

Presupuestos para una Filosofía del derecho

Empirismo, cosas, personas

(Pro manuscripto)

Estamos viviendo un tiempo realmente singular. Desde el siglo XVIII hasta finales del siglo XIX ha dominado la filosofía empirista, y este tipo de filosofía se caracterizó más por lo que negaba que no por lo que afirmaba. En las plumas de Hobbes, Locke y, sobre todo, Hume, desapareció la posibilidad de conocer las ‘cosas en sí’ -según la extraña expresión que popularizó Kant- y se esfumó igualmente la capacidad de hablar sobre el hombre como persona. Aludo a este proceso histórico en la primera parte de este ensayo, y ello me disculpa de dar ahora más explicaciones. Es obvio que si no conocemos ni las cosas ni las personas, es imposible emitir juicios valorativos en los temas humanos con pretensiones de validez supraindividual.

Aquellas restricciones prácticas respondían a las limitaciones del modelo científico dominante, que era la física de Newton. Pero hemos de situarnos en nuestro tiempo, a comienzos del siglo XXI, alejados de las quimeras de la mecánica de Newton, que antes componía el método científico y ahora es una mecánica de validez simplemente sectorial. Planck, Heisenberg o Gödel nos han desengañado del dogmatismo científico propiamente moderno, y ha desaparecido la ingenua ‘metafísica’ de la mecánica newtoniana. Los autores más conocidos en la investigación de la mecánica cuántica nos han mostrado que no existe la máquina universal porque los movimientos de las partículas en el interior de los átomos no son mecánicos sino finalistas o tendenciales. Al caer de su pedestal el pensamiento mecanicista, el empirismo ha seguido su misma suerte, porque el empirismo científico siempre ha sido –a fin de cuentas- un parásito del materialismo mecánico. Las restricciones que vedaban la filosofía práctica desde las restricciones puestas en virtud del método científico moderno, han desaparecido. No sucede que el trabajo para determinar los contenidos concretos del derecho se hayan vuelto más fáciles, pero sí que ha desaparecido aquella antigua contraposición entre la exactitud de la descripción de los movimientos de la pretendida máquina y la subjetividad de los razonamientos morales. Pues la arbitrariedad de los juicios de valor no era afirmada por las dificultades para estar de acuerdo en temas prácticos (por muchas discusiones que pudiera haber antes y que hay hoy sobre temas puntuales) sino que era afirmada por la contraposición como dialéctica entre la razón exacta y los sentimientos personales: aquella siempre precisa, y éstos siempre subjetivos.

Ha cambiado la visión del conjunto del mundo y con ella las exigencias que el siglo XVIII lanzó a la filosofía práctica: aquellas restricciones iluministas, renovadas en el siglo XX por el neoempirismo, no encuentran un respaldo propiamente científico. Esto ha implicado que la división usual entre la Teoría y la Filosofía del derecho ya no es mantenible porque desde el interior del positivismo jurídico, el actual Positivismo Jurídico Incluyente se ha encargado de mostrar que tal dicotomía es irreal. A la vista de esta vuelta de timón emergen dos problemas: uno, que por qué razones un amplio sector de universitarios se empeñó irracionalmente en mantener la división entre derecho y moral, una división que es el núcleo quizá más básico del positivismo tradicional; el otro, en el que ha insistido Pedro Serna, es por qué, una vez rechazada la base más elemental del positivismo en el derecho, algunos universitarios siguen empeñados en llamarse positivistas¹. Es obvio que estamos ante un problema que no se resuelve en consideraciones racionales; parece más bien que en él operan fuerzas preferentemente viscerales que discurren al margen de la razón².

Ya que han cambiado los presupuestos para hacer teoría o filosofía del derecho, hay varias tareas. Una es la de hacer asequibles ‘las cosas’ de las ciencias humanas para el público universitario, pues el profesor sabe que, en virtud de la cosa de la docencia, él tiene el deber de explicar con claridad, y quien quiera negar esta exigencia que surge desde esta objetividad, ha de exponer sus argumentos ante el tribunal de la razón. Esta necesidad de considerar las cosas pasa inescusablemente por el estudio individualizado de cada instituto jurídico, porque el que trabaja en el derecho sabe que los principios que fundamentan una prescripción son distintos de los que regulan una compraventa. ¿Pero, podemos hablar de las cosas en este momento tan profundamente opuesto a la ontología? No es cuestión de disertar sobre la ontología en general (un tema sobre el que nunca habrá acuerdo porque carece de un objeto cierto para estudiar); sucede que el autor de estas líneas, aunque él es consciente de que no tiene ni la más remota idea de lo que es el espacio o el tiempo, o a qué obedecen los movimientos de las partículas

¹ . Vid. P. Serna, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídicas y sus problemas*, Editorial Porrúa, México D. F., 2006, *passim*.

² . Aquel dogmatismo era materialista, y de ahí la expresión de *Deus ex machina*; pero el materialismo conlleva no sólo la exclusión de Dios, sino también la del hombre, y habría que hablar de un *Homo extra machinam*. Los abusos del siglo XX nos debieran haber aleccionado sobre la incapacidad humana para soportar cualquier materialismo, y las revoluciones científicas que también acaecieron entonces nos debieran haber hecho considerar que el ‘materialismo’ (¿?) debe quedar reservado para quienes tengan un empeño positivo, anterior a cualquier conocimiento sobre la ciencia, en afirmarlo.

atómicas, sabe con toda certeza que él, porque ‘es’ profesor, ha de explicar claridad: la cosa de la docencia le crea este deber.

La otra tarea es recuperar la noción de la cualidad personal del ser humano, de forma que podamos hablar sin complejos de personas en lugar de recurrir siempre a los derechos humanos (que para algunos serían derechos sin personas) o de mencionar los universales implícitos en el lenguaje, que son expresiones que designan cosas universales pero sin que existan tales cosas.

Permanecerá siempre ante la vista del investigador una tercera exploración, que es la de aportar algún dato fiable sobre el estatuto jurídico-político del hombre como ciudadano y como sujeto del derecho. En este punto arrastramos un déficit considerable. Los Romanos nos dejaron un derecho privado de extraordinaria calidad, y ese derecho, reelaborado por los juristas bajomedievales y por los pandectistas del siglo XIX, forma la estructura de los derechos privados actuales. Este hecho se manifiesta hoy con una fuerza especial gracias a las becas internacionales del Programa Erasmus: los alumnos universitarios de muchos países de Europa pueden cursar un curso entero en alguna Universidad extranjera. Los profesores tanto nos desesperamos como confortamos cuando observamos que el derecho administrativo o fiscal que se estudia fuera de España no nos sirve, pero que el derecho civil aprendido fuera es útil realizando algunas adaptaciones.

¿Quiénes son los responsables de este estado de cosas? Podemos culpar a los Romanos, a su incapacidad para elaborar un derecho público de calidad, pero quizá esta acusación sea algo apresurada porque las ramas del derecho más positivas y menos permanentes cambian decisivamente con el sucederse de los condicionantes técnicos³. En cualquier caso, la situación indicada permanece presente: en el campo del derecho público carecemos de unas doctrinas que señalen autoritariamente para cualquier ser inteligente cual es la situación del hombre en la comunidad política de acuerdo con su dignidad. De hecho, el ciudadano actual vive en una situación parecida a la del inmigrante sin documentos: el ciudadano, aunque alegue derechos humanos o las exigencias del Estado social de derecho, carece de un estatuto jurídico que le preserve

³ . Savigny, en su *System der heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, Band I, § 3, habla del “Jus Civile seu Jurisprudencia eigentlich”. El derecho público no es derecho ‘propiamente’ (*eigentlich*). En el § 23, pág. 55 de esta obra, alude a los *Rechtsinstituten* propios del Derecho civil, a los que llamamos *Natur der Sache* (*aequitas oder naturalis ratio*). En el § 56, pág. 370, establece que el derecho de Familia constituye puro derecho natural. Estas afirmaciones no le eximen de establecer que el derecho privado tiene una *zweydeutiges Licht*. Vid. op. cit., § 56, pág. 371.

de buena parte de las arbitrariedades del poder. Con las alegaciones de derechos, o con las afirmaciones propias de un régimen parlamentario hemos conseguido –bastante eficazmente por desgracia- clausurar el discurso político⁴ y establecer un *Non plus ultra* sobre los temas públicos que gravita pesadamente sobre el ciudadano actual.

Comenzaré la exposición tratando de la génesis del empirismo científico y de sus problemas. El lector está en su derecho de preguntarse por qué comienzo mi estudio de este modo al querer situar los presupuestos elementales para la reflexión más abstracta sobre el derecho. Sucede que, aún hoy, el universitario que aspire a ser oído por la mayoría ha de seguir haciendo suyas las restricciones epistemológicas del empirismo. Los autores que enraízan sus explicaciones dejando de lado las cosas porque su *pedigree* es empirista, como sucede con Habermas en el Continente o con Rawls en todo el mundo, son leídos y comentados muy gustosamente por buena parte de la fauna universitaria mundial. Sobre todo son destacables los comentarios sobre las obras de estos pensadores, y los comentarios sobre los comentarios, de forma que se puede afirmar sin incurrir en exageración que han creado en el interior de la filosofía del derecho unas ramas de estudio que casi constituyen asignaturas independientes.

¿Es posible dejarse ceñir la inteligencia cuando los cordones del corsé que se imponen ya no sirven? Seamos pragmáticos: a los universitarios nos gusta obtener grados académicos, ser invitados a congresos, tener acceso a editoriales importantes, etc., y estas posibilidades se vuelven notoriamente más difíciles cuando no se siguen los carriles indicados; como indicaba líneas arriba, estamos ante una cuestión de hecho, poco compatible con el espíritu científico. Pero lo cierto es que se han hundido los moldes veteromecánicos y con ellos ha desaparecido científica o universitariamente la posibilidad de diseñar constructos que deben su existencia a las restricciones empiristas: ya indiqué que el empirismo ha sido un parásito del método dominante de hecho hasta poco tiempo, y el hecho de que la expresión mecánica del mundo haya pasado de ser la

⁴. Así Massini, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 13, en donde indica que “Aparece como un dato obvio -y que en cuanto tal es preciso dar aquí por aceptado- que la ética política de nuestro tiempo, al menos en los países occidentales, se encuentra apoyada sobre dos pilares básicos: la democracia como la única forma de gobierno legítima y los derechos humanos como criterios fundamentales para la valoración de la conducta política. Se trata en ambos casos de lo que Aristóteles llamaba *topoi*, es decir, lugares comunes indiscutidos, que se dan por aceptados y a partir de los cuales se desarrolla la totalidad del debate pol. Dicho en una terminología más “à la page”, sucede que ambos supuestos han adquirido carácter ideológico y que, por lo tanto, clausuran el discurso político cotidiano impidiendo que se llegue a esa tematización y, por ende, a la posible discusión de esos “lugares” aceptados.

base de la única imagen posible del mundo para pasar a ser considerada simplemente la mecánica clásica, se ha llevado consigo las exigencias restrictivas de los empiristas.

Las construcciones de Apel, Habermas o Rawls dependen del fenomenismo, y es patente que considero conveniente aludir a las génesis de los constructivismos en la filosofía práctica porque trato de mostrar su carácter de ‘conceptos históricos’, esto es, de construcciones intelectuales que fueron exigidas o tuvieron sentido en marcos científicos históricos concretos y que, fuera de la historia, carecen de razón de ser.

Titulo a esta obra “Presupuestos para una Filosofía del derecho” porque me parece patente que el razonamiento jurídico ha de recuperar tanto las virtualidades y exigencias de las cosas como de las personas. No trato de volver a doctrinas epistemológicas de siglos pretéritos, como si el tradicionalismo o el conservadurismo portaran valor en sí mismos. Trato de volver a traer al seno del razonamiento jurídico a las personas y a las cosas porque si no es así habrá reflexiones algo extrañas sobre la fuerzas de las voluntades, como quisieron Bergbohm o Bobbio, o sobre el mundo de las normas -como si las normas jurídicas existieran por sí mismas, como pretendió Kelsen- pero no habrá una reflexión sobre esas capacidades humanas en la sociedad a cuyo conjunto damos el nombre colectivo de derecho.

Como ya comprueba el lector, ésta pretende ser una obra de defensa de una tesis, aunque en este caso habría que mencionar varias tesis. Tras casi cuarenta y dos años de dedicación a la Filosofía del derecho veo claros estos dos ejes de la elipse eterna en que consiste todo orden jurídico: exigencias de las personas y exigencias de las cosas. A las que hay que añadir el estatuto público del ser humano; parafraseando a Kant diría que ahora hace falta una “Crítica de la razón pública”.

El lector podrá encontrar estas reflexiones expuestas más ampliamente en otros estudios míos⁵. Pero estos otros libros son bastante más amplios, están redactados en un

⁵ . *Los constructos racionales en las teorías sobre la justicia*, Editorial Académica Española, Lap Lambert Academic Publishing, Saarbrücken, 2011, y *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012. Estudios menores han sido *Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia*, en “Dikaiosyne”, Primera parte en vol. 23 (2009) págs. 25-65. Segunda Parte,

tono más abstracto, y se adecuan difícilmente a las necesidades de la docencia. Ante esta dificultad prefiero seguir el camino que marcó Samuel Pufendorf, quien publicó en primer lugar “Los ocho libros del derecho natural y de gentes”, y tras comprobar que ocho eran demasiados libros, redactó más tarde “Los dos libros de la obligación del hombre y del ciudadano”.

