto.

El principio reza: "A igual trabajo, igual salario". El Derecho objeta: ¿debe ganar lo mismo un peón que un universitario? El principio ordena: "No se debe matar". El Derecho contesta: ¿y la defensa colectiva ante la agresión injusta? El principio establece: "Hay que decir la verdad". El Derecho responde: ¿El abogado debe decir al juez todo lo que sabe sobre su cliente?

Si entendemos que son *normas* las que entran en conflicto, el problema será irresoluble: la norma es una orden tajante, directa y como bastante personal. Un conflicto entre normas no es resoluble, a menos que supongamos un principio superior a tales normas que de algún modo nos indique cuál de ellas elegir: pero entonces lo decisivo es el principio que se adopte, el que hace que sepamos discriminar la normas aplicables. Ronald Dworkin nos indica a este propósito que «Es verdad que un sujeto moral puede encontrarse en una situación difícil cuando debe optar por decir una mentira o quebrantar una promesa, pero de ello no se sigue que haya aceptado normas que entren en conflicto... Es posible, simplemente, que haya reconocido que decir mentiras y quebrantar promesas son dos cosas que en principio están mal... Pero, en ese caso, si nos valemos de la distinción que

<sup>210</sup> Lon F. Fuller, *La moral del derecho*, cit., pág. 27.

<sup>211</sup> *Aforismos*, ed. cit., aforismo XLV, pág. 100.

<sup>212</sup> *Introducción a la historia de la filosofía*, cit., pág. 216.



establecí, debemos decir que se ve forzado a revolver entre principios –no entre normas– que rivalizan, porque ésa sería la manera más exacta de describir la situación. El sujeto reconoce que ninguna consideración moral, tomada aisladamente, es de efecto abrumador y decisivo, y que es posible que, en algunas circunstancias, cualquier razón que pueda esgrimirse en contra de un acto, tenga que ceder ante una consideración opuesta»<sup>213</sup>.

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

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

«La pluralidad de principios permitirá normalmente encontrar uno que conviene, lo que hace que sea el juez el que decida, y no la ley»<sup>214</sup>. Esto no es nada nuevo. El mejor teórico de la jurisprudencia romanista que ha existido, Tomás de Aquino, declaró insistentemente que «los principios deben acomodarse a las conclusiones»<sup>215</sup>. Nótese que Tomás no pone tanto empeño en decir que las conclusiones deben seguirse desde los principios, como en establecer que los principios deben ser acomodados o proporcionados a las conclusiones. Al plantear la decisión entre principios contradictorios o divergentes, no acepto el postulado weberiano de la *Wertfreiheit*, como si nuestro universo moral estuviera poblado en su estrato más alto por un politeísmo de “valores”, en principio todos igualmente relevantes para el hombre. Momentáneamente sólo quiero reconocer el hecho con-

<sup>213</sup> *Los derechos en serio*, cit., pág. 136.

<sup>214</sup> «La pluralité de principes permettra normalement d'en trouver un qui convient, ce qui fait que sera le juge qui décidera et non pas la loi». Cfr. Schwarz-Liebermann, *Réflexions...*, cit., pág. 119.

<sup>215</sup> «... oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus talia concludere». Cfr. *Suma teológica*, ed. cit., II-II, q.49, art.1.

trastado de que una persona normal persigue en su vida una pluralidad de bienes, no siempre compatibles.

La *decisión* no acaba con el conflicto, no lo suprime. Mediante el acto de voluntad que supone toda decisión, se hace desaparecer el problema eliminando autoritariamente una de las posibilidades: pero el conflicto entre dos bienes reales sigue presente en cada individuo porque los bienes, tanto el elegido como el preterido, siguen siendo tales. De ahí la importancia decisiva de la fidelidad. Aristóteles captó perspicazmente esta faceta de la decisión, y escribió que «qué es lo injusto y qué es lo justo está, pues, declarado. Definidos ambos, resulta evidente que la acción justa es un medio entre cometer injusticia y sufrir injusticia»<sup>216</sup>. Es comprensible que Francisco Caballero nos diga que «La justicia, por su naturaleza, exhala insatisfacción»<sup>217</sup>. Esta insatisfacción no es específica de la justicia, como si ésta fuera algo así como una virtud maldita: la insatisfacción acompaña en principio a toda norma moral.

De este modo, más que las normas o principios, lo que salta al primer plano de la faceta moral del hombre es el conflicto. MacIntyre nos indica que «El filósofo australiano John Anderson nos urge a 'no preguntarnos ante una institución social a qué fin o propósito sirve, sino más bien qué conflicto pone en escena'... Fue la perspicacia de Anderson, una perspicacia sofoclea, la que captó que podemos aprender cuales son nuestros fines y propósitos a través del conflicto, y algunas veces sólo a través del conflicto»<sup>218</sup>. Camps también capta así este tema, y por ello escribe que «Nuestro actuar, cuando es éticamente relevante, es el resultado de una lucha y una tensión entre polos irreductibles. Y no se trata de que el uno se imponga al otro (la razón a las pasiones, la sociedad al individuo, el deber al sentimiento), sino de que la tensión se mantenga siempre»<sup>219</sup>. Efectivamente, una vida sin tensiones sería sinónima de vida inmoral: o demasiado animal, o demasiado egoísta, o de un misticismo irracional.

Hemos de decidir qué principios elegiremos a fin de saber qué normas son aplicables. ¿Qué puntos de referencia tenemos para orientarnos entre los principios? En el plano más general, normalmente más moral que jurídico, puede ser útil considerar lo que nos refiere Trigeaud: que los sofistas no son relativistas, que es preciso revisar el relativismo que se imputa a Protágoras, porque él no hace sino una referencia a la humanidad en sí del hombre que proporciona criterios racionales (humanos) generalizables, y que la naturaleza que reclama la convención está sometida a la medida humana: *homo mensura*<sup>220</sup>.

En efecto, cuando traté de la naturaleza del hombre ya expuse algo sobre este tema: los hombres no se han encontrado nunca completamente desasistidos.

<sup>216</sup> *Moral a Nicómaco*, cit., L. V, cap. V.

<sup>217</sup> *Temas pretexto para una reflexión*, cit., pág. 74.

<sup>218</sup> *Tras la virtud*, cit., págs. 205 y 206.

<sup>219</sup> *Ética, retórica, política*, cit., pág. 13.

<sup>220</sup> Cfr. *Humanisme...*, cit., págs. 31-32.

MacIntyre nos dice que «sin un concepto dominante de *telos* de la vida humana completa, concebida como una unidad, nuestra concepción de ciertas virtudes consideradas aisladamente sería incompleta. Las virtudes sirven a unos bienes, pero estos bienes están jerarquizados; así, en el caso de la paciencia no se trata de *saber* esperar siempre, sin límite, sino de saber esperar... Esto requiere un *telos* que justifique postergar unos bienes a otros»<sup>221</sup>.

<sup>221</sup> *Tras la virtud*, cit., pág. 250.

## 7. REALIDAD Y LIBERTAD.

Es mucho lo que nos jugamos en este tema porque sin libertad no se puede hablar de vida propiamente humana. El problema, sin embargo, es hoy especialmente agudo porque el hombre actual ante todo vivencia "las cosas" (la Realidad) como un tope o condicionante molesto a su libertad: la conciencia moderna tiende a no admitir ninguna "realidad" externa al hombre mismo que limite su arbitrio, y por esta razón las palabras "metafísico" u "ontológico" son *sentidas* como el máximo enemigo.

Es obvio que lo que planteo ahora es si existe esta irreductible incompatibilidad entre las nociones de "realidad" (lo externo a mí mismo) y mi propia libertad.

Quiero aludir ante todo a lo que no acepto. La ciencia jurídica se construye ante todo sobre lo que "es": un abogado, un trabajador de la construcción, un médico traumatólogo, tienen unas obligaciones que están determinadas por la naturaleza de las actividades que realizan, de modo que si se suprimieran tales obligaciones desaparecería la profesión misma. Desde estas exigencias de cada actividad surgen fundamentalmente las normas y criterios de la regulación jurídica y moral del "ser médico", "ser trabajador de la construcción", etcétera. Ya he aludido reiteradamente que el "deber ser" proviene desde el "ser", desde lo que ya existe o se es.

Planteadas así las cosas, puede llegar a pensarse que el hombre es como insecto preso en una tela de araña, porque estaría fijado en las "funciones" propias de cada institución. Hegel plantea este tema problema con toda lucidez cuando escribe que «Así puede surgir, para contrarrestar el tormento de la vacuidad y de la negatividad, el anhelo de una objetividad en la que el hombre se rebajara complacientemente a un estado de servidumbre y absoluta dependencia»<sup>222</sup>. No propongo el aniquilamiento de la persona en aras de "lo que ya existe", de la objetividad social. Hago más las palabras de Mounier: «Yo pecho contra la persona cada

<sup>222</sup> *Grundlinien...*, cit., parágrafo 141.

vez que acorralo a un hombre vivo a identificarse con una de sus funciones, o cuando me comporto con él como si de hecho se redujese a esto. Cuando estimo, por ejemplo, que hay hombres y mujeres que están 'hechos para' cortar todos los días la misma pieza de hierro. Cuando reduzco a la mujer a su función de ama de casa, o incluso a su más alta función, a su función maternal, sin plantearme la cuestión de la vocación que le pertenece a través y más allá de tantos cuidados y seducciones»<sup>223</sup>.

Un tema recurrente, al que es necesario hacer referencia siempre que tratamos del hombre, es su indeterminación existencial. Nos dice Choza que «Desde el punto de vista morfológico y comportamental, lo específico del hombre es la inespecialización y la indeterminación»<sup>224</sup>. Esa especialización que le falta vendrá dada por las normas prácticas, o si las queremos llamar así, por las normas éticas, las propiamente humanas. La ética no tiene como función reprimir al hombre, sino hacerle llegar a lo que aún no es. Por este motivo nos sigue indicando Choza que «las normas éticas no pueden tener inicialmente una función represiva de lo que es fuerte, sino, al contrario, encauzadora y fortalecedora de lo que es débil por disperso e indeterminado»<sup>225</sup>. No olvidemos que Tomás de Aquino indicaba que «los preceptos de la ley natural siguen el orden de las inclinaciones [naturales] del hombre»: la ética o moral es el conjunto de los modos a tenor de los cuales el hombre debe saber liberar su instinto para llegar a ser hombre. Por ello san Buenaventura afirmaba que el orden humano no es *ordo factus*, ya hecho, sino un orden que se ha de hacer, un *ordo factivus*<sup>226</sup>, porque el hombre es, ante todo, un «ser careciente»<sup>227</sup>.

### 7.1. La libertad, ¿instrumento de opresión?

Es clásico distinguir dos vertientes de la libertad; una la negativa, que es una libertad contra o *frente a*; es la libertad que reclama quien quiere que no se entrometan en su vida, poder hacer lo que él quiera. La otra es la positiva, que no es tanto una libertad frente a como una libertad *para* poder hacer. Uno de los problemas que plantea la libertad positiva, y que la desacredita, es que los regímenes políticos totalitarios y autoritarios de los años 30 se presentaron ante la opinión pública como una superación de la mera libertad negativa, del individualismo (encarnados en el liberalismo), y estos regímenes pretendieron plantear a los ciu-

<sup>223</sup> *Manifiesto...*, cit., pág. 238.

<sup>224</sup> *Manual...*, cit., pág. 141.

<sup>225</sup> *Manual...*, cit., pág. 220.

<sup>226</sup> Cfr. F. d'Agostino, *Frammenti...*, cit., pág. 16.

<sup>227</sup> «Ma dietro l'ironia del filosofo si cela una profonda incomprensione del carattere relazionale dell'esistenza. Proprio perché relazionale, cioè non chiuso in se stesso, cioè non compiuto, proprio perché è, per dirla con Arnold Gehlen, un *Mangelwesen*, un *essere difettivo*». Cfr. Francesco d'Agostino, *Frammenti...*, cit., pág. 19.

dadanos metas colectivas haciendo real su "libertad para". Pensemos, por ejemplo, en los regímenes comunistas que pretendían superar el formalismo de los regímenes liberales para llegar a una libertad real o sustantiva, positiva. Con las cosas así planteadas, un problema básico que presenta esta dimensión de la libertad que llamamos libertad "positiva" consiste en que quien aluda a ella aparece como un fascista, como una persona que desatiende la libertad típicamente liberal y pretende subyugar a los ciudadanos proporcionándoles metas supraindividuales. Isaiah Berlin escribe en este sentido que «Los primeros [los que defienden la libertad negativa] quieren disminuir la autoridad como tal. Los segundos quieren ponerla en sus propias manos. Esto es una cuestión fundamental. No constituyen dos interpretaciones diferentes de un mismo concepto, sino dos actitudes propiamente diferentes e irreconciliables respecto de la finalidad de la vida»<sup>228</sup>.

Me parece que las ideas que he expuesto al tratar de la noción de "bien" conjuran el peligro de caer en el paternalismo o totalitarismo que denuncia Berlin. No hago referencia a grandes metas colectivas (se suelen citar como ejemplo las pirámides faraónicas) ante las que queda sacrificada la libertad individual. Hablo de muchos "bienes" que en buena parte de los casos existen en el ámbito del derecho privado: no creo que el esfuerzo por cuidar la propia profesión, o por hacer que la institución familiar de la adopción sea eficaz, debiliten la libertad personal; más bien sucede lo contrario. El hecho de que el ordenamiento jurídico contenga una multiplicidad de bienes no sólo distintos sino con frecuencia divergentes, es una de las grandes garantías de la libertad de las personas individuales. Esto no sería así si el derecho fuera sistemático: en este caso el Poder podría dirigir o manipular eficazmente nuestras conductas alegando el principio director supremo del "sistema".

Pero el miedo persiste: cuando el investigador no se limita a defender una libertad puramente negativa siempre queda la sospecha sobre lo que pretende en última instancia: «La defensa de la libertad —escribe Berlin— consiste en el fin negativo de prevenir la interferencia de los demás. Amenazar a un hombre con perseguirle, a menos que se someta a una vida en la que él no elige sus fines, a cerrarle todas las puertas menos una —y no importa lo noble que sea el futuro que ésta le va a hacer posible ni lo buenos que sean los motivos que rigen a los que dirigen esto—, es pecar contra la verdad de que él es un hombre y un ser que tiene una vida que ha de vivir por su cuenta»<sup>229</sup>. «Pero esta concepción "positiva" de la libertad —no el estar libre de algo, sino el ser libre para algo, para llevar una determinada forma prescrita (?) de vida— es lo que los defensores de la idea de libertad consideran como algo que, a veces, no es mejor que el disfraz engañoso de pro de una tiranía brutal»<sup>230</sup>.

Me parece que quienes piensan así son personas que han pasado por la expe-

<sup>228</sup> *Los conceptos de la libertad*, cit., pág. 237.

<sup>229</sup> *Los conceptos de la libertad*, cit., pág. 197.

<sup>230</sup> I. Berlin, *Los conceptos de la libertad*, cit., pág. 200.

riencia traumatizante de una dictadura, y tienen miedo de que la superación de la libertad simplemente negativa sirva de pretexto para imponer oficialmente un estilo de vida determinado. Ante todo reparémos en que estas personas confunden Derecho y Política: cuando un jurista habla *como tal* no se refiere a la organización política de la convivencia –cosa que es asunto de los políticos– sino a muchos bienes concretos, normalmente de poca trascendencia económica o política. Si un civilista se empeña en “dirigir las conductas” a fin de que sean eficaces las instituciones jurídicas que componen el derecho de familia, ¿se le puede llamar “totalitario”? Si hace lo mismo un mercantilista, ¿se puede decir lo mismo? Ya dejé indicado que nadie puede forzarme a creer en la Iglesia Católica, pero la Comunidad debe forzarme para que pague mis deudas o cumpla con mis obligaciones familiares. Incluso yéndonos al plano del derecho público, no creo que suponga una actitud autoritaria o totalitaria el querer que funcionen bien las Universidades o los Conservatorios de Música, o el que haya muchos kilómetros de carreteras de calidad. Y es que una cosa es la “política” entendida en el sentido *progresista* (el sentido que tuvo hasta hace veinte años), que proporcionaba metas éticas a la vida humana –así decían algunos, especialmente los intelectuales de izquierdas–, y otra cosa muy distinta es el derecho: con el derecho se persiguen bienes concretos al filo de los problemas que plantea la convivencia: muchos bienes concretos, de modo que normalmente cada cual puede escoger. No hablo de cuestiones “políticas”, sino de cómo un ciudadano puede ser libre en cualquier régimen no totalitario.

## 7.2. La inserción desde lo real.

Después de la obra de Hegel, este tema no debiera darnos muchos quebraderos de cabeza. Si los sigue provocando no es tanto porque Hegel esté superado o porque no sea convincente, como por su desconocimiento. El nacional-socialismo nos hizo a todos un servicio muy flaco apoyándose en lo que le convenía en la música de Wagner y en la filosofía de Hegel. Hegel, en su inmensa reacción contra la filosofía política kantiana, destacó la inmediatez alienante de la voluntad *abstracta*<sup>231</sup>, que es la fuente normal de la injusticia y del delito: «la voluntad, en cuanto en su relación consigo misma, no se diferencia de otra persona sino sólo en sí misma, y difiere y se opone como voluntad *particular*... y es injusticia y delito»<sup>232</sup>. En efecto, la voluntad [la persona] que únicamente se contempla a sí

<sup>231</sup> En el párrafo 34 de los *Grundlinien*, por ejemplo, escribe que «La voluntad libre, en su momento abstracto, está en la determinación de su inmediatez. Tal voluntad, de acuerdo con esto, es negativa frente a la realidad... es la voluntad en sí de un sujeto individual... tiene un contenido *exterior* constituido por determinados fines, y en cuanto este contenido es exclusivamente individual, lo tiene ante ella como un mundo exterior, inmediatamente dado».

<sup>232</sup> *Grundlinien*..., cit., párrafo 39.

misma, como pretende aún hoy la ideología de los derechos, desconocerá forzosamente a los demás: a ellos mismos, a su amistad, a su amor, a sus derechos. Frente a este planteamiento irreal, Hegel establece que «La existencia, en cuanto ser determinado, es esencialmente ser para otro»<sup>233</sup>, porque cualquier *determinación* (ser padre, o profesor) no se hace tanto pensando en “los derechos” propios como en el bien de toda la comunidad, *y se es padre para otras personas, se es profesor para los alumnos*, no para satisfacer un capricho de cada sujeto.

Pero desgraciadamente, Hegel no suele ser un autor bien comprendido: quizá y ante todo porque no se le conoce.

### 7.2.1. Situamos el problema.

Entre los españoles, Francisco Laporta ha sido quien recientemente más ha insistido en la irrelevancia de lo histórico-concreto para la determinación de la justicia. «Esto constituye –escribe Laporta– la explicación genética de la categoría, aunque he de advertir que no es privativo de ella pues todas las categorías científicas y culturales, incluso el cálculo infinitesimal o el álgebra de Boole, son categorías “históricas” en este sentido. Pues si lo que se sugiere con esa expresión es que la “historia” suministra una demostración o justificación de su validez científica o moral, entonces no puedo compartir semejante sugerencia. La validez de los enunciados se determina por argumentación racional, teórica y práctica, y el hecho de que se presenten en un momento histórico no añade nada a esa argumentación. La historia está llena de categorías erróneas... La “historia” es un *totum revolutum* de acciones e interacciones, azares y casualidades, hechos y actitudes de cuyo decurso sólo podemos enterarnos (para nuestro beneficio o nuestro perjuicio) una vez que ha sucedido... Pero si la historia es un río inmenso y tumultuoso de problemas y soluciones, errores y aciertos, momentos sublimes e inmundicias morales, entonces el hecho de que algo venga flotando en ese río no justifica en absoluto su calidad científica o ética. Tenemos que usar un *conjunto de criterios* para diferenciar las soluciones buenas de las malas, los errores de los aciertos, los momentos de excelencia moral de las inmundicias éticas»<sup>234</sup>.

Laporta habla de unos “criterios” con los que hemos de enjuiciar lo históricamente existente. Si seguimos las sugerencias del espíritu de la Modernidad, el hombre debería *crear* esos criterios, esto es, podría “elaborarlos” *ex novo* o *ab origine* gracias a la infinitud de su razón e inteligencia, y esto es lo que Chozza llama “poseerse en el origen”: «Todas estas definiciones se pueden agrupar en una sola, diciendo que ser hombre, ser persona o ser libre significa poseerse en el origen»<sup>235</sup>. Este *poseerse en el origen* de un modo absoluto significaría –prosigue Cho-

<sup>233</sup> *Grundlinien*..., cit., párrafo 71.

<sup>234</sup> *Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero*, en “Doxa”, 4 (1987), págs. 75-76.

<sup>235</sup> *Manual*..., cit., pág. 373.

za— ser causa de sí mismo absolutamente, de manera que todo lo que el sujeto es dependiese de él, lo pusiera o lo decidiera él<sup>236</sup>. No me planteo ahora si estoy o no de acuerdo con esta posibilidad sino, simplemente, si es posible este ponerse uno mismo en el mundo radicalmente: cuestiono la posibilidad misma.

Una persona que posea el hábito de mirar hacia dentro de sí se percatará de que ella es un representante del momento histórico que le ha tocado vivir: esto lo consigue mediante el asumir continuo la *moral positiva*, es decir, del conjunto de aspiraciones y valoraciones colectivas que están en el ambiente, en el aire, y que penetran todos los rincones de nuestra personalidad. Ya he aludido a que esta forma de moralidad cambia rápidamente, y por éste y otros hechos podríamos decir que es la “moral” que está de moda, “la que se lleva”: el que la haga propia será un “hombre al día”, un *progresista*. Paradójicamente, a pesar de su origen y existencia estrictamente colectiva y masiva, cada sujeto internaliza sus exigencias con tal rapidez y fuerza que vivencia esta moral como el reducto más íntimo de su personalidad, lo que él o su generación aporta —en un plano moral— a la marcha de la historia. Como el lector puede observar, casi todo lo que proponemos nosotros, los hombres situados en la historia y nutridos desde ella, no son más que exigencias tomadas de la moral positiva que nos ha influido. Hay quienes saben evolucionar al compás de la evolución social, y por ello fueron marxistas en los años 60, neomarxistas en los 70, socialistas a comienzos de los años 80, y actualmente son más o menos liberales: éste sería el *currículum* de bastantes universitarios europeos actuales. Otras personas no son capaces de cambiar al compás de las variaciones de la moral positiva dominante, y quedan empozadas en un momento histórico concreto de su narración personal: permanecen en el discurrir histórico a modo de fósiles que atestiguan lo que ya pasó: sería el caso de algunos *progresistas* de los años '60, aún supervivientes. En cualquier caso, ni unos ni otros parece que sean más auténticos: ambos tipos de personas se nutren de las ideas dominantes. El problema inmediato que se nos plantea es si podemos tomar en serio esas exigencias que todos vivenciamos, que tienen este origen casi indefectiblemente. ¿Merece la pena luchar por unas ideas que cambian cada diez años? O, nos esforcemos o no por ellas, ¿las podemos asumir con seriedad? Hago estas observaciones porque cuando se habla de modificar la historia tal modificación suele venir de la mano de los criterios que nos suministran estas ideas o sentimientos de moda. El problema es entonces: o modificamos la historia desde..., o somos más conscientes de nuestra dependencia histórica y nos preocupamos ante todo de entender lo que hemos llegado a ser históricamente.

Hegel percibió con lucidez especial esta dependencia de cualquier universitario desde la historia: por este motivo atacó a Kant y a sus discípulos, que pretendían hacer creer que la moral positiva que ellos encarnaban era la exigencia de la “razón pura”: una especie de “justicia pura” u hombre nouménico que nos dictaría inequí-

<sup>236</sup> Cfr. *Manual...*, cit., pág. 374.

vocamente lo que la Razón (con mayúscula) quiere para los hombres *empíricos*. Hegel, al ser consciente de que él no podía normar completamente el curso histórico, propuso simultáneamente una actuación irrumpiendo en la historia y una adecuación a lo que la historia nos muestra. No se trató de una “vía media”, ni tampoco de una componenda: simplemente fue consciente de nuestros condicionamientos históricos, y sonrió ante los afanes por encauzar la historia desde la “Razón”. Captó que la historia —que nos desborda a los hombres de cada generación— sólo puede ser contemplada cuando ya ha pasado; es decir, que la acción de la voluntad humana colectiva es comprendida por el intelecto humano cuando ya ha sido consumada. «Pero —escribe Choza— ocurre que ésa es realmente la dinámica de la vida; frecuentemente para saber lo que debemos o podemos hacer, hemos de hacer primero lo que queremos saber»<sup>237</sup>. Ésta es la idea que Inciarte lanza a propósito de la filosofía práctica aristotélica: para saber lo que hemos de hacer, primero hemos de intentar hacer. A la vista de los resultados, podemos juzgar; pero no antes. La *praxis* realizada nos dará los criterios, y así se produce la aparente paradoja de que lo que hemos hecho es nuestro criterio para enjuiciar lo que haremos en el futuro: el hombre es un ser demasiado afectado por la *imbecillitas*, demasiado inespecializado e indeterminado como para querer pretender normar él la realidad en nombre de sus ideas apriorísticas.

La libertad humana existe, pero no consiste ni en la adecuación sumisa a la historia ni en la abstracción intelectual de toda determinación histórica. «Toda conciencia se sabe —escribe Hegel— como universal, como la posibilidad de abstraer de todo lo determinado, y, al mismo tiempo, como particular, con un fin, un contenido y un objeto determinado. Pero estos dos momentos son sólo abstracciones... La libertad no radica, por lo tanto, ni en la indeterminación ni en la determinación: ella es ambas»<sup>238</sup>. Desgraciadamente, la Modernidad nos acostumbró a abstraernos de las determinaciones, y esto fue posible únicamente porque los autores de los siglos XVII y XVIII (igual que muchos de finales del siglo XX) hipostasiaron la moral positiva entonces existente, de forma que en modo alguno fueron conscientes —ni remotamente— de sus condicionantes históricos. Este tipo de personas que poseen sensibilidad y porosidad para captar intuitivamente lo que *siente* la gran mayoría, goza de una especial fuerza de arrastre, porque sintonizan con lo que sus oyentes o lectores quieren oír, y además, porque como ellos actúan como si poseyeran “la” verdadera moral, “la” verdadera justicia (no en vano se dice que “la ignorancia es atrevida”), su talante personal de *pasionarias* de la justicia ayuda en el convencimiento.

Pero situar a las ideas delante de lo que hace de nosotros la historia es situar la carreta delante de los bueyes, por utilizar la expresión de Ortega. Más bien sucede que todo ser humano alcanza su condición de humano en el orden psicológico existencial únicamente en un medio sociocultural siempre determinado, de

<sup>237</sup> *Manual...*, cit., pág. 353.

<sup>238</sup> *Grundlinien...*, cit., parágrafo 7.

manera que se puede decir que language y cultura surgen y se desarrollan por la interacción humana (por la sociedad), y que la sociedad se constituye por la actividad lingüística comunicativa y cultural. De este modo, los individuos constituirían como la materia de la sociedad, y las expresiones culturales objetivadas serían la forma de esa sociedad y, por tanto, de los individuos mismos<sup>239</sup>. Ningún individuo puede escaparse —a menos que sea un *extravagante*— de estas relaciones objetivadas. Si el individuo no se somete dócilmente a la realidad estará entonces en condiciones de ser libre; pero si el sujeto pretende *abstraer* de la realidad suya, evadiéndose de ella, mucho temo que entonces esté siguiendo alguna moral positiva existente en ese momento en el grupo. Es preciso tener presente que las “técnicas de evasión” constituyen el núcleo de la “moral” que ha estado socialmente vigente desde el siglo XVII hasta hoy: el “estado de naturaleza” de los modernos constituyó una evasión de cualquier vida humana real, y las “situaciones ideales de habla” y demás figuras retóricas que algunos usan hoy, lo son igualmente. «Esta capacidad del yo para evadirse de cualquier identificación necesaria con un estado de hechos contingente en particular, ha sido equiparada por algunos filósofos modernos con la esencia de la actuación moral», nos dice MacIntyre<sup>240</sup>. Pero si hablamos con precisión, este yo democratizado —prosigue este autor— que no tiene contenido social necesario ni identidad social necesaria, puede ser cualquier cosa, porque en sí y por sí mismo no es nada<sup>241</sup>. Se trata de un ser proteico por vacío, al que se le puede ocurrir cualquier cosa que esté de moda siempre guiado por sus intereses o por su emotividad. Este “yo” no puede hacer la historia racional de sus transiciones, de un estado de compromiso moral a otro, porque los conflictos íntimos son para él, en el fondo, la confrontación de una arbitrariedad contingente con otra<sup>242</sup>. Los marxistas que conocí en la Universidad española de los años 60, que posteriormente se declararon neomarxistas, que a comienzos de los años 80 entraron en un partido socialista, y que ahora son muy liberales, ¿pueden hacer la historia racional de sus transiciones? Temo que no, y quizá por este hecho ellos insisten en que toda actitud ante la vida es *ideológica*.

Este dejarse llevar por las “ideas” (actitud que incluso puede aparecer como la posición moralmente más pura) presenta sus problemas, y no son problemas ciertamente de pureza, sino más bien de mimetismo, de falta de afinamiento en la realidad para combatir la moda que hace sufrir a las personas. Es preciso profundizar qué implica la crítica de la historia desde la realidad.

<sup>239</sup> Vid. para estas ideas a J. Choza, *Manual.*, cit., pág. 296.

<sup>240</sup> *Tras la virtud*, cit., pág. 50.

<sup>241</sup> Cfr. *Tras la virtud*, cit., pág. 51.

<sup>242</sup> Vid. MacIntyre, *Tras la virtud*, cit., pág. 52.

### 7.2.2. El acogimiento de la realidad.

«Existen repetidos intentos en la historia de identificar la libertad con la necesidad. Recuérdese, por ejemplo, Spinoza o Hegel... ¿No es eso muestra de la locura de los filósofos? ¿Cómo se puede identificar la libertad con la necesidad?»<sup>243</sup>. Este es un tema recurrente en la historia de la humanidad, y la misma persistencia del problema nos indica que es mejor intentar darle una salida que pretender eliminarlo. Aunque el tipo de demostración o de argumentación que cabe esperar en este tipo de cuestiones eternas ha de ser necesariamente una argumentación poco precisa, poco *moderna* o deductiva, y sí, en cambio, un enfoque del tema más en la línea del “Eclesiastés” o del “Libro de los Proverbios”. En otras palabras, estamos ante una cuestión de Sabiduría, no del logos geométrico. En este sentido indica Alvira que «La libertad de los animales es pequeña, pues los instintos no son una forma de saber universal; la libertad del hombre que no es sabio tampoco es grande, pues está a merced de lo imprevisto de los acontecimientos; sólo el hombre sabio será verdaderamente libre, pues él conoce lo necesario del proceso histórico»<sup>244</sup>.

Se trata de poder intuir cómo podemos seguir siendo libres en medio de la necesidad, porque los dos extremos son igualmente ciertos: somos libres, de una parte, y vivimos en la necesidad, de otra. No cabe la solución fácil de decir que somos libres *en parte*, porque esto no es cierto: cada uno de nosotros se capta a sí mismo como libre, con una libertad actualizada desde tantos puntos de vista que no sirve un argumento sacado desde la imaginación geométrica. Como en otras ocasiones, también en este tema es necesario precaverse frente a la geometría vertida en los problemas humanos, que nos llevaría a unos argumentos *de toto quo ad totum et de parte quo ad partem*, del tipo de los que ya denunciaba como inválidos en este tipo de problemas Pedro de Bellapertica en el siglo XIII. Nos captamos libres en medio de la necesidad, o dicho con otras palabras: nos captamos plenamente libres en el centro de la necesidad. La necesidad no excluye la libertad, ni ésta a aquélla: necesidad y libertad son facetas complementarias en la unidad vital de cada hombre.

Sergio Cotta nos indica que la conciencia es el lugar del *acogimiento*. Esto implica, según este autor, que no existe conciencia, ni siquiera autoconciencia, sino acogiendo lo que ya es, de forma que la conciencia posee de este modo una larga influencia sobre “lo que ya es” preformándolo o, por lo menos, enderezándolo<sup>245</sup>. En efecto, prosigue Cotta, si el acogimiento en cuanto modo de ser del sujeto es una necesidad, la conciencia, al mismo tiempo, en cuanto concreta actividad de acogimiento, no sólo es creadora y libertadora, sino que ella misma es actividad

<sup>243</sup> R. Alvira, *El reto ético de la sociedad tecnológica*, en “Persona y Derecho” 8 (1981) pág. 255.

<sup>244</sup> *Ibidem*.