ÍNDICE

Prólogo

I

LA CIENCIA NUEVA LLEVÓ HACIA EL CONSTRUCTIVISMO JURÍDICO-POLÍTICO

El cambio moderno de la ciencia. 14

Un panorama desalentador en el siglo XVII. 15

Renato Descartes puso las bases del nuevo saber teórico y práctico. 18

(Dos dificultades motivaron ante todo el cambio científico. 18)

(‘Res cogitans’ y ‘res extensa’: quedaron separados el sujeto que conoce y la realidad exterior al sujeto. 20)

(El ‘mos geometricus’ sustituyó a la ‘jurisprudencia’. 23)

Thomas Hobbes, el heraldo de los nuevos tiempos. 27

(La estructura de la nueva racionalidad. 32)

(Persona y doctrina ética. 28)

(La filosofía ‘creadora’.34)

(Su legado. 42)

El constructivismo político-jurídico en su plenitud. 44

(El uso de las síntesis a priori o definiciones genéticas. 45)

(Los resortes del movimiento de esta nueva forma de proceder. 50)

II

LA PLENITUD DEL EMPIRISMO

Desapareció la Filosofía como el “Saber por las últimas causas”. 60

El empirismo en su pureza. 62

El empirismo no superó varias dificultades. 65

(La imposible verificación. 65)

(Otros problemas. 66)

(Los experimentos son siempre productivos. 67)

(Problemas, en realidad, personales. 68)

Sus reflejos políticos. 71

(Los diálogos ideales. 77)

(Los nuevos contratos sociales. 77)

(Democracia y derechos del hombre. 80)

(a. La clausura del discurso político. 81)

(b. Los nuevos conservadores. 83)

(c. El desconocimiento de las personas. 84)

III

UNA PROPUESTA METÓDICA

La ontología en los razonamientos jurídicos. 88

(El criterio de la validez. 88)

(Contextos de ‘representación’. 90)

(La diversidad reclama sus derechos. 91)

(Los distintos movimientos de los seres. 92)

(La unidad sistemática no explica nuestra vida. 94)

¿Qué método? 96

(Nuestro conocimiento es simplemente el 'adecuado'. 98)

(Diversos planos de la ontología. 99)

(¿Sigue siendo útil el estilo de Aristóteles? 101)

El hombre y las cosas. 102

(El hombre y 'sus' bienes. 104)

(Voluntad y bienes. 106)

Vertientes ontológicas de los razonamientos jurídicos. 108

(Cosas y personas. 109)

(El derecho, conjunto de funciones de las necesidades de las personas. 110)

(Momento teórico y momento práctico. 112)

(La teleología en la génesis de las instituciones del derecho. 115)

Exigencias propiamente prácticas presentes en todo derecho. 120

IV

REFLEJOS EN LA TEORÍA POLÍTICA

Una dicotomía inostenible. 127

El poder político como configuración emergente. 132

Hacia una doctrina de las personas en el derecho. 138

(Individuo, infinitud, universalidad. 143)

(Los poderes públicos de las personas. 157)

(La pervivencia de la mentalidad liberal puede ser negativa para la libertad. 160)

La autonomía de los Sujetos del Derecho. 162**Las ‘sociedades intermedias’. 166**

(Libertad negativa, libertad positiva. 170)

I

**LA CIENCIA NUEVA LLEVÓ HACIA EL CONSTRUCTIVISMO
JURÍDICO-POLÍTICO**

La ciencia premoderna era ante todo contemplativa o teórica: el término ‘teorein’ significaba ir al teatro. Los filósofos como Heráclito, Sócrates o Aristóteles trataban de entender su mundo y, quizá ingenuamente, entendieron que su mundo era todo el mundo. Las manipulaciones de los instrumentos eran dejada para los artesanos: el amante del conocimiento no era un hombre que se dedicara a lo que más tarde se llamaron artes mecánicas. Esta actitud contemplativa ha vuelto a dominar desde comienzos del siglo XX, cuando Planck y Einstein publicaron sus descubrimientos. Pero hemos pasado una etapa en nuestra historia reciente en la que la ciencia ha sido entendida como una dominación del entorno humano, con bastante despreocupación por el conocimiento teórico.

Ha habido varias razones que explican este hecho y quizá la principal ha sido el agnosticismo científico: el hombre de finales del siglo XVII sabía que eran muchas las leyes que regían el comportamiento de los átomos, y sabía igualmente que él no podía conocer el por qué ni el para qué de esas leyes. Ante esta actitud resignada, el cinismo entró de lleno en la teoría sobre la ciencia, y se tradujo en una actitud que entendía que, ya que no podemos conocer filosóficamente, era preciso estar en condiciones de manipular al mundo técnicamente. Sir Francis Bacon, sin especial originalidad, popularizó el lema principal de la ciencia nueva: *Natura non vincitur nisi parendo*.

La actitud contemplativa cedió ante los conocimientos del nuevo *homo faber*, y la ciencia –siempre bajo el prisma del ejemplo de la física- fue vivida como un saber hacer. Extrañamente, los diseñadores de los nuevos órdenes sociales se adelantaron a los físicos y la actitud que fue conocida como ‘mos geometricus seu arithmeticus’ ya estaba madura antes de que Newton publicara. Este nuevo saber hacer ya no era una dimensión de la *praxis* del hombre, sino un conjunto de técnicas para que la comunidad política presentada *teóricamente* en cada libro nuevo fuera mejor que la conocida. La técnica

sucedió a la actitud *práxica*⁶, y los esquemas de los saberes de los artesanos fueron traspasados a la antropología. Las filosofías políticas y jurídicas adquirieron una índole nueva: ya no reflexionarían sobre las circunstancias de la vida social tomado ejemplos de ellas mismas; las concreciones ya no se inspirarían en las concreciones humanas, procediendo así a una ‘reconsideración’ de lo ya existente; el estudio de lo concreto había de ser sustituido por los grandes diseños teóricos que decían partir del hombre en cuenta que hombre, esto es, estudiando al hombre bien aisladamente gracias al recurso del estado de naturaleza, bien considerando a la sociedad humana en su conjunto, de forma holista.

La filosofía social y jurídica devino sinónima de creadora en un sentido bastante radical de la palabra creación. Fueron diversas las dificultades, ilusiones y esperanzas que hicieron que la filosofía del derecho abandonara los aledaños del ‘teorein’ para instalarse descaradamente en el núcleo de la poiesis. Pero lo cierto es que las ‘teorías, desde el siglo XVII a hoy, han propuesto criterios de justicia, o de adecuación a lo más humano (recordemos la función de la benevolencia y de la simpatía en David Hume), y han propuesto formas de convivencia que abarcan a toda la realidad humana. Vivenciamos este afán de totalidad en su mayor radicalidad en las filosofías marxistas; superados los ensueños de quienes decían inspirarse en Marx, ha permanecido el núcleo de este modo de proceder, es decir, avanzar una totalidad teórica que tiene un solo nervio para su desarrollo: la igualdad en Apel o Habermas, o el mejor logro del interés propio en Rawls.

Este constructivismo no puede reconocer a las cosas ni a las personas. Si les planteáramos a Habermas o a Rawls los intereses propiamente humanos que laten bajo las hipotecas o en las adopciones, nos lanzarían una mirada desdeñosa basada en una actitud que parece la más extendida desde el siglo XVIII a hoy: ¿para qué preocuparse de conductas concretas o monádicas cuando está en juego toda la sociedad? Para ellos, el especialista en derecho civil puede entretenerse en una actividad de escasa importancia, como sería la de resolver los problemas que plantea el usufructo de una finca hipotecada; ellos, en cambio, acometen la empresa de reorganizar toda la sociedad. Tampoco pueden aceptar, como punto de partida de bastantes consideraciones

⁶. Término que tomo de Arnold Gehlen, *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, trad. F-C. Vivia, Sígueme, Salamanca, 1980. La tesis del ser prático domina toda su obra. Alude más expresamente a este tema a partir de la pág. 25 de este estudio.

jurídicas y siempre como título último de cualquier regulación del derecho, el carácter personal del ser humano. Una comunidad científica secularizada no puede admitir dos realidades humanas: la del deber de obedecer el derecho, y la índole personal del hombre. Son cualidades, es decir, realidades que escapan a cualquier *mos arithmeticus* y que remiten necesariamente a una instancia metafísica que se adentra en la teología.

Tenemos ante nosotros un constructivismo que va más allá de lo que evoca este término al margen de sus condicionantes usuales. En él convergen el nominalismo fenomenista (negado por actitudes positivistas cuando es preciso), la esperanza en el cambio social, o las exigencias rígidamente observadas de una actitud secularizadora. Éste es el patrimonio que nos han dejado en herencia los siglos inmediatamente anteriores. Procede ocuparse de él antes de cualquier otro tema.

El cambio moderno de la ciencia

Hablo en este capítulo de los cambios científicos al tratar de la filosofía práctica porque lo que podemos llamar tan imprecisamente ‘lo humano’ se cocina siempre en un solo puchero. Nuestra razón es tímida, poco segura de sí misma, y busca en cada momento los criterios que le permitan afirmarse como racionalidad de confianza. Aunque puede parecer algo paradójico el problema ha sido el de determinar cómo llega la razón a ser racional, y desde el siglo XVII hasta el siglo XX la razón se ha aferrado a los moldes del nuevo método científico que, aunque pensado inicialmente para las ciencias naturales, pronto fue traspasado a las reflexiones sobre el derecho y a la ética más general. Es más, un sector de ese movimiento tan amplio como fue la Escuela Moderna del Derecho Natural, se adelantó a la proclamación definitiva del nuevo método, cosa que sucedió solamente con la publicación de los *Principia* de Newton; pues cuando Newton publicó, el mecanicismo ya estaba ampliamente desarrollado en parte de las nuevas teorías jusnaturalistas, unas teorías que, como destaca Javier Hervada, se erigieron en la filosofía, la ciencia y la moral (con tintes como religiosos) de los nuevos *progresistas* de la Edad Moderna.

Este jusnaturalismo hubiera sido impensable sin la ciencia nueva, la que inician Galileo y Descartes y culmina Newton. Corresponde a este momento de la exposición señalar, aunque sólo sea muy groseramente, los rasgos más generales de aquel espíritu colectivo que se manifestó de formas tan diversas, pero siendo fiel a sí mismo.

Un panorama desalentador en el siglo XVII

Aristóteles había propuesto dos momentos en la investigación científica: el primero consistía en estudiar directamente cada problema, dividiéndolo en sus elementos más básicos; el segundo momento llegaba cuando el investigador, ya seguro de lo que observaba en estos análisis, establecía una ley general que expresaba las correspondencias observadas. Newton estableció los tres momentos de la investigación en el análisis, la formación de leyes, y la repetición del experimento bajo otras condiciones (verificación). La enseñanza de Aristóteles cumplía los dos primeros requisitos porque no exigió la verificación de la ley, es decir, la repetición del experimento bajo otras circunstancias. Galileo procedió como Aristóteles, y por esto se ha considerado incompleta su teoría científica, aunque algunos historiadores de la ciencia entienden que en Galileo la verificación estaba presente en todos los momentos del estudio, sin necesidad de constituir un momento distinto y separado.

El espíritu científico basado en los dos momentos del análisis-síntesis estuvo vivo en las Escuelas de derecho. En ellas, los alumnos, de la mano del profesor, se enfrentaban a los problemas prácticos que les venían ofrecidos por el Digesto y la Instituta. En las glosas que hacían entre las líneas comentaban cada palabra de significado dudoso, aunque fuera un simple adverbio o adjetivo; en las glosas al margen relacionaban el texto que estudiaban con otros lugares ‘parecidos’. De la mano de la literalidad de las palabras analizaban cada texto llevándolo hasta sus elementos más básicos, y sólo en un momento posterior relacionaban el texto estudiado con otros pasajes del *Corpus Juris* según la técnica de los ‘lugares paralelos o contrarios’. Así buscaban “*Illa aequitae quae in paribus casibus paria iura desiderat*”. El casuismo del derecho de Roma les evitó caer en la trampa de los conceptos generales y les acostumbró al estudio de lo más concreto y cotidiano: para un jurista del siglo XIII era sencillamente evidente que había de hincar su estudio en un caso concreto y que solamente más tarde estaba en condiciones de relacionar ese problema con otros casos parecidos o análogos. El estudio del derecho era un estudio de lo concreto y sólo mediante la ‘analogía’ podía el jurista formar conexiones de sentido más amplias.

Pero éste fue el ambiente científico de las Escuelas de derecho, no el que dominó en las restantes escuelas bajomedievales. Los juristas, precisamente por su afincamiento en la cotidianidad, fueron vistos por los estudiantes de las otras Escuelas como hombres

rudi o *rustici*, brutos, en una palabra. Los estudiantes de Artes, en cambio, estudiaban las categorías de la lógica, de la dialéctica y de la retórica, aprendían a hacer distinciones y a combinar conceptos, y entendían que esta capacidad los volvía *subtiles*, espíritus finos o cultos. Nadie sabe explicar el por qué de este intelectualismo propio de la Baja Edad Media. Es bien sabido que quien estudia obras filosóficas, lógicas o teológicas de este tiempo, se sumerge en un mar de consideraciones abstractas que nada le dicen sobre la vida real de las personas que redactaron o leyeron esos libros. Esta tendencia hacia el momento más intelectual de la vida humana les hacía apreciar más los estudios de lógica que no los de derecho, y de ahí la enemistad gremial y secular entre los estudiantes de derecho y los de las otras Escuelas.

Pronto aparecieron en los libros escolares estratos de conceptos generales bien articulados lógicamente, y sobre estos primeros estratos se formaron otros sedimentos conceptuales más refinados, siempre desde el punto de vista de la lógica. Su método no fue inductivo, sino el más intelectual, el deductivo. Amaron los axiomas y despreciaron la 'vileza de lo singular'. En sus dos ciclos escolares estudiaron ciencias especulativas tales como la lógica, la dialéctica o la geometría; en menor medida ciencias más próximas a la cotidianidad humana, como la música o la retórica. No tuvieron disciplinas que se ocuparan de lo que hoy llamamos ciencias naturales, ni tampoco la ética (aunque fuera comprensiva de la moral y del derecho) llegó a constituir una asignatura independiente. Esto conllevó que las ciencias naturales y la ética fueran estudiadas desde el punto de vista de los conceptos más generales cuyos posibles contenidos se desgranaban axiomáticamente.