<sup>245</sup> Cfr. *Itinerarios humanos del derecho*, cit., pág. 67.

libre, implica la libertad. Un sitio que no está en condiciones de acoger, repele: para instalarse allí es necesario requisarlo. Por esta razón, la persona que no es libre no acoge, sino que sufre la presencia del otro en cuanto le es impuesta. El sentido de la dignidad, en cambio, nos enseña a restituir la libertad a nuestros actos. Lo que distingue a la conciencia del instinto es precisamente el hecho de que la primera es libre; también el instinto se inserta en el horizonte de la alteridad y de la relación, pero el instinto no es libre: o sufre la alteridad, o la subyuga. La conciencia del hombre, en cambio, pese a su interna necesidad de acogimiento, no se limita a sufrir al otro ni a dominarlo, sino que va a su encuentro, discierne, comprende y, por tanto, valora los actos en los que se expresa su presencia<sup>246</sup>.

Un hombre afectado por la mentalidad moderna siempre se preguntaría que, en este planteamiento, dónde quedan los hombres libres en cuanto libres. Si queremos imaginar un hombre absolutamente libre, causa de sí mismo, siempre podemos hacerlo: aunque esto es una fantasía mayor que la de un cuento de hadas, es lícita según las leyes del pensamiento y de la imaginación que hacen posibles los comics. Entre los hombres, por el contrario, puede haber muchas posibilidades, pero como es preciso vivir, la libertad humana siempre recorta una posibilidad en la historia. Sucede algo parecido a los juegos de naipes: puede haber muchas posibilidades de juegos, pero es imprescindible acordar una, si es que queremos jugar.

Pero la cuestión es aún bastante más radical: ninguno de nosotros ha sido libre para elegir el juego que hemos de jugar. No es lícito decir que hemos pactado... porque el pacto supone libertad, y nadie nos ha pedido nuestro consentimiento: al venir al mundo nos hemos encontrado jugando a un juego al que no hemos asentido. Un espíritu delicado quizá puede sentir la tentación de retraerse, como de decir: yo soy yo por encima de cualquier momento histórico: "La historia no me compromete". Temo, sin embargo, que este planteamiento del problema no se ajusta a la realidad, como tampoco se ajusta a la realidad el ciudadano que no quiere hacer la declaración de sus ingresos ante Hacienda porque alega, con toda razón, que no está de acuerdo con la política del Estado. Este hombre se encuentra obligado a, y la noción de "obligación" o deber implica siempre un compromiso muy personal, aunque no se haya otorgado el consentimiento. La radicalidad del deber, que se inserta en lo profundo de la conciencia personal, ya nos indica que la historia nos pertenece por entero, y también que nosotros no somos ajenos a la historia. Si no somos ajenos a la historia, ¿qué somos respecto de ella?: ¿una parte, un momento suyo, una dimensión de ella? Estamos jugando con las palabras: lo único que se puede decir es que nosotros somos la historia, y que ella es nuestra historia.

MacIntyre escribe: «Podría replicarse: ¿qué hay del alma inmortal? Ante los ojos de Dios soy un individuo distinto de mis papeles, anterior a ellos. Esta res-

<sup>246</sup> Vid. *Itinerarios...*, cit., pág. 69.

puesta es una trampa. Surge desde la filosofía platónica y cartesiana, en la que el alma preexiste a toda encarnación y existencia social... Pero para el catolicismo yo soy mi cuerpo, y mi cuerpo es social»<sup>247</sup>. Efectivamente, el "yo soy" no se limita a ninguna misteriosa cualidad "interna" de nosotros que nos permitiera *replegarnos* desde las circunstancias a una interioridad "más nuestra" o más mía. Yo no soy ante todo "yo", o ante todo español, o ante todo... cualquier otra cosa: yo soy yo con mis circunstancias familiares, profesionales, históricas, y la circunstancia o dimensión mía que en la situación A prevalece, queda inoperante en la situación B, donde se ve sustituida por otra. El "yo" o persona no es más que un conjunto de realidades o circunstancias presididas por una conciencia: el hecho innegable de que esta conciencia modere y valore a unas y otras realidades que integran la persona, no implica que "yo, ante todo" sea tal conciencia. No es lícito tomar algo necesario o esencial como si fuera el todo, aunque eso esencial o necesario sea la parte más importante o decisiva. No olvidemos el peligro constante en las cuestiones humanas de aplicar a ellas soluciones geométricas.

MacIntyre llama a esta conciencia "identidad personal", e indica que tal identidad va de la mano con la responsabilidad que nos imponen las circunstancias, porque un hombre no puede entenderse ni prescindiendo de sus circunstancias ni omitiendo su identidad personal: «Se sigue que todo intento de elucidar la noción de identidad personal con independencia y aisladamente de las nociones de narración, inteligibilidad y responsabilidad, está destinada al fracaso»<sup>248</sup>. Del mismo modo, si omitimos la visión personal, incluso el 'nosotros' se disolvería, ya que, reducido a pura exterioridad, no habría modo de transmitirlo vitalmente, ni de desarrollarse<sup>249</sup>.

Superficialmente podría parecer que los papeles que desempeñamos no tienen más conexión que la imputación común a un "yo", porque decimos: Pedro es español, Pedro es médico, Pedro está casado... y el verbo 'ser' que hace de cópula remitiría todas estas circunstancias a un mismo y único sujeto. No creo que esto sea así de fácil: las 'circunstancias' nos hacen reconocernos a nosotros mismos, de forma que un 'yo' sin circunstancias no sería inteligible ni para él mismo. Por otra parte, una yuxtaposición de roles sin conexión ni sentido, de modo que acabáramos condenando por inauténticas las relaciones sociales (al modo de Sartre), sólo lograría la liquidación del 'yo' porque éste acabaría disuelto en parcelas de autopoiesis, en logros técnicos parciales: siempre que el sujeto pierde de vista la vinculación de él mismo con sus circunstancias por mediación del deber (de los deberes), estamos en el campo de la técnica, de por sí a-humana. Paradójicamente,

<sup>247</sup> *Tras la virtud*, cit., pág. 216.

<sup>248</sup> *Tras la virtud*, cit., pág. 269. Ángel Sánchez de la Torre escribe, en el mismo sentido, que «El Derecho no es 'negación' de la libertad y ni siquiera 'determinación' de la misma, sino 'responsabilidad', según el modo en el que la libertad responde a la 'llamada' que ciertos criterios valorativos le dirigen». Cfr. *El derecho en la aventura europea...*, cit., pág. 143.

<sup>249</sup> Vid. Cotta, *El derecho en la existencia...*, cit., pág. 90.

lo que parece en principio una actitud humanista o de realce de la propia personalidad acabaría en la negación de la humanidad de los individuos. La vida de cada uno, por el contrario, es *entera*, y puede y debe ser considerada y valorada como un todo<sup>250</sup>.

La libertad es una realidad "concreta", en el sentido hegeliano del término. Se *concreta* en las circunstancias aparentemente externas a la personalidad del que actúa, e igualmente en las instituciones. Indica Chozza que hay muchas formas de vivenciar la libertad, aunque todas ellas arrancan de la vivencia del "encontrarse existiendo". La libertad se vivencia inicialmente como inquietud de libertad, de ausencia de determinaciones, y posteriormente en conexión o en función de las diversas determinaciones particulares de índole biopsicológica y socioculturales. Posteriormente, la libertad se vivencia en relación con el trabajo, en relación con el amor, en relación con la comunidad social y política, en relación con los principios morales y religiosos... Y en función de todas esas posibilidades, el sujeto puede ejercer su libertad de formas positivas, como son las de autohegemonía, autarquía, autointerpretación, autodeterminación y autodestinyación; o de formas negativas, como son las del capricho, la arbitrariedad, la seducción, la esclavitud, la vileza y la aniquilación de sí<sup>251</sup>.

Es decir, la libertad es rara vez un punto de partida: normalmente es el punto de llegada, porque el hombre —especialmente en la madurez de su vida— *llega a ser libre*. La libertad es ante todo un resultado. Cuando se cree actuar libremente en la mentalidad vulgar, habitualmente, si el sujeto no es señor del deber, el que actúa está condicionado por fuerzas del subconsciente o del instinto; y el que está condicionado no es libre. Por esta razón explica Hegel que el deber pueda aparecer como limitación solamente frente a la subjetividad indeterminada o a su impulso natural; pero el individuo encuentra en el deber más bien su liberación, ya sea frente a los impulsos naturales, ya frente a la subjetividad indeterminada. El deber no es, por tanto, limitación de la libertad, sino únicamente de su abstracción, es decir, de la falta de libertad<sup>252</sup>.

Indica MacIntyre que toda práctica institucional conlleva modelos de obediencia a reglas. Los propios modelos no son inmunes a la crítica pero, no obstante, no podemos iniciarnos en una práctica sin aceptar la autoridad de los modelos realizados hasta ese momento. Si al comenzar a oír música no admito mi propia incapacidad para juzgar correctamente, nunca aprenderé a oírla; si al empezar a jugar al fútbol no admito que los demás sepan jugar mejor que yo, nunca aprenderé a discernir una buena cesión<sup>253</sup>. Estas prácticas institucionales, a las que podemos llamar también "objetividades" tienen una duración superior a la de la vida

<sup>250</sup> Vid. A. MacIntyre, *Tras la virtud*, cit., pág. 253.

<sup>251</sup> Vid. *Manual.*, págs. 378 y ss. En mi opinión, estas últimas cualidades se logran de modo especialmente fuerte en las adiciones, especialmente en el alcoholismo.

<sup>252</sup> Vid. *Grundlinien.*, cit., parágrafo 149.

<sup>253</sup> Vid. *Tras la virtud*, cit., pág. 237.

individual: pero como es la vida individual la que las alimenta y las innova, es por eso que las objetividades son esencialmente históricas, y es por eso también que el individuo se constituye como sujeto autoconsciente en el orden existencial por su acceso al mundo de la vida social, o al ámbito de lo públicamente interpretado tal y como se encuentra en un determinado momento histórico: el sujeto individual comprende lo real en el momento en que accede a las significaciones u objetividades vigentes en el mundo social, y por eso puede decirse que él habita en el language<sup>254</sup>.

Es decir, entre otras cosas captamos que el individuo singular e histórico tampoco está preso en lo que ya es, porque si bien él se comprende desde la historia (podemos llamar a esta vertiente de la vida la "semántica"), él también se autorrealiza en esa historia, y esto es "pragmática". Escribe Chozza que «con esta tesis Apel quiere dar a entender que el sentido del language humano, de lo que el hombre dice, viene dado por lo que el hombre hace y se comprende desde eso (primacía de la pragmática sobre la semántica)... y de que en otros momentos ocurre a la inversa, que lo que el hombre vive y hace (praxis comportamental) viene dado y es comprendido de lo que el hombre dice, de tal manera que tanto el language como la acción humana constituyen procesos indefinidamente abiertos e innovadores de modo alternativamente recíprocos»<sup>255</sup>. Estamos, pues, ante dos polos que sólo existen abstractamente o irrealmente, como indica Hegel, porque en la praxis vital van unidos: la historia o aquello por lo que justificadamente me tengan los demás, de un lado, y la identidad personal. Cuando alguien se lamenta de que ha perdido el sentido o el hilo de su vida —como sucede con los que quieren suicidarse— es porque se han disociado estos elementos, de modo que la narración de su vida se ha vuelto ininteligible para él<sup>256</sup>.

### 7.3. Realidad y perfección personal.

El hombre no se encuentra preso en las objetividades semánticas porque su *praxis* es su liberadora. En su grado extremo esta posibilidad la contemplamos en Epicteto: él, esclavo, estaba preso por desagradar a su amo; pero en sus reflexiones se reconoce como libre a pesar de los hierros. Sin necesidad de llegar a este extremo, lo cierto es que la historia progresa, y que progresa (es decir, *marcha conmigo*). Se le puede aplicar en cierto modo el pensamiento de san Juan de la Cruz: «Yéndome yo, Dios mío, por doquiera contigo, por doquiera me irá como yo quiero para tí»<sup>257</sup>.

<sup>254</sup> Vid. a J. Chozza, *Manual.*, cit., pág. 297.

<sup>255</sup> *Manual.*, cit., pág. 300-301.

<sup>256</sup> Vid. A. MacIntyre, *Tras la virtud*, cit., pág. 267.

<sup>257</sup> *Dichos de luz y amor*, en "Obras completas". Editorial de Espiritualidad. Madrid, 1988, pág. 94, número 52.



«Se ha representado –escribe Hegel– con razón la infinitud con la figura de un círculo, pues la línea recta va siempre más allá y señala la mala infinitud, meramente negativa que, al contrario que la verdadera infinitud, no tiene retorno sobre sí»<sup>258</sup>. Efectivamente, la línea recta sugiere que quiero progresar negando o dejando atrás (que viene a ser lo mismo) mi determinación actual. En el círculo se progresa igualmente, pues no es un punto y tiene longitud, pero el yo vuelve sobre sí mismo y reconoce como racional lo que él es y hace, es decir, se reconoce como racional a tenor de lo que él ha hecho de sí mismo. No olvidemos que el hombre es en cierta medida un ser autoplástico.

Hegel supo captar finamente este problema: él distinguió entre “peculiaridad” (*Einzelheit*) y “particularidad” (*Besonderheit*). La particularidad es lo que hay de caprichoso o de arbitrario en cada hombre, que con frecuencia le lleva a incumplir el deber; superficialmente se podría pensar que esta “particularidad” o “*Besonderheit*” es el sello de la impronta personal: nada más falso. La personalidad irrepetible y creadora se expresa en lo que este autor llama la “peculiaridad” o “*Einzelheit*”, es decir, en la expresión de una personalidad que lleva a *recrear* continuamente ese «camino por el que todos transitan y nadie se distingue»<sup>259</sup>, que es el deber. El deber es cumplido, y la personalidad rica necesariamente imprime su sello en lo que ha realizado. Eugenio d’Ors lo expresaba en *Aprendizaje y heroísmo*:

«Pero yo te digo que cualquier oficio se vuelve filosofía, se vuelve arte, poesía, invención, cuando el trabajador da a él su vida, cuando no permite que ésta se parta en dos mitades: la una, para el ideal; la otra para el menester cotidiano. Sino que convierte cotidiano menester e ideal en una misma cosa, que es, a la vez, obligación y libertad, rutina estricta e inspiración constantemente renovada».

Llano desarrolla estas ideas escribiendo que «además, la praxis no termina sobre ella misma, sino que refluye sobre el sujeto activo y deja en él su impronta, le va confiriendo disposiciones estables que configuran su carácter ético. El tem-

<sup>258</sup> *Grundlinien...*, cit., parágrafo 22.

<sup>259</sup> Este autor escribe que «Cuando quiero lo racional no actúo como individuo particular, sino según el concepto de lo ético; en una acción ética no me hago valer yo mismo, sino la cosa. Cuando el hombre hace algo mal deja aparecer en general su particularidad; lo racional, en cambio, es la ruta por la que todos transitan y nadie se distingue». Cfr. *Grundlinien...*, ed. cit., parágrafo 15, agregado.

ple de una persona no viene definido exclusiva ni principalmente por los elementos somáticos, psicológicos o ambientales. Estos *facta* quedan formalizados por la dimensión habitual que el hombre ha conquistado para sí en el ejercicio de su libertad. Nuestra propia manera de ser es, en buena parte, obra de cada uno. Se accede así a otro nivel: el de la libertad moral, en el que está enraizada la libertad política. Se trata ahora de aquella dimensión de la libertad que –a diferencia de la libertad ontológica y del libre arbitrio– no le es dada al hombre, sino que él mismo tiene que ganársela, a través del sucesivo despliegue de libertad de decisión, que debe conducir a la persona hacia la plena realización de su ser, hacia la vida buena. Es una libertad habitual que crece a golpes de actos de libertad»<sup>260</sup>.

Los resultados de la libertad personal no son a modo de las obras *poiéticas*, que quedan tras el sujeto sin que influyan necesariamente en él. Los productos de nuestras decisiones libres se incorporan a cada hombre, no como estados o estadios culminantes y finales, sino como momentos intermedios que preparan al propio sujeto para ir más allá. Al ser puesta la finalidad concreta por el mismo sujeto que actúa «ninguna acción es teleológicamente culminante –escribe Chozza–, sino que puede ponerse en función de otra, y así sucesivamente. El hombre puede seriar fines y por eso su conducta es medial»<sup>261</sup>. Se comprende que Alejandro Llano hable del “reflujo” de nuestros actos sobre nosotros mismos.

La ausencia de sistema, de un principio único y supremo al que hubiéramos de acomodar todas nuestras acciones, hace posible esta autorrealización personal en libertad. El hombre está “en” la historia, pero también él recrea la historia porque en todo sistema sociocultural que no sea totalitario existe un repertorio lo suficientemente amplio de bienes (que funcionan a modo de metas u objetivos) que hace posible que la mayoría de las personas pueda referir su autorrealización a una pluralidad de bienes (otras personas prefieren decir “valores”) heterogéneos articulables entre sí si la personalidad ha sido desarrollada proporcionadamente<sup>262</sup>.

La vida es siempre experiencia –escribe Chozza–, y además experiencia que modifica al que la vive. La modificación puede consistir, si esa vida es humana o moral, en que se alcanza una mayor y mejor comprensión del mundo y, consiguientemente, de uno mismo. Se puede decir que aunque el sujeto siga siendo el mismo, no sigue siendo lo mismo<sup>263</sup>. La praxis institucional revierte sobre el mismo actuante y enriquece su personalidad: de ahí el inmenso valor de una persona madura, con experiencia, que es siempre una fuente de sabiduría moral o humana. Esa vertiente de cada personalidad que Hegel llama la *Einzelheit*, y que he traducido por “peculiaridad”, permite rehacer la propia personalidad en el marco de las instituciones sociales ya existentes.

<sup>260</sup> *Libertad y sociedad*, cit., págs. 96-97.

<sup>261</sup> *Manual...*, cit., pág. 345.

<sup>262</sup> Para esta última idea, vid. J. Chozza, *Manual...*, cit., pág. 236.

<sup>263</sup> Cfr. *Manual...*, cit., pág. 338.

## 8. LA LIBERTAD EN EL DERECHO.

El derecho es, en su sentido más amplio, expresión de la libertad del hombre. Al tratar estos temas, unos prefieren hablar de libertad y otros de convención: pero, en definitiva, ambos términos son idénticos. El cuadro y el contenido de esta libertad humana están en evolución permanente, y el derecho es fundamentalmente la expresión del proceso regulador y estabilizador de nuestra libertad. La multiplicación de las experiencias históricas, vividas, crea los elementos sobre los cuales puede constituirse la regla<sup>264</sup>. Hasta tal punto están imbricados libertad y derecho que san Agustín llega a decir que Dios mismo va defendiendo la libertad de arbitrio que nosotros poseemos con una ley inmutable<sup>265</sup>.

La palabra libertad se encuentra estrechamente relacionada con la de derecho. En parte porque todo derecho implica una libertad, posibilidad o facultad para hacer, y en parte porque si existe una libertad para es porque existe previamente un derecho a... Pero si relacionamos ambos términos, libertad y derecho, las cosas dejan de ser tan sencillas, porque uno y otro término aparecen en contextos bien distintos. Una persona es libre para hacer con su automóvil lo que quiere: puede usarlo, limpiarlo, arreglarlo, o ninguna cosa de éstas. Esa persona tiene capacidad o libertad para actuar con sus hijos, y por ello puede elegir colegio, por ejemplo. Pero no se puede decir –a menos que violentemos el idioma mismo– que puede hacer con sus hijos “lo que quiera”.

Esto ya nos indica que bajo el término “derecho” se agazapan realidades distintas, y es mejor distinguirlas si pretendemos expresarnos con cierta precisión.

<sup>264</sup> Así se expresa Schwarz-Liebermann en *Fondéments.*, cit., pág. 33.

<sup>265</sup> Vico escribe que «S. Agostino, il quale spesso scrive che Iddio con una legge immutabile va difendendo la libertà di arbitrio che noi abbiamo». Cfr. *De universo iuris.*, cit., pág. 124.

### 8.1. Derecho subjetivo y subjetivismo jurídico.

Cuando hablamos de libertad referida al derecho, es imprescindible pensar en el "derecho subjetivo", que sería la categoría jurídica en la que más claramente se expresa la libertad. Éste no es, sin embargo, un tema pacífico. «En virtud de los complejos supuestos (individualismo, subjetivismo, iusnaturalismo y liberalismo) en función de los cuales se gestó, desarrolló y consolidó la idea de derecho subjetivo, esta categoría no posee solamente una significación técnicojurídica, sino que tiene también un alcance ético, ideológico-político, e incluso mítico, que ha contribuido a hacer del derecho subjetivo uno de los conceptos más problemáticos del pensamiento jurídico»<sup>266</sup>. A estos condicionantes hay que añadir otro que le proporciona más fuerza en el plano existencial: el derecho subjetivo es una categoría antropológica irreductible, que se expresa usualmente como el "yo puedo" o "tengo derecho a". Como sucede en todas las categorías básicas, su análisis es complejo.

La noción de "derecho subjetivo" ha pasado por una historia especialmente turbulenta porque ésta ha sido la categoría jurídica que adoptó el racionalismo jurídico de la Edad Moderna para combatir el *status* jurídico y político existente. Hasta el siglo XVII algunos tomistas entendieron que el derecho o *ius* era "la misma cosa justa y debida", "lo justo concreto", y bastantes historiadores del pensamiento jurídico entendemos hoy que ésta es la caracterización del derecho que mejor se acomoda a las fuentes romanas y bajomedievales<sup>267</sup>. Sin embargo, Francisco Suárez proclamó a comienzos del siglo XVII, tras un largo proceso histórico, que «Según el último y más estricto significado de 'derecho', suele darse con propiedad este nombre a cierta facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe»<sup>268</sup>. El *ius* deja, pues, de ser considerado como una "cosa" justa (y en tanto que "cosa" medible objetivamente) y pasa a ser afirmado como una "cualidad moral" que compete a un individuo. Así, desde una condición de las cosas o de la realidad, el derecho comienza a ser entendido como una condición —una "cualidad"— de las personas. Esta consideración del derecho se reforzó

<sup>266</sup> A. Montoro, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*. Universidad de Murcia, 1983, pág. 21.

<sup>267</sup> Álvaro d'Ors indica reiteradamente que, aunque podamos traducir a menudo la palabra *ius* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no construyeron tal categoría. *Vid.*, por ejemplo, *Nuevos papeles del oficio universitario*. Rialp. Madrid, 1980, págs. 280 y 306. Esta misma idea se puede extender a la ciencia jurídica romanística que se desarrolla en Europa a partir del siglo XI.

<sup>268</sup> «Et iuxta posteriorem et strictam significationem solet proprie *ius* vocare facultas quaedam moralis, quam uniusquisque habet vel circum rem suam vel ad rem sibi debitam». *Cfr. Tratado de las leyes y de Dios legislador en diez libros*. Reproducción anastática de la edición príncipe de Coimbra de 1612. Trad. de J.R. Eguillor. I.E.P., Madrid, 1967-68, Libro I, cap. 2, parágrafo 5. *Vid.* el comentario de C-I. Massini a este texto en *El Derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1987, págs. 64-65.

definitivamente con Hugo Grocio, y a partir del *De iure belli ac pacis* del holandés, pasó definitivamente al patrimonio cultural occidental.

El tema se complica más porque se entiende que la aportación específica y fundamental de la Modernidad a la teoría del derecho es suponer que los hombres viven en un estado "originario" de libertad, de modo que la categoría antropológica primaria sería la de *libertad*. Por un movimiento dialéctico se pasa insensiblemente a suponer que "la otra" categoría posible es la de *dominación*. De esta forma, se postula que frente a una etapa —la Antigüedad, la Edad Media— en la que dominó el sentido jerárquico de la existencia, en la Edad Moderna se estableció la libertad como punto de partida obligado de toda construcción jurídica y política.

Hablo de complicación porque, planteadas las cosas con tal generalidad, el hombre de hoy se *siente* ante todo libre, y únicamente puede entender el derecho como una dilatación de su libertad, que es entendida a modo de un estado originario o regulativo: surge así la idea de una "libertad en general" que se vería recortada por cada norma jurídica. Es la visión del derecho y de las relaciones humanas sociales propias del liberalismo. De este modo el derecho subjetivo deja de ser una categoría técnico-jurídica y pasa a convertirse en la manifestación primaria y fundamental de todo derecho posible o digno de este nombre. A partir de la II Guerra Mundial la propaganda de los regímenes parlamentarios ha exacerbado esta consideración del hombre y del derecho en la lucha cultural e ideológica contra el comunismo, hasta llegar al resultado actual.

Es decir, el problema actualmente no se plantea como la admisión o no admisión de una categoría jurídica, que es como debería situarse. Llevados por la lucha ideológica, hoy no se discute propiamente el derecho subjetivo, sino la mentalidad subjetivista que, aplicada al derecho, podemos llamarla "subjetivismo jurídico". Esta mentalidad subjetivista se expresa en el plano más específicamente jurídico suponiendo que todo el ordenamiento jurídico consiste en un conjunto de libertades o derechos subjetivos de los individuos.

### 8.2. Las libertades fundamentales.

Creo que describo bien un buen sector de la mentalidad más extendida actualmente si transcribo una cita de Charles Fried: «No conozco una norma de valor más allá del hombre, ni conozco nada más valioso en el hombre que su capacidad de reflexionar sobre cómo debería ser su vida, y actuar conforme a la conclusión de esas reflexiones. Esto es una síntesis sencilla de lo que quiso decir Kant cuando llamó al hombre un ser moral y definió la naturaleza moral como libre y racional»<sup>269</sup>.

Cualquiera que no posea una especial vocación paternalista está de acuerdo

<sup>269</sup> ¿Es posible la libertad?, cit., pág. 96.

con la primera parte de lo que Fried expone. La segunda parte de la tesis, la que se refiere a Kant, no me parece correcta: Kant, que no entendía de derecho, lanzó la idea del "fin en sí mismo" que sería cada hombre inmatizadamente, con lo que consiguió muy eficazmente reforzar la insolidaridad que ya porta naturalmente cada individuo. Si vemos las dudas, titubeos y perplejidades de la filosofía jurídica postkantiana, en el primer tercio del siglo pasado, comprobaremos hasta qué punto la tesis del "fin en sí mismo" fue entendida radicalmente, sin matizaciones.

Me parece que examinando este problema estamos ante una típica aporía: un planteamiento sin salida, por excesivamente abstracto y, por ello, irreal. Otra vez hay que hacer la distinción ya apuntada en otras ocasiones: una cosa son las libertades fundamentales (de conciencia, de religión, de pensamiento, de expresión, etc.) y otra cosa la constituyen las miles de instituciones que componen el derecho, que poco tienen que ver con esas libertades fundamentales. A propósito de esas libertades primeras se puede hablar de "autofin" o *Selbstzweck*, como hizo Kant. Pero para referirnos a un contrato de arrendamiento de una vivienda, el "autofin" no es verdad ni mentira: simplemente no tiene utilidad, no encaja. Por este motivo, la aplicación de esta categoría (el *Selbstzweck*) a todo el derecho sólo sirve para volver opaco el ordenamiento jurídico entero.

Nos situamos, pues, en el plano de los derechos fundamentales, que parece que es la dimensión del derecho en la que con más propiedad podemos hablar de libertades radicales o de la cualidad de "fin en sí mismo" de cada individuo. No en vano a estos derechos básicos se les llama indistintamente derechos fundamentales o libertades fundamentales, libertades públicas, etc., cosa que no es pensable para referirnos al derecho civil, mercantil o procesal.

Situados en este plano nos preguntamos por la naturaleza de estos derechos o libertades fundamentales: ¿libertades o derechos? Según se responda, el carácter de ellos es bastante distinto. Si decimos que son libertades, es preciso suponer que encuentran su fundamento en la dignidad de la persona, o que la persona *consiste* ante todo en una "lex permissiva" originaria, tal como exponía lúcidamente Brückner en el siglo pasado. Los defensores actuales de los derechos humanos, por lo general poco dados a cuestiones ontológicas, son reacios a admitir unas "personas" verdaderas con entidad propia tras las declaraciones de derechos, porque ello implica introducir la ontología en el derecho. Si son realmente consecuentes consigo mismos, mejor sería que siguieran una solución del tipo de la de Brückner, y que disolvieran las "personas" en un magma de libertad *originaria*. Esta solución sería quizá mejor que no los procedimientos alternativos o sustitutivos de ir hablando de los "universales implícitos en el lenguaje", o de que "los derechos humanos surgen desde el cambio histórico", o que la intersubjetividad y el consenso que avala las declaraciones actuales de derechos hace superflua la cuestión de su fundamento. Este tipo de declaraciones no hace sino enriquecer la convivencia cotidiana con más misterios, como suele indicar Ollero.

En otras palabras, en la doctrina actual no está nada claro qué quiere decir "libertades de las personas", a pesar de que el hombre corriente, el de la calle, piensa y siente que cada hombre es una "persona", es decir, un ser dotado de una

dignidad peculiar que motiva que no pueda ser instrumentalizado. Pero, como hice notar a propósito del academicismo, una cosa es lo que la gente normal siente y vive, y otra es la que se explica en las Universidades.

Si suponemos artificialmente que los defensores de las libertades fundamentales piensan como el hombre de la calle, habría que concluir que tales libertades, convertidas en derechos jurídicos, son una emanación o una exigencia de las personas: las libertades o derechos serían cualidades morales de las personas. Como he hecho notar, la consideración de los derechos como cualidades de las personas plantea ante todo el problema de su medición: o postulamos que son libertades absolutas (que no lo son ni pueden serlo) o surge un interesante problema: si no son derechos absolutos, ¿cómo saber hasta dónde pueden llegar en cada situación? Es una pregunta sin respuesta, por definición.

La segunda posibilidad es considerar que no son libertades o cualidades de las personas, sino *derechos*. El "derecho" es una condición de la realidad concreta que se considera. Por ejemplo, si consideramos la religión y su naturaleza (honrar y amar a Dios), hay que plantearse inmediatamente el tema de la libertad, esto es, si se puede amar a Dios a la fuerza. Notemos que no estamos partiendo desde los derechos de los individuos, sino desde las exigencias de la religión. No, no se puede amar a Dios a la fuerza, como tampoco se puede amar a la fuerza a cualquier otra persona. Por este motivo existe un viejo brocardo, que se encuentra en juristas bajomedievales, que reza "Fides spontanea esse debet, non coacta". Esto quiere decir que la libertad de religión no surge desde un derecho del individuo sino desde la naturaleza misma de la religión, y si antiguamente los hombres fueron forzados en temas religiosos esto se ha debido más a no entender qué es la religión que no a desconocimiento de derechos individuales.

Lo mismo sucede con el derecho de libertad de expresión. Ya apunté que no es tanto un derecho de los individuos como el derecho que tiene la verdad a ser expresada a través de los individuos. Es un derecho de "la cosa", no de las personas. Este hecho es el que hace necesario que se castigue al informador público que miente o que calumnia. Podría pensarse que son los derechos de las demás personas a recibir la verdad los que exigen... pero incluso este planteamiento del tema nos lleva a "la verdad" y al derecho de cada cual a recibir *algo* relativamente objetivo como es la verdad.

Este tema se ha vuelto enrevesado y bastante inexplicable porque históricamente las libertades fundamentales han ido surgiendo de la mano del derecho de libertad religiosa en las luchas de religión (militares o políticas) en Europa y América, fundamentalmente en el siglo XVIII. La libertad religiosa implica necesariamente las libertades de expresión (predicación), de reunión (culto) y, ante todo, la libertad de pensamiento. Como la libertad de religión es un derecho absoluto siempre, porque la religión es una cuestión tan personal que no se pueden situar límites jurídicos fuera de los que marca cualquier ley penal a propósito de las sectas, los derechos que van de la mano de la libertad religiosa, han sido considerados históricamente iguales de absolutos que el de la misma libertad de religión.

A partir desde la religión misma o desde lo que es verdad, si tenemos crite-

rios para poder medir el alcance de estos derechos. Entonces se puede decir que un informador "puede" informar que Dioni se ha llevado 80 millones de pesetas del coche blindado, porque esto "es verdad". O se puede afirmar que es lícita la reunión dominical en la iglesia, porque realmente en las confesiones cristianas los oficios religiosos tienen lugar los domingos en las iglesias. En cambio, la autoridad pública puede denegar la pretensión de tirar cohetes los domingos, porque la reunión dominical en la iglesia no exige necesariamente u objetivamente que se tiren los cohetes.