La doctrina aristotélica hubiera debido ser suficiente para crear una ciencia analítica-deductiva, pero sucedió que la mayor parte de los autoproclamados aristotélicos no fueron fieles al espíritu de su maestro. Notemos que la corriente aristotélica fue amplia: en el primer milenio la Escuela de Alejandría estudió profunda y extensamente sus obras, y los alejandrinos produjeron obras de especial calidad, ante todo la de Alejandro de Afrodisias. Pero a partir del renacimiento cultural que se produjo en el siglo XI, la suerte de las enseñanzas de Aristóteles fue muy dispar: casi todos hablaron de él, pero pocos lo habían leído, y eran aún menos los que lo habían

entendido. Existieron dos autores fiables en su interpretación, uno Tomás de Aquino⁷ (siglo XIII) y otro Konrad Koellin (siglo XVI), pero el resto de la Escolástica se dividió entre los discípulos de Scoto –a los que podemos llamar los Nominales- y los ‘tomistas’: estos últimos, ¿fueron fieles al espíritu de Tomás? Vitoria, Soto, Báñez, Zumel, Navarrete, etc., ¿pueden ser llamados discípulos del de Aquino? Es un tema demasiado difícil para responder⁸.

Este tema se acabó de complicar a lo largo del siglo XVI, cuando se fue afianzando la corriente racionalista que observamos en Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez, y fueron muchos los que dieron completamente la espalda a la faceta experimental de la ciencia y se entregaron a hacer juegos lógico-conceptuales creyendo que, a través de la trabazón rígida entre los conceptos, desvelaban el Secreto del Mundo. Se incrementó una nueva profesión: la de los ‘pensadores’ que sin moverse de su mesa de trabajo, mediante asignaturas que llamaron Psicología, Cosmología, etc., exponían conjuntos conceptuales que pretendían ser completos. Generalizaron un estilo aparentemente aristotélico que jugaba con las nociones de las cuatro causas, del intelecto agente, con las categorías de potencia y acto, materia y forma, de los esquemas gramaticales de Sujeto-Verbo-Predicado o Sujeto-Verbo-Complemento directo, con los siete tipos de conjunciones gramaticales, etc., todo ello sin contacto con la realidad conocida. Produjeron algo así como una filosofía de conceptos en la que las combinaciones lógicas daban lugar a nuevas ideas que suponían científicas por el rigor lógico que las enlazaba unas con otras. Esto motivaba un estancamiento de la investigación y, lo que quizá era peor, las inteligencias estaban satisfechas en un quehacer inútil, sin ocuparse de investigar la realidad más directamente.

Sir Francis Bacon denunció lúcidamente y en tono muy general los problemas que acarrea esta actitud. Él sabía que Aristóteles había propuesto un método ante todo analítico, y se quejaba de que los escolásticos obtenían conceptos desde el estudio de lo singular pero pasaban con demasiada rapidez al desarrollo argumentativo de los primeros conceptos obtenidos mediante el análisis. Según él, faltaba la atención

⁷ . Según Tomás de Aquino el acto de *intelligere* o razonar implica tres momentos: Entender el *quid*, proceder a la *compositio vel divisio*, y *ratiocinare*. Vid. *In Aristotelis libros Peri Hermeneias et Posteriorum Analyticorum*, Marietti, Torino, 1964, § 4.

⁸ . Vid. mis estudios *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004. También traté este problema en *El desarrollo de la idea de libertad personal en el pensamiento medieval*, Universidad Panamericana-Editorial Porrúa, México D.F., 2006.

suficiente al estudio de lo concreto. Bacon no era muy original: desde el siglo XVI los astrónomos estaban consiguiendo resultados espectaculares aplicando las matemáticas al conocimiento de movimientos de los astros, y Copérnico había mostrado un mundo de posibilidades impensables desde el deductivismo de la ciencia al uso entonces.

Renato Descartes puso las bases del nuevo saber teórico y práctico

Renato Descartes estudió en el colegio de La Flèche estos manuales, que no lograron conquistar sus simpatías. Él era un espíritu inquisitivo y libre, y a partir de un momento de su vida decidió dedicarse a la investigación de la verdad. Nos dice de sí mismo: “Yo he nacido, lo confieso, con un espíritu tal, que el mayor placer de los sentidos ha consistido siempre para mí, no en escuchar las razones de los otros, sino en ingeniármelas yo mismo por descubrirlas”⁹.

La innovación cartesiana fue total, pues no propuso solamente una Filosofía nueva, al modo como decimos que Scoto propuso una Filosofía distinta de la de Tomás de Aquino, sino que cambió el método de la Filosofía, y le asignó un objeto nuevo, mucho más reducido que anteriormente.

(Dos dificultades motivaron ante todo el cambio científico) Descartes nos dice sobre estos autores escolásticos decadentes: “Asimismo vemos que casi nunca ha ocurrido que uno de los que siguieron las doctrinas de esos grandes ingenios haya superado al maestro: y tengo por seguro que los que con mayor ahínco siguen hoy a Aristóteles, se estimarían dichosos de poseer tanto conocimiento de la naturaleza como tuvo él, aunque hubieran de someterse a la condición de no adquirir nunca un saber más amplio. Son como la hiedra, que no puede subir más alto que los árboles en que se enreda y muchas veces desciende después de haber llegado hasta la copa; pues me parece que también los que siguen una doctrina ajena descienden, es decir, se tornan en cierto modo menos sabios que si se abstuvieran de estudiar; los tales, no contentos con saber lo que su autor explicaba ininteligiblemente, quien además encontrar en él las soluciones de varias dificultades, de las cuales no habla y en las cuales acaso nunca pensó. Sin embargo, es comodísima esa manera de filosofar para quienes poseen

⁹ . *Reglas para la dirección de la mente*, trad. de Francisco de F. Samaranch, Aguilar, Buenos Aires, 1981, págs. 80-81

ingenios muy medianos, pues la oscuridad de las distinciones y principios que usan, les permite hablar de todo con tanta audacia como si lo supieran, y mantener todo cuanto dicen contra los más hábiles y los más sutiles, sin que haya medio de convencerles”¹⁰. No cree imprescindible ir rebatiéndolos punto por punto, y nos explica que “Para esto no será necesario que vaya examinándolas una por una, pues fuera un trabajo infinito, y puesto que la ruina de los cimientos arrastra necesariamente consigo la de todo el edificio, bastará que dirija primero mis ataques contra los principios sobre los que descansaban todas mis opiniones antiguas”¹¹. Aunque en realidad, Descartes no solamente se dirigía contra los aristotélicos indicados, sino contra Aristóteles y toda la sabiduría antigua y medieval, porque no veía fecundidad en unos métodos que habían llevado a tales abusos.

Existe otro punto, quizá tan decisivo como el expuesto, que habitualmente es poco conocido. La Baja Edad Media supuso un avance tecnológico grande: los bárbaros que comenzaron el segundo milenio apenas sabían construir un edificio digno de este nombre, pero en poco tiempo estaban levantando las catedrales románicas y góticas. Aplicaron inteligentemente la Geometría y la Aritmética a sus necesidades, y se convirtieron en expertos matemáticos y geómetras prácticos. La obra de Geometría universalmente conocida y aceptada eran los “Elementos” de Euclides, del siglo III a. C., que expresan puro sentido común: si había motivo para dudar de Euclides, entonces se podría cuestionar si el sol sale todos los días. Además, esta obra de Euclides posee tal unidad lógica que si se duda de algunos de sus axiomas o postulados, cae toda ella.

Pero los problemas con la Geometría euclidiana comenzaron pronto, porque existen axiomas de Euclides que, formalizados matemáticamente, llevan a contradicciones, y tal cosa sucedía especialmente con el postulado IV, que trata de las líneas paralelas, y, en otro orden, con la noción de simultaneidad. Ignoro cuando comenzó la ciencia escolástica a percatarse de estas incongruencias matemáticas de Euclides, pero, desde luego, muy pronto, ya en el siglo XII, aquellos escolásticos supieron que lo que es evidente para los sentidos (las líneas paralelas) conducen a absurdos cuando hay que explicarlas y desarrollarlas matemáticamente¹². Pero, ¿se

¹⁰ . *Discurso del método*, trad. de M. García Morente, Espasa-Calpe, México, 1982, págs. 91-91.

¹¹ . *Reglas...*, cit., p. 116.

¹² . Alejandro de Hales (o de Alés), en el siglo XIII, dudaba de la adecuación de la Geometría a la Matemática, y nos escribía que “Similiter de Geometria; non enim videtur, quod sensibiles lineae sunt tales, quales sunt illae, de quibus determinati cum enim omnis scientia sit circa rerum, et multa, quae dicit

puede dudar de que existen líneas paralelas, y de que dos cosas suceden al mismo tiempo? Porque si cuestionamos esto no hay más remedio que poner en entredicho las percepciones más intuitivas que nos proporcionan los sentidos. Los medievales no se preocuparon gran cosa de estas contradicciones, porque ellos seguían por lo general el criterio del *subjecta materia*, y entendían que cada realidad conocida exigía su propio método y sólo se dejaba conocer en cierta medida, de modo que el conocimiento de algunas realidades era más exacto, o más preciso, que los de otras cosas. Pues tanto Aristóteles como Tomás de Aquino habían reiterado que “No podemos buscar la misma certeza en todos los conocimientos” y que hay que conformarse con saber lo que sucede habitualmente, aunque esto pueda fallar a veces. Era la misma capacidad evidente o noérgica de lo presentado a la conciencia interna la que determinaba por sí misma el contenido del conocimiento y el método para alcanzar estos contenidos. Al existir diversos cauces epistemológicos, todos ellos con la misma autoridad, no erigieron a una ciencia en concreto como el prototipo o la medidora de la corrección de las otras. La pretensión de unificar las ciencias tomando como criterio máximo a una sola de ellas, es humanista, más bien del siglo XVI.

Reparemos más expresamente en el problema latente en el fondo de esta cuestión: la vista nos hace conocer las líneas paralelas, y el sentido común nos hace ver que las cosas suceden simultáneamente. Pero la Aritmética nos muestra que las líneas paralelas no pueden existir: son absurdas matemáticamente. En esta oposición entre lo que nos muestran los sentidos y la evidencia de la racionalidad (matemática), ¿por qué tipo de saber hay que tomar partido?

Descartes decidió erigir a la Matemática en el modelo de todos los conocimientos y nos indica, en pleno “Discurso del método”, que “Puesto que los sentidos nos engañan, a las veces quise suponer que no hay cosa alguna que sea tal y como ellos nos la presentan en la imaginación; y puesto que hay hombres que yerran al razonar, aún acerca de los más simples asuntos de Geometría, y cometen

Geometra, non sunt vera, in sensibilibus lineis, videtur quod aliae sunt lineae Geometriae, aliae sensibiles, et aliae figurae ambarum: multo enim rectum de numero sensibilium, nec rotundum est tale, quale est illud, de quo determinat Geometra, quia non habent proprietates illius: circulus enim secundum Geometram tangit planum un puncto; circum autem sensibile non tangit res, hoc est planum in puncto; ita quod aliae sunt proprietates verum Mathematicarum, et aliae et rerum sensibilium”. In *Duodecim Aristotelis Metaphysicae Libros dilucidissima Expositio*, Venetiis, 1572, pág. 60-D. El tema ya lo había introducido en la pág. 8-A.

paralogismos...”¹³. Esos hombres no eran personas concretas, a las que pudiera acusar de poco ciencia o poco rigor: uno de ellos era él mismo, porque “Las artes mismas de la Aritmética y de la Geometría, aún cuando sean las más ciertas de todas, son sin embargo una fuente de error ... ¿Qué géometra, a pesar de sus principios, no oscurece la evidencia de su objeto juzgando que las líneas carecen de anchura y las superficies de profundidad”?¹⁴ Esto era una declaración de guerra contra Euclides.

No perdamos de vista el terreno en el que se originó esta discusión, que fue el geométrico-matemático. Descartes dudaba de las verdades de la Geometría y de las Matemáticas, no de si él estaba sentado junto al fuego. Aunque bien es verdad que, llevado por la propia dinámica de su Filosofía, pronto decidió aplicar su duda metódica a todo lo que conocemos.

(‘Res cogitans’ y ‘res extensa’: quedaron separados el sujeto que conoce y la realidad exterior al sujeto) Frente a este engaño era preciso que el sujeto cognoscente se distanciara de lo que conoce y reflexionara sobre la forma de conocer. Por eso escribe que “Hay que admitir respecto a esto que el entendimiento no puede ser engañado por ninguna experiencia, con la sola condición de que posea la intuición precisa de lo que le es presentado ... y con la condición además de que no juzgue que la imaginación reproduce fielmente los objetos de los sentidos, ni que los sentidos se visten de las verdaderas figuras de las cosas, ni, finalmente, que las cosas exteriores son tales como se nos aparecen ... nunca afirmaré que eso mismo ha pasado por entero y sin sufrir ningún cambio de las cosas exteriores a los sentidos y de los sentidos a la fantasía”¹⁵. La crisis moderna de la Filosofía y de la ciencia estuvo motivada ante todo por la crisis de la Geometría tradicional. Pero del hecho contrastado de que nos engaña la intuición de los cuerpos en el espacio no deduce Descartes que el testimonio de los sentidos sea siempre inútil: “Pero aunque los sentidos nos engañen a veces, acerca de cosas muy poco sensibles o muy remotas, acaso haya otras muchas, sin embargo, de las que no puede dudarse razonablemente, aunque las conozcamos por medio de ellos: como son, por ejemplo, que estoy aquí, sentado junto al fuego, vestido con una bata, teniendo este papel en las manos, y otras por el estilo. ¿Y cómo negar que este cuerpo y estas manos

¹³ . *Reglas...*, cit., pág. 61.