El hecho de partir desde la realidad, desde "las cosas", tiene sus ventajas, como indicaba en la primera parte de este estudio: ésta es la única garantía que tenemos los hombres frente a posibles arbitrariedades. Si *realmente* es verdad que Dioni se ha llevado 80 millones, realmente el informador puede informar eso y realmente los ciudadanos tienen derecho a recibir esa información, y exactamente esa información: el informador no puede dejar volar la imaginación e imputar otras culpas a Dioni basándose en el dicho que "quien hace un cesto hace ciento". Todas las partes encuentran en la realidad la garantía de su respeto. El derecho humano básico es el del respeto a la realidad; supone una cierta superficialidad traspasar las exigencias de la realidad al hombre, presentándolas entonces como cualidades del hombre. Paradójicamente, lo que demanda la realidad del hombre no proviene desde el hombre mismo normalmente: el hombre "hace suyas" una multitud de exigencias de la realidad, que son "sus" derechos. Cremes, un personaje de Plauto, pronunció una de las frases más conocidas de nuestra cultura: *homo sum, et nihil humanum alienum mihi esse puto*, «soy hombre y nada humano me es ajeno». Esta idea debe ser ampliada: "soy hombre y nada verdadero me puede ser ajeno". El *verum* de la realidad lo necesita indispensablemente el hombre *para ser hombre*. Es paradójico aparentemente: el hombre necesita para ser humano de la realidad que está fuera de él. No resulta tan extraño si pensamos en lo que reconocía Tomás de Aquino: «La razón es medida por las cosas».

Son malos tiempos para hablar de la realidad, de "la cosa". De hecho, la libertad de pensamiento se suele fundamentar, implícita o explícitamente, bien en la indiferencia del entendimiento hacia la verdad, bien en la negación de cualquier objetividad o verdad: en este último caso la "libertad de pensamiento" es una secuela del "todo vale" porque nada es verdad. En definitiva, si Pedro tiene derecho a pensar lo que quiera es porque lo que él piense vale tan poco como lo que piensen o expresen los demás. No creo que sea éste el curso real de las cosas: si se persigue a las sectas, ¿es porque ellas violan la libertad de los individuos, o porque hacen imposible las condiciones mínimas para la formación de la objetividad del juicio? No me parece que esté en juego ante todo la libertad individual, porque en las sectas se ingresa voluntariamente: el bien protegido primariamente es otro. Sucede lo mismo que con las drogas.

Tenemos, pues, las libertades o derechos fundamentales como un primer ámbito de la libertad. No es fácil indicar siempre donde acaban las exigencias *reales* y donde comienzan los derechos de la personalidad que no son medibles de acuerdo a consideraciones provinientes de la cosa misma.

### 8.3. La categoría del derecho subjetivo.

Es frecuente que, a pesar de los esfuerzos inteligentes de Helmut Coing por aclarar la noción del derecho subjetivo, aún hoy se entienda que allí donde existe una posibilidad de hacer reconocida, respaldada o fundamentada por una norma jurídica, allí hay un "derecho subjetivo". No parece que esta noción de tal categoría jurídica ayude a analizar adecuadamente la realidad: en este supuesto quedarían identificadas dos situaciones tan distintas como son el poder que cada cual tiene sobre su propio automóvil y el poder que un padre tiene sobre sus hijos.

Es lógico que al llamar "derechos subjetivos" a todas las situaciones de poder reconocidas por las normas jurídicas, un abuso arrastre a otro. En efecto, si todas las situaciones jurídicas se configuran como dependientes del arbitrio de un titular, entonces sería cierta la crítica que hace Schoupe a la noción del derecho subjetivo: «Sólo en un segundo momento aparece la facultad moral. En cuanto cosa debida por otro, es exigible por su titular. Derecho subjetivo es así el nombre de la relación de la facultad moral que proviene de la exigibilidad de la cosa... Hacer del derecho un derecho subjetivo antes que otra cosa, supone una inversión del proceso de elaboración del derecho. Así, la cosa sería exigible antes de ser debida... De ello resulta que la facultad es un sentido derivado del derecho, en el mejor de los casos, pero carente de autonomía... Pero hay más. Si la noción de derecho subjetivo nada puede aportar a la cosa justa, conviene advertir que, por el contrario, ofrece un serio peligro, a saber: el de considerar al derecho subjetivo como la verdadera noción del derecho, susceptible de ser aislada de la cosa que sea su objeto. Semejante óptica puede dar lugar a que se reduzca el derecho a una expresión formal y abstracta, vacía de todo contenido real... Con lo cual se podrían reconocer al individuo una serie de derechos y libertades para dejarlos como letra muerta. ¿Qué valor tendría un derecho a alimentos reconocido por el Estado a un individuo si tal derecho no tuviese otra entidad que la de una facultad moral independiente de una cantidad de dinero concreto reconocida como suya y que haría realmente deudor al Estado?... Por consiguiente, el derecho subjetivo es, en el marco del realismo jurídico, una noción inútil; y desde una perspectiva formalista constituye para la persona un peligro que su derecho carezca de toda efectividad»<sup>270</sup>.

La doctrina, titubeante en este punto, ha pensado en ocasiones que todo lo no prohibido por el derecho está permitido o constituye un derecho subjetivo. En mi opinión, ésta es otra de las influencias nocivas de las teorías generales del derecho elaboradas por los penalistas desde el siglo pasado: en el derecho penal contemporáneo sí rige el principio de que todo lo no prohibido expresamente no puede ser castigado y, en consecuencia, se entiende permitido; de ahí la prohibición de aplicar la figura de la analogía en esta rama del derecho. Pero este principio

<sup>270</sup> *La concepción realista del derecho...*, cit., págs. 623-625.

penalista no puede ser extendido sin más a todo el derecho, porque la simple ausencia de normas no confiere por sí sola un derecho sino cuando va acompañada de un deber para otros de abstenerse de interferir en las acciones emprendidas en el ámbito de lo no regulado<sup>271</sup>.

Yo diría, simplemente, que aquello que ni está expresamente protegido ni está prohibido es el amplio campo de lo no-jurídico, en donde, por cierta analogía con el derecho penal y, sobre todo, por razones de humanidad (toda restricción es odiosa), se supone *iure tantum* que se puede actuar con libertad siempre que no exista causa para impedir la conducta. No está expresamente prohibido que un ciudadano español pueda circular libremente por las calles de Vigo, como tampoco está expresamente declarado como derecho. En estas circunstancias, cualquiera "puede" andar por las calles de esa ciudad, pero si ve impedido el paso por una calle porque el Ayuntamiento de Vigo ha cortado el tráfico, por obras, no puede demandar al Ayuntamiento alegando que se le está impidiendo ejercer un derecho. Carbonnier dice a este propósito que «Los juristas dogmáticos piensan que todo es derecho, que el derecho tiene vocación para estar en todas partes, para envolverlo todo y para sostener, como un dios, todo el universo habitado. Hay en el derecho dogmático, a la vez, un ideal y un postulado de panjurismo»<sup>272</sup>.

Si superamos estos supuestos, el derecho subjetivo existe como una categoría jurídica neta y nitida. Efectivamente, todos los hombres poseen unos ámbitos en los que pueden actuar con mucha libertad porque en principio no dan cuenta de su actuación: son irresponsables. Cualquiera de nosotros puede hacer con su televisor lo que quiera: encenderlo o no, ver un canal u otro, etc., y no se incurre en responsabilidad por lo que se haga ni hay que justificar la actuación.

Notemos que el derecho subjetivo no es exactamente un sector del ordenamiento jurídico, porque la irresponsabilidad no es completa, sino más bien una cierta dimensión de algunos comportamientos: nadie puede hacer con su coche o televisor "lo que quiera", porque se le puede demandar por haber aparcado mal el coche o por poner el televisor con un volumen demasiado alto. En otro orden de consideraciones, también aquí afecta un cierto sector de la doctrina del abuso del derecho. Hay, pues, libertad según y cómo.

En cierto modo estamos ante una libertad negativa. Negativa, en un primer momento porque el sujeto no posee un título definido para hacer lo que está haciendo; de ahí que la autoridad pública pueda prohibir esas conductas con bastante facilidad, cosa que sucede cuando la policía impide que se circule por una calle, o que se transite por una carretera porque ha nevado. Esta negatividad da pie a preguntar si no se trata más bien de unas libertades residuales. A veces, es posible: pero es mejor afirmar la libertad de cada individuo en una sociedad cada vez más normativizada y, por ello, exasperada.

<sup>271</sup> Así lo explica F. Laporta en *Sobre el concepto de derecho humano*, en "Doxa" 4 (1987) pág. 24.

<sup>272</sup> *Derecho flexible...*, cit., pág. 33.

También se podría hablar de libertad negativa porque ser libre en este sentido no es otra cosa que una ausencia de competencias expresamente reconocidas sobre mi actuación. Esto quizá se entiende mejor situándonos en la situación opuesta, como es la del profesor que tiene expresamente competencia para dar las clases que ha de impartir, de modo que puede remover los obstáculos que se opongan a ello. Pero, por el contrario, en muchos sectores de nuestra vida no poseemos ninguna competencia específica o expresamente justificada. A causa de esta vertiente más bien negativa, en este campo es difícil hablar de derechos adquiridos, por ejemplo, e incluso de costumbre jurídica.

Podemos añadir una última nota, y es que todas estas conductas irresponsables poseen una única justificación: se deben respetar en la medida en que contingentemente es respetable el arbitrio. Por esto, a diferencia del resto de las instituciones jurídicas, en las que cada instituto posee una causa o título específico y distinto, las conductas fundamentadas en la libertad del arbitrio se presentan unitariamente porque poseen una única causa jurídica: su punto unificador es el arbitrio que es respetado, y que en principio debe ser respetado.

Los derechos subjetivos han inspirado recelos por razones históricas muy concretas. La Modernidad entendió que todo el ordenamiento jurídico no podía consistir sino en un conjunto de *facultades* del tipo de las descritas, y en la reacción del siglo XIX contra la teoría jurídica ilustrada bastante gente mantuvo que los derechos subjetivos ni existían ni podían existir: ya he indicado que una exageración suele llevar a otra exageración. Concretamente, Augusto Comte captó a su modo el carácter de *officium* de las competencias o libertades jurídicas y, llevado por el carácter de "deber" que suele implicar todo derecho, negó la categoría del derecho subjetivo, sustituyéndola por la de "función"<sup>273</sup>. Otros autores no han ido tan lejos como Comte, pero sí observan con recelo la libertad e irresponsabilidad propia de los derechos subjetivos. Como lo específico de este tipo de derechos, o lo que más destaca en ellos, es la negatividad ("yo 'no' estoy obligado a..."), sobre ellos recae la visión peyorativa que justamente ha merecido la libertad simplemente negativa.

Jesús Ballesteros reacciona contra esta consideración impugnadora de estos derechos y escribe que «Este ámbito de libertad ha sido designado por I. Berlin... como 'libertad negativa', en cuanto su característica fundamental estribaría en la exclusión de toda injerencia ajena. Parece que sería mejor calificarla como 'libertad reservada' o 'exclusiva', por cuanto puede implicar una importante actividad por parte del sujeto de la misma»<sup>274</sup>. Efectivamente, la libertad de arbitrio es una gran cosa: no podríamos vivir —acabaríamos dementes— si se nos reglamentara toda nuestra vida. El arbitrio de uno de los *bienes constantes* más importantes

<sup>273</sup> El organicismo biologicista que representa Comte se encuentra difuso entre los tres últimos volúmenes de su obra. Puede ser especialmente interesante el vol. IV (París, 1839), lección 48.

<sup>274</sup> *Postmodernidad: resistencia o decadencia*. Tecnos. Madrid, 1989, pág. 55.

(quizá el más decisivo) que posee el hombre. Bien está reaccionar contra la visión moderna a tenor de la cual todo el derecho se compondría exclusivamente de un conjunto de derechos subjetivos: lo más suave que se puede decir sobre ella es que es irreal, falsa. Pero –huyendo de exageraciones irreales– es preciso igualmente recabar el derecho a hacer *lo que nos da la gana*, siempre y cuando ello sea realmente posible. Introduzco la partícula “realmente” porque la libertad de arbitrio de cada cual puede ser mucho mayor de lo que cree cualquier mentalidad paternalista, o de lo que interesa a los que mandan: es una constante psicológica que el que tiene poder tiende a mandar cada vez más, y acaba normativizando inhumanamente la vida de los que de algún modo están sometidos a él. Por este camino, se ha descrito acertadamente a los Estados contemporáneos como “dictaduras humanizadas por el incumplimiento de las leyes”. Y, a la vez, es preciso reconocer que buena parte de nuestras competencias son eso, *competencias jurídicas*, “oficios” u *officia*, en los que el deber va inexcusablemente unido a la capacidad de hacer.

Por lo que se refiere a la libertad de arbitrio, tan generosamente recortada por los poderes políticos contemporáneos, creo que la única actitud humanista es la de mantener que la libertad sólo puede ser recortada cuando esa disminución sea necesaria, a su vez, para aumentar la libertad.

#### 8.4. La libertad jurídica.

Tratamos de considerar ahora la libertad más propiamente jurídica. Ha sido tal la inflación de derechos subjetivos que se ha producido a raíz de las teorías jurídicas de la Edad Contemporánea, que es preciso ahora recabar con más insistencia esta libertad más positiva.

Podemos tipificar superficialmente las formas primarias o fundamentales de manifestarse la libertad en el derecho: una es la de los derechos subjetivos: ámbitos parciales y concretos de libertad reservada o exclusiva. Otra es «lo más radicalmente constitutivo del ser humano, como lo máximamente sagrado e intocable... Este aspecto de la libertad se pone de manifiesto en situaciones límite de la persona... Por ejemplo: ‘yo hago con mi vida lo que quiero porque es mía’, o declaraciones como que ‘todo hombre es un fin en sí mismo’... no aluden a una cualidad del hombre o de algunos de sus actos, ni a un valor que debe ser realizado, sino a su ser mismo completo y en un sentido muy radical»<sup>275</sup>. Desde este punto de vista el hombre irrumpe “en” la historia, y en esta dimensión del ser humano es donde habría que fundamentar la “libertad social” de que hablaba en la primera parte de este estudio. Una manifestación estereotipada y concretada jurídicamente de esta manifestación de la libertad serían las “libertades fundamentales” que recoge cualquier Constitución contemporánea. Tras los derechos subjetivos y las libertades

<sup>275</sup> J. Choza, *Manual...*, cit., pág. 371.

fundamentales del hombre, tenemos la libertad como *competencia*, que es la que estudiamos ahora.

El hombre contemporáneo, muy influido por el patrimonio ilustrado, tiende a sentir –y a pensar– que la libertad sería como un dato primario o inicial a partir del cual hay que trabajar. Como todos los datos antropológicos fundamentales, esto unas veces es cierto y otras no. Por lo general, la libertad jurídica no es tanto una “libertad en general” o una independencia originaria como una realidad personal que se presenta dependiente de un bien concreto que hay que realizar en la vida, porque los bienes humanos no suelen venir dados: hay que *realizarlos* prácticamente. Por esta razón, Leopold F. Fredersdorff indicaba al final de la Modernidad, y en plena oposición a ella, que la libertad es un concepto “oscilante” que no puede ser definido de un modo absoluto, sino únicamente en relación a un bien concreto<sup>276</sup>. Esta idea de Fredersdorff (por lo demás, un autor que pasó desapercibido) está llena de sabiduría, y procede desgranarla.

La libertad ha sido entendida históricamente como “liberación” del hombre, y esto requiere ser matizado porque tal como indica Fromm, liberarse *de* no es idéntico a la libertad positiva, a liberarse *para*<sup>277</sup>. En la visión más usual, libertad supone exclusivamente *independencia* frente a los demás, y esto no se ajusta a la realidad. Es imprescindible en algunos momentos del día ser independiente de los demás, pero en la plenitud de la libertad, liberarse ‘para’ indica fundamentalmente una apertura a los demás: una persona quiere casarse ‘para’ montar una familia, o quiere ser profesor de Universidad ‘para’ realizar actividades investigadoras y docentes. En consecuencia, la libertad de cátedra no es tanto o primariamente una libertad ‘contra’ ingerencias ajenas (aunque a veces se trate ante todo de esto) como una libertad para enseñar cosas útiles, interesantes. Fromm escribe: «¿Independencia y libertad son inseparables de aislamiento y miedo? ¿O existe, por el contrario, un estado de libertad positiva en el que el individuo como yo independiente sin hallarse aislado, sino *unido* al mundo, a los demás, a la naturaleza?»<sup>278</sup>.

Álvaro d’Ors nos indica que «una posición justa quiere decir, desde el punto de vista objetivo, una posición que se *coordina* con otras posiciones según un ‘orden justo’; desde un punto de vista subjetivo, en cambio, una posición supone una pretensión contrapuesta frente a terceros»<sup>279</sup>. Aquí se encierra buena parte de la naturaleza de la libertad positiva: cuando el individuo logra darse cuenta de que el derecho no es tanto un orden de exclusión (yo excluyo de mi esfera de libertad todo lo que no quiero y a todo el que no quiero) como un orden de colaboración,

<sup>276</sup> «Freyheit ist ein schwankender Begriff... Er kann nicht mit Sicherheit nicht absolut bestimmt, sondern er muss in Beziehung auf seinen besondern Gegenstand festgesetzt werden». Cfr. *System des Rechts der Natur auf bürgerlichen Gesellschaften, Gesetzgebung und des Völkerrechts angewandt*. Braunschweig. 1790, II Theil, parágrafo 100.

<sup>277</sup> Vid. *El miedo a la libertad*, cit., pág. 52.

<sup>278</sup> *El miedo a la libertad*, cit., pág. 246.

<sup>279</sup> *Nuevos papeles del oficio universitario*, cit., pág. 307. Las intensidades son mías.

tiene mucho ganado. El derecho coordina los esfuerzos, hace posible... Una cátedra universitaria no es tanto una posición para excluir a los demás como una institución *para...* Porque la libertad no es tanto voluntad ilimitada, autosuficiencia y voluntad de dominio –como la entendió el pensamiento moderno que va desde Bacon y Descartes a Nietzsche–, como reconocimiento de la propia indigencia y voluntad de servicio: «Demut als Mut zum Dienste»<sup>280</sup>.

La libertad, pues, viene *creada* por el fin que persigue el individuo: como sucede casi siempre, la causa última o final es la que justifica la conducta antecedente que quiere abrirse paso. Si nos preguntamos cómo ha de ser este fin para que “cause” o dé razón suficiente de la conducta, entramos otra vez en la teoría de los bienes, a la que ya aludí: hemos de buscar un *bien*, y como el bien, cuando se manifiesta, es común a todos, la comunidad o el carácter comunitario es una de las notas decisivas para el reconocimiento de lo que es *bueno*. Entonces se dice que un sujeto tiene buenas razones para hacer u omitir, es decir, para decidirse. Precisamente porque un comportamiento libre está justificado es por lo que puede decirse: “tengo un *derecho* a realizar eso”. Al margen de lo que está justificado por buenas razones, es dificultoso hablar de derechos: queda el inmenso campo del arbitrio, tan relevante por razones poderosas. Pero mientras que *el conjunto* de los comportamientos arbitrarios está plenamente justificado (porque si no, el hombre se crisparía), cada comportamiento que se basa en el *sic volo* es contingente y puede ser suprimido. Esto es lo que expresaban la mayor parte de los juristas bajomedievales cuando escribían que el derecho natural (entendido como la libertad ‘natural’ del hombre: la *omnium una libertas*) contiene un único precepto: que se puede derogar en parte pero no en su totalidad<sup>281</sup>.

La libertad se distingue del acto arbitrario como lo razonado se distingue de lo contingente. Lo esencial de la indeterminación (que esto es el arbitrio) es la contingencia: que un comportamiento es contingente quiere decir que un sujeto lo realiza por los mismos motivos por los que podría realizar otro, o el opuesto: en cualquier caso, sin muchos motivos. La libertad, por el contrario, supone una justificación de lo que hacemos o queremos hacer porque nuestra actuación está justificada o razonada, esto es, porque hay razones objetivas para hacer o dejar de hacer, porque existe un bien humano que está en juego dependiendo de lo que hagamos. Esto es lo contrario de la contingencia.

A causa de esta motivación objetiva, Hegel explica que en la libertad coincide mi voluntad individual con mi deber, de modo que libertad y deber se identifican. En el campo de lo arbitrario o *derecho abstracto*, en cambio, libertad mía y deber mío no se identifican, pues no hay deber por mi parte, sino únicamente el deber de los demás de abstenerse de interferir en mi conducta<sup>282</sup>. Así se produce la

<sup>280</sup> Esta idea la refiere Jesús Ballesteros a Heidegger. Vid. *Sobre el sentido del derecho*, cit., pág. 124.

<sup>281</sup> Vid. mi estudio *El derecho natural laico de la Edad Media*, en “Persona y Derecho” 8 (1981) págs. 71 y ss.

<sup>282</sup> «En esta identidad de la voluntad universal y abstracta coinciden por lo tanto el deber

aparente paradoja de que el hombre tiene derechos a actuar en la medida en que tiene deberes (o razones objetivas para la actuación): un profesor tiene el derecho a dar sus clases porque tiene el deber de darlas, y un alumno tiene el derecho a asistir a clase porque tiene el deber de asistencia. Si prescindimos de los deberes, sería muy difícil o imposible fundamentar la mayoría de nuestros derechos.

La dependencia desde las buenas razones implica una segunda consecuencia, a saber: la naturaleza de la actuación a la que tenemos derecho viene determinada por las exigencias del bien que se trata de alcanzar o del mal que se ha de evitar. El comportamiento no puede ser caprichoso: nuestra conducta está condicionada por lo mismo que la hace posible, que la justifica. Si existe, como vemos, una base ontológica o en las cosas que determina tanto el nacimiento del derecho como su naturaleza y alcance.

Es decir, la libertad es bastante más que la simple indeterminación o indeterminabilidad: los ilustrados redujeron el derecho a la libertad, a la exigencia de indeterminabilidad de nuestros actos, pero ello se hizo a costa de dejar inexplicado el fundamento y, por tanto, el alcance de nuestros derechos. La libertad suele conllevar una cierta indeterminabilidad, que nos es tan necesaria a los hombres como ese inmenso campo del arbitrio al que antes aludía. Porque lo que un padre ha de hacer con sus hijos para educarlos adecuadamente no viene marcado –gracias a Dios– taxativamente: puede educarlos de formas distintas, elegir los colegios que él crea oportunos, etcétera. Pero ello a la vista del *bien* de los hijos, es decir, desde el punto de vista positivo, desde el punto de vista del *para...* Porque esta faceta de la libertad no puede consistir simplemente en el carácter puramente negativo de la indeterminabilidad que necesariamente acompaña a toda competencia. Este es el campo de la opinión, del “yo creo”, “a mí me parece”, “estimo”, etc., pero no el campo del arbitrio: un padre que echara a suerte el colegio de sus hijos parecería un irresponsable.

y el derecho; por medio de lo ético, el hombre tiene derechos en la medida en que tiene deberes y deberes en la medida en que tiene derechos. En el derecho abstracto [por el contrario] yo tengo un derecho y el otro tiene el deber correspondiente». Cfr. *Grundlinien...*, cit., parágrafo 155.



## 9. EL DERECHO EN ACCIÓN.

El jurista se encuentra con un *corpus iuris* que ya existe. Superficialmente podría pensarse que debe partir desde él, desde este conjunto de normas y principios contenidos en el ordenamiento jurídico, y esto es cierto pero no enteramente. A veces es así con bastante precisión, porque un caso puede estar determinado unívocamente por una *norma*; pero no siempre sucede esto. Incluso cuando el caso aparece como decidido claramente por la norma, también en este proceso aparentemente sencillo (*interpretatio cessat in claris*) suele haber interpretación. Por este motivo sería más adecuado decir que el jurista se mueve en el *corpus iuris* nacional o internacional. Si se mueve con mucha libertad o poca libertad, ésta es otra cuestión a que aludiré más adelante.

Esta dimensión del problema que he llamado "el derecho en acción" ha sido destacada sólo recientemente. Cuando aparecieron los códigos en Europa, el derecho era el código: las *normas* contenidas en ellos. El pensamiento dominante postulaba que el código era suficiente para resolver cualquier problema posible: las "lagunas" (*Lücken*) jurídicas no podían existir, porque mediante operaciones lógicas, configuradas sobre la figura de la analogía, todo caso era resoluble. En realidad, cuando los códigos decimonónicos establecían que el juez no podía negarse a juzgar bajo pretexto de falta de ley, estaban declarando que los jueces debían decidir siempre de acuerdo con estas leyes. Hizo falta una polémica agria, en el último tercio del siglo XIX, para hacer ver que estos postulados no se correspondían con la realidad. Los nombres de Schlossman y Zitelmann evocan mucho a este respecto.

Más tarde, en el área de cultura francesa, Cruet o Flammarion acabaron de completar la crítica a la pretendida omnipotencia legislativa, y entre unos y otros mostraron que las operaciones lógicas desde la letra del código no bastaban para regular la vida jurídica. François Gény clarificó muchas cosas, especialmente en su *Méthode et sources...*, y Charmont mostró a su modo que en los razonamientos jurídicos había mucho "derecho natural" a costa de llamar derecho natural a todo aquello que no estaba previsto expresamente en las leyes. El movimiento del "de-

recho libre" de comienzos de siglo aportó bastante a esta crítica, aunque algunas de las exageraciones de sus integrantes desprestigliaron muchas observaciones inteligentes que debieran haber merecido mejor fortuna: los nombres de Ehrlich y Fuchs siempre estarán presentes ante quienes se interesen por el saber específicamente jurídico. La "jurisprudencia de intereses" también contribuyó a esclarecer los límites de las construcciones conceptuales, y los infatigables Müller-Erzbach y, especialmente, Philip Heck tomaron su tarea como una especie de cruzada particular.

Pero esta etapa a que aludo (la primera crisis del recién nacido "positivismo jurídico") solamente preparó el camino, sin perjuicio de que sus protagonistas hicieran aportaciones perennes: todos estos juristas se esforzaron ante todo por mostrar que el derecho no se agotaba en la letra de la ley. Ellos resistieron las pretensiones hegemónicas del positivismo jurídico, y cumplieron su misión con mostrar que las cosas no eran como pretendía la ideología oficial, la propia del Estado. Como es lógico, faltaba una etapa más constructiva.

Esta segunda etapa se inicia en el Continente tras 1946. Las mismas alegrías de Radbruch al encontrarse con la jurisprudencia anglosajona nos indican que los juristas continentales querían una propuesta específicamente jurídica, que se ajustase a la realidad, ya de por sí demasiado encorsetada en el positivismo, en la jurisprudencia de intereses o de conceptos (¡nuestra manía de buscar la "naturaleza jurídica" de las instituciones!), o desflecada completamente con la idea imprecisa que permaneció del "derecho libre", y que refleja ejemplarmente Kelsen. Los nombres de Lipps, Litt o de Engisch evocan los inicios de una nueva forma, más jurídica, de considerar el derecho. Hubiera bastado, o hubiera ahorrado mucho esfuerzo ganando en precisión, haber estudiado las obras de Radin, Llewelyn o Cook, pero el Continente ha permanecido refractario a las aportaciones norteamericanas y la inteligencia superficial y equívoca del "realismo norteamericano" no ha facilitado las cosas.

De todos modos, en la reacción de la postguerra contra el "positivismo jurídico" en su versión dominante en el Continente, se clarificó lo fundamental del método específicamente jurídico, el prudencial o romanístico, es decir, el propio tanto de los juristas de Roma como los que se han ocupado con el derecho "civil" a lo largo de los siglos. El llamado "derecho natural existencialista" de los años 50 recordó tanto que si hay elementos permanentes en el razonamiento jurídico como que es preciso contar con la historia, con la historicidad, y esta unión sin complejos del pensamiento iusnaturalista con la historia abrió las puertas en muy buena medida para entender lo fundamental del método jurídico prudencial. Maihoffer, Fechner o Kaufmann han prestado un buen servicio a la ciencia jurídica.

El *chupinazo* para abordar decididamente el estudio sin mitos de la tarea jurídica lo dio Theodor Viehweg con su *Tópica y Jurisprudencia*, publicada hace algo más de treinta años, e inmediatamente recibió el espaldarazo con la monumental *Principio y norma* de Josef Esser, que mostró cómo todo jurista que se dice "positivista" es realmente cripto-yusnaturalista cuando verdaderamente actúa como jurista. Michel Villey animó durante los años 60 y 70 al estudio de la jurisprudencia

prudencial, que combina en sí sin esfuerzo especial la objetividad ontológica con la historia. La dirección que él propugnó se conoce a sí misma con el nombre de "realismo jurídico", y Carlos-Ignacio Massini en América o Javier Hervada en Europa son algunos de sus integrantes más conocidos. Luigi Lombardi-Vallauri propuso también un nombre para esta dirección: giusliberismo, y su *Saggio sul diritto giurisprudenziale* contribuyó seriamente a darla a conocer convincentemente. Las obras de Schwarz-Liebermann han supuesto quizá la aportación más considerable desde un ángulo preferentemente jurídico teórico o abstracto, aunque el hecho de que este autor publique indistintamente en inglés, francés o alemán no ha facilitado la difusión de sus obras, excesivamente poco conocidas aún. Desde una perspectiva filosófico-jurídica, el lector ya conoce las obras de Jean-Marc Trigeaud. En España, Andrés Ollero ha publicado dos volúmenes de estudios en los que explicita la médula más jurídica de esta dirección de la reflexión sobre el derecho. Curiosamente, la *Metodología de la ciencia del derecho* de Karl Larenz no despierta interés en este sector de estudiosos: desde luego, la mixtura de legalismo positivista y de afán sistemático de que hace gala Larenz (quizá un residuo de su historia pasada) parece no compensar las observaciones incidentalmente inteligentes que se encuentran en esta obra.

¿Qué sentido tiene esta parte de la exposición? Desde luego, no pretendo exponer algo así como una teoría general de la "interpretación", si por tal entendemos el trabajo cotidiano del jurista continental o anglosajón. Para eso me remito a algunas de las obras mencionadas, especialmente a las de Esser, Schwarz-Liebermann u Ollero. Más bien pretendo deshacer algunos equívocos que afectan o pueden afectar al estudiante de derecho, todavía demasiado influido por el "positivismo jurídico" moribundo, que habla de "normas" como componiendo la totalidad del derecho, y también de "sistema": el *postulado* del sistema es muy querido a los positivistas.

Efectivamente, la visión positivista más actual, la de Oxford o Torino (Kelsen ya queda demasiado lejano, y demasiado cargado de "metafísica" para la mentalidad de hoy) supone que sólo existen *normas* que encuentran algo así como una aplicación inmediata a cada caso. Cada problema encontraría su norma y éstas, a su vez, son netas y claras porque nunca se contradicen: ahí están las tablas que exponen Bobbio y Gavazzi para "resolver" el problema de las antinomias. Arthur Kaufmann explica que la mentalidad ingenua supone que por un lado —"arriba" espacialmente— estaría la norma abstracta y objetiva, y de otra parte (como "debajo" de ella) se situarían los casos a los que se debe aplicar esta norma. Según esta comprensión *naïv* de la realidad, escribe Kaufmann, el derecho es sencillamente *deducido* de la ley que, *eo ipso*, se convierte en derecho<sup>283</sup>. De hecho, ésta es aún hoy la mentalidad más extendida entre los mismos estudiantes de derecho.

No se trata de proponer (una *propuesta* distinta) una teoría nueva que preten-

<sup>283</sup> Vid. *Gedanken zur einer Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, en "Beiträge zur Juristischen Hermeneutik". Carl Heymann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, pág. 95.

da sustituir a la del "positivismo legalista", sino más bien de preguntarnos si esta visión tan sencilla se adecúa a la práctica cotidiana de los bufetes, de las notarias o de los juzgados. No me pregunto por casos raros o extraños (esos *border cases* como los llaman los anglosajones), en parte porque sé que toda excepción justifica la regla, y en parte porque tengo a la vista y asumo plenamente el brocardo anglosajón que indica que "hard cases make bad law". Me interrogo acerca de la práctica jurídica diaria en el Continente, en donde «el verdadero jurista –escribe Llompart– sabe muy bien que las leyes existentes no son fórmulas mágicas capaces de solucionar todos los problemas»<sup>284</sup>.

En efecto, los *iusnaturalistas* modernos intuyeron que el Derecho no existe, y lo sustituyeron por "los derechos" (subjetivos) del individuo. Esta intuición inicial tiene algo de valor, porque el derecho, más que una palabra que designa un cuerpo constituido, es un término que hace referencia a una actividad<sup>285</sup>. Una actividad en la que más que normas objetivas fijas y estables lo que existen y desde lo que se parte son desde situaciones objetivas que sí están efectivamente constituidas. A esta actividad se le llama *jurisprudencia*. «Un estudiante –escribe Llompart– puede decir 'yo estudio Derecho y leyes', y también puede decir sencillamente 'yo estudio *Jurisprudencia*'. Ciertamente, el Derecho y las leyes son el objeto de la *Jurisprudencia* y, sin embargo, aunque sepamos *completamente* lo que es esta ciencia, todavía no podemos decir que sabemos *completamente* lo que es el Derecho como tal y cómo deben aplicarse todas esas leyes»<sup>286</sup>. El derecho es, ciertamente, un "orden", y como tal orden es necesariamente abierto, porque no es una estructura o un sistema<sup>287</sup>.