¹⁴ . *Reglas...*, cit., pág. 128.

¹⁵ . *Reglas...*, cit., págs. 102-103.

sean míos, a no ser que me empareje a algunos insensatos, cuyo cerebro está turbio y ofuscado?”¹⁶.

La Filosofía aristotélica había mantenido que ‘La razón es medida por las cosas’ y que el hombre tiene tantas potencias o facultades cognoscitivas como tipos de cosas ha de conocer, con lo que suponía como adecuación natural entre el sujeto cognoscente y los objetos conocidos. Tomás de Aquino, que posiblemente conocía ya las limitaciones matemáticas cuando las matemáticas eran aplicadas a la Geometría, se había mostrado reiteradamente poco optimista sobre las posibilidades de conocer la realidad física. Pero Tomás no se había retirado a la interioridad de la razón, mediante la reflexión sobre el propio yo, para dar una respuesta al problema del conocimiento. Descartes, por el contrario, dedicó toda una obra, las “Meditaciones metafísicas”, a la reflexión introspectiva del yo sobre sí mismo. Siguiendo posiblemente lo que le parecía el sentido común, Renato Descartes mantuvo que “En el conocimiento no hay más que dos puntos, a saber: nosotros que conocemos, y los objetos, que son conocidos”¹⁷. Lógicamente, el trabajo del científico ha de comenzar por la investigación de la capacidad cognoscitiva humana: “El conocimiento del entendimiento es el primero de todos, pues de él dependen todos los demás conocimientos”¹⁸. Posiblemente esto era una falacia básica, pues Hobbes demostró, pocos años más tarde, que si dudamos de los objetos que son conocidos, hay las mismas razones para dudar de la existencia de una razón o entendimiento que conoce. Tomás de Aquino había expresado reiteradamente que conocemos los objetos conocidos, pero que no podemos conocer lo que sea en sí nuestro mismo conocimiento. Pero la suerte estaba echada, y Descartes entendió que el hombre posee tres tipos facultades o potencias, el entendimiento o razón, la imaginación, y los cinco sentidos¹⁹.

Descartes exige una sola ciencia de certeza apodíctica que no debe admitir nada que no sea necesariamente verdadero²⁰. Pero lo ‘necesariamente verdadero’ es muy poco en el conjunto de los conocimientos humanos, y esto implicaba ante todo una reducción enorme de lo que el ser humano podía conocer, por lo que Descartes titula la

¹⁶ . *Meditaciones metafísicas*, trad. de M. García Morente, Espasa-Calpe, México, 1982, pág. 116.

¹⁷ . *Reglas...*, cit., pág. 89.

¹⁸ . *Reglas...*, cit., pág. 72.

¹⁹ . Vid. *Reglas...*, cit., pág. 72.

²⁰ . Vid. *Meditaciones metafísicas*, cit., pág. 124.

Regla II de sus *Regulae ad directionem ingenii* como “Solamente hemos de ocuparnos de aquellos objetos para cuyo conocimiento cierto e indubitable parezcan ser suficientes nuestras mentes”²¹. Porque él cree (quizá considerando que el sujeto que conoce es siempre uno y el mismo) que todos los conocimientos han de ser igual de exactos²², y exige una ciencia unitaria en la que las Matemáticas han de constituir el soporte²³. Todas las ciencias constituyen en su conjunto la sabiduría humana, que es siempre una, por muy grande que pueda ser la diversidad de temas de los que trata²⁴. La intuición de Descartes, que es antigua y de la que encontramos ya trazas en el siglo anterior, consiste en suponer “Que todas las ciencias están ligadas entre sí de tal manera que es mucho más fácil aprenderlas todas juntas que separar una de ellas de las otras ... Las ciencias están todas unidas entre sí y dependen las unas de las otras”²⁵.

Descartes reintrodujo al hombre en el interior de sí mismo, es decir, en el conocimiento y elaboración de las ideas sencillas y simples que cada sujeto encontraba en su interior. Recluido en su propio interior, él se encontró a sí mismo como un ser pensante, de forma que se atrevió a expresar “Yo soy porque pienso”. Pero el pensamiento no es algo privativo suyo, sino común a todos los hombres, por lo que vino a decir “Somos porque pensamos”. El hombre en tanto que hombre es pensamiento, *res cogitans*; lo que permanece fuera de la cosa pensante –es decir, fuera de la razón humana- es pura extensión material, *res extensa*. Llevado por su afán de coherencia se vio forzado a separar las percepciones que nos llegan desde la *res extensa*, a través de los sentidos, de los pensamientos que componen la *res cogitans*. No le faltaron motivos para proceder así: a comienzos del siglo XVII todos sabían que –en contra de la evidencia que nos proporciona la vista- no era el sol el que giraba en torno a la Tierra. Los astrónomos habían teorizado sobre el espacio infinito, y el espacio infinito es una idea incomprensible o absurda para la razón humana. Lo mismo sucedía con otras ‘evidencias científicas’. Fue comprensible que él buscara un criterio nuevo para

²¹ . *Op. cit.*, pág. 36

²² . “Los conocimientos de las cosas no deben ser considerados más oscuros unos que otros, puesto que todos son de la misma naturaleza y no consisten más que en una composición de cosas conocidas por sí mismas”. *Reglas...*, cit., pág. 108.

²³ . “Advertirá con facilidad que en nada pienso yo menos aquí que las Matemáticas ordinarias y que estoy exponiendo otra disciplina de las que ella son la vestidura más bien que las partes. Esta disciplina debe contener los primeros rudimentos de la razón humana y extender su acción hasta hacer brotar las verdades de cualquier tema”. *Reglas...*, cit., pág. 49.

²⁴ . *Reglas...*, cit., pág. 34.

²⁵ . *Reglas...*, cit., pág. 35.

discernir lo que era verdad de lo que componía simple sabiduría popular. Él encerró al hombre en el interior de su racionalidad: de puertas para adentro, la razón conoce cuerpos simples, y no puede dudar de su objetividad o validez racional: no objetividad en absoluto como afirmaban los escolásticos como Molina o Suárez, sino objetividad simplemente para la mente. Siguiendo viejas incitaciones de la Escuela de los Nominales, puso las bases para separar al hombre de su entorno exterior, y el ser humano quedó encerrado en un mundo puramente simbólico de ideas claras y simples cuya validez no podía ser puesta en duda.

Hubo de rechazar la evidencia que proporcionan los sentidos, porque es patente que los sentidos y el sentido común nos engañan. Pero se vio abocado a *separar* la cosa pensante de la cosa extensa, y esta separación planteó con el tiempo más problemas que problemas resolvía²⁶. Cuando la mecánica clásica, formada entre Galileo, él mismo y Newton entró en crisis a comienzos del siglo XX (Planck, Heisenberg), hemos descubierto que los movimientos que estudia la Física no son siempre mecánicos, y que la *res extensa* aparentemente siempre al margen de la razón, está plagada de formas distintas, por lo que es mucho más pensante de lo que afirmó el mecanicismo moderno.

(*El ‘mos geometricus’ sustituyó a la ‘jurisprudencia’*) Aristóteles había propuesto una forma de proceder resolutiva-compositiva, de forma que al estudiar la ciudad y la convivencia política era preciso ir hasta los individuos. Pero el análisis aristotélico individualista no tenía pretensiones totalitarias, pues si es cierto que la ciudad se compone de personas que pueden ser consideradas una a una, no es menos cierto que esas personas no se nos presentan siempre en su estricta individualidad, sino también como padres, maridos, amigos, propietarios, etc. No solía partir desde los individuos solitarios, porque no es esto lo que siempre nos manifiesta la experiencia. Su noción de naturaleza humana se basaba indistintamente en las personas como individuos (*persona ut persona*) y en las personas revestidas de sus condiciones de padres o propietarios, las *personas jurídicas*²⁷.

²⁶ . Entre otros problemas, Descartes destacó al hombre como un ser conocedor, no como un ser moral. Vid. Beuchot, *Derechos humanos. Iuspositivismo y Iusnaturalismo*, UNAM, México D. F., 1995, págs. 21-22. Su tendencia a axiomatizar desde los primeros principios sentó las bases para los constructivismos ético-jurídicos.

²⁷ . Bartolo de Sassoferrato, en el siglo XIV, ya escribía que “Pro solutione hujus contrarii distingue, secundum Guglielmum Ant. consideratur persona ut persona: et tunc una persona non potest

Pero Descartes, en su empeño de encontrar en el interior de su mente las ideas más simples de las que nadie pudiera dudar, entró por un camino disolvente de las relaciones sociales, y en general humanas. No es que él estudiara la sociedad -no se preocupó de cuestiones políticas o jurídicas- pero sí puso las bases metódicas para proceder de este modo. Él nos indica que “El orden que he llevado en esto ha sido el siguiente: primero he procurado hallar, en general, los principios o causas primeras de todo lo que en el mundo es o puede ser”²⁸. La averiguación de estas primeras causas más generales implicaba ante todo centrar la atención en una cuestión, abstraerse de todo concepto superfluo, reducirla a su mayor simplicidad, y dividirla en partes tan pequeñas como sea posible, enumerándolas²⁹. Estas partes más pequeñas son, en las ciencias del hombre, los individuos. Su método será el siguiente, guiado por estos principios: “Fue el primero no admitir como verdadera cosa alguna como no supiese con evidencia que lo es ... el segundo, dividir cada una de las dificultades que examinare en cuantas partes fuera posible, y en cuantas requiriese su mejor solución. El tercero, conducir ordenadamente mis pensamientos, para ir empezando por los objetos más simples y más fáciles de conocer, para ir ascendiendo, poco a poco, gradualmente, hasta el conocimiento de los más compuestos”³⁰. Pensemos en el enorme valor de esta teoría para la filosofía sobre el derecho, que desde entonces comenzará su estudio por los individuos en su supuesto más simple, esto es, aislados.

Pero en este proceso tropieza con una dificultad: ¿Cómo saber qué es lo más simple? “Caer en la cuenta de qué es lo más simple ... contiene el principal secreto del arte”³¹. Él confía ante todo en la intuición interna, que es ese conocimiento directo que tenemos sobre una cosa, y que se impone al espíritu con tal evidencia que no es posible dudar de que existe tal cosa, y que esa cosa es como la percibimos. La filosofía de

sustinere vice plurium personarum. Aut consideretur persona respectu alicuius qualitatis, vel officii: et tunc aut officia invicem se competiuntur, aut non. Primo usu potest sustinere vice plurium”. Cfr. *Corpus Juris Civilis, cum Commentariis Accursii... Reprint* de O. Zeller, Osnabrück, 1965, de la ed. de Lyon de 1628. Se trata de una Additio de Bartolo a la glosa “a” de Accursio al Digesto, L. I, tit. VII, “Si consul”.

John Austin reparaba en que la persona del Derecho romano y del *Jus Commune* nada tenía en común con la noción de persona que habían propuesto los jusnaturalistas de la Edad Moderna. Vid. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, John Murray, 5ª ed., London, 1911, pág. 68.

²⁸ . *Discurso del método*, cit., pág. 87.

²⁹ . Cfr. *Reglas...*, cit., pág. 111.

³⁰ . *Discurso del método*, cit., pág. 49.

³¹ . *Reglas...*, cit., pág. 56.

Descartes se basa en la intuición interna en la razón, que es el único conocimiento – según él- que no nos lleva al error³². Mediante la intuición captamos verdades absolutas: “Llamo absoluto a todo aquello que contiene en sí la naturaleza pura y simple que es objeto de una cuestión: por ejemplo, todo lo que se mira como independiente, causa, simple...”³³. Necesitamos una intuición ‘clara y distinta’ de cada cosa, y hemos de limitar nuestro conocimiento a lo que podemos conocer así³⁴.

Él tomó como modelo la aritmética y la geometría³⁵, y se hizo el propósito “De no recibir cosa alguna por verdadera que no me pareciese más clara y más cierta que las demostraciones de los geómetras”³⁶. Apreciaba especialmente a estas dos ciencias por los objetos ‘puros y simples’ que manejaban³⁷, tan simples y puros que eran captados con toda facilidad bajo los sentidos: “No hay nada que caiga más fácilmente bajo los sentidos que la figura: se la toca, en efecto, y se la ve”³⁸. Lo mismo sucede con los números³⁹. Así habría que componer una ciencia nueva, una “*Mathesis universalis*” que buscaría el orden y la medida en cualquier cosa⁴⁰. Tenía gran confianza en este método porque ya estaba dando grandes resultados y, según su propia confesión, quería que toda la humanidad se beneficiase de él. Se trataba de una prueba circular que, en última instancia, se justificaba por su éxito⁴¹.

Descartes, ante todo con su actitud personal, volvió desinhibida a la imaginación científica. Hasta el siglo XVII la ciencia había estado vinculada a las autoridades, ante todo a la autoridad de cada objeto que debía ser conocido. Aunque la metafísica de Aristóteles y algunos tratados medievales de dialéctica habían intentado mostrar la

³² . “Hemos dicho ya que sólo en la intuición de las cosas, bien sean simples, bien sean unidas, es donde no hay error”. *Reglas...*, cit., pág. 113.

³³ . *Reglas...*, cit., pág. 57.

³⁴ . Vid. *Reglas...*, cit., pág. 79.

³⁵ . Vid. *Reglas...*, cit., pág. 38.

³⁶ . *Discurso...*, cit., pág. 69.

³⁷ . Cfr. *Reglas...*, cit., pág. 40.

³⁸ . *Reglas...*, cit., pág. 91.

³⁹ . Vid. *Discurso...*, cit., pág. 50.

⁴⁰ . Vid. *Reglas...*, cit., pág. 53.

⁴¹ . “Si alguna de las cosas de las que hablo al principio de la *Dióptrica* y de los *Meteoros* producen extrañeza, porque las llamo suposiciones y no parezco dispuesto a probarlas, téngase la paciencia de leerlo todo atentamente, y confío que se hallará satisfacción, pues las razones se enlazan unas con otras de tal suerte que, como las últimas están demostradas por las primeras, que son sus causas, estas primeras a su vez lo están por las últimas, que son sus efectos”. *Discurso...*, cit., pág. 96.

retícula necesariamente común a todo lo conocido, para la mentalidad de la Antigüedad cada objeto se imponía al observador con fuerza imperiosa. La mente humana había estado más ligada a los datos plurales de cada realidad, porque uno era el camino a seguir para conocer los derechos de un padre, y otro para conocer las diversas posibilidades de la contratación. Cada cosa poseía su propio método de aproximación, y se dejaba conocer sólo hasta donde ella permitía. Esto permitía mantener simultáneamente afirmaciones aparentemente contradictorias, como que todos los hombres son libres por derecho natural, y que el padre está sin embargo obligado – también por el derecho natural- a la *educatio* de sus hijos: eran realidades antitéticas pero igualmente racionales porque surgían desde las distintas racionalidades de lo estudiado.

Pero las pretensiones de los Humanistas ya se acomodaron mal a este pluralismo epistemológico. Ellos quisieron un método claro, sencillo y uniforme, en el que los enrevesamientos propios de la ciencia del derecho fueran sustituidos por un cuerpo de normas extraído desde la sola razón⁴². La incipiente mentalidad moderna reclamaba unidad, ante todo en el campo estrictamente científico, y Renato Descartes fue el primer teórico de la ciencia que ofreció a su época lo que ella pedía: él proporcionó un criterio unitario de la racionalidad observadora, que también podía ser aplicado a los temas humanos. Propuso un criterio de justificación que, por la fuerza de su propia evidencia, ofrecía tanto el método a seguir como los objetos que concretamente podían ser conocidos; se trataba de un método que, en virtud de las limitaciones que él establecía, determinaba autoritariamente lo que podía ser estudiado. Descartes buscó evidencia, aunque no en el sentido dominante hasta entonces, sino de otra forma más interior y, según él, más precisa. Era un método que creaba por sí mismo sus objetos, a veces contra de la evidencia de lo conocido en la cotidianidad. Al oponer la evidencia interior a la evidencia de lo conocido sensorialmente, rompió con el sentido común que es más inmediato al ser humano, y desde él la filosofía adquirió un tono algo misterioso y paradójico.

Renato Descartes no propuso expresamente ninguna teoría de este nuevo derecho natural. Pero él volvió desinhibidos a los teóricos de la sociedad política y jurídica, porque la forma magnífica como su mecánica se imponía sobre la mecánica de

⁴² . Vid. mi estudio "*Mos italicus*", "*mos gallicus*" y *el Humanismo racionalista*, en "Jus Commune" VI (1977) págs. 108-171.

Aristóteles y en general de los escolásticos, animó a varias generaciones a emprender un camino que chocaba con la evidencia, pero que había demostrado –en la pluma de Descartes- su mayor utilidad. Se hizo realidad lo que explica Solari: “El cartesianismo, extrayendo el saber del fondo mismo del espíritu, de algunas ideas simples y claras contenidas en él, ofreció el medio de dar un nuevo fundamento al derecho objetivo y subjetivo”⁴³.

Thomas Hobbes, el heraldo de los nuevos tiempos

Descartes, al emancipar las realidades racionales de los objetos del mundo exterior, había roto un criterio fundamental de la racionalidad, a saber: la propia racionalidad de la evidencia de lo percibido por los sentidos, y la adecuación de nuestras nociones intelectuales con los objetos externos. La historia dio el segundo paso, más allá de esta negación de la racionalidad de lo suministrado sensorialmente, y este otro paso fue cuestionar la verdad de las mismas nociones interiores operativas en la mente y afirmar que constituyen únicamente contenidos contingentes de nuestro psiquismo⁴⁴. Esto lo hicieron los empiristas ingleses y, en el área de cultura alemana, Christian Thomasius y sus discípulos. Emergió un problema nuevo: si no son fiables los datos proporcionados por los sentidos, ni tampoco las ‘ideas’ que tenemos en la mente, ¿qué podemos conocer *realmente*? Negada la objetividad de los datos de los sentidos y de los contenidos mentales, la reflexión filosófica cayó en el empirismo, esto es, en afirmar que solamente podemos conocer los datos sensoriales tal como se presentan, es decir, aislados, pues estos filósofos entendieron gratuitamente que los datos de los sentidos llegan al hombre deslavazados; estos datos nos transmiten simples fenómenos, impresiones aisladas, sin que el hombre pueda afirmar que tras ellas, o debajo de ellas como soporte suyo, existan ningún tipo de sustancias.

Perdido de vista ese equilibrio delicado, siempre frágil, entre las sensaciones y la racionalidad, parece que la razón humana se asusta, y tiende bien a recluirse a sí misma (actitud de Descartes), o a negarse a sí misma, como hicieron Hobbes o Hume. Tomás de Aquino había establecido que no podemos conocer qué es la razón, sino que la razón se nos manifiesta oblicua o indirectamente, a través del conocimiento de sus contenidos.

⁴³ . *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato. Parte I, L'idea individuale*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1911, pág. 8.

⁴⁴ . En este contexto, contingente quiere decir que son así como pueden ser de otra forma.

Pero la Edad Moderna puso su confianza en una razón que se contempla a sí misma, y que trata ella de comprenderse desde sí misma: desde esta actitud tanto se puede afirmar incondicionalmente la racionalidad, como negarla.

Las fuerzas renovadoras estallaron con Thomas Hobbes de una forma radical. Hobbes calificó a la cultura existente como Reino de las Tinieblas, y entendió que desde los sofistas que recoge Platón hasta entonces (circa 1640) no se había hecho nada aprovechable⁴⁵. Todo había sido pura demencia, y en lugar de los libros complicados que se enseñaban en las Escuelas era preciso dejar en libertad el ‘pensamiento natural’ del hombre⁴⁶, que proporcionaría una Filosofía sencilla y asequible a todos. Él entendía que la Filosofía es el conocimiento de las causas, que nos ha de llevar a un conocimiento cierto e indubitable (el tono dogmático es especialmente fuerte en este inglés), por lo que hay que rechazar los conocimientos basados solamente en la experiencia que dan lugar a la prudencia, pues la experiencia y lo que se sigue de ella únicamente nos proporcionan datos de valor contingente⁴⁷, y la ciencia nueva que él quiere desarrollar ha de ser axiomática, de modo que conduzca a resultados indubitables gracias al rigor matemático por el que han sido demostrados unos por otros. Fue estrictamente materialista⁴⁸ y rigurosamente nominalista.

(La estructura de la nueva racionalidad) De la misma forma que Descartes, él entiende que los sentidos nos engañan, también en la regulación de las conductas personales y políticas, y dedica un capítulo entero de sus “Elementos de la Política” a mostrar este tema con el significativo título de *The main deception of sense*. Nosotros solamente conocemos apariencias⁴⁹. La gran piedra de escándalo que le llevaba a pensar así ya la conocemos: falla la intuición de los objetos en el espacio. Si los sentidos nos

⁴⁵ . Vid. *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*. London, 1839, pág. 668, por ejemplo.

⁴⁶ . “Every man brouht Philosophy, that is, natural reason”. *Elements of Philosophy*, London, 1840, § 2.

⁴⁷ . Vid. *Leviathan...*, cit., págs. 37 y 90.

⁴⁸ . Cincuenta años más tarde, John Locke oponía el cristiano al *Hobbist*. Vid. *Essay of Human Understanding*, en “The Works of John Locke”, London, 1823, vol. I, pág. 37.

⁴⁹ . “*The main deception of sense*. And from hence is also followed, that whatsoever accidents or qualities our senses make us think there be in the world, they be not there, but are seeming and apparition only: the things that really are in the world without us, as those motions by which these seeming are caused. And this is the *great deception of sense*”. *Human nature, or the Fundamental Elements of Politic*, London, 1840, pág. 8. Las intensidades son de Hobbes.

engañan, ¿para qué proponer una teoría del conocimiento y una Filosofía nueva? En estos autores del siglo XVII estaba extendida la idea de que poco o nada podemos conocer en sede de conocimiento teórico, esto es, no podemos conocer qué es la naturaleza. Pero podemos obtener muchos conocimientos prácticos que mejorarán nuestra situación. El lema que movió a toda esta época fue “Saber para poder”, y éste fue el motto de Hobbes: *The end of knowledge is power*⁵⁰.

Está especialmente preocupado por la Geometría y sus problemas. De hecho, sus “Elements of Philosophy” constituyen, fundamentalmente, un tratado de teoría de la Geometría.

Los materialistas siempre han concedido gran atención a los cinco sentidos del hombre, porque entendieron que ellos son la única fuente de todo conocimiento. No solamente el origen, sino el continente, la forma, los movimientos y transformaciones de las sensaciones. Para los empiristas no existe la razón o racionalidad como una facultad humana distinta de las percepciones, sino que lo que llamamos así es solamente la sensación ya transformada por los sentidos y la memoria. Así explicaron al hombre ya Empédocles y Demócrito, y Tomás de Aquino escribía que “Los antiguos filósofos naturales, como Demócrito, Empédocles y otros, mantuvieron que el intelecto no es algo distinto de los sentidos, ya que los sentidos son cierta fuerza corpórea que se sigue de algún movimiento de los cuerpos, y tal cosa es el entendimiento”⁵¹.

Descartes había mantenido que sólo existen dos realidades, el hombre que piensa (la *res cogitans*), y aquello que él ha de conocer en el mundo exterior (que sólo puede ser *res extensa*), con lo que afirmó que los sentidos son propiedades, facultades o potencias de los hombres que se diferencian e incluso se oponen de algún modo a las cosas que han de ser conocidas. Pero Hobbes no puede aceptar ni siquiera este planteamiento porque él, en su materialismo estricto solamente reconoce la existencia de percepciones motivadas por el movimiento: la única realidad que existe es el movimiento universal, del que el ser humano es una parte. Explica por ello que la causa de las cosas más simples es sólo *motion*, y “El movimiento no puede ser entendido

⁵⁰ . *Elements of Philosophy*, cit., pág. 7.

⁵¹ . “Antiqui enim Philosophi naturales, ut Democritus, Empedocles et hujusmodi, possunt quod intellectus non differt a sensu, cum sensus sit quaedam virtus corporea sequens corporum transmutationem, quod ita esset etiam de intellectu”. *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu “Summa contra Gentiles”*, Marietti, Torino-Roma, 1961, § 2591.

como si tuviera otra causa distinta del propio movimiento”⁵². Todo cambio es movimiento⁵³, y el movimiento no es otra cosa que un continuo abandonar un lugar para ocupar otro nuevo⁵⁴. Todo movimiento es generado por un cuerpo contiguo y que se mueve⁵⁵.

En los *Elements of Philosophy* nos explica que “El sentido, en el que siente, no es otra cosa sino movimiento en algunas partes internas del cuerpo del que siente ... de forma que el primer origen del sentido es ser tocado o presionado ... y de esta manera, la presión o movimiento es propagado por todas las partes del órgano hacia el interior ... desde lo que derivamos el fantasma o la idea que es producida en nosotros por nuestro sentido”⁵⁶. Notemos que ahora no está describiendo la simple sensación, sino lo que son los sentidos, porque él no reconoce la existencia de estas facultades en el hombre, sino solamente el movimiento que presiona los órganos de la vista, el tacto, etc., que es llevado por los órganos de la vista o el tacto hasta el cerebro y el corazón y que, gracias a una resistencia que tal movimiento encuentra en nosotros, se nos hace perceptible⁵⁷. El origen del conocimiento no reside en el hombre que conoce, sino que está en las cosas que, gracias a su movimiento, invaden, por así decir, al ser humano haciendo presión sobre sus órganos sensoriales. “Originalmente todas las representaciones son producidas por la acción de las cosas mismas ... y cuando esta acción está presente, la concepción producida es llamada sentido”⁵⁸. Casi cincuenta años más tarde, John Locke hablará del “Power of things” como el principio activo de todo conocimiento, pero aunque Hobbes

⁵² . “Motion cannot be understood to have one another cause besides motion”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 69.

⁵³ . “All mutation is motion”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 126.

⁵⁴ . “Motion is a continual relinquishing of one place and acquiring of another”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 109.

⁵⁵ . “No motion is generated but by a body contiguous and moved”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 390. Añade que “La causa del sentido es un cuerpo externo u objeto, que presiona el órgano propio de cada objeto, bien inmediatamente, como sucede en el gusto y en el tacto, o mediatamente, como pasa con la vista, el oído o el olor. Esta presión, por la mediación de los nervios y otros componentes y membranas del cuerpo, invade continuamente el cerebro y el corazón y causan una resistencia. Vid. *Leviathan...*, cit., pág. 2.

⁵⁶ . “Sense, therefore, in the sentient, can be nothing but motion in some internal parts of sentient ... that the first organ of sense is touched and pressed ... and, in this measure, the pressure or motion is propagated through all the parts of the organs to the innermost ... we derived the phantasm or idea that is made in us by our sense”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 390.

⁵⁷ . Explica reiteradamente que “All sense is made by reaction”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 393.

⁵⁸ . “Originally all conceptions proceed from the action of the thing itself ... now when the action is present the conception it produceth is also called sense”. *Human nature...*, cit., pág. 3.

no use expresamente esta expresión, él también alude a este poder de las cosas que origina nuestro conocimiento.