Éste es un tema tan rico, amplio y complejo que en él la observación inicial que hice de pretender únicamente un bosquejo elemental y grosero cobra especial valor.

### 9.1. Legislación, normas, interpretación.

Usualmente se dice que una norma "existe" (término muy equívoco referido a las normas) cuando es "válida", es decir, cuando ha sido creada de acuerdo con el procedimiento previsto en el conjunto del sistema normativo. Dos teorías clásicas

<sup>284</sup> El "ius", la *Jurisprudencia*, el jurista y nuestra Facultad de derecho, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social". Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 1990, pág. 132.

<sup>285</sup> Esto es muy matizable a tenor de lo que vimos al tratar de las normas tipo A, B y C. El Derecho fiscal o laboral, por ejemplo, constituyen cuerpos de normas constituidas.

<sup>286</sup> El "ius", la *Jurisprudencia*., cit., pág. 141.

<sup>287</sup> Trigeaud escribe que «l'on comprend mieux ainsi encore comment l'on peut parler d'un ordre ouvert, plus que d'une structure ou d'un système». Y añade a continuación: «comme l'on peut préférer la notion d'une partie représentative d'un tout et subordonnée dans sa contingence conceptuelle au pouvoir idéationnel qui rend témoignage à la vérité de l'être». Cfr. *Introduction*., cit., pág. 42.

cas dentro del positivismo jurídico legalista (no sociológico) intentan explicar esta existencia de las normas. La más antigua es la de Kelsen, que mantiene que una norma accede a la existencia cuando es creada según la forma ordenada por las leyes superiores, la Constitución en definitiva. La creación de las "normas" es una estricta cuestión de forma, que en modo alguno afecta al contenido. Efectivamente, Kelsen distinguía entre ordenamientos normativos estáticos y dinámicos. Los "estáticos" son los jurídicos, en los que el conjunto normativo determina únicamente la *forma* a seguir para la creación de nuevas normas<sup>288</sup>. El contenido de estas normas así creadas es indiferente: puede adecuarse al contenido de las normas superiores o anteriores, o contradecirlo. El relativismo moral que profesaba Kelsen, y del que hizo siempre gala a lo largo de su muy dilatada vida, le movía a no considerar relevante el contenido material de los ordenamientos jurídicos; y hay quien opina que el "movimiento del derecho libre" le proporcionó un fuerte impulso o respaldo académico para opinar así. En los ordenamientos normativos dinámicos, en cambio, el contenido de la norma superior determina lo ordenado en las normas inferiores: éste sería el caso de la moral<sup>289</sup>.

Más recientemente, Hart –mediando en la polémica entre Kelsen y Ross, esto es, entre el positivismo legalista y el positivismo sociológico– ha mantenido que "la clave de la ciencia de la jurisprudencia" está en la unión de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias que establecen competencias. Lo que Hart llama "reglas primarias de obligación" son aquellas normas que normalmente imponen deberes o atribuyen capacidades de hacer. Las "reglas secundarias" están constituidas por tres tipos de reglas que atribuyen las competencias para crear normas nuevas, para juzgar, etc.<sup>290</sup>. La primera de estas reglas es la "regla de reconocimiento", que determina quién está capacitado para dictar reglas primarias de obligación. Así, en Inglaterra la regla de reconocimiento sería aquella que establece que puede legislar "la reina con el parlamento"<sup>291</sup>.

Estas normas o reglas básicas a que ahora aludo no están escritas. Kelsen explicaba que acatar las normas creadas según el procedimiento previsto viene ordenado por lo que él llama la "norma fundamental o hipotética", la *Grundnorm*. Esta "norma" no está formulada expresamente: está supuesta o presupuesta en la vida cotidiana, y quien realmente la reconozca no hace sino describir en términos muy realistas, según Kelsen, el modo de trabajar cotidiano de los juristas<sup>292</sup>, quie-

<sup>288</sup> Kelsen trata este tema en la parte IV de su *Reine Rechtslehre*. Franz Deuticke. Wien, 1960, en el párrafo 34, b).

<sup>289</sup> Además del párrafo citado, *vid.* la parte VII de la *Reine Rechtslehre*, dedicada a la interpretación. Sobre la indeterminación del acto de aplicación del derecho, *vid.* párrafo 45, a). Una teoría más general sobre este tema la expresa en el párrafo 46.

<sup>290</sup> *Vid.* el capítulo V de su *El concepto del derecho*. Hay edición castellana con traducción de G.R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1977.

<sup>291</sup> *Vid.* las páginas 99-124 de *El concepto del derecho*, ed. cit.

<sup>292</sup> A la "norma hipotética" le dedica los epígrafes c) y d) del párrafo 34 de la ed. cit. de la *Reine Rechtslehre*.

nes parten desde la "hipótesis" o supuesto de que todo aquello que venga dictado por el Estado es obligatorio, constituye un "deber ser" (*Sollen*). Algo parecido explica Hart sobre su "regla de reconocimiento": en la polémica que mantuvo con Ross acerca de la naturaleza de esta "regla", Hart explicó reiteradamente que la validez de ella no es exactamente un hecho sociológico: hay reglas que "son seguidas" y por tanto están vigentes, y éste es el caso de la regla de reconocimiento. No se puede explicar tal vigencia en términos estrictamente sociológicos —como pretendía Ross— porque la realidad de la existencia de estas reglas no es medible exactamente según estadísticas: ¿cuántos pelos se le han de caer a un hombre para que sea considerado calvo? Son reglas que son seguidas o no lo son, simplemente. Se trata de una cuestión de hecho al margen de comprobaciones estadísticas exactas.

Como podemos observar, tanto en Kelsen como en Hart la validez de las normas jurídicas se reduce a una cuestión de pertenencia a un sistema normativo por haber cumplido los requisitos previstos por este sistema: la "norma fundamental o hipotética" y la "regla de reconocimiento" cumplen una función muy parecida, como mostró José Antonio Ramos Pascua. Bien, lo que nos cuestionamos ahora es, entre otras cosas, si esta explicación de la existencia y por tanto de la vinculatoriedad de las normas se corresponde adecuadamente con la realidad jurídica viva. Porque me parece que estas explicaciones eran más convincentes (se trata de una cuestión de grados) hace años, cuando el Estado conservaba aún su prestigio.

## 9.2. La "validez jurídica".

Hubo un tiempo, en el siglo pasado y en la primera mitad del siglo XX, en el que las leyes dictadas por el Estado poseyeron bastante prestigio. La conciencia social apenas permitía al juez interpretar las leyes, y se consideraba que el juzgador era realmente un buen juez si *aplicaba* las leyes, aun cuando eso fuera contra su conciencia o contra la moral.

Actualmente el estado de la cuestión es algo distinto. Nos dice Carbonnier que «hay innumerables leyes, que cambian, además, velozmente, que con frecuencia resultan incoherentes entre sí y que raramente están bien redactadas. No constituye, desde luego, una gran originalidad criticar al legislador moderno. Conveniría señalar en su descargo que la ley no tiene ya en nuestros días la significación que antaño tuvo»<sup>293</sup>. Quizá el problema más grave, cuando se habla de las leyes, está en la hipertrofia del volumen legislativo: «la masa del derecho aplicada aumenta mecánicamente sin cesar (cuatro kilos anuales en la biblioteca del abogado más modesto), sobre todo en las especialidades (reglamentos fiscales, económicos

<sup>293</sup> *Derecho flexible...*, cit., pág. 143.

y administrativos). Algo menos en las partes generales, como el derecho civil codificado. Pero más aún que la masa se incrementa la complejidad. Las reglas no vienen ya a alinearse prudentemente las unas al lado de las otras, cada una con su propia función, sino que se interfieren y es preciso conciliarlas o combinarlas, de manera que cada caso exige una búsqueda previa del derecho que tiene vocación para regirlo»<sup>294</sup>.

Siendo así las cosas, parecería más prudente cesar en la producción legislativa: quizá no sirva de mucho que el parlamento español apruebe unas cinco leyes diarias durante cinco días cada semana del año, a las que deben añadirse los decretos, normalmente más importantes en la práctica que las leyes. Pero esto sería exigir mucho a los políticos. Este continuo producir disposiciones normativas generales, que se añaden a una masa ya existente en la que normalmente no es fácil conocer lo vigente y lo derogado, ha llevado a que en cualquier Estado continental existan bastantes metros cúbicos de papel que recogen la legislación en principio vigente. Ningún jurista, ningún programa informático puede informar sobre las normas existentes sobre el caso planteado. Y, desde luego, cuando el problema es realmente interesante, frecuentemente no existe una norma directamente aplicable: la riqueza de la praxis real desborda con mucho la legislación, por extensa que ésta sea.

No es extraño, a la vista de esta situación en la que no se exagera nada, que la ley haya perdido su antiguo prestigio. Abogados y jueces vivencian cotidianamente que es ya difícil encontrar una *norma* que resuelva inequívocamente el caso discutido y, de hecho, la alegación de legislación funciona actualmente más bien como argumento de autoridad: cualquier juez continental, hoy, aprecia más el rigor y la claridad del alegato de las partes que no la alegación —normalmente muy numerosa y confusa— de preceptos legales. Estamos en una situación parecida a la de la jurisprudencia del siglo XV y XVI, cuando cualquier jurista, para hacerse oír por un tribunal, sacaba a colación diez o doce *dicta* doctrinales que le favorecían, además de las *leges* que fueran al caso. Naturalmente, la parte contraria hacía lo mismo, y el tribunal decidía con bastante libertad. Paradójicamente, la superabundancia de legislación favorece la libertad del juez que, según aplique los criterios *a simili*, *a contrario*, "la ley posterior deroga a la anterior", "la ley más importante invalida la menos importante" o "la ley especial deroga a la general", etc., se mueve entre la masa legislada generalmente con gran libertad, conformando el caso según le parece a la vista de la legislación que ha decidido aplicar. Ahora es el juez anglosajón el que se encuentra más sometido a las leyes: el *statute law* es comparativamente pequeño en sus Estados, y la ley conserva en ellos una fuerza de la que ya carece por lo general en los Estados de régimen continental.

Lógicamente, el criterio tradicional positivista de la "validez jurídica" se ha resentido bastante. José Delgado Pinto nos indica que «esta forma de resolver la

<sup>294</sup> Carbonnier, *Derecho flexible...*, cit., pág. 144.

cuestión relativa a la verdad de los enunciados sobre la existencia de las normas jurídicas, característica de un normativismo positivista, no es sostenible. Y no lo es por la misma razón general por lo que tampoco lo era la propuesta por el realismo, también positivista, de Ross: porque se trata de una construcción teórica que no permite una comprensión coherente y completa de la práctica jurídica real en toda su complejidad»<sup>295</sup>. Efectivamente, ya no es posible pensar al derecho –sigue indicando Delgado Pinto– como un sistema normativo netamente separado del resto del orden social, de modo que la determinación de los elementos que lo componen no requeriría en ningún caso acudir fuera de las propias prescripciones jurídicas interpretadas conforme a criterios rigurosamente internos al propio sistema. La observación de las sociedades que conocemos no se ajusta a este modelo teórico. «Es cierto que constituye una característica esencial del derecho el establecer criterios revestidos de autoridad para identificar las normas que han de considerarse como vigentes y, por tanto, como vinculantes. Pero estos criterios no son suficientes, o no son suficientemente precisos, o bien no son efectivos. Por eso, en ocasiones, para dilucidar si una presunta norma es una norma jurídica vigente es preciso ponderar su contenido en un proceso argumentativo en el que juegan un papel decisivo aquellas valoraciones político-morales vigentes en el grupo y que subyacen al propio orden jurídico, con lo que la estricta separación de éste respecto de la moral social queda en entredicho. En otros casos para resolver el problema se hace necesario probar el hecho social de que la norma en cuestión es aceptada como tal por sus destinatarios, bien porque el criterio de validez disponible implica la referencia a tal hecho, o porque los criterios normativos de validez no son seguidos en la práctica, o, sencillamente, porque no existe ningún criterio de validez»<sup>296</sup>. Más adelante volveremos sobre esta última comprobación.

Es decir, suponer que existe un *standard* que permite reconocer sin dudas la norma válida no es mantenible por lo general, si es que queremos ser fieles a los hechos. Desde luego, los políticos que mandan afirmarán que sí, porque les interesa hacer creer a la gente que lo que ellos dictan es vinculante; o quizá necesitan creerlo ellos mismos. Los amigos del Estado afirman la exclusividad de la teoría de la validez como un *postulado* al que no pueden renunciar sin perder su propia identidad. Pero es más realista Otta Weinberger cuando escribe que «la validez es una cuestión empírica y sociológica que no puede resolverse por la estipulación de una norma fundamental a modo de axioma»<sup>297</sup>. Ciertamente, el juez necesita justificarse y guarda las formas externas. Aquí se aplican literalmente las palabras de Wroblewski: «El concepto de validez... –como criterio de una norma jurídica válida– enumera su promulgación, ausencia de derogación, consistencia con otras normas válidas y, eventualmente, la relación de inferencia con otras normas válidas en el sistema (“consecuencias formales” y/o “consecuencias interpretativas”).

<sup>295</sup> Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas, en “Doxa” 7 (1990) pág. 145.

<sup>296</sup> Vid. Delgado Pinto, *Sobre la vigencia...*, cit., pág. 146.

<sup>297</sup> *Les théories institutionalistes du droit*, cit., pág. 80.

[Sin embargo] se puede demostrar que cualquier uso de algunos de estos criterios de validez... se basa en valoraciones»<sup>298</sup>.

### 9.3. Los criterios interpretativos.

Todos hemos estudiado que Savigny distinguió entre la interpretación “gramatical, lógica, histórica y sistemática”, y esta clasificación de los criterios interpretativos ha tenido tal éxito que ha llegado a ser patrimonio común de nuestra cultura jurídica.

A primera vista, el más débil de estos criterios propuestos por Savigny parece ser el histórico. Efectivamente, la obediencia al legislador histórico no se encuentra hoy muy justificada, porque no es más que un residuo de la antigua obediencia personal –confirmada mediante juramento igualmente personal– que se debía al príncipe, o más tarde al soberano; una obediencia que se debía a una persona concreta y a su estirpe o dinastía. Y no creo que el juez actual se encuentre o se sienta vinculado a ningún legislador pretérito, con el que no tiene ningún especial compromiso de obediencia.

Pudiera pensarse, sin embargo, que el texto histórico “está ahí”, y que su sentido es inequívoco. Como tantas otras cosas, esto es así a veces, y en otras ocasiones, no. Cada generación introduce en los textos históricos sus ideas, y así interpreta cada texto “en nombre de la historia”. Los realistas norteamericanos fueron los primeros que dedicaron atención a esta faceta de la interpretación, y destacaron cómo la Constitución norteamericana había sufrido fuertes cambios de sentido en su interpretación en ciento cuarenta años de historia. Cuando la tensión entre el texto escrito y la realidad social es inaguantable se introduce una enmienda; pero muy frecuentemente los juristas y jueces van interpretando progresivamente el texto escrito, en sentidos muy distintos, sin necesidad de introducir expresamente ninguna corrección. Ésta es una tarea especialmente fácil porque cada generación posee sus propias ideas sobre la justicia, y a cada hombre histórico le resulta “evidente” que el “verdadero” sentido del texto constitucional es el que él le atribuye. No perdamos de vista que el etnocentrismo es, ante todo, histórico: cada generación es etnocéntrica en grado sumo respecto de cualquier época pasada<sup>299</sup>.

<sup>298</sup> “Sentido” y “hecho” en el derecho. Universidad del País Vasco. Laboratorio de Sociología Jurídica. San Sebastián, 1985, pág. 21.

<sup>299</sup> Josef Esser indica que «Debe entenderse, pues, con reservas, si, para mayor claridad de la exposición, decimos que los principios generales éticos y objetivamente lógicos son, en su conjunto, iguales en todas partes, mientras que la jerarquía de rango de los bienes y valores jurídicos, el “orden social”, viene determinado por el *esprit des lois* nacional e histórico. En la práctica, ahí radica el centro de gravedad de la formación ideológica: la manera cómo las cuestiones generales de valor y de construcción sean vistas en el “espíritu” de una codificación no depende sólo de la actitud doctrinaria que subyace a ésta, sino aún más, o aún

La interpretación gramatical o textual parece no presentar ningún problema especial: el texto legal "dice esto" y tal texto se presenta con un sentido y alcance inequívoco. Esta forma de proceder se encuentra extremadamente reforzada porque quien tiene el deber de decidir el caso presenta su decisión como la única decisión exacta o correcta de acuerdo con los preceptos que aparecen igualmente exactos y claros<sup>300</sup>. Pero Wroblewski ya nos hace notar que «existen muchas decisiones interpretativas 'verdaderas', incluso contradictorias... Estas consecuencias demuestran que aplicar el término de 'verdadero' a decisiones interpretativas lleva a consecuencias bastante desconcertantes o... expresa una ideología de la interpretación»<sup>301</sup>. Porque en la práctica jurídica real, el que toma la decisión tiene que elegir entre la *lex clara est* o bien establecer que el significado de esa *lex* es dudoso en ese contexto concreto de comunicación. «La *claritas* y la duda están, por lo tanto, en una situación de dependencia»<sup>302</sup>. En este punto entra en juego normalmente la pre-comprensión a que he aludido en otras ocasiones: una época histórica o una clase de personas *comprende* una situación determinada, regulada por el derecho, de una forma concreta, y esta comprensión les resulta tan evidente, sencilla y trivial que no son conscientes de que realmente están interpretando el caso y, por tanto, los textos legales que habrán de aplicar. La situación de duda (situación de interpretación) y la de *claritas* (situación de isomorfía) dependen de actos concretos de comunicación y no pueden ser consideradas abstractamente: el mismo texto es claro o dudoso según los contextos concretos en que se use. Lo que nos indica que la misma noción de claridad es una noción pragmática, dependiente de algunos caracteres del lenguaje que usamos<sup>303</sup>.

No se trata de exagerar las situaciones de incertidumbre: con frecuencia un problema queda atrapado inequívocamente por una *norma*, y no admite interpretaciones posibles. Pero también con frecuencia lo que parece que sólo es la aplicación de una norma implica un proceso previo, aunque inconsciente, de interpretación. Por este hecho Wroblewski nos indica que «la controvertida regla *interpretatio cessat in claris* no resuelve la incertidumbre entre el sentido claro y el dudoso. La existencia de una duda depende de circunstancias concretas de caso, incluso si la norma que ha de aplicarse resulta lingüísticamente clara e inequívoca»<sup>304</sup>.

Más complicada se presenta la "interpretación lógica". Esta propuesta interpretativa parece que se basa en el postulado de que el ordenamiento jurídico formaría un "todo" homogéneo y compacto, con escasas contradicciones y lagunas,

más claramente, en la perspectiva política contemporánea». Cfr. *Principio y norma...*, cit., pág. 221. La intensidad es mía.

<sup>300</sup> Vid. Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación*, cit., pág. 86.

<sup>301</sup> *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pág. 89. Los puntos suspensivos son de Wroblewski.

<sup>302</sup> Vid. Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación*, cit., pág. 40.

<sup>303</sup> Vid. Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pág. 24.

<sup>304</sup> "Sentido" y "hecho" en el derecho, cit., pág. 43.

en el que cada instituto jurídico estaría unido a los otros mediante una estructura más o menos orgánica. Es muy posible que Savigny tuviera cierta razón cuando reconocía la posibilidad de una tal interpretación lógica en el derecho romano que él estudiaba. El derecho privado romano, aun cuando no forma en modo alguno un conjunto sistemático, si es relativamente comprensible unitariamente, y una duda sobre Digesto 3.2.2 puede ser aclarada por un texto de Digesto 5.2.12.

De todos modos, me parece algo discutible esta visión del derecho privado romano. La época de oro de la ciencia romanística aplicada a la praxis jurídica fue la Baja Edad Media, y durante los siglos XII-XVI aparecieron tal cantidad de libros jurídicos, escritos por doctores de reconocido prestigio, que presentaban soluciones discordantes a los mismos casos, que hace problemática esta visión un tanto edulcorada del *ius civile*. Es posible que en el siglo XIX, tras las reelaboraciones lógico-sistemáticas que sufrió este derecho en los siglos XVIII y XIX, en los que dejó de ser propiamente derecho romano para convertirse más bien en el "derecho de pandectas", este aglomerado pandectístico pudiera presentarse un tanto unitariamente a causa de su reconstrucción según criterios lógicos. Y también es posible que la propuesta de Savigny fuera algo comprometida porque él aplicó concienzudamente los postulados modernos-kantianos al derecho privado, de modo que las Pandectas se convirtieron bajo su mano en una cascada de actos de voluntad (*Willensautonomie*) que realiza la "persona jurídica" diseñada o rematada por Kant<sup>305</sup>. Sería más correcto decir que, en la medida en que un autor moderno reelabora el derecho romano, como sucedió con Savigny, puede encontrarse un cierto orden lógico-sistemático en los libros doctrinales de este mismo autor. Lo que no es el caso del estricto derecho romano privado.

Desde luego, este "orden lógico" no puede encontrarse en el ordenamiento jurídico español o italiano, en donde se encuentran amontonadas leyes de dos siglos, dictadas por legisladores muy distintos. En España, actualmente están vigentes leyes de liberales y conservadores del siglo XIX y parte del siglo XX, de la II República, de la etapa franquista, y las posteriores a 1975, y no parece que entre ellas exista una unidad de criterio. Además no siempre está muy claro qué leyes están vigentes y cuáles están derogadas: especialmente en los últimos tiempos, la pereza del legislador a este respecto es notoria, quizá porque el mismo legislador ya no conoce muy bien a qué leyes pasadas puede afectar lo que él está disponiendo. Por otra parte, y esto es más importante, la inmensa y abigarrada masa legislativa acumulada da pie a muchas interpretaciones: sobre muchos temas se encuentran en principio disposiciones a favor y en contra. Ningún juez, ningún programa informático -por mucho que se hable de las ventajas de la informática aplicada al derecho- puede poseer una visión unitaria (que necesariamente ha de ser obra de una sola inteligencia) de todas las disposiciones que afectan a una rama del dere-

<sup>305</sup> Vid. el estudio de Hans Kieffner, *Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, en Blühdorn-Ritter, "Philosophie und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert". V. Klostermann. Frankfurt am Main, 1969, págs. 3-26.

cho. Aunque es preciso también hacer la reserva que ya he expresado: en este tema, como en casi todos los asuntos humanos, no se pueden emplear las palabras "siempre" y "nunca".

Lo indicado sobre la "interpretación lógica" sirve también para la llamada "interpretación sistemática", en la que nunca he acertado a ver la diferencia que separa a una de otra. Quizá Savigny usó el término "sistemático" por el prestigio que poseía la palabra "sistema" en su época. Un extraño prestigio que aún hoy sigue conservando en algunos sectores.

#### 9.4. Seguridad, justificación, precomprensión.

La visión más corriente de la interpretación jurídica la entiende como "descubrir algo" (un sentido, un significado de la norma o principio) que "ya-estaba-ahí". Nos dice Wroblewski a este respecto que «La teoría de interpretación legal está fuertemente influida por problemas prácticos y por la ideología operativa en la aplicación del derecho. Hablando de manera general, hay dos tendencias opuestas al combinar los problemas ideológicos, prácticos y teóricos. Una tendencia presenta la interpretación como el descubrimiento del significado inherente a la regla legal interpretada y considera que la actividad interpretativa como la reconstrucción de este significado. La otra tendencia presenta la interpretación como la atribución de un significado (determinada por varios factores) a la regla legal, y considera la interpretación como una actividad creadora similar o análoga a la del legislador»<sup>306</sup>.

Este tema es peculiarmente complicado porque en él se puede saltar con especial facilidad desde el plano descriptivo al plano normativo. Porque puede haber explicaciones de la interpretación de las leyes que sean simplemente descriptivas, ya que pretenden responder a la pregunta: "¿cómo y por qué se hace una interpretación?" Y puede haber explicaciones que tiendan a ser normativas, porque plantean implícita o explícitamente: "¿cómo y por qué debe hacerse una interpretación?"<sup>307</sup>.

El elemento normativo entra en este tema con facilidad inusual, como ya indicaba, porque bien el jurista vivencia en las normas legales una serie de valores que a toda costa se deben guardar, o bien considera que la legislación debe ser reformada. En el primer caso la seguridad, predictibilidad y estabilidad de las expectativas ante las leyes son erigidas en fines supremos del derecho o de la legislación. Los que piensan especialmente en la seguridad de las expectativas legales entienden que el derecho es cierto en la medida en que lo sea la legislación o, con otras palabras, que el derecho sólo puede cambiar con el cambio legislativo.

<sup>306</sup> Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, cit., pág. 18.

<sup>307</sup> Vid. Wroblewski, Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, cit., pág. 71.

«Esta ausencia de cambio en la interpretación legal –escribe Wroblewski– se relaciona con la idea de que el significado de una regla legal no cambia mientras no se cambie la regla en sí»<sup>308</sup>.

Como todas las tesis que se refieren a cuestiones fundamentales del hombre, esta ideología estática o conservadora de la interpretación tiene mucho de razón: sin una cierta seguridad en las expectativas –la "seguridad jurídica"– no podríamos vivir. Desde luego, la vida económica y comercial sería de todo punto imposible, y este hecho lo reconocemos con facilidad allí donde el cambio social y jurídico ha sido muy rápido y ha destruido la seguridad hasta ahora existente: si la antigua URSS está sumida en el caos económico y posee actualmente un nivel de renta similar al de las naciones del Tercer Mundo, ello se debe ante todo a la falta de orden o seguridad específicamente jurídica; sin perjuicio, naturalmente, de los factores específicos de la "Confederación de Estados Independientes" que han dado lugar a esta falta de organización.

De todos modos, la seguridad imprescindible para vivir más o menos cómodamente se consigue sin necesidad de adoptar actitudes drásticas. Esta seguridad únicamente falta de modo apreciable en los procesos "revolucionarios", del tipo de los que sufren ahora algunos Estados de África, por ejemplo, o los antiguos Estados socialistas. Cuando no se da este cambio excesivamente rápido o caótico (el propio de los procesos revolucionarios), la interpretación legal suele asegurar la seguridad jurídica imprescindible.

Es fácil caer en generalizaciones abusivas que no responden a la realidad, porque ni toda la vida jurídica es absolutamente segura, ni tampoco toda ella está pendiente de la decisión arbitraria de un juez. Es preciso insistir en lo ya indicado en otras ocasiones: con frecuencia se cumplen las aspiraciones de los que confían en la seguridad jurídica, porque encontramos normas y conjuntos de normas que regulan inequívocamente una zona de los actos humanos, de forma que los ciudadanos que realizan o viven esos actos gozan de una gran seguridad en sus expectativas. Pero este hecho no nos autoriza a pensar que "esto es así y siempre será así": es muy posible que esa misma zona de la vida humana que ahora está regulada de forma precisa, dentro de algunos años sea abandonada por la firmeza de las regulaciones legales existentes y entonces, permaneciendo esas mismas normas jurídicas, se convierta en un campo de la vida en manos de los más fuertes. Esto lo veremos más temáticamente al tratar de las "medias tintas" en el vigor de la legislación: las zonas legislativas que hoy tienen mucho prestigio y se cumplen a rajatabla, se volverán bastante inoperantes cuando haya decaído ese prestigio social del que ahora disfrutaban. Estamos ante una cuestión de matices, del "más y del menos": tampoco aquí podemos usar los adverbios "todo o nada".

Lo siento por el *ansia de seguridad*, muy explicable por lo demás: la seguridad es un "bien constante", como la rapidez, la limpieza o la libertad, y sabemos que es tal porque lo exigimos siempre y en todo. Especialmente en las relaciones labo-

<sup>308</sup> Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, cit., pág. 73.

rales y económicas, la seguridad llega a ser una preocupación a veces obsesiva, lo que es comprensible: cuando una cosa se desea vehementemente suele dar lugar a ilusiones, y así surge el espejismo o la ilusión de la seguridad, especialmente en aquellas naciones donde una de las aspiraciones máximas de sus ciudadanos es llegar a ser funcionarios del Estado, por mor de la seguridad en el trabajo. Pero las ilusiones no se convierten sin más en realidades, por muy vehemente que sea el anhelo que las mantiene. Sin embargo, la ilusión se vivencia como realidad gracias a la fuerza de la esperanza: pero entonces entramos en un campo que debe ser estudiado por la Psicología social, no por la teoría del derecho.

Además del problema del prestigio variable de las diversas zonas de la legislación vigente, es necesario reparar en el proceder cotidiano de los juristas y jueces, que en este punto a que ahora aludo lo explica Wroblewski: «En la estructura superficial de las argumentaciones interpretativas se percibe que el sentido de la norma es tratado como un hecho 'sui generis' que es descubierto, que la decisión interpretativa está expresada en una proposición verdadera o falsa. El análisis lógico-semiótico muestra que en la estructura profunda de la interpretación de esta actividad se encuentra la elección de los valores»<sup>309</sup>. Wroblewski alude a las valoraciones porque éstas presiden tanto la elección de la concepción de la interpretación que se adoptará (una elección entre una concepción estática, basada en la defensa de la seguridad, o una idea dinámica que no atiende tanto a la seguridad de las expectativas), como a la justificación concreta, observable en cualquier sentencia, de las decisiones interpretativas, en donde las valoraciones suelen desempeñar el papel más relevante<sup>310</sup>. Efectivamente, como ya indiqué el juez o jurista *valora* el problema sometido a su consideración y elige la legislación que mejor se acomoda a su intento personal de hacer justicia. Para ello suele recurrir a configurar el "supuesto de hecho" de la forma que resulte más apta para "recibir" la zona de la legislación deseada. De este modo, siempre las sentencias y dictámenes aparecen externamente como la *aplicación* de unas normas legales ya existentes a un problema que se presenta como *dado* objetivamente, cuando en realidad el problema ha sido reconstruido en vistas a que "reciba" la legislación con la que mejor se conseguirá la justicia que reclama ese caso concreto, según la opinión del jurista o juez en cuestión.

De todos modos, no es bueno racionalizar excesivamente la realidad cotidiana: el jurista normal no alude expresamente a métodos interpretativos, ni esto le hace falta. Este jurista *vivencia* la justicia que reclama ese caso, y de una forma muy intuitiva y por ello muy poco explícita o reflexiva, hace lo que considera más adecuado en vista al fin que se ha propuesto una vez estudiado el asunto. Aquí influyen decisivamente las decisiones que ese juez ya tiene tomadas. En razón de este carácter intuitivo e inmediato de la toma de decisión, el jurista no aprecia las

<sup>309</sup> "Sentido" y "hecho" en el derecho, cit., pág. 160.

<sup>310</sup> Vid. Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pág. 70.

ideas personales que él aporta a la decisión: más bien las considera como parte de la realidad, como integrantes del problema mismo. Estos hechos hacen que Wroblewski escriba que «En la práctica y en la doctrina jurídicas no topamos con teorías normativas de interpretación, sino más bien con conjuntos sueltos de valores y directivas que ni son consistentes, ni coherentes, ni completos. A estos conjuntos los denominamos 'ideologías de la interpretación'»<sup>311</sup>. Efectivamente, cualquier jurista tiene presente, aunque sea irreflexivamente, lo que hacía notar Jaime Balmes hace siglo y medio: «Si os apartáis de la letra de la ley se os dirá que la infringís; si os atenéis estrictamente a sus palabras, se os achacará que cumpliéndola la falseáis»<sup>312</sup>.

Esta forma espontánea, intuitiva y, por tanto, bastante irreflexiva de proceder se manifiesta especialmente en la interpretación de los textos constitucionales. De un lado, en toda constitución existen términos "fundamentales": igualdad, libertad, etc., que son llamados por la doctrina anglosajona *key-terms*. Los alemanes los llaman "conceptos válvula" (*Ventilbegriffe*), en razón de que a través de ellos se introducen dosificadamente muchas valoraciones en el ordenamiento jurídico bajo pretexto de la realización de la igualdad o de la libertad, por ejemplo. Son términos esencialmente valorativos<sup>313</sup> que sirven para proporcionar a los tribunales, especialmente a los tribunales constitucionales de los diversos países, un pretexto seguro y socialmente aceptado para adaptar el contenido de la legislación a las exigencias bien políticas bien propias de la moral positiva dominante en cada momento. De este modo el contenido de la constitución va cambiando conforme los tribunales competentes declaran "autorizadamente" el *verdadero* sentido de los derechos constitucionales. Así, el Tribunal Supremo de los EE.UU. ha mantenido durante doscientos años que el aborto provocado era un crimen; hace unos quince años declaró que el aborto era una libertad o derecho constitucional (constitucionalmente amparado) de cada mujer. Y este cambio en la interpretación de la constitución se produjo sin que fuera preciso introducir ninguna modificación expresa en la constitución norteamericana.