En realidad, en este empirismo radical, tampoco existen los sentidos: todo lo que conocemos (en el mundo exterior que estudia la física, en el mundo humano compuesto por los sentidos y la mente) solamente son partes o manifestaciones del único movimiento, de una sola y misma naturaleza, que va adquiriendo caras distintas según cada percepción sensorial o cada reflexión de la mente. Los sentidos de los hombres, y el hombre mismo, son solamente el protoelemento sensación, que reelaborado por la sustancia gris del cerebro, da lugar a lo que conocemos. Cassirer nos indica, sobre esta Filosofía, que “Todo lo que denominamos realidad psíquica no es en el proceso sino una repetición y transformación de una determinada cualidad fundamental que se haya ya implícita en la más simple impresión sensible”⁵⁹. Hobbes, que explicó que el pensamiento es un ‘discurrir’, añadió que este discurrir ordenado es “Produced by sense”, porque “En los sentidos hay ciertas coherencias o concepciones que podemos llamar capacidad de ordenar”⁶⁰. Además, a él le era preciso mantener que, aparte de los cinco sentidos usuales (vista, oído, olfato, gusto, tacto), ha de existir un sexto, el que nos produce placer y dolor⁶¹.

Hobbes hizo suya la tesis básica de la *Mathesis universalis* de Descartes, y mantiene que lo único que conoce la razón humana son las magnitudes, proporciones y figuras⁶², de modo que la razón humana (que no es cosa distinta de su funcionamiento) consiste únicamente en sumar y restar⁶³, porque todo razonamiento es necesariamente un cálculo aritmético: “Contar consiste en coleccionar la suma de varias cosas, que quedan así juntas, o saber qué queda de una cosa cuando se le retira otra. Porque raciocinio es lo mismo que la suma y la resta”⁶⁴. En el “Leviathan” estudia las cuatro operaciones aritméticas y concluye que la multiplicación no es más que una suma, y la división es sólo una resta. Con él comenzó a andar el estilo científico que describe Hervada: “El

⁵⁹ . *La Filosofía de la Ilustración*. Trad. E. Imaz, F.C.E., México, 1984, pág. 41.

⁶⁰ . “In the sense there are certain coherences or conceptions, which we may call *ranging*”. *Human nature...*, cit., pág. 15..

⁶¹ . Vid. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 406.

⁶² . Vid., *Elements of Philosophy*, cit., pág. 75.

⁶³ . Vid. La explicación en *Leviathan...*, cit., págs. 29-30.

⁶⁴ . “Now to compute is either to collect the sume of many things that are added together, or to know what remains when one thing is taken out of another. Ratiocination, therefore, is the same mit addition and subtraction”. *Elements of Philosophy...*, cit., pág. 3.

racionalismo fue una mentalidad para la cual toda ciencia, incluidas las ciencias morales, podían constituirse según modelos matemáticos, con similar metodología e igual rigor y certidumbre que la ciencia de la cantidad (la matemática) porque se consideraba que todo el universo tiene una estructura racional necesaria”⁶⁵.

Pero un empirismo tan radical había de chocar con contradicciones, como muestra la historia de la Filosofía, más allá de la doctrina de Hobbes. Porque cuando un hombre ve un caballo, siempre ve un caballo, y cuando ve una gaviota siempre ve una gaviota. Luego ha de existir un poder o facultad en el hombre que le lleva a agrupar las sensaciones de acuerdo con alguna idea o forma; de no ser así, las sensaciones se amontonarían en el cerebro caóticamente, y llamaríamos gaviota al caballo y álamo a la gaviota.

(Persona y doctrina ética) Los movimientos de las cosas, siempre por impulsiones físicas, nada dicen sobre lo bueno y lo malo. Su relativismo ético es total, al menos programáticamente. Él manifiesta que lo que consideramos bueno o malo varía de lugar en lugar, de tiempo en tiempo⁶⁶. Tampoco existen las personas como seres que actúan voluntariamente, con deliberación y voluntariedad, eligiendo lo que quieren hacer y existiendo realmente como personas independientes más allá de lo que hacen. “Una persona es aquel cuyas palabras o acciones son consideradas bien como suyas, bien como representando las palabras o acciones de otras personas u otra cosa a la que le son atribuidas, ya sea verdaderamente, ya por ficción”⁶⁷. La palabra persona, explica, es latina; en Griego se designaba como ‘prosopon’ y significaba la cara, mientras que en Latín significa disfraz o apariencia externa de un hombre⁶⁸. Así, toda persona es un actor (como de teatro), que tiene como propias sus palabras y acciones, y es su autor, por lo que actúa con autoridad. De este modo, cuando hablamos de bienes o posesiones, es un propietario, en Latín un *dominus*. Y como el derecho de posesión es

⁶⁵ . *Historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1987, pág. 253.

⁶⁶ . Vid. *Leviathan...*, cit., pág. 146.

⁶⁷ . “A person, is he, whose words or actions are considered, either as his own, or as representing the words or actions of another man, or of any other thing, to whom they are attributed, wheter truly or by fiction”. *Leviathan...*, cit., pág. 147. Las intensidades son de Hobbes.

⁶⁸ . *Leviathan...*, cit., pág. 137.

llamado dominio, el derecho de hacer una acción es llamado autoridad, por lo que, bajo autoridad, entendemos siempre el derecho de hacer una acción⁶⁹.

El hombre es un momento más del devenir universal, y no tiene sentido hablar de libertad. “Si por libertad entendemos estar libre de la necesidad, de forma que haya de ser encontrada en la voluntad, esto no existe en el hombre ni en los animales”⁷⁰. El ser humano dispone de voluntad, ciertamente, pero la voluntad no es más que el último apetito, que es el que vence en la deliberación⁷¹.

Si la libertad no consiste en hacer lo que se quiere hacer, ¿cómo entenderla? “La libertad significa, hablando con propiedad, la ausencia de oposición, y por oposición yo entiendo los impedimentos externos para el movimiento”⁷². Las nociones de movimiento y libertad fueron muy unidas en Hobbes, pues siempre que se refiere a la una, hace referencia al otro: “Libertad ... no es otra cosa que la ausencia de impedimentos para el movimiento”⁷³. La libertad interna consiste, lógicamente, en la ausencia de impedimentos internos⁷⁴. La noción misma de libertad adquirió así un carácter ante todo negativo, ya que consiste en un vacío o en una ausencia. Es lógico que defina la libertad civil como “El silencio de las leyes”⁷⁵. Con Hobbes se impuso la visión penalista y negativa del derecho, que en sus explicaciones quedó reducido a las leyes generales dictadas por el poder político.

Si ha negado la libertad en el sentido usual, carece de sentido también la noción del deber. Hasta entonces, la reflexión sobre el derecho había girado fundamentalmente sobre las condiciones que ha de reunir el derecho para exigir obediencia, tema que conocemos usualmente como el del deber jurídico. Pero si el hombre no es un ser libre, es ilógico hablarle de deberes, y Hobbes declara reiteradamente que el deber de cumplir

⁶⁹ . *Leviathan...*, cit., pág. 148.

⁷⁰ . “And therefore such a liberty as is free from necessity is not to be found in the will of men or beast”. *Elements of Philosophy...*, cit., pág. 409.

⁷¹ . “Will, therefore is the last appetite in deliberating”. *Leviathan...*, cit., pág. 49.

⁷² . “Liberty, or freedom, signifieth, properly, the absence of opposition; by opposition I mean external impediments of motion”. *Leviathan...*, cit., pág. 196.

⁷³ . “Liberty ... is nothing else but an absence of the lets and hindrances of motion”. *Philosophical Rudiments concerning Government and Society*, en “The English Works of Thomas Hobbes”, London, 1841, vol. II, pág. 120.

⁷⁴ . “But liberty is understood, according to the proper signification of the word, the absence of internal impediments”. *Leviathan...*, cit., pág. 116.

⁷⁵ . “Other liberties, they depend on the silence of the law”. *Leviathan...*, cit., pág. 206.

los *laws* no es otra cosa que el miedo al castigo previsto para el caso de su incumplimiento, de modo que se cumple el derecho no por razón del mismo derecho, sino por el castigo anexo a la ley⁷⁶. Hobbes no exigía que las personas *obedecieran* el derecho, sino que lo cumplieran.

(*La Filosofía ‘creadora’*) Hasta Descartes la Filosofía había consistido en reflexionar sobre la vida humana, y por ello Beckmann escribía que “*Filosofare est bene ratiocinare circa ea, quae occurrunt*”⁷⁷, esto es, filosofar es explicar lo que nos sucede en la vida cotidiana. Pero este reflexionar sobre la cotidianidad implicaba aceptar esta vida de algún modo, sin pretensiones de recrearla desde su raíz. La situación de Hobbes fue muy peculiar, al menos desde este ángulo, porque el punto de vista teórico le había enseñado a desconfiar de la intuición, incluso en lo aparentemente más incontrovertible, y la práctica política que le había tocado vivir, con dos guerras civiles, le llevaba a no confiar en los tratados usuales de la ciencia ética y política. Obviamente él no trataba de reflexionar sobre una realidad de la que tenía motivos para desconfiar, sino que pretendía construir una sociedad nueva gracias su Filosofía.

Consecuentemente, entendía que “La Filosofía es el conocimiento que adquirimos, mediante un raciocinio verdadero, yendo desde las apariencias, o los efectos aparentes, al conocimiento que tenemos de una posible producción o generación de lo mismo, de modo que <conozcamos> tal producción, tal como ha sido o puede ser, desde el conocimiento de tales efectos”⁷⁸. La Filosofía sirve para conocer las causas y, una vez conocidas éstas, dominar los efectos posibles de ellas, para lo que era imprescindible descender hasta lo más elemental. Todavía Descartes había aceptado lo que le venía dado a la razón, sin analizarlo hasta el final, pero Hobbes rechazaba de plano esta actitud. No perdamos de vista que Descartes, Hobbes o Locke discurrían ante todo sobre la Geometría, intentando aplicar el método de los geómetras a otras áreas del

⁷⁶ . Vid., por ejemplo, *Leviathan...*, cit., pág. 131. En *De corpore politico*, London, 1840, pág. 60, expone que “A man should order all this action so much as belong to external obedience, just as the law commands, but not for the law’s sake, but by reason of some punishment annexed unto it”.

⁷⁷ . *Doctrina juris ex Jure naturae, Jure Gentium, Canonico, Divino, Jure Civili Romano, Jure feudali et Principiis Philosophiae Practicae*, Jena, 1678, voz “Philosophia”.

⁷⁸ . “Philosophy is the knowledge we acquire by the ratiocination, of appearances, or apparent effects, from the knowledge we have of some possible production or generation of the same; and of such production, as has been or may be, from the knowledge we have of the effect”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 65.

conocimiento humano. Descartes proponía el ejemplo del triángulo: todos entendemos lo que es un triángulo de un solo golpe de vista, sin necesidad de dividirlo en sus líneas y ángulos. Hobbes se enfrenta a Descartes: “Ellos dicen que la causa de las propiedades de una cosa es la cosa misma, y esto es decir un absurdo. Por ejemplo, si consideramos un triángulo, vemos que en todos ellos la suma de sus ángulos equivale a la dos ángulos rectos, y de esta consideración se sigue que todos los ángulos de esta figura son iguales a dos ángulos rectos, y ellos dicen, por este motivo, que la figura misma es la causa de esta igualdad”⁷⁹. Le parece absurda una tautología de este tipo, y él propone estudiar el triángulo dividiéndolo en sus líneas y ángulos para, desde estos elementos atómicos, crear nosotros la figura. Quiere crear porque quiere poder para cambiar lo que conoce.

Condición *sine qua non* para crear es saber ir desde las causas a los efectos y desde éstos a las causas, de forma cierta y sin dudas. “Por consiguiente, hemos de decir que la Filosofía dispone de dos métodos. Uno, desde la generación de una cosa hasta sus posibles efectos; otro, desde sus efectos o apariencias a su posible generación”⁸⁰. Si buscamos las causas más elementales de lo que conocemos, llegaremos a los primeros principios de la justicia⁸¹. Parece que el método ha de ser analítico en un primer momento y, después, sintético: “Namely, that which proceeds from sense to the invention of principles; and the rest synthetical”⁸². Si no es posible concebir la generación de la cosa, el conocimiento no puede ser filosófico⁸³. Es lógico que nos preguntemos sobre el por qué de esta autolimitación a lo que podemos dar origen. Horkheimer-Adorno nos contestan que “No debe existir ya nada ‘afuera’, puesto que la simple idea de ‘afuera’ es la fuente genuina de la angustia”⁸⁴.

⁷⁹ . “But when they say, the cause of the properties of any thing, is the thing itself, they speak absurdly. For example, it is a figure be propounded which is a triangle; seeing every triangle has all its angles together equal two rights angles, from whence it follows that all the angles of that figure are equal to two right angles, they say, for this reason, that that figure is the cause of that equality”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 37.

⁸⁰ . “There are, therefore, two methods of Philosophy. One, from the generation of thing to their possible effects; and the other, from their effects or appearances to some possible generation”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 387-388.

⁸¹ . “Concerning my method ... proceeded to its generation and form, and the first beginning of justice”. *Philosophical Rudiments...*, cit., The Preface, pág. XIV.

⁸² . *Elements of Philosophy...*, cit., pág. 75.

⁸³ . “The subject of Philosophy, or the matter it treats of, is every body of which we can conceive any generation”. *Elements of Philosophy*, cit., pág. 8.

⁸⁴ . *Dialéctica del Iluminismo*. Trad. H. A. Murena, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1987, pág. 29.

Trataba de explicar la sociedad humana partiendo desde los cuerpos simples, esto es, aquellos cuerpos que no admitían un análisis ulterior. En la Filosofía política, tales cuerpos eran las pasiones de los individuos humanos, por lo que la explicación de la sociedad humana, es decir, de su origen, derecho y posible justicia, había de partir desde el análisis de los individuos. Hobbes tenía a mano la noción romanista del estado de naturaleza, ya usada por autores anteriores, y él también la usa para describir unos hombres extremadamente solitarios que originariamente (esto es, antes de constituir el poder político único) son juez y parte en sus problemas⁸⁵. Por la misma naturaleza, todo hombre dispone del “Right of nature” o *derecho natural*: “El derecho de naturaleza, que los escritores llaman comúnmente derecho natural es la libertad que tiene cada hombre para usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza; es decir, para conservar su vida; y, consecuentemente, para hacer todo aquello que su juicio o razón le indique ser apto como medios para ello”⁸⁶. Los juristas romanistas habían entendido que el derecho natural era simultáneamente libertad natural y un orden racional que corregía posibles desviaciones. Pero Hobbes emancipó la categoría de la libertad o derecho natural de consideraciones morales, y la dejó como la simple posibilidad física que tiene cualquiera para hacer lo que quiera al servicio de sus fines.

Diseñó un hombre que no es bueno ni malo. Él tiene ante su consideración lo que ve cotidianamente y lo que ha visto en la guerra. Los hombres competimos, porque lo normal es que varios hombres quieren la misma cosa al mismo tiempo⁸⁷. Sucede además que, aunque algunos hombres concretos sean más fuertes que otros, en general todos los hombres somos iguales en poder⁸⁸, por lo que está asegurada la discordia permanente. El ser humano, además, no descansa, porque “La felicidad es un progreso continuo del deseo de una cosa a otra, de forma que alcanzar una no es sino el camino para la siguiente”⁸⁹. Además, los hombres vivimos en continuo temor unos

⁸⁵ . Así describe el origen de los problemas del ‘status naturae’ en *De corpore politico*, London, 1840, pág. 83.

⁸⁶ . “The right of nature, which writers commonly call *jus naturale*, is the liberty each man hath, to use his own power, as he will himself, for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing any thing, which in own judgement, and reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto”. *Leviathan...*, cit., pág. 116.

⁸⁷ . “But the most frequent reason which man desire to hurt each another, ariseth hence, that many men at the same time have an appetite to the same thing”. *Philosophical Rudiments...*, cit., pág. 8.

⁸⁸ . Vid. *Leviathan...*, cit., pág. 110.

⁸⁹ . *Leviathan...*, cit., pág. 85.

de otros; si no, ¿por qué las fronteras están guardadas por soldados armados?⁹⁰ De esto concluye que “Es manifiesto que mientras viven sin un poder común que los mantenga a todos con el mayor miedo, viven en situación de guerra; una guerra en la que cada hombre va contra todos los demás. Pues la guerra no consiste solamente en una batalla, o en el acto de la lucha, sino en la sucesión de tiempo en la que la voluntad de luchar es suficientemente conocida”⁹¹. Esta situación es calamitosa, pues “En tal condición no hay sitio para la industria, porque no es seguro que se pueda gozar de ella y, por tanto, no hay cultura sobre la tierra; no existe navegación, ni las comodidades que se pueden importar por el mar; no hay edificios cómodos, ni máquinas...”⁹². Y, lo que es peor, “Se vive en miedo continuo y en peligro de una muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, asquerosa, brutal y corta”⁹³.

Usualmente se suele contraponer la antropología de Hobbes a la de Rousseau: la de aquel sería pesimista, y la de éste optimista. Hobbes no profesó ninguna antropología especialmente pesimista: él describió lo que veía en las relaciones internacionales y lo que había visto en dos guerras civiles en su misma patria. A su vez, Rousseau sólo consideró a unos hombres en el ‘estado de naturaleza’ que vivían unos indiferentes a otros, y que habían acabado con la libertad al instituir las propiedades privadas.

Para evitar el peligro de esta vida pobre y corta, en esta situación entra en juego la razón, esto es, los “Laws of nature” o *leges naturales*, que son preceptos o reglas generales, encontradas por la razón, por la que se le prohíbe hacer aquello que sea destructivo de su vida, o prescindir de los medios que sean imprescindibles para ello. Pues el *right* consiste en libertad de hacer o de omitir, mientras que el *law* determina y vincula a uno a algo, de forma que *right* y *law* difieren como la libertad y la obligación⁹⁴. El hombre debe entrar en sociedad civil y política pero, ¿tiene realmente el

⁹⁰ . Vid. *Philosophical Rudiments...*, cit., The Preface, págs. XIV-XV.

⁹¹ . “Hereby it is manifest, that during the time men live without a common power to keep them in all own, they are in that condition which is called war; and such a war, as if of every man, against every man. For war consisth not in battle only, or the act of fighting; but in a tract of time, wherein the will to contend by battle is sufficiently know”. *Leviathan...*, cit., pág. 113.

⁹² . “In such condition, than is no place for industry; because the fruit thereof is uncertain: and consequently no culture on the earth; no navigation, or use of the commodities that may be imported by sea; no commodious building; no instruments of moving...”. *Leviathan...*, cit., pág. 113.

⁹³ . Cfr. *Ibidem*.

⁹⁴ . “A law of nature, *lex naturalis*, is a precept or general rule, found out by reason, by which a man is forbidden to do that, which is destructive of his life, or taketh away the means of preserving the

deber de hacer esto? En algunos momentos, Hobbes declara que no se trata de un verdadero deber, ya que él solamente expone teoremas relativos a la propia conservación⁹⁵. En otros momentos hace entrar en juego su formación de geómetra y declara que, por el principio de no contradicción, el hombre, que desea vivir en paz y en un estado de pleno derecho, no puede destruirse a sí mismo⁹⁶. El hombre debe entrar en sociedad política. La Filosofía sirve para crear el Estado; no explica su génesis en el tiempo, sino en la razón. Como aclara Cassirer, “El análisis, cuya fuerza se demostró hasta ahora en el dominio de los números y de las magnitudes, se aplicará en delante de un lado al ser psíquico, y de otro lado al ser social del hombre”⁹⁷.

La solución para acabar con esta guerra de todos contra todos está en poner el poder en manos de una única persona, que gobierne de acuerdo con su criterio. No le convence el Estado de derecho de Aristóteles, en el que gobernarían las leyes y no las personas, porque no asegura suficientemente la paz social⁹⁸. Él prefiere suponer que los hombres celebran un pacto social por el que crean el poder político y atribuyen todo el poder de gobernar y hacer las leyes a una sola persona⁹⁹. La jurisprudencia romanista, siguiendo los textos romanos, había insistido en que la única obligación natural es la que origina el propio consentimiento, y Hobbes, sin citar a ningún jurista romano ni medieval, lleva esta idea hasta sus últimas consecuencias, de forma que la única fuente de la justicia serán los pactos o contratos¹⁰⁰. En Latín la injusticia era llamada *injuria*, y Hobbes explica que la *injuria* consiste en romper el contrato¹⁰¹, de forma que aquel que incumple un pacto o reclama lo ya regalado (esto es, se contradice) comete una

same. For though they that speak of this subject, use to be distinguished; because *right*, consisted in liberty to do, or to forbear; whereas *law*, determinateth, and bindeth to one of them: so that law, and right, differ as much, as obligation, and liberty”. *Leviathan...*, cit., pág. 117.

⁹⁵ . Vid., entre otros lugares, *Philosophical Rudiments...*, cit., vol. III, cap. IV, pág. 60.

⁹⁶ . “The estate of hostility and war being such, as thereby nature itself is destroyed, and men kill one another ... he therefore that desireth to live in such an estate as is the estate of liberty and right of all to all, contradiceth himself”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 84.

⁹⁷ . *La Filosofía de la Ilustración*, cit., pág. 31.

⁹⁸ . “And therefore this is another error of Aristotle’s politics, that in a well-ordered commonwealth, not men should govern, but the laws”. *Leviathan...*, cit., pág. 683

⁹⁹ . Vid., por ejemplo, *Leviathan...*, cit., pág. 157.

¹⁰⁰ . En *Leviathan...*, cit., pág. 123, escribe que “He that performeth the first in the case of contract, is said to merit that which he is to receive by the performance of the other; and he hath as *due*”.

¹⁰¹ . “The breach or violation of covenant, is that which men call injury”. *De corpore politico*, London, 1840, pág. 95.

injuria¹⁰². Cualquier jurista estaría de acuerdo con esta afirmación, pero la novedad de Hobbes es que reduce la injuria solamente a estos supuestos. El incumplimiento de un contrato constituye una *injuria* porque quien otorga su palabra y no la cumple, incurre en una contradicción¹⁰³.

Todos celebran un contrato con todos en que renuncian a su *natural right*. A partir del momento en que comienza la sociedad política, sólo está vigente el derecho civil, esto es, el derecho positivo, y carece de valor el derecho natural¹⁰⁴. Se comprende que Otto von Gierke llamara al derecho natural en Hobbes, *jus inutile*. El derecho positivo no es el derecho romano ni el Derecho Común, sino el conjunto de las órdenes o *commands* dictados por el poder. Como esta tesis era novedosa, él dedica espacio a exponerla, normalmente comparando las órdenes con los consejos, y explica que el consejo es aquel precepto en el que la razón de la obediencia radica en la cosa misma que es aconsejada, mientras que el *command* es el precepto en el que la razón de la obediencia se deduce desde la voluntad del que dicta la orden¹⁰⁵.

“El derecho civil es para cada hombre, aquellas reglas que la sociedad (*commonwealth*) le ha ordenado por palabra, por escrito, o por otro signo suficiente de la voluntad, para que haga uso de ellas, para la distinción de lo justo y de lo injusto, es decir, de lo que es contrario y de lo que no es contrario a la regla”¹⁰⁶. En la sociedad política, las leyes constituyen el único criterio de justicia, y en este punto Hobbes se vuelve extrañamente rotundo y coherente¹⁰⁷. Explica que el derecho natural es, en la sociedad, el derecho civil, porque el derecho positivo es la verdadera interpretación del

¹⁰² . Vid. *Philosophical Rudiments...*, cit., pág. 30.

¹⁰³ . “There is a great similitude between that we call injury, or injustice in the actions ... and that which is called *absurd* in the arguments and disputations of the Schools. For as he, which is driven to contradict an assertion by him before maintained, is said to be reduced to an absurdity ... and there is in every breach of covenant a contradiction properly so called ... And so injury is an absurdity of conversation, as absurdity is a kind of injustice in disputation ... For injury consisteh in violation of covenant by the definition thereof”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 96.

¹⁰⁴ . Vid. *Philosophical Rudiments...*, cit., pág. 187.

¹⁰⁵ . “But counsel is a precept in which the reason of my obeying it is taken from the thing itself which is advised; but command is a precept, in which the cause of my obedience depends of the will of the commander”. *Philosophical Rudiments...*, pág. 183.

¹⁰⁶ . “Civil law, is to every subject, those rules, which the commonwealth had commanded him, by word, writing, or other sufficient sign of the will, to make use of, for the distinction of right, or wrong; that is to say, of what is contrary, and what is not contrary to the rule”. *Leviathan...*, cit., pág. 251.

¹⁰⁷ . Fue lógica la réplica que le hizo Rousseau: “On vit tranquille aussi dans les cachots”. *Du contrat social*, Garnier, Paris, 1975, pág. 239.

derecho natural en cada caso controvertido¹⁰⁸. Como es lógico desde estos presupuestos, sólo es admisible la interpretación de las leyes hecha por el mismo legislador¹⁰⁹. En otros momentos se muestra más conciliador con la idea usual del derecho natural y expone que este derecho y el derecho civil son la misma cosa, pues el derecho natural consiste en equidad, justicia, gratitud y otras virtudes morales que dependen de estas otras, por lo que este derecho no es propiamente un *law*, sino cualidades que predisponen para la obediencia al derecho¹¹⁰.

Explica que la esencia del poder político consiste en la no resistencia de sus miembros¹¹¹, pero en su obra más conocida, “El Leviathan”, lleva esta exigencia hasta sus últimas consecuencias, a veces en tono provocador. Así, explica que el poder del soberano es tan grande, que no puede ser acusado de asesino, pues si condena a muerte a un inocente no comete ningún crimen, pues todos han consentido en el pacto social en transmitir todo su poder al soberano, y nadie se causa injuria a sí mismo¹¹². Las propiedades quedan en manos de la sociedad, esto es, del poder, ya que antes de la sociedad nadie era propietario, porque regía la “*Communis omnium possessio*”. Al ser las propiedades una creación social, la sociedad puede disponer de ellas¹¹³. Siguiendo la tradición anglicana, el gobernante extiende su poder indistintamente a los ámbitos civil y religioso¹¹⁴. Nadie puede pretender tener derechos frente al poder¹¹⁵, y la libertad civil es meramente residual, y consiste en la libertad que le queda a cada cual en aquellas cosas que no han sido reguladas por las leyes¹¹⁶.

¹⁰⁸ . “The interpretation of the law of nature, is the sentence of the judge constituted by the sovereign authority, to hear and determine such controversies, as depend thereof; and consisteth in the application of the law to the present case”. *Leviathan...*, cit., pág. 263.

¹⁰⁹ . Vid., *Leviathan...*, cit., pág. 262.

¹¹⁰ . “The law of nature, and the civil law, contain each other, and are of equal extend. For the laws of nature, which consists in equity, justice, gratitude, and other moral virtues on those depending, in the condition of mere nature, as I have said before ... are not properly law, but qualities that dispose men to peace and obedience”. *Leviathan...*, cit., pág. 253.

¹¹¹ . “The power of a politic body, the essence thereof is the not-resistance of the members”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 136.

¹¹² . Vid., *Leviathan...*, cit., pág. 199-

¹¹³ . Vid. *Philosophical Rudiments...*, cit., pág. 84.