Mientras que la mentalidad del ciudadano corriente, no especialmente introducido en el mundo jurídico, tiende a pensar que las reglas constitucionales tienen un significado fijo que perdura en la historia, el estudioso del contenido de las constituciones descubre, más bien, que cada constitución es como un documento antropológico que resume las formas de sentir de una comunidad en un momento

<sup>311</sup> *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pág. 71.

<sup>312</sup> *Escritos políticos de D. Jaime Balmes*. Imprenta de la Sociedad de Operarios. Madrid, 1847, pág. 115.

<sup>313</sup> Wroblewski indica que «En los textos constitucionales hay muchos términos valorativos. En casi todas las Constituciones los términos básicos (*key-terms*) definen la axiología política y social. Sin referirme a Constituciones particulares, se pueden citar términos como 'libertad', 'justicia' o 'justicia social', 'participación'; hay también términos valorativos que expresan una axiología del derecho, por ejemplo, 'cumplimiento del derecho' o 'procedimiento debido'. Cfr. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pág. 106.



determinado, que va siendo adaptado paulatinamente a lo que reclama el sentir mayoritario en cada momento. José Delgado Pinto nos dice sobre este punto que «Bastantes constituciones contemporáneas, entre ellas la española, contienen no sólo reglas competenciales y procedimentales, sino también preceptos sustantivos que establecen una serie de principios y derechos fundamentales. Para considerar una ley como válida y, por tanto, como vigente, es necesario probar su concordancia con tales preceptos constitucionales. Ahora bien, algunos están redactados de forma tan genérica o abstracta que la prueba requerida exige desarrollar un proceso argumentativo en el que entran en juego valoraciones político-morales vigentes en el medio social, pues sólo apoyándose en ellas es posible atribuir un significado preciso a aquellos preceptos; un examen de algunos de los fallos de nuestro Tribunal Constitucional probaría cumplidamente lo que aquí se afirma»<sup>314</sup>.

Para que una constitución sirva, es decir, para que perdure en el tiempo y sea un aglutinante eficaz de las aspiraciones políticas de cada momento, de forma que asegure la continuidad externa del régimen político, es preciso que pueda ser adaptada a contenidos valorativos distintos, a veces contradictorios. Chaïm Perelman explica sobre este tema que «la adhesión que se les presta [a las leyes generales] no está fundada sobre su evidencia sino, al contrario, sobre su ambigüedad, sobre la posibilidad de interpretarlas y aplicarlas de maneras distintas»<sup>315</sup>.

En este contexto vital, es fácil entender que la jurisprudencia de los tribunales —la labor judicial ordinaria y constitucional— es necesariamente creativa de derecho, aunque con frecuencia su creación se limite a la justicia propia de cada caso concreto. La “ley” es, pues, el gran tópico del que usan todos los jueces y juristas: todos ellos se remiten a “la ley” para *declarar* lo que ellos consideran justo, y los contenidos de estas declaraciones judiciales sobre la justicia no fueron pensados ni remotamente por los que crearon esas leyes. Si esos contenidos no se encuentran explícita o inequívocamente en las leyes, ¿de dónde proceden? Luigi Lombardi-Vallauri nos indica que «Las tensiones y lagunas del ‘corpus’ normativo confieren a la jurisprudencia un cuasi-mandato de interpretación auténtica: de ahí la experiencia cotidiana de recurrir a un experto, no a los textos. Existe, pues, una conciencia de inservibilidad de la norma jurídica general. Tal norma sólo subsiste como un núcleo prescriptivo que asegura la validez jurídica de contenidos diversos que vienen de otras fuentes distintas de esa norma jurídica, contenidos que le son imputados mediante una ficción»<sup>316</sup>. Esser completa la explicación de esta realidad indicando que «Hemos llegado al centro de la cuestión de los principios de toda legislación: ¿quién determina su ‘espíritu’, sus ideas directrices, sus criterios específicos de valor que imprimen su sello histórico a las soluciones que se

<sup>314</sup> *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*, cit., pág. 158.

<sup>315</sup> «L’adhésion qu’on leur accorde n’est pas fondée sur leur évidence, mais au contraire sur leur ambiguïté, sur la possibilité de les interpréter et de les appliquer de façons diverses». Cfr. *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*. Dalloz. Paris, 1979, pág. 118.

<sup>316</sup> Cfr. *Saggio...*, cit., pág. 455.

dan a las cuestiones generales? Nuestra respuesta es clara: la jurisprudencia del presente. Ella ‘toma’ de las codificaciones principios que ningún legislador ha metido en ellas, mientras que las ideas básicas del texto, que son expresión de la ideología de la época, las va dejando de lado a medida que envejecen»<sup>317</sup>. François Gény no dudaba en afirmar que «la búsqueda que se impone al juez, sobre el derecho que debe descubrir, se nos aparece muy parecida a la misma búsqueda que realiza el legislador... las consideraciones que le deben guiar [al juez] según el fin último que debe alcanzar, son exactamente de la misma naturaleza que las que dominan la misma acción legislativa»<sup>318</sup>.

Esta exposición de la labor judicial podría llevar a pensar que estoy describiendo la ilimitada libertad del juez, de modo que el ciudadano, en lugar de estar en manos de la ley, se encontraría en manos del arbitrio judicial; y esto no es exactamente así. En parte, porque existen zonas de la legislación que gozan de fuerte prestigio, y quien tiene aseguradas sus expectativas al amparo de esta legislación se encuentra realmente muy seguro. Y en parte porque los ciudadanos dependemos de “la ley y el derecho”, como indica la ley fundamental y provisional de la República Federal Alemana. Efectivamente, no siempre sabemos lo que “la ley” dispone para cada uno de nosotros, y por este hecho el ciudadano suele recurrir a un experto en derecho más que a la consulta directa —que teóricamente podría hacerla él mismo— de la legislación existente. Pero esta incertidumbre sobre el alcance de las leyes sólo indica que normalmente entra en juego el *derecho*, esas reglas C a las que aludía antes. Cada parte expone ante el juez su visión del problema, y éste *intenta* hacer justicia, razonando su decisión. Escribe Wroblewski que «Parece mejor, entonces, hablar sólo de decisiones interpretativas justificadas por argumentos concretos y preguntar sobre las razones para aceptarlos»<sup>319</sup>. Al ciudadano le interesan especialmente esas razones que proporcionará el juez, porque el verdadero enemigo de todos (al menos de todos los que tienen razón o creen tenerla) es la arbitrariedad, el hacer del derecho una *quaestio pro amico*, como sucede siempre que la solución impuesta o pactada obedece a los intereses más fuertemente respaldados. Precisamente una misión fundamental del derecho es encauzar la fuerza y hacerla desaparecer cuando se trata de decidir en justicia. “Las cosas” se nos muestran, una vez más, como la garantía básica de la justicia,

<sup>317</sup> *Principio y norma...*, cit., 223. La intensidad es mía.

<sup>318</sup> «A priori, la recherche, qui s’impose au juge, sur le terrain du droit à découvrir, nous apparait fort analogue à celle incombant au législateur lui-même. Sauf cette circonstance, —assurément non négligeable, mais tout de même d’ordre secondaire ici—, qu’elle intervient à l’occasion d’une situation de fait concrète, et pour adapter le droit à cette situation, les considérations qui la doivent guider, sont, d’après le but supérieur à atteindre, exactement de même nature, que celles qui dominent l’action législative elle-même, puisqu’il s’agit, de part et d’autre, de satisfaire, au mieux, par une règle appropriée, la justice et l’utilité sociale». Cfr. *Méthode et sources...*, cit., vol. II, parágrafo 156.

<sup>319</sup> *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pág. 89.

porque ellas hacen dejar al margen de la decisión la arbitrariedad que impone la fuerza que respalda a los intereses en juego.

Desde luego, el razonamiento judicial no siempre se hace ni se puede hacer en nombre de la Justicia (con mayúscula), porque en casi todas las soluciones jurídicas intervienen datos que dependen de la libertad humana, del derecho "positivo". Si estamos inmersos bajo dimensiones decisivas en el mundo de libertad, que es en buena medida el mundo de la indeterminación, ¿cómo tener seguridad? Nunca se insistirá lo suficiente sobre el contexto de pre-comprensión en el que nos movemos: toda generación tiene sus *prejuicios*, es decir, un conjunto de pautas valorativas que guían la actividad moral y jurídica. En buena medida estos prejuicios no son más que moral positiva, cambiante, que no puede dar razón de sus propios cambios; pero estos prejuicios con frecuencia van más allá de la moda en los sentimientos porque responden realmente a las exigencias de las situaciones históricas en las que nos encontramos los hombres: entonces ya no constituyen exactamente prejuicios, sino que componen el conjunto prudencial de medidas que tomamos los hombres para hacer frente a nuestra historia, según el talante peculiar de cada generación o de cada cultura. En cualquier caso, cada generación posee un marco valorativo compartido que le lleva a entender el alcance y el sentido que ella otorga a la legislación existente y a la legislación que ella misma va creando. Este marco valorativo común discrimina tanto las normas aplicables a cada problema como el alcance y significado que hay que otorgar al "contenido" de tales leyes.

Los hombres nos volvemos especialmente conscientes de nuestro contexto de pre-comprensión del derecho cuando cambia bruscamente o rápidamente el contexto social: en tal caso el contexto vigente hasta entonces deja de tener valor y entra en su lugar otro marco valorativo nuevo; aunque también es posible que si el cambio ha sido excesivamente brusco, se pierda efectivamente el marco antiguo y no sea sustituido por ninguno otro: en tal caso (aunque continúen siendo *válidas* las normas legales antiguas) se llega a una situación de anomia, de desorientación colectiva: no creo que el juez ruso de hoy sepa muy bien qué normas aplicar ni qué alcance darle a las normas que él mismo alega. Ello, a pesar de que la mayor parte de la legislación "válida" de hace veinte años se encuentra teóricamente en vigor.

El marco de pre-comprensión encuentra su expresión oficial en la jurisprudencia del tribunal supremo de cada nación. Tal jurisprudencia tiene como tarea principal (además de decidir finalmente las controversias) la de unificar criterios acerca del alcance de las normas legales existentes. De este modo, entre los posibles significados que puede tener cada regla legal, el tribunal supremo determina el que será oficialmente vinculante; y por este camino los ciudadanos gozan de una cierta seguridad en tanto no cambien los criterios de este tipo de tribunales. El simple hecho de que se admita generalmente esta función unificadora de criterios del tribunal supremo, ya nos indica que el *corpus iuris* legal está lejos de poseer un sentido preciso e inequívoco.

A pesar de lo indicado, se habla mucho de la seguridad jurídica, dándola

como cosa hecha. Quizá el siguiente juicio de Ollero evita ahora entrar en más extensas explicaciones: «Sin duda, en la medida en que condiciona la solución de los conflictos concretos, el texto legal permite al ciudadano establecer expectativas fiables sobre las consecuencias de sus propios actos; pero sólo en dicha medida... La sabiduría popular lo ha plasmado con elocuencia: 'pleitos tengas y los ganas'. No hace falta convertirse en personaje de Kafka para concluir que nada hay más inseguro que verse expuesto a la 'aplicación' de un texto legal. Denunciar esta circunstancia no parece constituir un ataque a la seguridad de los ciudadanos: al menos no tan peligroso como silenciarla. Claro que quizá lo que se pretende no es que el ciudadano esté seguro, sino que disfrute de dicha ilusoria sensación»<sup>320</sup>.

### 9.5. Medias tintas en la vigencia legal.

El positivismo sociológico del primer tercio de este siglo puso de relieve, frente al positivismo legalista, que no basta la simple "validez" de las normas, es decir, el hecho de haber sido promulgadas conforme al criterio establecido en la Constitución, sino que el dato decisivo es si las normas son realmente observadas y aplicadas por los tribunales o no. Hoy se ha llegado a una solución de compromiso, más completa, y la doctrina mayoritaria distingue entre validez y vigencia de las normas jurídicas: con el término vigencia nos referimos al hecho de si son realmente observadas o no, supuesto que tales normas ya han sido promulgadas correctamente. No es ningún secreto que en todos los Estados existen muchas normas válidas que, sin embargo, no son cumplidas en la práctica.

Sin embargo, no quisiera ahora entrar en el tema de la distinción entre validez y vigencia de las normas jurídicas: hay muy buenos estudios sobre este problema, y a ellos me remito. Pretendo más bien aludir a un par de problemas muy relacionados con éste.

El primero de ellos sería el que viene dado por la observación de que las normas válidas y vigentes se cumplen más o menos: la "vigencia" legal admite, pues, un claroscuro con una gama extensa de grises. El otro tema es el del "prestigio" de determinadas zonas de la legislación, o de leyes concretas, con el consiguiente desprestigio de otros sectores de las normas legisladas.

Por lo que se refiere al primero de estos temas, el problema lo expone Carbonnier con precisión: «la mayor parte de las reglas de derecho... comportan un porcentaje de inefectividad que es siempre apreciable y a veces muy considerable. Las reglas son efectivamente aplicadas sólo en una fracción de los casos en que deberían haberlo sido»<sup>321</sup>. Una norma vigente, porque efectivamente es aplicada, rara vez goza de una vigencia absoluta: concurre en los problemas que podría regular

<sup>320</sup> ¿Qué podría significar hoy 'uso alternativo del derecho'?, en "Nueva Revista", Enero, 1992, pág. 20.

<sup>321</sup> *Derecho flexible...*, cit., pág. 123.

con otras muchas normas y principios del *corpus iuris* nacional y a veces es preterida. Carbonnier nos sigue indicando que «Otra conclusión parece desprenderse de todo ello: la preponderancia de los estados intermedios (no debe llamarse degradados), pues entre efectividad total e inefectividad total domina el claroscuro de la inefectividad parcial. Esta especie de inefectividad no debe ser mirada 'a priori' como un fenómeno morboso, sino que es en gran parte algo natural a la regla de derecho»<sup>322</sup>.

Efectivamente, para hablar de vigencia de una norma jurídica es preciso contar con la aceptación de sus destinatarios<sup>323</sup>. Es curioso que esta exigencia típicamente medieval —me refiero a la aceptación de la norma por aquellos a quienes va dirigida— ha vuelto ahora, desde mediados del siglo XX, a ponerse de relieve, después de un paréntesis que ha durado cinco siglos. Claro que los medievales formulaban este requisito como una exigencia moral, y actualmente, en cambio, se habla de vigencia de las normas desde un ángulo simplemente sociológico. En cualquier caso, lo cierto es que comprobamos que en la existencia de la regla jurídica juega una función no solamente el legislador, sino también los ciudadanos y los juristas, que la aceptan más o menos, según los casos.

En segundo lugar quisiera referirme a un hecho que me parece más importante: al tema del "prestigio" o "desprestigio" de sectores de la legislación. No hablo de leyes con prestigio porque este problema que planteo ahora es más amplio, y más que mostrarse en leyes concretas afecta a conjuntos de temas muy amplios, de modo que todas las normas que afecten a ese tema o a esa zona de la legislación quedan afectadas. Actualmente goza de amplio prestigio todo lo que se relaciona con la ecología, la conservación de la naturaleza y el disfrute de la naturaleza por parte de todos. Este hecho viene motivado porque existe entre nosotros ahora una sensibilidad especial para todo lo que se refiere al medio ambiente, y esto determina que las reglas que se refieren a estos temas se cumplen bastante a rajatabla. En cambio, otros sectores de la legislación han pasado de moda y están desprestigiados a pesar de su importancia: nadie pondrá en duda que el tema de las viviendas es vital en un Estado como España. Sin embargo, la legislación sobre viviendas de protección oficial es incumplida por lo general: es muy frecuente que la gente compre estas casas como segunda vivienda, para invertir o especular, para alquilarlas, etc. y, desde luego, los constructores de estas viviendas no suelen hacer realidad la abundante y exigente legislación que existe sobre ellas. No me atrevería a hacer más juicios sobre esta rara vigencia o falta de vigencia de enteras zonas del ordenamiento jurídico: sólo diría que hay temas que gozan de prestigio porque están de moda, y otros que han quedado *démodés* y su regulación legal apenas es tenida en cuenta. Curiosamente, en este punto apenas juega ningun-

<sup>322</sup> *Derecho flexible...*, cit., pág. 128.

<sup>323</sup> José Delgado Pinto nos indica que «verificar la afirmación de que cierta norma es una norma vigente requiere constatar el hecho de que es aceptada como tal por sus destinatarios». Cfr. *Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas*, cit., pág. 155.

na función el sentimiento de la justicia: existen problemas realmente muy importantes, de fuerte incidencia social (como el que he mencionado de las viviendas de protección oficial), en los que la observancia de la legislación válida deja, sin embargo, mucho que desear.

No es posible explicar con afán de precisión lo que determina que unas leyes se observen por lo general y otras no. Sólo podemos aludir a este contexto de pre-comprensión en el que nos movemos constantemente, que se expresa en que la conciencia socialmente más extendida atiende en este momento a unos temas y a otros no. Los motivos últimos por los que unos temas se ponen de moda y otros quedan preteridos me parecen inexplicables, como inexplicables son las modas en general.

## 9.6. El juego de los principios y el razonamiento jurídico.

La persona que no está iniciada en el derecho puede quedar extrañada ante la poca precisión de las normas jurídicas. Porque el hombre de la calle cree que nuestra vida está regulada por las normas del derecho con bastante precisión, como el juego del ajedrez ¿A qué se debe esta falta de exactitud en la regulación de la vida social?

No creo que esto sea una peculiaridad del derecho: más bien parece que es propio de toda la vida práctica humana, sea moral o jurídica. Sucede que el jurista o el moralista atiende simultáneamente a normas y a principios. La norma es fácil de cumplir y de reconocer porque es como una orden clara y tajante: el sargento dice al recluta: "¡Firmes!", y esto sería el prototipo de una norma. Pero el sargento también sabe que no debe mentir a sus subordinados, y las exigencias que se derivan para él de la prohibición de mentir ya no están tan claras como lo que hay que hacer ante la orden de "¡Póngase firme!". Es el eterno juego de normas y principios, que necesita ser someramente aludido.

### 9.6.1. Principios y prejuicios.

Estoy hablando de *principios*, y lo primero que habría que hacer sería describir qué es un "principio". Nos dice Dworkin que «Llamo 'principio' a un estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»<sup>324</sup>.

Efectivamente, los principios no suelen ser simples instrumentos con los que se alcanza algo: no se puede decir: "No robes *para* ser honrado": en este contexto sobre el "para", porque se es honrado simplemente no robando, entre otras cosas.

<sup>324</sup> *Los derechos en serio*, cit., pág. 72.

Lo adecuado a la realidad sería decir: "No robes"; entonces, como una simple consecuencia más, el que efectivamente no roba será una persona honrada. De igual modo, tampoco parece correcto afirmar: "Ayuda a los demás *para* ser una buena persona". Más bien sucede que el que ayuda a los demás es una buena persona *porque* ayuda a los demás, y así entramos en el campo de la tautología. La misma tautología que se produce con esta argumentación nos enseña que lo realmente importante es no robar, ayudar a los demás, etc., de forma que aparece más claramente que estos principios que nos ordenan ayudar a otros o abstenernos de robar son fines en sí mismos: no es pensable cumplirlos *para* alcanzar una meta ulterior. Vemos, por tanto, que no son instrumentalizables. Una consecuencia necesaria de esta falta de instrumentalización es que estos principios no pueden gozar de una argumentación que los justifique, que los "demuestre". Cuando algo existe *para* entonces es posible definirlos "por", es decir, atendiendo a eso para lo que existen; lo que no es el caso de los principios morales. Por ello los autores anteriores a la Edad Moderna solían designarlos como "principios comunes (porque los conocen todos) e indemostrables de la razón práctica". Si el lector desea demostrarse a sí mismo por qué hay que cumplir los contratos, por qué no debe mentir, etc., podrá hacer alguna argumentación más o menos ingeniosa: pero puede estar seguro de que cualquiera se la rebatirá más o menos fácilmente. Los contratos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*) porque es nuestro deber cumplir los contratos, pero no para...

Esta misma irreductibilidad de los principios fundamentales de la actuación humana ("irreductibilidad" quiere decir aquí que un principio no es explicable, demostrable o argumentable por una serie de razonamientos o razones) nos muestra que no hay nada más allá de ellos, porque no son un medio para conseguir un fin más lejano: que ellos constituyen el fondo del vaso de la vida moral, de modo que si una persona los observa actuará "bien" (moralmente bien), o moralmente mal si no los observa. "Observar" los principios no quiere decir que cada uno de ellos deba ser cumplido siempre y en todo caso. Porque sucede frecuentemente que principios distintos se oponen en un caso concreto, y entonces es necesario decidir qué principio será postergado y cuál prevalecerá: la convivencia de los principios no es pacífica. De este tema trataré más adelante.

Normalmente cada precepto legal —de la Constitución, de las leyes ordinarias, de los decretos— está justificado porque recoge un principio. Así sucede lo que indica Llopart: que toda norma jurídica ha de contener un principio, mientras que un mismo principio puede existir en muchas normas diversas<sup>325</sup>. Aludí a este tema al tratar de los diferentes tipos de normas jurídicas; muchas de ellas se justifican por intentar hacer realidad un principio concreto, necesariamente moral: todas las normas del código penal intentan hacer realidad los principios de justicia que se estiman básicos, protegiéndolos de una forma negativa, es decir, castigando su violación. En otras ocasiones puede suceder que una norma deter-

<sup>325</sup> Cfr. *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien...*, cit., pág. 6.

minada se proponga hacer posible un bien económico (dando facilidades legales para expropiar terrenos para construir pantanos), o zanjar una controversia estableciendo un plazo, etcétera. Entonces entramos en el tema de la "utilitas".

El hecho de que junto a las normas (en sentido estricto) existan principios explica que usualmente se distinga entre ley y derecho. Escribe Llopart que en todas las lenguas existen palabras distintas para designar —y distinguir— ley y derecho (también en el idioma japonés), pero que esto no implica una disociación: en España decimos "Facultad de Derecho", y en los países anglosajones dicen que "estudian leyes", y no se trata de que en España estudiemos el arte de la equidad y los anglosajones estudien la simple legislación positiva. Todo es cuestión de terminología, porque llámese "Facultad de Derecho" o "Facultad de Leyes", en ellas se deben estudiar ambas cosas a la vez<sup>326</sup>, es decir, las leyes positivas y el juego de los principios.

Estos principios a que aludo (no asesinar, o no violar niñas), ¿existen en un mundo platónico que sólo podemos conocer pero al que no tenemos acceso? Este tema es algo más complicado, y a riesgo de repetir cosas ya dichas, indicaré que estos principios no existen en ningún mundo extraño. Lo más procedente es distinguir tres grandes grupos de principios, bastante distintos entre sí. El primer grupo sería el constituido por las exigencias más elementales de cualquier conciencia: no asesinar, por ejemplo. Estos principios componen esos "primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica" a que aludía poco antes. Durante más de 2.000 años no se han puesto en duda, pero la necesidad de secularizar la cultura ha mantenido un silencio sobre ellos desde el siglo XVII, porque tales principios nos remiten a la conciencia, y ésta con sus principios a una realidad extramundana: si una persona sabe que no debe mentir es porque reconoce que en ella hay algo más que él mismo, es decir, "algo más" que su razón y que su capacidad de decidir, que le ordena no mentir aunque la razón le muestre que la acción de mentir le puede reportar un beneficio inmediato. Y este "algo más" a que aludo (que designamos con el nombre de Inteligencia o *nous*) echa para atrás a los que quieren secularizar la reflexión sobre la vida práctica. A este primer grupo de principios los podemos llamar como aquellos que se derivan de la *natura ut ratio*.

Junto a estos principios existiría un segundo grupo, integrado por las exigencias que se derivan desde las inclinaciones naturales y que componen la *natura ut natura*. Algunas inclinaciones naturales son comunes al hombre y a los animales, como sucede con el apetito sexual, y otras son específicas del ser humano, como es el caso del deseo de conocimiento, porque el hombre es un ser racional. En Occidente hemos tardado muchos siglos en clarificar este tema, porque los juristas romanos fueron confusos al tratarlo. Según mis conocimientos fue Tomás de Aquino, en el siglo XIII, el primero que reconoció que desde las inclinaciones naturales del hombre (*homo ut natura*) se derivan buena parte de los derechos más básicos del ser humano: «Los preceptos de la ley natural siguen el orden de

<sup>326</sup> Vid. *El 'jus', la Jurisprudencia, el jurista...*, cit., págs. 133-135.

las inclinaciones naturales». Así, por ejemplo, desde el apetito sexual se deriva —como un derecho básico— la *coniunctio maris et foemina, el ius connubii*, y desde el deseo natural de aprender, el derecho a la educación<sup>327</sup>. El hombre posee dos naturalezas, como dejó bastante claro entre los españoles Domingo de Soto<sup>328</sup>, y surgen derechos y obligaciones básicas tanto desde las inclinaciones propias de la naturaleza “animal” como desde las inclinaciones que pertenecen a la naturaleza “racional”<sup>329</sup>. Aunque parece cuestionable que se puedan distinguir tan nitidamente estas dos naturalezas en el hombre. En cualquier caso, lo que sí queda claro es que surgen derechos y obligaciones tanto desde los “apetitos” (estrictamente humanos o comunes con los animales) que el hombre posee “naturalmente”, como desde las exigencias básicas de la conciencia que en principio todo hombre conoce sin especial necesidad de raciocinio o esfuerzo de la razón.

Y quedaría un tercer grupo de principios, compuesto por aquellas exigencias que conocemos a través de nuestra práctica, que los adquirimos desde la experiencia. Como la experiencia demuestra que el funcionario o cargo público que no vive en la ciudad donde ha de trabajar, apenas si cumple con su función, se estableció secularmente como un principio la llamada “obligación de residencia”<sup>330</sup>. O como la experiencia demuestra que los padres tienden a favorecer a los hijos sobre los extraños, destruyendo el principio de imparcialidad, está prohibido que una persona oposite ante un tribunal del que forma parte un pariente próximo. Estos

<sup>327</sup> En la I-II, q. 94, art. 2 de la *Suma teológica* escribe que «Secundum inest homini inclinatio ad aliqua magis specialia, secundum naturam in qua communicat cum ceteris animalibus. Et secundum hoc, dicuntur ea esse de lege naturali “quae natura omnia animalia docuit”, ut est coniunctio maris et foemina, et educatio liberorum et similia. Tertio modo inest homini inclinatio, ad bonum secundum naturam rationis, quae est sibi propria: sicut homo habet naturalem inclinationem ad hoc quod veritatem cognoscat de Deo, et ad hoc quod in societate vivat. Et secundum hoc, ad legem naturalem pertinent ea quae ad huiusmodi inclinationem spectat: utpote quod homo ignorantiam vitet...».

<sup>328</sup> Este autor escribía que «Quicquid enim homo vel quaevis res mundi appetit, id concupiscit sub ratione boni vel mali apparentis. Atque hoc utique appetitu hominem, cum sit omnium perfectissimum quae sub coelo sunt, inferiorem caeteris modo quodam video, eo quod ex duabus constet diversis naturis...». Cfr. *De iustitia et iure libri decem*, ed. cit., Libro I, q. IV, art. 2.

<sup>329</sup> Soto ya estableció que el hombre posee distintos *prima principia* según atendamos a su naturaleza animal o racional. Así, en el Libro I, q. IV, art. 2 de su *De iustitia et iure*, ed. cit., pág. 31, escribe que «Prior est: Praecepta propria naturalis iuris, hoc est, prima per se nota principia, sunt plura. Probat: principia naturalia (ut nomen auribus intonat) sunt illa quae natura nobis impressit: natura autem hominis ex pluribus partialibus constat. Est enim ens, quae utique natura communis illis est cum universis rebus. Mox est cum viventibus vivens, deinde inter animalia animal, ac demum homo, ergo secundum omnes hos naturae gradus peculiariter habet prima praeepta».

<sup>330</sup> Tal obligación ha sido derogada recientemente por el Tribunal Constitucional español en nombre de las libertades individuales, concretamente a favor de la libertad de domicilio. Afortunadamente, subsiste en otros Estados europeos, que consideran que llevar tan lejos la libertad de domicilio supone caer en una actitud regresiva.

principios son algo distintos de los de los dos grupos anteriores porque al depender de la experiencia, cambian con la experiencia misma: antiguamente la legislación era muy estricta con la obligación de residencia, porque era necesario residir en el mismo término municipal en el que estaba el centro de trabajo; pero tras el invento de los automóviles, etc., no parece preciso llevar tan lejos esta exigencia. De hecho, los Estatutos de la Universidad de Cádiz sólo imponen la obligación de residir en el marco del distrito universitario.

Naturalmente, además de estos tres grupos indicados, siempre se puede considerar que existen más principios: las ideas dominantes del derecho nacional, los que la estructura política ha proclamado obligatorios, etc.<sup>331</sup>. Se les puede considerar como principios jurídicos o quizá es preferible incluirlos en el conjunto de los llamados “principios generales del derecho”, que es un conjunto que es más amplio que la tipología que he propuesto.

Como vemos, los principios morales que inciden inmediatamente en el razonamiento jurídico no existen en ningún mundo platónico alejado de la realidad. Esta moralidad que existe necesariamente en el interior del derecho nos lleva a una faceta de las relaciones entre moral y derecho. Porque la mentalidad usual tiende a concebir a derecho y moral como dos ejércitos enfrentados, uno al asalto del otro; a veces, y en puntos muy concretos, es posible que sea así, pero ordinariamente no. Sucede más bien que la moral (es decir, ese conjunto de principios que guían todo razonamiento jurídico) habita permanentemente dentro del derecho, sin que sea posible distinguir realmente dónde termina la moral y comienza el derecho. Un buen sector de los teóricos del derecho del siglo pasado se hizo la ilusión de que el derecho constituía una realidad *per se*, al margen de cualquier consideración moral, que existía una esfera de lo específicamente jurídico netamente diferenciada del mundo moral. Hoy, después de haber probado y purgado aquella teoría, sabemos que esto no es así.

Es cierto que una ley concreta puede oponerse a la moral: no cabe duda de que existen leyes inmorales. Pero el derecho vive y nada en la moral como el feto en el líquido materno que lo hace posible<sup>332</sup>, como ya mostró Ripert hace tiempo,

<sup>331</sup> Esser escribe que «Basta una observación superficial para percatarse de que es muy heterogéneo el conjunto de cuestiones que incluimos entre los principios generales del derecho: ‘consideraciones’ de la jurisprudencia [de los tribunales] y máximas propuestas por la doctrina. Se encontrarán, en efecto, principios didácticos y constructivos, ideas dominantes en un sistema jurídico nacional y principios abstractos en que se inspira una institución universal, principios que se derivan como *ratio* de los fundamentos vigentes del derecho, y otros que han sido introducidos por la tradición, unos que han sido propuestos por la práctica jurisprudencial y otros que la estructura política ha proclamado obligatorios, principios materiales y principios heurísticos de la aplicación del derecho y, finalmente, principios generales superiores que por definición informan ‘todo derecho’. De todo ello se deduce una idea muy clara: no es posible dar una contestación unitaria a la pregunta acerca de la naturaleza de estos principios». Cfr. *Principio y norma...*, cit., págs. 4-5.

<sup>332</sup> Existe un estudio muy interesante, publicado en 1776, de Johann Eisenhart: *De usu principiorum moralis philosophiae in iure civili condendo et interpretando Commentarius*. Helmstadt, en la imprenta de Henricus David Müller.

a pesar de que ocasionalmente pueda darse alguna ley que lo contradice a él mismo. Si el estudiante o estudioso examina con atención cualquier sentencia de un tribunal, verá por sí mismo que las inflexiones argumentativas están plagadas de principios y reglas morales, gracias a las cuales es posible cualquier razonamiento práctico. A veces el juez se remite a un artículo legal o a otra sentencia en los que "ya" viene recogido el principio moral; y a veces argumenta directamente con él, dada su evidencia<sup>333</sup>.

Pero ya indiqué que desde hace algún tiempo no está de moda hablar de "moral": parece que con esta palabra se entra en un mundo sacro, no enteramente secularizado. Entonces se siguen dos soluciones para evitar este término: una consiste en citar una y otra vez artículos legales que recogen principios morales: así el razonamiento aparece basado en aquellos textos *legales* y no en estos principios morales. Josef Esser nos indica a este respecto que «no es posible silenciar por más tiempo que el intento armonizador de concebir todos los principios jurídicos como puestos en tanto que 'partes' de las ordenanzas particulares sentadas por el Estado, infiriéndolos deductivamente del 'derecho positivo', era una táctica positivista de muy cortos horizontes. Esta forma de elaboración secreta del derecho, que introduce de matute en lo positivamente ordenado los juicios... haciéndolos pasar por sabiduría del legislador, hasta entonces no reconocida, no es útil ni a la ley (necesitada de corrección), ni a la jurisprudencia (puesta en una innecesaria dependencia), ni a la ciencia (que se engaña a sí misma en el conocimiento de la realidad)»<sup>334</sup>. Ya hablé algo de las tácticas efectivamente secretas en la elaboración del derecho cuando traté de los "derechos humanos": toda argumentación que pretenda extraer desde un artículo de la Constitución que ocupa dos líneas, cientos de folios de conclusiones, está ocultando y falseando la realidad del razonamiento.

El segundo camino que siguen otras personas para no aludir a la realidad de los principios morales objetivos es mencionar palabras tales como "racionalidad", "humanidad" "libertad", etc. Nos dice Llopart que «seguramente aparece *démódé* hablar de una función moralizadora del derecho, o situar al derecho en una relación próxima con la moral. Entonces se habla por lo general de las funciones 'racionalizadoras' o 'antropológicas' del derecho. Estas expresiones y otras parecidas suenan muy modernas, pero si se analiza con más precisión lo que ellas mencionan se tropieza con no pocos elementos que anteriormente eran tratados bajo el título de 'moral'»<sup>335</sup>. Efectivamente, está la magia de las palabras que hace que

<sup>333</sup> M. Tönsen escribía que «Denn die Doktrin, von der hier behandelt wird, enthälttheils solche Normen welche, wenn sie auch in einem legislativen Willen factisch nachzuweisen sind, doch welche eine wörtliche Erklärung noch einen Publikationsact zu ihren verbindlichen Kraft erfordern». Cfr. *Grundsätze eines allgemeinen positiven Privat-Rechts*. Kiel, 1828, pág. 3.

<sup>334</sup> Principio y norma..., cit., pág. 14. Vid. en el mismo sentido, ampliando la idea, las páginas 7 las 130-131.

<sup>335</sup> *Kritische Bemerkungen zum Funktionsbegriff*, en "Sophia Law Review", XVII (1973), pág. 2.

lo que siempre se han llamado exigencias de la equidad, de la humanidad, de la compasión, de la solidaridad, del respeto al pudor, o simplemente del sentido de la justicia (todas ellas virtudes morales, solamente explicables desde la moral) sigan vivas, pero bajo otros términos confusos. También bajo esta forma de proceder se llega a esa elaboración "secreta" del derecho que denunciaba Esser.

### 9.6.2. La "decisión de validez".

La forma corriente de ver al derecho lo contempla como un caso o hecho que "es como es", y al que debe serle *aplicado* una norma o principio preexistente. Ahora estamos en situación de juzgar que los hechos jurídicamente relevantes no "son como son" sino que son reconstruidos por el juez-jurista en muy buena medida de acuerdo con el resultado final que quiere obtener. Por otra parte, los principios y normas no están esperando "ser aplicados" como reclamados unívocamente por cada problema: las normas y principios son seleccionados en la reconstrucción jurisprudencial del problema que tiende a hacer justicia. Normalmente son los principios más generales los que guían la selección de las normas aplicables y de otros principios más concretos.

Decir sin más matizaciones que el juez "aplica la ley" pudo haber sido cierto por lo general a finales del siglo pasado o a comienzos de este siglo. Inmediatamente después del movimiento codificador, que acaba hacia 1900, la ley (representada por los códigos) gozaba de un prestigio muy fuerte, y los juristas tendían a ver su trabajo como a) un conocimiento de las leyes, para b) aplicarlas a los hechos que sucedían. Desde hace tiempo las cosas son distintas: no en vano se habla del "nuevo estilo judicial", frase que ha llegado a ser el título de un libro conocido. Los juristas-jueces han cambiado de mentalidad porque la ley ha perdido el prestigio que tuvo antes. La hipertrofia de la masa legislada, junto con la crisis del Estado, han provocado esta minusvaloración de las leyes dictadas por el poder estatal.

La crisis de las leyes estatales la reconocemos cotidianamente en los enfrentamientos entre el Ejecutivo y su Parlamento, y los jueces. Estos últimos *tienden* a sentir, y por tanto a pensar, que su dependencia respecto del Parlamento y del Gobierno supone una sumisión injustificada, un entrometimiento en su trabajo de hacer justicia, y del mismo modo que los profesores de Universidad reclaman libertad de cátedra, los jueces-juristas exigen (aunque no lo digan expresamente) algo así como una "libertad de enjuiciamiento". El Poder Ejecutivo insiste en su control sobre los jueces, y a este fin refuerza los órganos administrativos, de designación discrecional, que fiscalizan la labor judicial; así se llega a situaciones en las que difícilmente se puede hablar de independencia del Poder Judicial. Pero el mero hecho de que se llegue a estas situaciones-límite ya nos indica que la crisis está abierta, que los juristas y jueces ya no entienden su trabajo como un aplicar las leyes dictadas por el Estado reelaborándolas ocasionalmente de acuerdo con procedimientos lógicos.

En el contexto de esta polémica, que es inevitable, pues nunca la libertad se

ha podido reprimir desde arriba por la fuerza, Jerzy Wroblewski nos indica los tres momentos del itinerario del razonamiento judicial: «La decisión final que dispone sobre un caso concreto, es decir, que determina las consecuencias jurídicas del caso, tiene como partes componentes: la decisión que concierne a la validez de las normas generales aplicadas (decisión de validez), determinación del sentido de las normas aplicadas (decisión de interpretación) y determinación de los hechos del caso (decisión de evidencia). Esta serie de decisiones que forman el derecho operativo tiene aspectos más bien mixtos»<sup>336</sup>. Teniendo presente la advertencia final de Wroblewski, quizá lo más pedagógico será viviseccionar el razonamiento judicial en estos tres momentos: decisión de validez, de interpretación, y de evidencia.

Por lo que se refiere al primer momento, que ha sido llamado “decisión de validez”, en él se trata de determinar la regla aplicable. Tarea a veces complicada porque cualquier abogado sabe que, dada la masa legislativa y jurisprudencial acumulada en los últimos cien años, en cualquier caso realmente controvertido es posible normalmente encontrar varios preceptos legales en pro y en contra de las actitudes sostenidas; por este motivo las alegaciones de legislación y de jurisprudencia funcionan más bien como argumentos de autoridad, y lo verdaderamente importante es la calidad de lo que el abogado exponga. Esta exposición a que aludo está guiada por principios que los juristas (jueces y abogados, por ejemplo) comparten, y no sería exagerar decir que todo depende de cómo se orienten y elijan estos principios.

Todos nosotros –pues esta situación es común al derecho y a la moral– vivimos entre principios y prejuicios. Los prejuicios vienen dados por la educación, la tradición nacional o del grupo en que nos movemos, etcétera. Se manifiestan en su grado máximo entre los miembros de las sectas; precisamente si se habla de “sectas” y no de confesiones es porque su credo está montado más sobre prejuicios –siempre irracionales– que no sobre principios. Porque si los principios forman la base de la conciencia, provienen del instinto o los suministra la experiencia, son plenamente racionales, aunque su forma de manifestarse sea muy parecida a la de los prejuicios.

Este “vivir entre principios” nos lleva cotidianamente a problemas de elección de los principios. Esta elección no es casual ni arbitraria, ni tampoco guiada por los prejuicios necesariamente: depende de las exigencias de justicia o humanidad (moralidad) del problema, que lleva a discriminar entre las posibles soluciones que ofrece cada principio. Por tanto, quien lleva la voz cantante es el problema, y sólo en un segundo momento entra en juego el talante personal del jurista que hace que cada cual considere los problemas de formas parcialmente distintas. El problema –la Realidad, “las cosas” u Ontología– hace que *aflore* un principio, que es el que regirá el caso sometido a discusión. Por ejemplo, Pedro es estudiante de Medicina: nadie negará que es su deber estudiar las asignaturas de la licenciatura de Medicina. Pero si sus padres mueren en accidente y dejan varios hermanos de

<sup>336</sup> “Sentido” y “hecho” en el derecho, cit., pág. 19.

Pedro de corta edad, tampoco negará nadie que Pedro hace muy bien ocupándose de sus hermanos, para lo que necesariamente deberá dejar sus estudios personales. Antes del accidente, el principio dominante era que Pedro debía estudiar; después, que Pedro debe dejar los estudios para ocuparse de su familia: un principio ha sustituido a otro principio con toda naturalidad. Y nótese que son dos principios opuestos. Por esta razón escribe Llompert que «la empiria no es solamente la ‘ocasión’ (*ocassio*), sino la ‘condición’ (*condictio*) para la formulación de un principio jurídico»<sup>337</sup>.

Tenemos razones para nuestra conducta, que las justificamos mediante principios, aunque normalmente estos principios no se formulan expresamente: la gente los sabe, y por esto nadie reprochará a Pedro que abandone sus estudios para ocuparse de sus hermanos. Las circunstancias hacen que cobre protagonismo un principio hasta entonces preterido: al cambiar las circunstancias cambian los principios aplicables a la vida de Pedro. Notemos que las circunstancias –es decir, el problema, la Realidad– de por sí no ordenan nada: es la inteligencia personal la que concluye que, *bajo estas circunstancias*, es más “importante” (más justo o más humano) esto que lo otro. Entonces se produce un juicio según el contexto: un juicio prudente y salible, una *opinio probabilis*.

La inteligencia personal pondera que un principio se adecúa mejor al caso que no otro. Pero ello no implica que la regla desechada sea mala sin más o que ya nunca más tenga vigor. Ollero nos dice que «el derecho no es un sistema rígido de normas que funcionarían mediante el esquema de O-todo-o-nada (o se aplican, o no se aplican)... sino que sería, también y sobre todo, un haz de principios susceptibles de juego conjunto, hasta el punto de que toda solución jurídica implicaría una tarea de dosificada ponderación de principios contrapuestos»<sup>338</sup>. En esta ocasión es menester aplicar tal principio, y en esta otra, tal otro principio; pero lo que configura al acto como “ocasión distinta”, la una de la otra, no suele ser el acto en sí mismo (*per se et natura sua*, como escribían los escolásticos de los siglos XV y XVI), sino las circunstancias que acompañan al acto. Las circunstancias no lo son todo, pero con frecuencia son bastante y son decisivas. Las circunstancias según el acto deciden el principio a aplicar, y la regla no aplicada sigue vigente, esperando otra ocasión (si es que queremos emplear esta imagen espacial).

El pensamiento corriente tiende a pensar que nuestra vida está regida unívocamente, y por esto los principios se imponen en todo caso. Temo que no es así exactamente: hay un tiempo para cantar canciones de amor y hay un tiempo para cantar canciones de guerra; hay un tiempo para perdonar deudas, y un tiempo para exigir el pago. Dios ordenó el “No matarás”, y poco después de promulgar este mandato en el Sinaí ordenó al pueblo judío que emprendiera una serie de guerras. Un pensamiento simplista podría decir que aquí hay una contradicción en la Biblia o que se produjo una excepción a una regla general; pero una reflexión

<sup>337</sup> *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, cit., pág. 87.

<sup>338</sup> *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., pág. 272.

más adherida a la realidad ve en este tema, como en otros muchos, una faceta más de la complejidad de la actuación práctica, sea humana o divina. Al fin y al cabo podemos conocer algo –muy poco– a Dios porque sabemos que *homo mensura* a causa de la participación divina.

Las exigencias de los principios rara vez son absolutas. Como ya he indicado, nuestras reglas y principios no avasallan a la realidad: más bien *concurrén* con otras exigencias en la resolución del problema. Volviendo al ejemplo bíblico anterior, vemos cómo se enfrentan dos principios: la vida humana prohíbe en principio los homicidios, pero las necesidades del pueblo judío exigen que entre en guerra con los habitantes de los territorios que ha de ocupar. Carl Schmitt diría, quizá con más precisión, que si los judíos no hubieran eliminado a los amorreos, etc., hubieran sido éstos los que hubieran acabado con los judíos: el *inimicus* es aquel [pueblo] que niega totalmente nuestra existencia o nuestro talante ante la existencia. Y ningún principio es absoluto, porque ni la guerra puede ser declarada cuando se quiera y, por el contrario, a veces es preciso matar. Luego si extremamos las cosas podríamos decir que tan ilícita es la prohibición de matar como la facilidad para hacer las guerras según las conveniencias.

Indicaba que el modo de pensar corriente tiende a opinar que nuestra vida está regida unívocamente, y que por esto los principios gozan de un valor absoluto. El absolutismo de los principios o valores es una constante más de la Humanidad, que llevó también a Carl Schmitt a componer una pequeña obra: *La tiranía de los valores*. A veces esta tiranía se muestra en tonos grotescos, como fue la “ley seca” de los EE.UU., con la que los puritanos pretendieron imponer a toda costa un principio. Este simplismo en el entendimiento de los principios lleva, en su versión más moderada, a entender que “la norma está clara”, y todo lo que se aparta de ella son *excepciones*. Entonces habría que concluir que las guerras que Dios ordena a los israelitas fueron “excepciones” a los Mandamientos que Él mismo había dado. Y esto parece poco serio.

Podríamos pensar más justificadamente –si nos queremos atener a los ejemplos que nos proporciona la Biblia– que Dios ordenó no robar y no matar, entre otras cosas. Desde luego, parece que jamás será lícito robar, pero esto no quiere decir que la propiedad sea un derecho absoluto. Algo parecido –y sólo parecido– pasa con la vida humana: jamás será lícito un asesinato, pero la vida no es un derecho absoluto: es un derecho que se puede perder bajo ciertas condiciones, de modo que su caracterización jurídica coincide parcialmente con el derecho de propiedad. Nunca será lícito un robo, pero sí puede existir expropiación forzosa por razón de interés público. Nunca estará justificado un asesinato, por muchas razones “de Estado” o de interés público que se aleguen, pero a veces sí es lícita la guerra, la legítima defensa, etcétera.

Por tanto, los principios están lejos de ser pautas normativas rígidas e inexorables. No hay una “escala de valores” o gradación de principios o normas que sea fija o eterna. Desde luego algunos principios son inderogables en todo caso, como el que ordena no asesinar, pero no sucede lo mismo con los demás principios. Sería más ajustado a la realidad decir que los principios suben y bajan en su escala

de importancia según las circunstancias del problema. Normalmente no son los principios los que enjuician el caso, sino éste el que pondera a aquéllos y elige los más oportunos. La argumentación final mostrará que el caso se ha resuelto según principios, lo que puede llevar a pensar que los principios están como “por encima” del casus. Pero los principios que se han de aplicar, y los que han de quedar desechados, los decide el caso con sus circunstancias. El principio supremo del derecho de obligaciones ordena que las deudas han de ser pagadas. Pero un padre de familia, ¿debe pagar una deuda que suponga la ruina de los suyos o un quebranto familiar muy grave? Un moralista muy estricto diría que sí; otros moralistas le aconsejarían que demorase el pago de la deuda. Los principios elegidos según cada cual son opuestos, a la vista de las circunstancias del caso.

El jurista de hoy no necesita normalmente recurrir a una “moral crítica” o a una “moral positiva” ajena al derecho positivo. Los ordenamientos jurídicos actuales son tan complejos que el jurista tiene donde elegir, donde encontrar la norma o principio con el que él entiende que se hace una mejor justicia<sup>339</sup>. De hecho, cuando se discute a propósito de la ley o del artículo que se ha de aplicar, lo que pretenden los que discuten es echar mano de un principio u otro distintos que se encuentran acogidos en ese artículo o en esa ley: interesa el criterio de justicia, y por esta razón se discute la “norma” aplicable, y no porque exista una especie de reverencia supersticiosa frente a las normas escritas. El caso requiere el *principium*, y todo principio –llevado por su vocación universal– pretende ser aplicado al mayor número posible de casos. Los principios pugnan entre sí y se produce inevitablemente una concurrencia de principios en la conciencia del que ha de juzgar. Como los principios se expresan a través de artículos de leyes, los juristas discuten sobre qué artículo se ha de aplicar. No siempre hay, sin embargo, un sentimiento tan puro de la justicia: frecuentemente los juristas discuten por el principio que mejor se adecúa a sus intereses, o a los intereses que ellos representan. En cualquier caso, podemos ver cómo los principios cortejan al caso: no son las reglas jurídicas las que se imponen, avasallando al problema en nombre de su especial dignidad. Es el caso el que llama a los principios y discrimina entre ellos, haciendo evidentes los más adecuados con ayuda de las proposiciones expresivas de la naturaleza de las cosas<sup>340</sup>.

En este tema el peligro más grave es de la inmovilidad, que se concretaría en nuestro caso en atenernos rigidamente a una tabla fija de “valores” o principios: éste es un camino seguro a la injusticia. Trigeaud indica que «Platón considera que el mal es lo inmóvil. Y no es casualidad que en los mitos más antiguos el símbolo del mal sea el dinero; pues el dinero, como signo o ficción abstracta y vacía, poten-

<sup>339</sup> Vid. F. Laporta, *Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista*, en “Doxa”, 8, (1990), pág. 150.

<sup>340</sup> Sobre esta última idea, vid. C-I. Massini, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., pág. 104.



cialidad sin fin, es la encarnación de esta inmovilidad que petrifica el ser»<sup>341</sup>. La libertad o la igualdad no constituyen *de suyo* un valor, escribe Pedro Serna. El valor viene determinado de modo exclusivo por aquella libertad y aquella igualdad a las que el hombre puede razonablemente aspirar dentro de los límites de su finitud y en desarrollo y salvaguarda de su *dignidad*. Lo que constituye el valor no es la libertad ni la igualdad sin más, sino la libertad y la igualdad *humanas*. Los valores considerados en abstracto no han servido históricamente más que para esclavizar a los hombres<sup>342</sup>.

Se impone un valor o se impone *otro* distinto. Lo que no parece correcto es decir que la norma general es tal, y que lo que se propone es una *excepción*. Siempre he experimentado una cierta aversión ante las explicaciones según "excepciones": porque si un comportamiento está justificado, sencillamente está justificado, lleva en sí su propia razón de ser, su justificación de justicia, y no *depende* de la excepcionalidad de un caso, esto es, no se justifica por ser la excepción de una regla. Si está justificado, él constituye una regla tan general como la que deroga en este caso concreto. En este punto podemos estar demasiado influidos por consideraciones de naturaleza estadística: si preguntamos a un inglés del norte, nos dirá que lo normal es la lluvia, y que los días de sol son excepcionales. Exactamente lo contrario de lo que dirá un andaluz. Y no pienso que lo excepcional sea lo uno o lo otro: está justificada la lluvia, y es por tanto normal, cuando se dan las condiciones meteorológicas para ello. Quizá la opinión más exacta sea la de Wittgenstein: «En la lógica no puede haber nada más general ni más especial»<sup>343</sup>. Igual que sucede en la jurisprudencia y en la moral.

### 9.6.3. La "decisión de interpretación".

En una primera aproximación, muy imprecisa, podríamos decir que una cosa son los principios y normas, y otra su uso. Hugo de Roy nos decía que «toda nuestra dificultad se sitúa en la aplicación». Porque, como escribía Francisco Connanus, prosigue De Roy, el derecho es de por sí claro y abierto, pero lo difícil es acomodarlo a los asuntos de los hombres; de modo que una de las máximas propiedades de los preceptos es que ellos son inmutables y perpetuos, pero su uso es mutable y variable según cambia la naturaleza de las cosas y las circunstancias del problema<sup>344</sup>.

<sup>341</sup> «Platon regarde le mal comme l'immobile. Et ce n'est pas un hasard si, dans les mythes le plus archaïques, son symbole est l'argent; car l'argent, comme signe ou fiction, abstrait et vide, potentialité sans but, est l'incarnation de cette immobilité qui pétrifie l'être». Cfr. *Essais...*, cit., pág. 36.

<sup>342</sup> Cfr. *Positivism conceptual...*, cit., pág. 157.

<sup>343</sup> *Tractatus...*, cit., 5.454.

<sup>344</sup> «Omnis itaque nostra difficultas in applicatione congrua sita est. Etenim 'Ius quidem ipsum (Connani iterum verba sunt) per se nudum et apertum est, sibi constans et iam tum

Este proceso admite continuamente un más y un menos: hay criterios fáciles de aplicar, criterios difíciles, criterios en los que hay que estar a lo establecido porque si no fuera así la inseguridad sería excesiva. Es necesario proceder a estudiar la realidad para *justificar* nuestra decisión. Nos dice Wroblewski que «La exigencia de justificación significa que las decisiones no son evidentes ni arbitrarias»<sup>345</sup>. La realidad debe ser estudiada para estar en condiciones de justificar la regla que le aplicaremos: medimos el contenido del caso con el contenido de la regla, y *declaramos* (éste es un momento imprescindible en el que aparece la autoridad mediante una decisión de voluntad) que ese caso se adecúa a aquella regla. Esto requiere de estudio y reflexión sobre la realidad: Ontología jurídica. Por esto el jurista se suele desinteresar de los problemas de "legitimidad" —que son problemas políticos— y atiende preferentemente al "cómo" de la decisión práctica, es decir, a cómo se adecúa correctamente el caso a la norma que se ha elegido.

Antes distinguía entre Reglas Tipo A, B y C. Los "principios" inciden tanto en las Reglas Tipo "C" como en la interpretación de las reglas constitucionales. Como señaló Esser la remisión que hace el jurista a la Constitución y a las leyes importantes suele consistir en una cuestión de simple forma, en un pretexto formal o externo para dar autoridad a su opinión. Porque siempre que se interpreta una norma muy genérica imputando directamente la solución final a ella, se produce un oscurecimiento de los procesos reales del razonamiento que efectivamente se ha seguido.

Es preciso evitar la tiranía de las normas muy generales, paradigmáticamente representadas por la Constitución. Puede suceder que en la resolución de un problema sea preciso aplicar una norma (un principio) muy general: pensemos en el artículo 14 de la Constitución española ahora vigente. Puede suceder entonces que si no tenemos muy a la vista los problemas, con sus análisis y sus exigencias, caigamos en la "tiranía de los valores" de que hablaba Schmitt. Por contra, es preciso recalcar que una norma o principio casi nunca se aplica *per se et vi sua*, por sí misma: se la requiere (se la "llama", *in ius vocare*) a la vista de los problemas del caso, de forma que la fuerza que tal norma tiene "es prestada", *d'emprunt*, como indica Trigeaud reiteradamente. Se la toma y elige a ella porque realmente resuelve los problemas que plantea ese caso: son estos problemas los que operan la selección de las reglas. Esto implica, entre otras cosas, que ese *corpus* de normas generales que normalmente hemos obtenido por inducción desde los casos concretos, y que forma como una esfera de la realidad independiente de la casuística, sólo recibe (le es otorgada) su aplicabilidad o justiciabilidad desde las exigencias de

a Principio sui generis aeterna lege definitum: sed ipsum ad usus hominum et mores, qui varii sunt et incerti accommodare et difficile est; et arduum... Ex quibus satim colligemus unam et maximam praeceptorum proprietatem esse; Praecepta esse inmutabilia et perpetua, sed usum eorum mutabilem esse ac variabilem variante rerum natura et circumstantiarum status». Cfr. *De eo quod iustum est...*, cit., Liber II, Titulus Septimus, parágrafo 3.

<sup>345</sup> "Sentido" y "hecho" en el derecho, cit., pág. 35.

“ese” caso. Trigeaud nos dice que el principio es sólo una “verdad genérica”. El principio vale en el interior de lo que la razón detecta de una manera categorial, y de aquí recibe un valor de justicia: así, por ejemplo, no cabe duda de que la razón detecta sin duda alguna que robar es malo. Pero este “valor de justicia” (*une valeur de justice*) tiene una fuente también diferente, que desborda a la razón<sup>346</sup>, y que es la justiciabilidad del caso a que aludo.

Si no es así tendrían razón aquellos que hace años se designaban como *contestatarios*: la moral y el derecho aparecerían como una tiranía insoportable de la vida humana, y en modo alguno lograríamos saber para qué servirían sus principios, a no ser que siguiéramos la opinión usual según la cual la moral existe para que la gente no lo pase bien. Si perdemos de vista el estudio y el análisis de la realidad, de modo que se piensa que ésta está en función de los principios, y no al revés, podemos llegar a una suerte de fanatismo. Un fanatismo moralista o juridicista, porque fanático es el que insiste en los medios una vez que ha perdido de vista el fin último.

#### 9.6.4. La “decisión de evidencia”.

El jurista es el hombre que conoce el derecho escrito; si además de esto sabe analizar y distinguir, entonces es posible que sea un buen jurista. Interesa destacar que el jurista no conoce unos hechos, y después busca la norma aplicable... El jurista trabaja en “un ir y venir de la mirada” que va desde las normas escritas a los hechos brutos que está considerando: los hechos seleccionan las normas y las normas elegidas califican los hechos, les dan relieve o los desechan. El proceso psicológico y afectivo interno del jurista es bastante indescriptible, con ser este proceso el dato más importante. «Me remito a la experiencia de todos los que han reflexionado sobre el derecho positivo –escribe Gény– para afirmar que, en nombre de estos problemas, la solución justa es adquirida más por sentimiento instintivo que no por razonamiento»<sup>347</sup>. Se trata de un sentimiento específicamente moral –si es que hay buena voluntad– y por ello escribe Dworkin que «las diversas ramas del enfoque profesional de la jurisprudencia fracasaron por la misma razón básica: ignoraron el hecho crucial de que los problemas de la jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategias. Estos problemas quedaron enterrados por la insistencia en un enfoque

<sup>346</sup> Vid. *Introduction...*, cit., pág. 71. A continuación añade: «Toutefois, parce que cette garantie est requise, parce que l'idée [la persona] est toujours ce qui controle le concept, et l'esprit la raison, parce que l'essence en question [se refiere al principio general] ne peut se désolidariser de l'essence d'un exister qui est l'universellement différent, elle ne se confond pas avec les simples genres qui fait ressortir l'abstraction de la théorie». Cfr. *ibidem*. La intensidad es mía.

<sup>347</sup> Cfr. *Méthode et sources...*, cit., vol. II, parágrafo 163.

jurídico convencional. Pero, si la jurisprudencia ha de tener éxito, debe poner al descubierto estos problemas y encararlos como problemas de la teoría moral»<sup>348</sup>. Efectivamente, no existe un método “específicamente jurídico” que haga posible aislar las consideraciones jurídicas de las propiamente morales.

Estos principios, morales en su mayoría, constituyen el punto de partida del razonamiento jurídico porque han sido “vistos” o sentidos por el jurista, en su primera valoración de los hechos, como los más adecuados para legitimar las reglas que deben serles aplicadas<sup>349</sup>. Determinan la labor de “subsunción” porque ellos hacen resaltar las similitudes claves entre el caso y las reglas a aplicar. Es el estado de cosas que se presenta al jurista el que necesita de un tratamiento jurídico: es necesario *comprenderlo* para hacerlo manejable en un sentido jurídico, porque ante todo hay que *reconducirlo* al conjunto legal ya existente a través de un tanteo provisional. En realidad, apenas existe distinción entre el conocimiento de los hechos y la selección de las reglas aplicables. Sólo después de una serie mayor o menor de preparativos los hechos aparecen como utilizables ante el derecho positivo, y este último con respecto a los hechos. Lo que de modo simplista –aclara Viehweg– se llama “aplicación del derecho” consiste, según una aproximación más realista, en una recíproca aproximación entre los hechos y el ordenamiento jurídico<sup>350</sup>.

Naturalismo y racionalismo se han confundido en este punto, nos dice Trigeaud, porque han presentado dos versiones exclusivistas de la relación sujeto-objeto en el momento del enjuiciamiento. Los racionalistas quieren hacernos creer en una “realidad” del derecho, y suelen hablar del *derecho objetivo*, como si esta “entidad” agotara toda la posible realidad del derecho. Los más naturalistas –caso de un sector del “realismo jurídico norteamericano”– quieren prescindir de esta “realidad” del derecho y únicamente atienden al proceso psicológico del que enjuicia. Pero no es posible distinguir entre sujeto y objeto, entre “conciencia” y “realidad” del derecho: si usamos esta distinción es sólo por comodidad didáctica, porque ambos términos son excesivamente solidarios el uno con el otro como para verlos separados en la realidad. En efecto, la “realidad” del derecho supone la conciencia, de la que ella deviene su contenido: la conciencia reconoce a este contenido sabiendo que no lo crea. Y la “conciencia” del derecho, la *corazonada* de la que hablaban los norteamericanos, no se afirma como una pura potencia o poder (arbitrariamente o de forma excesivamente subjetiva) antes de que exista un “juicio”; es posterior a este juicio, que supone el contenido de la realidad del derecho<sup>351</sup>. Esta imbricación de “realidad” y “conciencia” determina que en el discurso del derecho, la ciencia de la justicia aparezca más bien en los resultados que no

<sup>348</sup> *Los derechos en serio*, cit., pág. 51.

<sup>349</sup> Vid. Esser, *Principio y norma...*, pág. 252.

<sup>350</sup> Vid. Th. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, cit., pág. 131.

<sup>351</sup> Vid. *Essais...*, pág. 262.

en las argumentaciones o demostraciones que proporciona el jurista<sup>352</sup>. Weber reconoce sencillamente que los razonamientos –y no sólo en la jurisprudencia– cumplen una función instrumental respecto de la decisión final<sup>353</sup>.

La presencia de la “conciencia” hace que la argumentación del derecho desborde usualmente la “dogmática jurídica”, esa especie de dialéctica estrictamente racionalista que intentaron construir Puchta o Laband. La justicia, correctora de la “jurisprudencia de conceptos”, es por este mismo hecho correctora de las posibles mixtificaciones del lenguaje, y evita que el juzgador quede preso de sus conceptos y distinciones conceptuales<sup>354</sup>. Hay mucho de intuitivo en los actos cotidianos –los que desarrollan todos los días los miles de jueces– de enjuiciamiento<sup>355</sup>.

Cuando se plantea este tema con cierta profundidad siempre queda a mano la tentación de suponer que el juzgador crea todo el proceso por el que se llega a la justicia. No parece que sea así, porque entran en juego dos factores de gran importancia. Uno, ese juego entre realidad y conciencia del derecho, de modo que la una alcanza a la otra reciprocamente, y que neutraliza en buena medida lo que podría ser el resultado de una subjetividad solipsista. El otro factor es el horizonte de pre-comprensión en el que los hombres actuamos cotidianamente, al que ya me he referido en varias ocasiones. Dejaré que sea Esser quien hable: «Nuestro pensamiento civilista oscila, con sus hábitos axiomáticos, entre la ilusión de una simple aplicación de la ley y la explotación lógica de unas *rationes legis* que se suponen siempre a mano y la ilusión, no menos funesta, de una ‘creación’ del derecho a partir de ‘sus’ principios por vía de la *libre recherche* [con esta expresión Esser se refiere al “Movimiento de derecho libre” de comienzos de siglo]. Sin las energías configuradoras de la conciencia social y sus tradiciones, que se expresan en el conjunto de una doctrina jurídica o en series de sentencias basadas en precedentes y que avanzan por vía de argumentación, semejante ‘creación’ sólo puede conducir a expresiones arbitrarias de opiniones subjetivas»<sup>356</sup>. Se podría decir que la función unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es algo más que eso, que unificar: supone el establecimiento del marco dentro del cual son *entendidos* los hechos y las leyes.

<sup>352</sup> Vid. Trigeaud, *Essais...*, cit., pág. 234.

<sup>353</sup> Vid., por ejemplo, *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, cit., pág. 92.

<sup>354</sup> Vid. Trigeaud, *ibidem*.

<sup>355</sup> Vid. Trigeaud, *Essais...*, cit., pág. 259 a 271, por ejemplo.

<sup>356</sup> *Principio y norma...*, cit., págs. 107-108.

## 10. DERECHO NATURAL Y SOLUCIONES JUSTAS.

A la hora de concluir esta visión de conjunto parece conveniente aludir al “derecho natural”. Me parece que con la alusión a este “tipo” del derecho se completa esta mención a vista de pájaro de la Ontología jurídica, porque el *derecho natural* es ante todo la Ciencia del derecho, la *Jurisprudencia* o *jurisprudencia* latina, el arte o saber que se ocupa de discernir lo justo de lo injusto.

El llamado “positivismo jurídico” no tuvo muy claro lo que atacó: los Falck, Kielruff, Bergbohm, Kelsen, Bobbio, etc., se remitieron a una especie de orden de justicia eterno e inmutable al que llamaron ellos “derecho natural”, pero en realidad sus ataques de fondo van contra la Ciencia del derecho, contra la *Jurisprudencia*, es decir, contra el saber que permite distinguir lo prudente de lo arbitrario. Hablaron, pues, de una cosa y atacaron o negaron otra: no es que fueran personas especialmente ignorantes: es que participaron de la confusión propia de su tiempo acerca de lo que se entendía por “derecho natural”.

### 10.1. Las bromas de la historia.

El pensamiento jurídico romano, del que vivió la Baja Edad Media y buena parte de la Edad Moderna, entendió el derecho natural de formas distintas. Ulpiano y Hermogeniano repararon más en las tendencias naturales del hombre, las que el género humano tiene en común con los animales, como el afán de libertad. La libertad, pues, “es” uno de los núcleos del derecho natural, y Ulpiano declaró que *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*: el derecho natural es lo que la naturaleza enseñó a todos los animales. Se refería muy especialmente al afán por la libertad que mostramos todos los seres vivos. En cambio, otros juristas romanos, como Paulo o Celso, atendieron preferentemente a los principios básicos de la conciencia a los que ya he aludido, y al discurso racional que nos permite a los hombres discriminar lo que es justo de lo que no lo es: por esta razón dejaron escrito que el derecho natural es el *ars boni et aequi*, aquello *quod semper bonum et*

*aequum est*: el arte de lo bueno y de lo equitativo, lo que siempre es bueno y justo. En realidad, una y otra acepción se complementaban, porque es necesario atender a los principios fundamentales de la conciencia (intelecto o nous), pero como el hombre no es un espíritu puro, también es imprescindible tener en cuenta nuestra constitución específica, que tiene mucho en común con el resto de los seres animados. Por este motivo, el derecho natural fue muy adecuadamente caracterizado por los romanos, en parte como lo que siempre es bueno y justo, y en parte como lo que es común a todos los seres animados.

El *Corpus Iuris Civilis* se pierde en la Alta Edad Media, y a tenor del estado actual de la historiografía jurídica puede decirse que apenas se conoció desde el siglo VII al XI. En el Imperio Carolingio sólo se encuentran fragmentos de los *dicta* de los juristas romanos y de las leyes de Roma. Es a partir del siglo XI cuando el *magister Irnerius* comienza a enseñar, en Bolonia, derecho romano de la mano de una copia del *Corpus Iuris*. El mundo culto europeo se sintió sacudido por el redescubrimiento del derecho de Roma, y en pocos años acudieron a Bolonia estudiantes de toda Italia y de Centroeuropa para estudiar el *ius romanorum* de la mano de los discípulos de Irnerius: Búlgaro, Martino, Hugo y Jacobo. Puede decirse que el siglo XII ya estaba sólidamente consolidada la enseñanza europea del derecho romano, y al lado de los derechos nacionales crece cada vez más una clase de juristas "cultos" que no echan mano del derecho longobardo, de las *coutumes* francesas y de la legislación real o de los fueros españoles, sino que alegan ante los tribunales tanto el propio derecho romano como las opiniones de los juristas medievales más importantes que lo estaban glosando y comentando. El derecho romano comentado entra, de este modo, a ser una pieza fundamental de la cultura jurídica europea de los siglos XI-XVIII.

Con la difusión europea del derecho romano se extienden igualmente las nociones del derecho natural que se encuentran en el Digesto y en la Instituta: las propias de Ulpiano y Hermogeniano, y las de Celso y Paulo. Notemos que estos juristas nunca pensaron en el derecho natural como un ordenamiento eterno que discurriría *paralelo* al "ius civile", al derecho "civil" que ellos enseñaban y creaban. Más bien tienden a pensarlo como el núcleo del "derecho civil", o como una instancia correctora permanente de posibles desviaciones de la justicia que era la médula de la *jurisprudencia*. Para ellos derecho civil era un "arte", el *ars boni et aequi*, y estaban lejos de considerar al derecho "privado" como cosificado o inmovilizado en un conjunto de leyes o *dicta* de los jurisprudentes. El derecho era ante todo una actividad, un arte o saber que se desplegaba cotidianamente: el arte de lo bueno y equitativo, y esto era también justicia, derecho natural "declarado", *ius naturale constitutum*. En modo alguno pensaron el derecho natural como un código detallado situado en los cielos. El derecho natural era sólo una parte del derecho vigente, como se indica al comienzo de la Instituta y del Digesto, o la mayor parte del mismo derecho existente, siempre y cuando este derecho fuera *equitativo* (justo).

Así entendieron el derecho natural los juristas bajomedievales, que crearon una jurisprudencia de calidad similar a la de los propios juristas romanos y que culmina en el siglo XIV con Bartolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis. En mi

opinión el mejor teórico de esta jurisprudencia romanista es Tomás de Aquino. Los que eran juristas de profesión no tuvieron aficiones teóricas, y no se preocuparon de explicar lo que ellos mismos hacían. Los teólogos, en cambio, sí reflexionaron expresamente sobre el proceder jurisprudencial, como se observa en su mejor calidad en Guillermo de Auxerre y Tomás de Aquino. Tomás distingue al derecho *como ley* (lo estudia en la I-II, en el *Tratado de las leyes*) del derecho *como lo justo*, que lo estudia en la II-II, al tratar de las virtudes de la prudencia y de la justicia. El derecho como ley se hace realidad en los primeros principios de la razón práctica y en las exigencias fundamentales de la constitución "natural" (*ut natura*) del hombre; el derecho como "lo justo" se expresa cotidianamente en todas las opiniones y leyes que son efectivamente justas. ¿Hay que hablar de "ley" natural o de "derecho" natural? Tomás de Aquino, por ejemplo, no se define claramente, y aunque en ocasiones deja reducido el derecho natural a la ley (natural), en los tratados de la prudencia y de la justicia establece que es derecho natural todo lo que la razón *determina* con justicia. El derecho natural es, por tanto, todo lo que es justo aquí, ahora, bajo estas circunstancias.

Este modo de entender al derecho natural comienza a cambiar en el siglo XVI: la Modernidad se afirma como una violenta reacción contra todo lo medieval. El derecho creado por los juristas medievales fue visto como simple barbarie que sólo ha servido para corromper con glosas y comentarios al derecho propio de Roma<sup>357</sup>, y los *moderni* entienden que es preciso crear un derecho nuevo que sustituya tanto al derecho romano como el creado por los juristas bajomedievales<sup>358</sup>. Este nuevo pensamiento jurídico, específicamente moderno, hace suya una expresión: *ius naturale*. Todo lo que proponen los juristas destacados de la Modernidad no será ya "derecho civil" (que es el derecho romano y el medieval), sino "derecho natural": bajo el rótulo de *ius naturale* aparecen las obras de Grotius y de Pufendorf en el siglo XVII. Se trataba de libros extraños, en los que no hay análisis de la realidad, sino que partían del postulado del "estado de naturaleza" en el que existirían unos hombres aislados, independientes y en consecuencia "libres", que no quieren perder su "libertad": como la sociedad —con sus inevitables relaciones de superioridad y subordinación— disminuye la independencia individual, los modernos echaron mano de la vieja figura del "contrato social", porque *supusieron* que ningún hombre presta su consentimiento forzosamente. Por este camino, las comunidades políticas se interpretaron como creaciones libres o artificiales<sup>359</sup> de los individuos, y todo el ordenamiento jurídico sólo fue entendido como una sucesión de pactos o contratos por los que los individuos creaban libremente todas las instituciones jurídicas.

<sup>357</sup> Vid. mi estudio "Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista, en "Ius Commune", VI (1977) págs. 121-124.

<sup>358</sup> Vid. "Mos italicus"..., cit., págs. 130 y ss.

<sup>359</sup> Estos teóricos del Estado y de su legislación no matizaron en las diferencias y concomitancias entre "libre" y "artificial". Al parecer, para ellos todo lo que estaba creado voluntariamente era *artificial*.

Retoman el pensamiento democrático propio de la Escolástica Española del siglo XVI: Ulricus Huber lo proyecta a lo largo del siglo XVII y comienzos del XVIII, y se abre paso la tesis de que las leyes han de ser la creación de unos hombres libres, que las crean pactando: una "promesa común de toda la república", una *communis reipublicae sponsio*. En estos autores está diluida la idea de que una creación libre no puede ser jamás injusta: las leyes creadas libremente, por los representantes de los individuos, serán justas necesariamente. Jean-Jacques Rousseau se distinguió en el intento –fallido por lo demás– de explicar por qué las leyes así creadas han de ser siempre justas. Dicho con otras palabras: la "Escuela del derecho natural moderno", que abarca los siglos XVII-XVIII, no creyó en el derecho natural propio de Paulo o Celso: sólo *postuló* la justicia de las leyes cuando el régimen político fuera "republicano", es decir, parlamentario. Sin embargo, por ironías de la historia, a esta época se la conoce como la del "derecho natural", y se habla del *iusnaturalismo moderno*: la única razón por la que se puede mencionar la expresión "derecho natural moderno" es porque sus integrantes, para destacarse de los juristas romanos y medievales, que hacían *ius civile*, dijeron ellos estar haciendo *ius naturale*. Se trató pues, de un problema ante todo terminológico.

Con la crisis que experimentó la Modernidad en el siglo XIX, dejó de hablarse de "derecho natural". Pero entonces reaccionaron los que creían en la justicia, especialmente los católicos. Como se había perdido la tradición romanista, se habló mucho en el siglo pasado del "derecho natural", pero ya no era el modo de entender esta vertiente del derecho que fue la propia de los juristas romanistas o de Tomás de Aquino, sino que –tras dos siglos de hablar de *ius naturale* de forma muy confusa– se lo entendió a modo de una ley inmutable que discurre paralela a la historia de los hombres, sin mezclarse con ella; desapareció la visión del derecho natural como un sector o dimensión del derecho ya efectivamente existente. Y éste ha sido el modo como ha llegado la noción del derecho natural hasta nuestros días.

Ha sido una noción de la que se ha usado y abusado, porque los siglos XIX y XX han sido muy convulsos: en el siglo pasado se establece la doctrina "democrática" definitiva, que tiene como dogma central la soberanía absoluta del legislador del Estado. La Iglesia Católica hubo de decir que el legislador humano no es soberano ya que por encima de él existe una justicia que no la puede cambiar; a esta justicia inmutable se la designó con el nombre de derecho natural, por lo que esta expresión se popularizó entre los católicos. Igualmente, los siglos XIX y XX asistieron al crecimiento de las doctrinas y realidades políticas socialistas y nacional-socialistas: los católicos las combatieron en nombre del derecho natural. De esta forma la expresión "derecho natural" fue muy usada, quizá excesivamente, con un sentido que no era exactamente el que había tenido en la tradición jurisprudencial romanista en la que nació.

Auschwitz fue una realidad lo suficientemente expresiva como para demostrar lo aberrante de un legislador humano soberano. Por este motivo, recién acabada la II Guerra Mundial reaparecieron las teorías sobre el derecho natural, pero ahora con un sesgo nuevo: se era consciente de la historicidad de la naturaleza

humana, y se quiso diseñar un derecho natural "histórico", "existencial", etcétera. Partiendo desde la noción decimonónica del "derecho natural" este empeño era tan difícil como cuadrar el círculo. A los autores que emprendieron este intento, a los que ya he aludido en otros momentos, les faltaba una formación específicamente jurídica, esa formación que tuvieron Tomás de Aquino o Pedro de Bellapertica que les permitía hablar del derecho natural al mismo tiempo que, sin ninguna contradicción, reconocían que tal derecho cambia en la historia. Fue lógico que estos intentos iusnaturalistas de la postguerra no tuvieran gran éxito.

## 10.2. Ley natural o derecho natural.

Es posible que el estudioso de hoy se encuentre sometido a un chantaje: si critica al "positivismo jurídico" ha de afirmar la existencia de una ley natural que corrige las posibles desviaciones del derecho positivo; y este planteamiento, así hecho, aunque no es falso sí se presta a confusiones.

Quedaría menos confuso si se afirmara que existe una ciencia del derecho, que descubre objetivamente lo que es justo. Pero notemos que hablamos de ciencia del "derecho", no de ciencia de la ley. No en vano Tomás de Aquino distinguió claramente el tratado de la ley del tratado del derecho, a los que dedicó partes muy distintas y separadas de su *Suma teológica*. La ley (natural) existe, ciertamente: se expresa en buena parte de *esos principios* a los que he aludido reiteradamente; y las observaciones que hice respecto de la justiciabilidad de tales principios se aplican íntegramente a la ley natural: en otras palabras, la ley natural es ley, y el derecho es derecho, con lo que siempre se ha indicado que la ley compone una cierta dimensión del derecho, pero no agota –ni mucho menos– lo que se puede decir sobre la justicia. «La ley es una cierta causa del derecho», escribía Tomás de Aquino<sup>360</sup>, y a esto queda reducida su función: a integrar una vertiente de "lo que es justo", que esto es el derecho. Porque a los hombres nos interesa saber lo que nos corresponde a cada uno, lo que se nos debe en justicia, y aquí puede jugar una función importante la ley. Pero nos interesa que se nos haga justicia aquí y ahora, es decir, el derecho, y la ley no es más que un subsector o vertiente de él<sup>361</sup>. No nos interesa conocer las leyes por las leyes mismas, como si las coleccionáramos con la ilusión con que un entomólogo colecciona insectos.

Cuando el acento se hace recaer sobre la ley, con sus notas de permanencia y de generalidad, el hombre medio no puede por menos de vivenciar a las leyes como algo extraño a él mismo, a causa de esta misma generalidad: las personas,

<sup>360</sup> «Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris». Cfr. *Suma teológica*, ed. cit., II-II, q.57, art.1.

<sup>361</sup> Domingo de Soto establecía muy precisamente que «el derecho es nombre general, mientras que la ley es sólo una especie del derecho»: *Ius generale nomen est, lex autem iuris species*. Cfr. *De iustitia et iure...*, cit., Libro III, q.1, art.1.

del mismo modo que nuestros problemas, somos concretos, y una realidad universal y general nos resulta necesariamente extraña. Y no se trata únicamente de una vivencia particularmente afectiva o psicológica, sino también más metodológica: la ley es general y nuestros problemas son vitales e irrepetibles, lo que motiva que las leyes en su universalidad sean con frecuencia poco aplicables a nuestros menesteres de cada día. Por esto, si se habla exclusivamente de la "ley natural" o del derecho natural pero entendiéndolo como una ley, cualquiera contempla a tal ley como uno de sus enemigos, porque la generalidad de las leyes menoscaban demasiado la libertad y la espontaneidad propias de los seres humanos, y el dilema es entonces: ¿ley o libertad? Se crea la mentalidad, al filo de esta vivencia muy concreta, que consiste en sentir a la ley (también a la ley natural) como una coacción innecesaria de nuestra espontaneidad. Si nuestra época es anarquista, o por lo menos se tiende a que la espontaneidad suprima a la regla, ello se debe a que se ha perdido de vista lo concreto, el derecho, y se ha insistido demasiado en esa vertiente del derecho que es la ley, de por sí siempre incompleta por inconcreta.

Sería fácil caer en la tentación de exponer numerosos testimonios históricos, de autores importantes, en los que muestra que el pensamiento prudencial romanístico nunca entendió al derecho natural a modo de una ley inmutable, sino que reservó la faceta inmutable para la ley natural y entendió al derecho natural como un hacer justicia al filo de las circunstancias concretas según la ley. Por esta razón, el derecho natural cambia en la historia, de un caso a otro, sin más permanencia geográfica o histórica que los primeros principios de la razón práctica. Así lo expusieron muy detalladamente Pedro de Bellapertica y Tomás de Aquino en el siglo XIII, Francisco de Vitoria o Domingo de Soto, entre los escolásticos españoles del siglo XVI. Entre los juristas destacan los hermanos Bolognietti, Joaquín Hopper en la segunda mitad del siglo XVI. Francisco Connanus expuso este tema con singular precisión, y tras él son también especialmente esclarecedoras las explicaciones de Pierre de la Grégoire y de Hugo de Roy. En el siglo XVIII están las lúcidas páginas de Giambattista Vico y de Anselmo Desing. Pero un estudio que exponga este tema en estos autores ya está hecho<sup>362</sup>, y no creo que tenga mucho sentido reiterar lo ya expuesto.

José Llompart, actualmente, se pregunta cómo entender el derecho natural. Según su opinión, habría tres posibilidades: a) concebirlo como un puro producto de nuestra fantasía; b) entender que es un derecho real, que discurriría paralelo al derecho positivo, o bien c) reconocer que es una dimensión del llamado "derecho positivo"<sup>363</sup>. Parece, a tenor de lo ya expuesto, que las dos primeras posibilidades deben ser desechadas: siguiendo la *jurisprudencia* romanista reconocemos más bien que el "derecho natural" es una vertiente de esa realidad tan extremadamente compleja que se llama derecho "positivo". Esto sucede de dos modos.

Una primera posibilidad sería la de reservar el título de derecho natural para los primeros principios de la razón práctica. Así salvaríamos la eternidad e inmutabilidad que parece decente atribuir a este derecho, porque nadie en su juicio pone en duda que violar mujeres siempre ha estado mal y seguirá estándolo. Por esta solución se inclina ocasionalmente Tomás de Aquino cuando sigue muy estrictamente un sector del pensamiento jurídico medieval, que era proclive a dejar reducido el *ius naturale* a los "prima principia" de la razón práctica.

Pero esta explicación del derecho natural también presenta inconvenientes, porque ¿qué hacemos entonces con toda la ciencia del derecho acumulada, que tiende a buscar lo justo? En efecto, los juristas siempre han tendido a pensar que aquello que "es justo" forma parte de la justicia y es, por consiguiente, derecho natural, esto es, lo que es justo "naturalmente" bajo estas circunstancias. Si no pensamos así estamos desvalorizando el trabajo de los juristas, y privamos de su prestigio a las leyes y a las sentencias de todos los días. Por estos motivos, el mismo Tomás de Aquino se inclina frecuentemente a considerar que "aquello que es justo", *id quod justum est*, es "lo justo natural", *iustum naturale illud*, de modo que el derecho o *jus* consiste en "lo justo" concreto, y eso es el objeto de la justicia. Desde este punto de vista no habría diferencia entre la justicia y el derecho natural, de forma que podría afirmarse que lo que es justo es justo "naturalmente", y forma derecho natural, *ius naturale*.

Esta segunda solución asume el derecho positivo en el derecho natural, porque "concurrir" no quiere decir yuxtaponerse, sobreponerse o subordinarse, como puede llevar a pensar una representación espacial simplista en éste tema. El derecho natural no se subordina al derecho positivo ni éste se yuxtaponen al natural. Sucede más bien que los principios naturales de la justicia (pensemos, por ejemplo, en las normas básicas de la conciencia) son asumidos por las exigencias concretas que plantea el caso y, por ello, la solución justa presenta simultáneamente una dimensión "natural" y otra "positiva". Porque la determinación de lo que es justo supone ordinariamente conocer las leyes y regulaciones ya existentes sobre cada tema: el juez o jurista no parte desde la nada o desde un vacío legal. Por tanto, se "determina" lo que es justo de acuerdo con el derecho positivo, y la solución así encontrada es lo "justo natural", de forma que el derecho natural se determina o concreta desde —en buena parte— el derecho positivo. Este derecho precede, pues, al derecho natural: lo justo natural no sólo no excluye al derecho positivo sino que se *determina* desde éste, de modo que "lo naturalmente justo" viene creado en buena medida por las leyes humanas positivas. Así se crea la peculiar naturaleza humana, en parte ya dada, en parte histórica: de este modo podemos entender la naturaleza histórica del hombre. Vallet de Goytisolo escribe a este respecto que «El derecho natural y el derecho humano, inconfundibles teóricamente, ni se hallan en planos totalmente separados, ni forman mundos aparte, pues las conclusiones de aquél deben ser escritas en la ley humana e informan las soluciones del derecho humano. E, inversamente, las determinaciones de éste, una vez efectuadas dentro de los límites correctos, son reconocidas por aquél como obligatorias y dejan de ser indiferentes en el orden de la justicia»<sup>364</sup>.

<sup>362</sup> Vid. mi artículo *Historia y justicia en los juristas de formación prudencial*. Aparecerá en el número del "Anuario de Filosofía del Derecho" correspondiente a 1992.

<sup>363</sup> Cfr. *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, cit., pág. 12.

Cotta plantea en un interesante artículo<sup>365</sup> un enfoque de este problema que me parece muy clarificador de la realidad. El tema debe situarse en el carácter *obligatorio* del derecho o de la justicia. Usamos el término "obligatorio" en sentido estricto, como *deber*, *obligatio*, no como "forzosidad" u otro sinónimo de estar compelido; pues todos sabemos distinguir la diferencia que hay entre las expresiones "verse obligado" (o forzado) y "estar obligado" o tener un deber. Lo que es justo o jurídico se reconoce —entre otras notas— por su "obligatoriedad", por su capacidad de generar un deber. Todos nosotros tendríamos reparos en hablar de justicia o de derecho ante una ley o una sentencia a la que no reconociéramos —por motivos justificados— ninguna vinculación en conciencia: entonces hablaríamos de "fuerza", de estar compelidos o forzados, pero no de deber o de vinculación personal. Y el problema se sitúa en el hecho de que todo lo que es justo crea un deber, es obligatorio, y frente a una norma que reconocemos como obligatoria ante nuestra conciencia, nadie se pregunta si el deber proviene del derecho natural o del derecho positivo: es "justo", y esta cualidad es suficiente<sup>366</sup>. Y este hecho nos lleva a pensar que todo lo que crea un deber porque es justo, pertenece a la justicia, que es al mismo tiempo natural y "positiva".

Precisemos que lo que hay que justificar no es la "obediencia" a la norma, sino la norma misma. El pensamiento formalista de todos los tiempos, ya fuera el propio del Despotismo ilustrado del siglo XVIII, ya el "democrático" actual, quiere justificar la obediencia a las normas prescindiendo de lo preceptuado en esas normas: para ello se habla siempre de "legitimación" y se supone que la obediencia está justificada por provenir de un soberano, sea éste el rey o el parlamento. Este tipo de planteamientos formalistas que resuelven el problema de la justificación exclusivamente en un problema de legitimación en el origen, siempre me han parecido un retroceso cultural: a un jurista no le importa gran cosa el origen de la norma, sino la racionalidad y la justicia de la norma misma. Cuando la regla es justa, vincula personalmente, y en tal caso lo que se nos sitúa ante todo frente a la mirada de la conciencia y de la inteligencia son las razones por las que hay que obedecer esa norma, las razones por las que la regla está justificada. Y poco nos da que se nos diga que esa solución justa se fundamenta en el derecho positivo o en el derecho natural<sup>367</sup>. La justicia no distingue, en principio, entre uno y otro derecho. Por esto escribe Jesús Ballesteros que «No hay dos órdenes jurídicos —el

<sup>364</sup> *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, en "Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro". Madrid, 1976, pág. 788.

<sup>365</sup> *Seis tesis sobre las relaciones entre derecho natural y derecho positivo*, en "Persona y Derecho" 8 (1981).

<sup>366</sup> Cotta escribe que «Pero si la justificación de la norma positiva es indispensable para establecer el carácter obligatorio, entonces es la fuente primera de éste. Por consiguiente, puesto que la justificación es un discurso de razón, el derecho natural y el derecho positivo acaban por tener la misma fuente formal de obligatoriedad: la razón o, para explicarlo mejor, el carácter razonable de sus prescripciones». Cfr. *Seis tesis...*, cit., pág. 164.

<sup>367</sup> Sobre el planteamiento de Cotta, vid. *Seis tesis...*, cit., pág. 164.

natural y el positivo—, sino exclusivamente un único orden»<sup>368</sup>. Vico se percató con toda lucidez de este tema ya en el siglo XVIII y escribía que «nos maravillan esos doctos que van discutiendo entre ellos y ponen todo su esfuerzo por establecer si esas tres máximas son preceptos del derecho natural o del justo, o axiomas del derecho civil o de la jurisprudencia... como si no fueran verdaderamente principios de una ciencia legítima porque son nociones de una naturaleza común»<sup>369</sup>. Naturalmente, también puede suceder que las normas no sean justas ni injustas, que sea simplemente lo que ha sido pactado o impuesto por la autoridad: muchos sectores de la vida humana están regulados por normas *impuestas* por la autoridad competente. Entonces es cuando la legitimidad en el origen zanja el tema de la justicia de esas normas.

Volviendo al tema, cada cual puede hacer su opción sobre lo que quiere entender por "derecho natural". Puede afirmar que el derecho natural se circunscribe a los primeros principios de la razón práctica y que todo lo creado por los hombres ante las necesidades históricas es derecho "positivo". Así afirma íntegramente la inmutabilidad que parece procedente atribuir al derecho natural. O bien puede mantener que todo lo que es justo obliga igualmente y que, en consecuencia, no existe más que un "justo", que es al mismo tiempo natural y positivo. De este modo otorga la autoridad debida al derecho, en general.

Cabría una tercera solución, que fue la que masivamente adoptaron los juristas y los teólogos bajomedievales: dada la dificultad del tema puede decirse al mismo tiempo lo uno y lo otro, incurriendo así en una espléndida contradicción. Me parece que ésta es la solución más elegante, la más adherida a la realidad.

<sup>368</sup> *Sobre el sentido...*, cit., pág. 107.

<sup>369</sup> Cfr. *De universo iuris...*, cit., págs. 79-80.

## Apéndice.

### EL ESPÍRITU DE LA MODERNIDAD.

1. La "Modernidad" es un término complejo. Abarca desde el siglo XVI al siglo XX: en este tiempo, a pesar de saltos y lagunas, existe una línea unitaria que podemos llamar "Modernidad jurídica", por ejemplo.

#### CRÍTICA DE LA RAZÓN PURA.

2. La "Escuela del derecho natural de la Edad Moderna", desde sus inicios con Fernando Vázquez de Menchaca, partió exclusivamente desde el individuo aislado.

Ignoró la familia, la profesión, las distintas comunidades.

3. El individuo es un punto en el espacio. O, quizá mejor expresado, es entendido como un cuerpo físico en el espacio (finito).

4. Desde el siglo XVII la Realidad quedó dividida definitivamente en dos partes: a) la *res cogitans*, y b) la *res extensa*. La *res cogitans* tiene una naturaleza formal y recibe sus contenidos desde las cualidades de la *res extensa*.

La *res extensa* sólo posee una cualidad: es cuantificable, medible. En consecuencia, la Inteligencia queda reducida a Aritmética. Como la Aritmética se proyecta sobre el espacio, todo el mundo humano queda sometido exclusivamente a la Geometría.

5. Los modernos parten desde una *representación intelectual* que sólo existe en la imaginación, a la que llaman "mundo interno" por oposición al *Sinnenwelt* o mundo perceptible por los sentidos.



Este "mundo interno" es al campo de juego necesario para toda ciencia humana. Se rige por los principios de la *res extensa* cartesiana: acción y reacción, ubicuidad, etcétera.

6. Se trata de puntos en el espacio que fueron llamados tardíamente "esencias racionales" (*Vernünftige Wesen*), sustituibles por definición: no cuenta la irrepetibilidad real.

La filosofía moderna es una filosofía de esencias, que excluye de su consideración a las esencias concretas, a las que no puede explicar.

Aunque la palabra "esencias" molesta a algunos posmodernos del siglo XX.

7. Las circunstancias que provienen de la realidad concreta son odiosas porque disminuyen la libertad de las Personas (nuevo término que acuña Kant para referirse a los seres humanos así entendidos). Por tanto, la Modernidad no tiene en cuenta las circunstancias.

De ahí que las corrientes de la Modernidad actuales consideren como totalitarias y no-humanistas toda concepción de la realidad humana que tenga en cuenta las circunstancias.

8. Pero los hombres no se presentan como Personas en la vida real. Al contrario, están distinguidos por sus circunstancias familiares, profesionales, etcétera. ¿Problema? No: la Modernidad declaró y declara que esta consideración del hombre (*abstracta*, según Hegel) es necesaria según la "razón pura".

Tener en cuenta las circunstancias, lo individual irrepetible, sería lo propio de una visión empirista, no humanista ni universitaria, porque la empiria sólo "refleja" (y no norma) lo existente, con sus irracionalidades.

La "razón pura" normativa corregiría esas injusticias e irracionalidades.

9. Pero sucede, además, que tener en cuenta los datos concretos de cada situación jurídica, requeriría hacer Jurisprudencia, cosa difícil e incomprensible para los filósofos, que no entienden del Derecho.

La mayor parte de los modernos son filósofos de profesión.

10. La Posmodernidad sigue sin tener en cuenta las circunstancias: perdura la exigencia de la *razón pura*. Éste sería el caso de Rawls o Habermas, por ejemplo.

Esta mentalidad sigue plenamente los carriles de la mentalidad más clásica porque no sólo no tiene en cuenta lo contingente, sino porque el único contenido o exigencia de la "razón pura" es el de la igual libertad de las personas.

11. La teoría jurídica y moral se derivará, pues, desde la igual libertad. Pero, dado que la *res cogitans* (ya no se puede hablar de Inteligencia) sólo conoce mediciones y cuantificaciones del tipo de las propias de la *res extensa*, la "razón" no puede ir más allá del trabajo aritmético y geonómico.

En consecuencia, sólo permanece la Cantidad, y desaparecen las cualidades. Por tanto, el "valor" de la Belleza únicamente se mide por la cantidad que se paga por una obra de arte, y el de la Bondad por la cantidad de voluntades que respaldan una opción.

12. El binomio libertad-igualdad, o bien, la igual libertad, es considerado el único criterio humano posible.

Se postula que lo concreto nos introduciría en el campo de los hechos fácticos, en el terreno, por tanto, de la opresión y de la injusticia.

Por este motivo, Heidegger es un autor proscrito: sus explicaciones no son contrafácticas.

13. Los puntos en el espacio (las Personas) existen solos, aislados e independientes.

Desde su soledad se deriva su independencia o igualdad: el primer postulado práctico es que nadie puede decidir por otro porque nadie posee un *privilegio* sobre otro. Todo lo que suponga desigualdad se interpreta en término de "privilegio" opresor o paternalista.

Desde la independencia se pasa a afirmar que toda Persona (individuo) es autónomo.

14. La Modernidad vino a entender unos puntos en el espacio, geométricamente plano, que por su cualidad de cuerpos físicos dotados de ubicuidad, gozaban de *fuerza excluyente* de los otros cuerpos físicos.

La ubicuidad es la clave para entender la Modernidad jurídica a lo largo de los siglos XVII-XVIII.

15. Estos cuerpos espaciales están situados en un espacio carente de objetos, vacío, sin relieves: es un espacio plano en el que sólo existen Personas.

En consecuencia, la "razón" sólo puede proponerla la Persona o las Personas. Fuera de la igual libertad de las Personas no existe racionalidad posible. Este espacio plano es "materia" amorfa. Éste sería el segundo gran postulado práctico de la Modernidad.

16. El *Innenwelt* o mundo específicamente humano se caracteriza ante todo por la vaciedad: la ausencia lleva a la imaginación a representarse una fuerza de exclusión. La Persona es ante todo *negatividad*: excluye a todo lo que no es ella.

Sinónimos: vacío, negatividad, exclusión, fuerza (de la voluntad).

El único contenido concreto de la *res cogitans* es el proporcionado por las leyes de la Mecánica, siempre formales: ellas hacen posible a Hobbes y a Rawls con idéntica razón.

17. Estos puntos en el espacio no son "hombres", en el sentido que recibe esta palabra en Goethe o en Proust.

Se trata únicamente de “fuerzas” o voluntades negativas que se mueven según la *Philautia*, llamada en el siglo XVIII *Selbstliebe*. El siglo XX contempla igualmente sólo a voluntades egoístas interesadas en promover sus propios intereses.

17-A. Ha cambiado la consideración de la comunidad política: la Ilustración se propuso sólo hacer posible la capacidad excluyente (“esferas de libertad”). El final del siglo XX pretende, además, seguridad económica, etcétera.

18. Se postula que estos cuerpos situados en el espacio están dotados de voluntad. La Ilustración llamó voluntad a la capacidad de excluir. El siglo XX llama voluntad a la prosecución del interés propio.

Como el resto de lo que existe es simple *res extensa*, estas voluntades son los únicos agentes configuradores de la realidad humana.

En consecuencia, Derecho y Moral no pueden ser sino juegos entre voluntades.

19. Esta razón, que extrae sus contenidos desde las cualidades de la *res extensa*, sólo entiende de figuras geométricas, de igualdad aritmética. Por esta causa sólo se entiende la igualdad e indeterminabilidad de la voluntad (llamada “libertad”), que son figuras y propiedades captables fácilmente mediante la imaginación aplicada a la Geometría.

Las actitudes propiamente humanas: el pudor, la gratitud, la amistad, y la sensibilidad en general, quedan excluidas del juego mecánico: no son captables geoméricamente.

20. Llegamos, así, a otro punto básico de la Modernidad: las exigencias de la *humanitas* son sustituidas por una lógica formal-geométrica cuyas reglas se agotan en el principio de no contradicción, en el del tercio excluido, en la ubicuidad, y poco más. Todo ello, sobre el postulado de la igualdad independiente.

Y así surgen edificios complicadísimos de “Filosofía del derecho y del Estado”, y de Ética, que han de ser complicados y extensos porque han de explicar geoméricamente lo que es humano, lo que forma parte de la sensibilidad y la delicadeza.

21. De este modo llegamos a un *dilema*. Todos sabemos que el dilema es una figura retórica que consiste en proponer una alternativa en la que, se opte por lo que se opte, el que decide sale perdiendo.

El dilema es: o seguimos las leyes de la igual libertad según la mecánica, o la heteronomía inhumana de las “objetividades” destruye la libertad humana.

Es un dilema que lo entiende cualquiera: entra por los ojos. Excelente instrumento de propaganda.

## DERECHO NATURAL ABSOLUTO.

22. Ese cuerpo en el espacio que es el hombre sólo encuentra en la *res extensa*, amorfa, otros cuerpos como él; otras voluntades o capacidades excluyentes.

23. Las Personas se encuentran gracias al afán de seguridad. El único criterio para resolver los conflictos derivados de la mutua exclusión o de la oposición de intereses es la igualdad en la independencia, esto es, el mismo recorte en el arbitrio o posibilidades de cada Persona.

24. Esta capacidad de excluir, derivada desde la exigencia física de la ubicuidad y desde la necesaria oposición de intereses (la consecuencia de la *Philautia* o *Selbstliebe*) determina tanto el aislamiento como –siendo consecuentes con este aislamiento– la independencia respectiva.

25. El “derecho” es, por tanto, una cualidad de la Personalidad *abstracta*. Fuera de las voluntades determinadas por la apetición de sí no existen criterios que encaucen las relaciones entre las personas.

26. Libertad e igualdad. Dado su carácter “innato” (la Ilustración recurrió a esta figura cronológica), se les llamó “Derechos del Hombre”. Avanzada la Edad Moderna, se les añadió un tercer “derecho”: la propiedad.

Kant y sus discípulos argumentaron que la propiedad es un “derecho del hombre” porque es condición de la libertad en el “mundo exterior”, el *Sinnenwelt*.

El único derecho es, pues, la igualdad, como argumentaba Anselm Feuerbach. Desde él se “deducen” la independencia y la propiedad.

27. La libertad e igualdad suenan agradablemente al oído porque parecen conllevar una actitud profundamente humanista. La simple expresión: “La libertad e igualdad de los hombres” es de suyo conmovedora. Se han hecho muchas revoluciones bajo este lema.

Y nada más distinto: con esta igualdad el hombre deja de ser él mismo y queda recluido en el campo de concentración de las reglas geométricas.

28. Los *iusnaturalistas* (los de la Edad Moderna y los neocontractualistas del siglo XX) buscan un ajuste o equilibrio entre “intereses”.

¿Qué es un “interés”? Nada externo a la apetición irracional de la Persona: la voluntad *determinada* (sin libertad) por la apetición.

La determinación sin libertad de la libertad se muestra con claridad en la sociedad capitalista-consumista, fruto necesario de la Modernidad.

29. Los autores contemporáneos (Rawls, Habermas, por ejemplo) tienen en cuenta los intereses, además de la independencia. Hablan de intereses “emancipatorios”, etcétera. ¿Han superado a Kant?

Los nuevos intereses dependen esencialmente del arbitrio personal y colectivo: tampoco hay diferencia entre el siglo XVIII y el XX. Un tipo de "intereses" que supere el arbitrio colectivo no encuentra acomodo en esta ideología, por más que se *postule*, si entendemos por "postular" la afirmación de una cosa que no encuentra posibilidad de ser por incongruencia o contradicción con el conjunto.

30. Dado que la Persona aislada se encuentra a solas consigo mismo, la dirección que ha de tomar su voluntad —es decir, lo que ella ha de apetecer— depende exclusivamente de ella misma, de su *contingencia* y falta de criterios.

El verdadero problema es la contingencia de la voluntad: ésta, determinada por la apetición, puede desear una cosa por los mismos motivos por los que desearía la cosa contraria. Sin motivos, causas o razones, en cualquier caso.

¿Se puede afirmar la posibilidad de una Ética a la medida del hombre? Porque la artificiosidad de Rawls y los otros autores que le siguen en la generalización kantiana, no es humana.

31. La prudencia es un término medio entre la necesidad natural, *Naturnotwendigkeit*, y el arbitrio. Lo que en la Teología moral antigua se llamaba "prudencia carnal".

Se pretende superar la necesidad natural (lo fáctico). Pero como se desconoce la prudencia en sentido propio, porque se ha hecho desaparecer "las cosas", sólo queda el arbitrio.

Buscan un equilibrio o ajuste entre voluntades arbitrarias.

32. Los autores del siglo XVIII utilizaron profusamente el término "arbitrio" (*Willkühr*) y el adjetivo "arbitrario" (*willkürlich*).

Los autores posmodernos del siglo XX enseñan lo mismo que los ilustrados pero, incongruentemente, evitan estos términos. Es una cuestión de prestigio o desprestigio de las palabras.

33. Esas "esencias racionales" o voluntades desnudas no tienen con qué dar contenidos a su razón: sólo poseen las reglas de la Mecánica. Situadas a solas en la *res extensa*, sólo encuentran otras voluntades como las suyas.

34. Cada Persona únicamente se tiene a sí misma, esto es, a su independencia y capacidad de exclusión. Desde ellas surge la indeterminabilidad de la voluntad por parte de cualquier agente externo.

Esta indeterminabilidad fue y es llamada "libertad".

35. La independencia o libertad no es tanto una autonomía positiva como la protección del aislamiento y de la exclusión mutua.

36. La indeterminabilidad de la voluntad es erigida en el fundamento y esencia de la moralidad: lo demostró ejemplarmente Rousseau.

37. La Persona, fuera de la voluntad así entendida, no tiene *nada*.

38. Lo específico del hombre (su *ratio*) es únicamente la indeterminabilidad de la voluntad.

La razón no es otra cosa, igual en Kant que a finales del siglo XX: la Modernidad se esfuerza en mostrar que la *racionalidad* está constituida por las leyes de la indeterminabilidad, llamada libertad.

39. Cada hombre sólo encuentra en la *res extensa* otras Personas como la suya, a las que debe —se trata de otro postulado— respetar, esto es, no invadir físicamente.

La igualdad es puramente negativa, a saber, la propia de cualquier físico situado en el espacio. No es una afirmación: es exclusión de las circunstancias. Pura ubicuidad transplantada al terreno de lo humano.

40. La Realidad postulada amorfa sólo existe para ser dominada por las Personas indeterminables heterónomamente.

41. La ausencia de la Realidad determina que toda pretensión para determinar la conducta de otro sea vista como un *privilegium* o *Vorrecht* que destruye la igualdad geométrica.

42. La alternativa dilemática era: o igualdad (geométrica) o privilegio odioso.

Es fácil optar: la palabra privilegio, por su solo sonido, es odiosa a los oídos del hombre moderno y contemporáneo.

43. De este modo se obtiene otra tesis fundamental: todos los hombres son iguales jurídicamente (¿qué quiere decir aquí "igualdad"?) porque todos pueden excluirse mutua e igualmente.

44. Sólo queda una representación geométrica: la "igualdad". La Modernidad no ha ido más allá al determinar los derechos del ser humano.

#### DERECHO NATURAL HIPOTÉTICO.

45. Las Personas se ven obligadas a concurrir en un espacio geoméricamente limitado.

Esta es la hipótesis fundamental desde la que se explica la sociedad.

46. Personas obligadas a soportarse: la Modernidad racionalista desconoce a los hombres capaces de apreciar la Belleza, de amar, de tener responsabilidad derivadas de *hechos concretos*, como la paternidad, por ejemplo.

47. Este hombre independiente (aislado) sólo se tiene a sí mismo. Por esto, para entrar en contacto con otras Personas es preciso que él quiera y que quieran las demás personas: es imposible renunciar a la "autonomía"

La coincidencia de dos o más voluntades que han ido al encuentro unas de otras, constituye el pacto. Tras la igualdad, la segunda manifestación del "derecho" es el pacto.

48. Cabalmente, todo el derecho se agota en el ejercicio de la voluntad que se realiza mediante el pacto. El pacto es la única categoría jurídica y política. Las teorías éticas contemporáneas sólo son añadidos (postizos) al pacto.

49. Los modernos consideran que únicamente mediante el pacto se respeta la igualdad-libertad de las partes de una relación jurídica.

Vemos así el carácter sistemático del principio de la igual libertad.

50. El primer ejercicio de la voluntad indeterminable heterónomamente es la constitución de la sociedad humana, que se realiza –según los iusnaturalistas de la Edad Moderna– mediante el *pactum societatis*. Posteriormente, según un orden estrictamente lógico, las voluntades han de decidir acerca de las personas que han de gobernar, y entonces tiene lugar el segundo pacto, el *pactum subiectionis*.

Hoy existe como un cierto pudor para hablar del "estado de naturaleza" y estos pactos. En su lugar se usan circunloquios como "posición original", "situación ideal de habla", etcétera.

51. Tomaron sus leyes de la geometría de Euclides. El principio supremo de la actividad humana es el de acción-reacción.

52. El principio de acción-reacción ha sido aplicado a las *pasiones* de los hombres. La referencia a las pasiones sólo ha servido para diseñar un individuo egoísta: el egoísmo es la única pasión humana que cuenta ante la Ética y la Filosofía del Derecho. Es el único punto de partida válido.

53. La Persona, así entendida o reducida, es una entidad con "fuerza", una voluntad que tiende a expandirse debido a su afán de seguridad, de lucro, de vanidad o de poder.

A través de esta pasión se pone en movimiento y se explica el funcionamiento de la voluntad individual.

54. El individuo o Persona está en función del "sistema" social: se trata de coexistir a cualquier precio. Aunque el edificio racionalistamente construido empuje a una vida inhumana.

55. La sociedad política creada mediante el contrato tiene la única finalidad

que se deriva desde los individuos así entendidos: hacer posible la seguridad de la autonomía y propiedades.

56. La igualdad originaria de las Personas no ha determinado en modo alguno una cierta igualdad en las propiedades, en la cantidad que se puede poseer.

57. La sociedad política se configura, pues, como una *societas assecutoria* de los derechos (igualdad, libertad, propiedad). El siglo XX ha añadido seguridad ante una posible opresión.

Esta *societas* se construye sobre las normas de derecho privado acerca de las sociedades.

58. La independencia y aislamiento de las Personas se prolonga en la "societas assecutoria". Una consecuencia más, aunque fundamental, de la libertad negativa que se postula en todo momento.

59. Por tanto, únicamente Personas egoístas que buscan una ordenada seguridad. Rawls, por ejemplo, parte en todo momento del hombre así entendido, y hace un juego lógico-racionalista en virtud del cual lo que yo desee para mí he de desearlo para los otros, si he de ser razonablemente egoísta.

60. Es decisivo el principio de la coherencia. Los modernos apenas disponen de otras reglas que la igualdad de acción-reacción y la coherencia.

61. La incoherencia no puede ser admitida porque atenta contra el pensamiento euclídeo geométrico-espacial.

Los puntos aislados en el espacio se mueven según leyes mecánicas, y en la mecánica no son posibles dos movimientos contradictorios de un mismo cuerpo.

Las exigencias de ausencia de contradicción y de coherencia, llevadas hasta su fin, configuran un pensamiento lineal y simplista que no reproduce al hombre. Ni, por tanto, puede normar su conducta. Pero goza de éxito en los ámbitos académicos porque se expone con facilidad pedagógica.

62. La igual independencia postula igual capacidad para constituir una sociedad política y, una vez creada, participar igualmente en la gestión de ella.

Se postula que esta igual capacidad se hace posible mediante el sufragio.

63. Los ciudadanos, a través de sus representantes elegidos mediante votos, se darían las normas para la convivencia, esto es, para la recíproca delimitación excluyente de sus actividades.

Las leyes son expresión de la "voluntad general": éste es un mito al que no ha renunciado –ni parece que pueda hacerlo– la Modernidad.

En un plano muy metafísico esto puede ser cierto. En la realidad concreta, no

lo es: los ciudadanos sólo confieren un mandato durante varios años a un partido para que éste les gobierne.

64. Pero si se renuncia al mito de la "voluntad general" cae por su base toda la "ética dialógica" construida tras la figura de la generalización kantiana.

Y esto hay que evitarlo a toda costa, porque la Modernidad perdería su base universitaria.

65. Así como en el "estado de naturaleza" no existía más criterio para las Personas que la voluntad guiada por la apetición, ahora, en la sociedad política sólo poseen la voluntad conducida por la apetición común.

Averiguar los deseos mayoritarios: la praxis política se resuelve, en definitiva, en un abuso de las estadísticas.

66. Como el único elemento de la Realidad que se tiene en cuenta es la Fuerza (elemento mecánico) de las voluntades (factor humano), el derecho sólo puede provenir de la voluntad más fuerte.

Ésta es la justificación última del régimen político y de sus leyes.

67. Tan arbitrario es el individuo como el Estado. Aquél se mueve según su arbitrio; éste, según el arbitrio colectivo.

68. Las normas que regulan la convivencia se llaman "derecho". Cuando una Persona apetece algo puede entrar en conflicto con otra que también apetece lo mismo. La misión de las leyes (a las que ha quedado reducido el derecho) es la de buscar el equilibrio más oportuno entre las apeticiones.

Equilibrio físico, equilibrio humano: no hay diferencia. Existen de hecho metas basadas en la *humanitas*, en la *pietas*; pero son incoherentes y permanecen en el terreno de lo inexplicable.

Para explicar lo inexplicable se suele decir: "Son exigencias del Estado de Derecho"..., "... del Estado democrático", etcétera. Nunca la magia de las palabras ha cundido tanto como en la Modernidad actual.

69. Al no reconocer otro criterio fuera de las voluntades independientes, todas las instituciones y normaciones que no puedan reconducirse a este *principium* (como sucede de hecho con la mayor parte del derecho, especialmente con el derecho privado), quedan en la oscuridad argumentativa. Al derecho privado no suelen alcanzar las expresiones "Son exigencias del..."

70. Estas discontinuidades son especialmente penosas en autores que son racionalistas sistemáticos, que lo fían todo al rigor deductivo.

71. Las contradicciones que evidenciamos a finales del siglo XX son quizá

mayores que en ninguna otra época. Ello, a pesar del valor que inicialmente se concede a la coherencia.

Y el ciudadano queda desgarrado, dividido, porque la formación que ha recibido no se adecúa a lo que ha de hacer. Hegel se percató lúcidamente de este problema, y habló de "desgarrón" (*Zerrissenheit*), de "desdoblamiento" (*Zweispaltung*). Una situación como de esquizofrenia social.

72. No puede existir ciencia jurídica normativa. Sólo "ciencia de la legislación" que oriente al legislador de la forma "más adecuada" (*Zweckmässig*). Otra palabra que lo justifica todo sin aclarar nada.

73. La expresión "Filosofía del derecho" está mal usada: como la Modernidad únicamente considera leyes, debería hablarse de "Filosofía de las leyes, o de la legislación".

Pero es duro renunciar al prestigio de la palabra "derecho".

74. El jurista-juez no debe interpretar las leyes: debe aplicarlas.

El Estado no tolera un "Poder" independiente del Poder Central. Desaparecida la ficción de la independencia del poder legislativo, el Poder Central debe imponerse al judicial.

La independencia de los jueces, ¿constituye un residuo anacrónico?

75. Nota esencial de las normas jurídicas (la Modernidad pretende que el derecho quede reducido a "normas" u órdenes) es que, para que sean tales, han de ser coactivas.

Con la coactividad basta para reconocer la juridicidad. Se hacen superfluas otras razones.

76. ¿Por qué existe el *deber* de obedecer las leyes? He aquí una pregunta que no tiene sentido en la Modernidad.

77. Thomasius pretendió separar Moral y Derecho. Cuando éste se separa de aquélla, sólo puede consistir en un ajuste entre "intereses".

Sin la Moral, las leyes quedan como cuestión de fuerza: el que logre imponerse en el pacto, ése promulga su ley.

78. Lo indicado en el punto anterior siempre ha sido así. Pero antes se decía que era misión del derecho corregir los resultados de la fuerza, y esto permitía un margen para el razonamiento libre, específicamente humano.

79. La ciencia jurídica ha de ser a-valorativa. Porque, ¿quién es el jurista, hombre privado, para imponer su criterio a los demás?

80. El problema de fondo es que se postula que toda actuación es *arbitraria*.

La postulación de la arbitrariedad es una consecuencia necesaria de la igualdad que se establece entre las Personas, refractaria necesariamente a cualquier Ontología.

A fin de que nadie pueda hacer prevalecer su criterio personal ha sido necesario caracterizar como "arbitrarias" todas las formas posibles de plantear y analizar un problema.

Si no se hiciera así sería preciso reconocer que una opinión es más razonable que otra. Y esto rompe la regla principal del juego.

81. La razón del hombre no es medida por la Realidad. Es la razón, siempre segura de sí misma, y siempre cambiante, la que pretende construir la Realidad. Es un espejismo que se repite en cada generación.

82. La "tópica" es rechazada porque da cabida a lo que puede demandar la Realidad. Los modernos prefieren imponer sus ideas.

Algunos admiten un saber tópico a condición de que la Dialéctica se diluya en Retórica. Algunas interpretaciones muy recientes de Aristóteles postulan esto último.

83. La Modernidad no capta que la "Razón", al margen de la experiencia humana que proporciona la Realidad, no tiene contenidos.

Ni siquiera el de la igual libertad, o el del egoísmo.

84. La coexistencia se realizaría mediante una actividad represiva de las conductas desviadas respecto del querer del Gobernante del momento.

El derecho sería una de las técnicas que sirven a este control gubernativo.

85. Otro postulado: no es posible separar la actividad política de la jurídica. Porque mediante una auto-poiesis el hombre se constituiría a sí mismo mediante la política "democrática".

86. Al refinarse la Modernidad, se ha vuelto a hablar de la moral y el derecho, y ha reaparecido la figura del deber jurídico.

Son entretenidas —por su ingenio— las explicaciones acerca del *deber* de obedecer a las leyes.

87. Las explicaciones sobre el derecho y la teoría jurídica son siempre claras, netas y precisas.

Incluso pueden hacerse esquemas explicativos con figuras geométricas.

88. El "ordenamiento jurídico" es presentado como un conjunto de normas (y de principios en menor medida) que se superponen nitidamente.

Así está asegurada la seguridad en el conocimiento del derecho.

89. Se sobreentiende que cada norma encajará inequívocamente en un hecho. La clarificación del hecho es inmediata y segura: la determinación de los supuestos de hecho no puede plantear problemas al jurista.

Una obra como la de Josef Esser no habría hecho más que complicar innecesariamente las cosas. O, como es excesivamente convincente, se la ignora. Afortunadamente, Esser no tiene un pasado nazi, o algo parecido, que sirva para descalificarlo sin más.

90. El "ordenamiento jurídico" constituye una estructura escalonada y jerárquica. La norma "superior" determina la validez y el contenido de la norma "inferior".

Se sobreentiende que la norma superior *está por encima*, espacialmente, de las normas "inferiores".

Es posible que si prescindimos del "arriba" y "abajo" geométrico, no se entienda nada.

91. El éxito de la teoría jurídica de la Modernidad se ha debido en gran medida a la sencillez y fuerza pedagógica de las figuras geométricas, que han sido elevadas, quizá inconscientemente, a esquemas heurísticos.

Los modernos no han captado lo que reiteradamente ha enunciado Whitehead: que la física newtoniana (el paradigma en el que la Modernidad jurídica reconoce su identidad) confunde lo abstracto con lo concreto, es decir, toma construcciones lógicas abstractas (esto es, geométricas) por elementos de la experiencia concreta y como los constitutivos últimos de la realidad. Es el engaño que Whitehead llama *fallacy of misplaced concreteness*.

Esta teoría siempre poseerá gran capacidad atractiva para la cultura de masas.

92. Veamos una aplicación fundamental de una figura geométrica a un problema jurídico. Ante el problema decisivo de la Filosofía del Derecho, que es el de explicar por qué *obliga* el derecho, la Modernidad mantiene que todo ordenamiento jurídico constituye un ordenamiento jurídico autosuficiente que no deriva su "validez" desde otros conjuntos normativos.

93. Esta explicación es posible porque juegan con imaginaciones geométricas. El ordenamiento jurídico es concebido como una "cosa" o cuerpo físico que puede subsistir con independencia de cualquier otro cuerpo físico, como sucede con cualquier objeto situado en el espacio.

94. Además, la autosuficiencia del ordenamiento jurídico se apoya o deriva de un factor negativo: no puede existir un conjunto de razones que fundamente suficientemente el razonamiento práctico: la Justicia no puede ser una cualidad objetiva.

Luego la norma jurídica sólo depende del Poder Central.

95. La ciencia jurídica no es normativa. Algunos admiten que puede tener una función persuasiva sobre el legislador o el juez.

Una cosa es persuadir, y otra convencer. Persuadir corresponde a la Retórica, y convencer a la Dialéctica con apoyo en la Realidad.

Los modernos niegan la posibilidad de convencer, porque no reconocen apoyo alguno del razonamiento en la Realidad. En consecuencia, afirman que el plano de la ciencia jurídica es meramente retórico: "todo es ideología".

96. Todo el ordenamiento jurídico deriva su validez desde un principio único: el sistema es imprescindible de hecho en la Modernidad.

En la Ilustración fue el *principium unicum, evidens et adaequatum*. Hoy es la Constitución. Del mismo modo que Pufendorf decía obtener su extensa obra desde el principio de la socialidad, los tribunales constitucionales extraen cientos o miles de folios desde una declaración constitucional que ocupa dos líneas.

97. La Modernidad prescindió de la Realidad desde la difusión de la filosofía cartesiana. Las normas morales y jurídicas no dependen para nada de una realidad que no existe.

Las normas, al carecer de criterios *reales*, se "deciden": es la teoría del puro decisionismo. El decisionismo recurre a afirmar que la última instancia en virtud de la cual se crean las normas jurídicas es una ideología, siempre *irracional*, nunca controlable racionalmente.

98. Una ideología conforma la Constitución, y desde las valoraciones contenidas en ella se derivan las propias del escalonamiento (*Stufenbau*) jurídico. El "Stufenbau": otra figura geométrica muy pedagógica.

99. He escrito una serie de cosas que todos deben saber. Pero nunca preguntar. Y, mucho menos, exponer.

#### AUTORES CITADOS.

- |   |   |
|---|---|
| Alvira, R., 255   | Cardona, C., 159  |
| Adorno, Th., 79, 80   | Carnap, R., 96, 242   |
| Amscombe, G.E.M., 188, 197  | Castro, B. de, 68, 69, 92   |
| Amssek, P., 115, 125, 126   | Coing, H., 269  |
| Aristóteles, 31, 41, 102, 146, 148, 178,<br>179, 192, 196, 201, 211, 212, 215,<br>216, 218, 219, 221, 242, 244, 245,<br>334 | Comte, A., 18, 226, 228, 271  |
| Bacon, F., 12, 26, 31, 72, 101, 243, 274  | Connanus, Fr., 129, 157, 190, 318   |
| Ballesteros, J., 31, 58, 127, 149, 151, 161,<br>188, 197, 203, 271, 274, 320  | Conring, H., 157  |
| Balmes, J., 291   | Cortina, A., 19, 20, 48, 51, 61, 75   |
| Bassenger, Fr., 28  | Cotta, S., 16, 35, 36, 59, 90, 134, 208, 232,<br>255, 320   |
| Beckmann, N., 71  | Cruz, J., 29, 82, 133, 156, 173, 176, 177,<br>179, 241  |
| Bellapertica, P., 27, 101, 157, 255, 317,<br>318  | Cumberland, R., 56  |
| Berlin, I., 77, 78, 79, 91, 204, 249  | Chesterton, C.K., 160, 177, 238   |
| Bobbio, N., 15, 23, 26, 29, 140, 193, 279,<br>313   | Choza, J., 130, 135, 136, 137, 158, 159,<br>161, 177, 178, 188, 216, 248, 251,<br>252, 253, 254, 258, 259, 261, 272 |
| Bochenski, I.M., 28   | D'Agostino, Fr., 41, 57, 58, 91, 92, 223,<br>248  |
| Brückner, J.A., 227, 266  | Delgado, J., 11, 161, 283, 284, 292, 296  |
| Brunner, E., 81   | Del Vecchio, G., 30   |
| Burlamachi, J.J., 206   | Descartes, R., 23, 95, 274  |
| Caballero, Fr., 84, 245   | Dewey, J., 98   |
| Camps, V., 120, 133, 171, 204, 213, 214,<br>216, 218, 245   | Domat, J., 225  |
| Carbonnier, J., 202, 270, 282, 295, 296   | d'Ors, A., 79, 81, 85, 117, 126, 137, 138,<br>141, 171, 205, 209, 214, 221, 264,<br>273                             |

- Duran, P., 159  
 Dworkin, R., 38, 47, 69, 243, 297, 310  
 Ehrlich, E., 278  
 Eisenhart, J., 301  
 Engisch, K., 278  
 Esser, J., 18, 278, 279, 285, 293, 301, 302, 303, 309, 311, 312, 335  
 Falck, N., 115, 313  
 Fechner, E., 278  
 Fernández, E., 118  
 Feyeraabend, P.K., 97  
 Foucault, M., 55  
 Fredersdorff, L.F., 273  
 Frege, G., 102  
 Fried, G., 31, 47, 265  
 Friedmann, G., 65, 80, 81  
 Fromm, E., 34, 36, 38, 64, 86, 91, 96, 127, 273  
 Fuchs, E., 278  
 Fuller, L.F., 243  
 Gadamer, H-G., 16, 53  
 García de Haro, R., 192  
 Geny, Fr., 277, 293, 310  
 Gil Cremades, J.J., 51  
 Gilson, E., 30  
 Gonthier, P., 103  
 Crocio, H., 33, 99, 164, 265, 315  
 Grzegorzczak, Chr., 170, 202  
 Gundling, H., 211, 223  
 Gurvitch, G., 200  
 Habermas, J., 16, 42, 49, 50, 53, 54, 55, 57, 98, 100, 101, 112, 142, 192, 195, 223, 324, 327  
 Hahn, H., 98, 242  
 Hart, H.L.A., 71, 72, 166, 281, 282  
 Hartmann, N., 18, 25, 210, 239  
 Heck, Ph., 278  
 Hegel, G.W.Fr., 30, 36, 41, 65, 80, 82, 83, 159, 164, 230, 231, 237, 241, 243, 247, 250, 251, 252, 253, 258, 259, 260, 261, 274, 324, 333  
 Heidegger, M., 37, 64, 125, 173, 325  
 Hervada, J., 43, 81, 195, 279  
 Hobbes, Th., 33, 55, 98, 178  
 Hopper, J., 119, 157, 190, 220, 318  
 Hoyos, I-M., 165  
 Huber, U., 47, 118, 316  
 Hugo, G., 116  
 Horkheimer, M., 30, 79, 80, 83, 142  
 Hume, D., 18, 23, 54, 61, 73, 96, 97, 98, 176  
 Ibáñez, G., 164, 165  
 Inciarte, F., 31, 95, 159, 174, 183, 253  
 Innerarity, D., 50, 178, 179, 202, 218  
 James, W., 98, 196  
 Jaspers, K., 86, 87  
 Juan de la Cruz, San, 259  
 Kant, I., 15, 37, 42, 55, 56, 57, 63, 98, 99, 164, 172, 176, 180, 182, 186, 192, 211, 212, 223, 252, 266, 287, 324, 327, 329  
 Kaufmann, A., 52, 68, 278, 279  
 Kelsen, H., 19, 71, 72, 112, 194, 278, 279, 281, 282, 313  
 Kriele, M., 127  
 Kuhn, Th.S., 97  
 Lakatos, I., 97  
 Laporta, F., 203, 251, 270, 307  
 Larenz, K., 28, 33, 34  
 Leibniz, G.W., 32, 101

- Lipps, H., 278  
 Litt, Th., 278  
 Locke, J., 63  
 Lombardi-Vallauri, L., 201, 279, 292  
 Lyons, D., 145  
 Llano, A., 12, 58, 90, 91, 95, 104, 113, 122, 123, 168, 190, 260, 261  
 Llopart, J., 105, 124, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 161, 280, 298, 299, 302, 305, 318  
 MacIntyre, A., 19, 27, 77, 158, 167, 173, 188, 189, 219, 241, 245, 246, 254, 256, 257, 258, 259  
 Maihoffer, W., 278  
 Mancio del Corpus Christi, 227  
 Mans, J., 154  
 Marcuse, H., 76, 83, 238  
 Massini, C-I., 30, 279, 307  
 Merleau-Ponty, M., 40, 186, 190  
 Montaigne, M., 25, 58, 107, 209  
 Montoro, A., 118, 210, 264  
 Moro, Th., 176  
 Mounier, E., 19, 38, 40, 66, 81, 84, 86, 87, 88, 247  
 Nawiaski, H., 17  
 Nagel, E., 104  
 Neurath, O., 98, 105, 185  
 Nietzsche, Fr., 122, 214, 274  
 Nino, C.S., 18, 24, 29, 39, 122  
 Odofredo, 172  
 Ollero, A., 25, 112, 159, 204, 266, 279, 295, 305  
 Osuna, A., 16, 116, 126, 200  
 Palacios, L-E., 125, 216  
 Pascal, B., 27, 28, 238, 239  
 Passerin d'Entreves, A., 35  
 Peirce, Ch. S., 98  
 Perelmann, Ch., 292  
 Pieper, J., 19, 35, 36  
 Platón, 178, 179, 185, 207, 218  
 Popper, K., 91, 106  
 Pufendorf, S., 55, 315, 336  
 Puy, Fr., 66, 67  
 Radbruch, G., 15, 39, 75, 119, 146, 172, 219, 224, 278  
 Rawls, J., 29, 42, 51, 52, 55, 70, 98, 101, 142, 223, 242, 324, 327, 328  
 Ripert, G., 301  
 Ritter, J., 41, 179  
 Roa Dávila, J., 118  
 Rodríguez Mourullo, G., 103, 104  
 Ross, A., 72, 106, 281, 282  
 Rousseau, J-J., 17, 56, 57, 226, 231, 328  
 Roy, Hugo de, 130, 157, 239, 308, 318  
 Russell, B., 27, 96, 98, 105, 242  
 Sánchez de la Torre, A., 93, 172, 257  
 Sartre, J-P., 15, 37  
 Savigny, F.C., 137, 285, 287, 288  
 Scheler, M., 181  
 Schlick, M., 98, 242  
 Schlossmann, S., 277  
 Schoupe, J-P., 138, 269  
 Schmitt, C., 48, 119, 219, 306, 309  
 Schwarz-Liebermann, H.A., 12, 21, 34, 41, 48, 64, 68, 103, 123, 141, 147, 180, 181, 193, 195, 196, 197, 207, 215, 228, 241, 244, 263, 279  
 Serna, P., 29, 46, 59, 64, 70, 142, 151, 161, 166, 168, 308  
 Singer, P., 145  
 Soto, D. de, 220, 233, 300, 317, 318



- Spaemann, R., 37, 38, 39, 40, 100, 167, 175
- Spinoza, B., 237
- Stammler, R., 39, 47, 156
- Stuart Mill, J., 21, 91
- Suárez, Fr., 264
- Tholosanus, G., 157, 183, 190, 318
- Thomasius, Chr., 211, 333
- Toensen, M., 302
- Tomás de Aquino, 52, 66, 117, 121, 123, 130, 146, 148, 150, 152, 157, 180, 202, 211, 212, 215, 216, 222, 233, 239, 242, 244, 248, 268, 299, 315, 316, 317, 318, 319
- Toulmin, S., 25, 29, 101, 207, 231
- Trigeaud, J-M., 12, 32, 34, 35, 37, 54, 58, 66, 71, 134, 146, 171, 193, 196, 198, 201, 206, 214, 221, 228, 233, 234, 235, 241, 242, 245, 279, 280, 307, 309, 310, 311, 312
- Vallet de Goyrisolo, J., 319
- Vázquez de Menchaca, F., 33, 42, 55, 323
- Vicente, J., 189, 190, 208, 209, 210
- Vico, G., 130, 134, 157, 158, 239, 240, 263, 318, 321
- Viehweg, Th., 18, 102, 278, 311
- Vigo, R-L., 225
- Villey, M., 65, 119, 278
- Vitoria, Fr. de, 118, 233, 318
- Vitriarius, 207
- Weber, M., 37, 85, 99, 189, 193, 212, 312
- Weinberger, O., 187, 284
- Whitehead, A.N., 25, 73, 335
- Wittgenstein, L., 12, 29, 48, 74, 103, 105, 140, 181, 185, 189, 190, 195, 208, 209, 210, 237, 242, 308
- Wojtila, K., 77, 81, 88, 89, 91, 128
- Wroblewski, J., 284, 286, 288, 289, 290, 291, 304, 309
- Zitelmann, E., 277
- Zubiri, X., 234
- Zuleta, E., 23