¹¹⁴ . Vid. *Leviathan...*, cit., pág. 105.

¹¹⁵ . Esta tesis le acarreó fuertes críticas de Rousseau. Vid el *Discours sur cette question proposée par l'Académie de Dijon: Quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, en “Du contrat social et autres oeuvres politiques”, Garnier, Paris, 1975, pág. 57.

¹¹⁶ . “The liberty of a subject, lieth therefore only in those things, which in regulating there actions, the sovereign has praetermitted”. *Leviathan...*, cit., pág. 199.

Hobbes fue un autor paradójico, a veces francamente desconcertante. En el “Leviathan”, su obra más conocida sobre la política, lleva hasta sus últimas consecuencias el carácter absoluto del poder. Pero en otros escritos suyos se muestra como un hombre de buenas intenciones que quiso que hubiera paz y que se viviera el derecho y la justicia, pues, como él explica, “The safety of the people is the supreme law”¹¹⁷. Bajo el nombre de seguridad, debe entenderse todo tipo de beneficios¹¹⁸, y esos beneficios para los que se ha instituido el cuerpo político consisten fundamentalmente en la paz y seguridad de cada persona¹¹⁹, por lo que deben extenderse igualmente al poder soberano y a cada ciudadano¹²⁰. La función de gobierno consta fundamentalmente de cuatro aspectos: el cuidado de la multitud, la comodidad de la vida, la salvaguarda de la paz, y la defensa contra poderes exteriores¹²¹. Los ciudadanos deben gozar de la máxima libertad posible, ya que así lo ordena un “Law of nature”¹²². Y, ante todo, es necesario que cada persona tenga claramente determinado cual es su propiedad y cuales son sus bienes, con los que ha de trabajar y obtener los beneficios de su propio trabajo¹²³. En segundo lugar, el *law of nature* ordena que se distribuyan las cargas de la sociedad de forma proporcional, de acuerdo con los beneficios que cada cual reciba del cuerpo político¹²⁴.

Otra exigencia de la paz es la administración justa de la justicia¹²⁵. En un texto realmente singular, parecido a otros de un siglo más tarde, habla de la división de poderes: “Algunos, para evitar la condición de absoluta sujeción, que han llamado de esclavitud, han pensado en un gobierno mixto con tres tipos de poderes. Por ejemplo,

¹¹⁷ . *Philosophical Rudiments...*, cit., pág. 166.

¹¹⁸ . “By safety is understood all manner of benefits”. *Philosophical Rudiments...*, cit., pág. 167.

¹¹⁹ . “The benefit is that for which a body politic was instituted, namely, the peace and preservation of every particular man”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 161.

¹²⁰ . “All this benefit extendeth equally both to the sovereign power, and to subjects”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 162.

¹²¹ . Vid. *De Corpore Politico*, cit., pág. 214.

¹²² . “To leave man as much liberty as may be, et c. is the duty of a sovereign by the law of nature”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 215.

¹²³ . “And first, it is necessary to set out to every subject, his property, and distinct lands and goods, upon which he may exercise and have the benefit of his own industrie”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 216.

¹²⁴ . “Secondly, to divide the burthens and charges of the commonwealth proportionably ... there is proportionably to his benefit by commonwealth: and this, which is according to the law of nature”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 216.

¹²⁵ . “Another thing necessary for the maintance of peace, is the due execution of justice”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 217.

ellos suponen el poder de hacer leyes, concedido a una gran asamblea democrática. Otro es el poder de la judicatura, concedido a otra asamblea. Y el tercero es el poder de ejecutar las leyes, concedido a otro hombre”¹²⁶. Usa la tercera persona, refiriéndose a otros, a ellos, pero es su propia opinión, a juzgar por el contexto, y porque no rebate nada de lo expuesto. Quiso ser empirista y atenerse exclusivamente a la contradicción de las causas físicas que originaban el único movimiento que existe. En realidad, se nos muestra como un buen hombre que reinaran la paz y la justicia en su patria, y por esto introduce matizaciones decisivas que son muy poco empiristas y que rompen la unidad lógica de su doctrina.

López Hernández resume este juego entre libertad y ley en Hobbes indicando que el *derecho natural* lo concibe como libertad absoluta del hombre en el estado de naturaleza; es un derecho de todos a todas las cosas, pero en el juego de las relaciones intersubjetivas esta libertad y ese derecho se anulan mutuamente y su resultado es cero: una libertad y un derecho nulos. Las *leyes naturales* son meros productos del cálculo racional que hace cada individuo, pero no obligan a su cumplimiento hasta que no exista un poder común que garantice la efectividad de ellas; por ser leyes que no obligan a nada, hemos de concluir que son leyes nulas o que no son leyes. Por consiguiente, la teoría del hombre o Filosofía moral nos ofrece análisis que son sólo premisas (en sentido negativo) para construir la teoría política y jurídica. Según aquellos análisis, los individuos son una realidad natural, cuya interacción produce resultados no deseados. La formación de una sociedad, cuyo fin responde al deseo de una convivencia pacífica, no es un hecho natural, sino el resultado de un esfuerzo humano; combinando las pasiones, la razón, la voluntad y el poder se construye un artefacto llamado sociedad o Estado¹²⁷.

(*Su legado*) Hobbes fue el creador doctrinal del Estado, la nueva forma de dominación y convivencia que comenzó a andar doctrinalmente en el siglo XVII y que se hizo realidad viva a partir de la Revolución Francesa. El Estado se caracteriza, frente

¹²⁶ . “Others, to avoid the hard condition, as they take it, of absolute subjection, which, in hatred therets, they also call slavery, have devised a government, as they think, mixed of the three sorts of sovereignty. As for example: they suppose the power of making laws, given to some great assembly democratical, the power of judicature to some other assembly, and the administration of the laws to a third, or te some one man”. *De Corpore Politico*, cit., pág. 134.

¹²⁷ . *Historia de la Filosofía del derecho..*, cit., págs. 307-308.

a los modelos anteriores de convivencia, en la unidad del poder: ya no existe distinción entre los estamentos, las corporaciones, los municipios, etc. y el poder ‘civil’. Ahora existirá un poder único que dictará un derecho igualmente único, con lo que dejarán de estar vigentes el *Jus Commune*, el derecho romano, el derecho canónico y los derechos locales. El motivo alegado para todas estas supresiones (pues en sus orígenes el Estado se distinguió más por lo que negó que por lo que afirmó) fue el mantenimiento de la paz civil, para la que era imprescindible conseguir la unidad.

Las argumentaciones de Hobbes, que fundamentaban el poder del Estado en el vaciamiento de la propia voluntad por el contrato que daba origen a la sociedad política, era aún poco creíble: para acabar de completar doctrinalmente esta explicación de la realidad humana hizo falta la aportación de Rousseau, un siglo más tarde. Este contractualismo político estaba destinado al éxito, pues como explica Cassirer “La doctrina del Estado contractual se convierte en el siglo XVII en un axioma evidente del pensamiento político ... Pues todo misterio queda desvanecido ... No hay nada menos misterioso que un contrato. Un contrato tiene que concertarse con plena conciencia de su significación y consecuencias; presupone el libre consenso de todas las partes afectadas”¹²⁸. En efecto, el pensamiento que inaugura Hobbes solamente puede entender lo que él ha construido: se le escapa la noción de lo no diseñado expresamente.

Hobbes fue expresamente repudiado por los siglos XVII y XVIII, pero su método ejerció la más poderosa influencia. Él fue el que marcó la pauta de la Filosofía sensista y fenomenista que se adueñó de la Ilustración: solamente hizo falta que John Locke lo suavizara para quedar en condiciones de ser admitido por los triunfadores del siglo XVIII¹²⁹. Además, él estableció los patrones de la ideología liberal mediante el juego del *jus--lex*, del *jus* primero que es libertad, y de la *lex* posterior que siempre obliga o constriñe. Fue Samuel Pufendorf quien supo aprovechar oportunamente este recurso de Hobbes, y lo puso al servicio de los derechos naturales o innatos del hombre. Es preciso López Hernández cuando explica que “Hobbes pudo elaborar una teoría del Estado y del derecho que, además de ser la primera teoría moderna por su método, por su amplitud y profundidad, constituye un punto de referencia ineludible para comprender la realidad política de los últimos siglos. Él puso los cimientos de una

¹²⁸ . *El mito del Estado*, trad. de E. Nicol, FCE, México, 1985, pág. 205.

¹²⁹ . Joseph Priestley destacaba que Locke no era sino el discípulo de Hobbes. Vid. *The doctrine of philosophical necessity*, London, 1777, The Preface, pág. XXIX.

concepción del Estado, partiendo del análisis de los individuos hasta llegar a la definición del cuerpo político, la soberanía, las leyes y el derecho. Sobre estos cimientos siguieron edificando su teoría los demás autores modernos, desarrollando temas como la libertad, la igualdad, la democracia, la legitimidad, los derechos naturales, etc. La amplitud de su concepción hace de Hobbes un autor bifronte, no por incoherencia, sino porque la nueva época exigía un sistema conceptual que tuviera en cuenta la coexistencia de fenómenos contrapuestos, tales como individualidad y sociedad, seguridad y libertad, etc.”¹³⁰. Debería haber añadido que estas incoherencias eran también más fuertes, ya que exigían simultáneamente el nominalismo, o el materialismo, y la existencia de derechos innatos, como vemos ante todo en Locke.

El constructivismo político-jurídico en su plenitud

Locke, Gundling y otros autores expusieron, siguiendo el ambiente que había creado Hobbes, que no existen ideas innatas en la moral, sino que lo único natural, a este respecto, es la capacidad del hombre para razonar¹³¹. Este razonamiento, al que debemos llamar ahora jusnaturalista porque se desarrolló en los libros del nuevo *Jus naturale et gentium*, se presentó a modo de una teoría constructivista que tenía como punto de partida una situación ideal o natural desde la que se debía argumentar. Tal situación ideal se conseguía, explícita Sharrock, prescindiendo de las ‘nociones comunes’ que hemos recibido de nuestros padres, a través de la educación, o de los usos de la vida social, o que constituyen juicios extendidos en tiempos y lugares determinados; de este modo, desaparecidos estos prejuicios, sólo nos quedamos con los ‘juicios naturales’¹³².

¹³⁰. *Historia de la Filosofía del derecho...*, cit., pág. 285.

¹³¹. Gundling escribía que “Non dantur ideae innatae in moralibus. Daher ist die Redens-Art quod leges nobis vel cordibus nostris inscriptae sint, nicht so zu verstehen, als ob wir ideas innatas de lege naturali hätten, sondern daß wir capable sind, dieselben ex ratione zu erlernen”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorfii zwey Bücher De Officio hominis et civis*, Hamburg, 1744, Liber I, cap. IV, § 12. Hollmann consideraba ridícula la doctrina según la cual “quasi leges naturales cordibus hominum insitae, connatae, sint”. *Jurisprudentiae naturalis primae lineae*, Gottingae, 1751, Pars I, cap. I, § 62.

¹³². “Duplici autem Methodo (si hanc morali historiam placeat) istam moliebar indaginem: Primo devestiebam meipsum a notionibus quibuscumque receptis, et aliunde quam a natura ipsa haustis: Quicquid a parentum et praeceptorum institutione, quicquid a vitae communis usu, aut loci, temporisque (quibus utebar) moribus iudicio accrevit, studiose exueve, atque amovere conabat: quae autem, his semotis, supererant, humana censui, soliusque naturae restare atque esse iudicia”. *De Officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali, libri duo*, edición de Giessen, 1731, Praefatio ad Lectorem.

(*El uso de las síntesis a priori o definiciones genéticas*) Estas nociones comunes y estos juicios naturales son, en realidad, nociones altamente complicadas, normalmente inexistentes en la vida cotidiana, que se justifican por su capacidad doctrinal constructora. En realidad, este *mos geometricus* se desarrolló mediante síntesis a priori que escondían definiciones genéticas. Este modo de trabajar requería situar en el comienzo de la argumentación un dato que tanto era positivo como negativo. Era positivo porque afirmaba la existencia de individuos en el estado de naturaleza; era negativo porque, por la sola presentación de estos individuos, el autor constructivista introducía una carencia necesariamente presente en esas personas así entendidas. Se trataba de una sola carencia, igual para todos los hombres: esta unidad de perspectiva era imprescindible. Desde la índole de los hombres ya presentados, y desde el carácter de la carencia o necesidad propia de estos hombres, cada autor *construía*, paso a paso, fundamentando cada teorema en el contenido (carencial) propio del teorema anterior. Por eso se dice que fueron desde el punto a la línea, de ésta a la figura, desde la figura a la extensión. Si el lector de estas obras se pregunta sobre cual es la ‘fuerza’ (por decirlo así) que hace avanzar el razonamiento desde un paso o teorema al siguiente, debe entender que la definición inicial del hombre, ya anticipada de una sola vez -de ahí que podamos hablar de síntesis a priori- presenta unas carencias que, precisamente por su carácter de necesidades, son exigentes, ya que las necesidades que han de ser resueltas crean –mediante la figura más amplia del *horror vacui*- como una ‘succión’ del teorema anterior en el posterior: éste último atrae hacia sí a los pasos anteriores. Superficialmente se podría pensar que los datos iniciales recaban por sí mismos los desarrollos argumentativos posteriores; esto es cierto, pero sólo a condición de tener en cuenta que estos datos primeros son los auténticos factores o autores de los razonamientos subsiguientes, de forma que los inicios cumplen la función de ser una meta final que atrae hacia sí activamente a los datos primeros¹³³.

¹³³ . Una vez que el derecho fue identificado con un sector del espacio humano ya estaban puestas las bases para la geometrización del derecho, pues el filósofo contaba con los puntos –actos de voluntades- y con las líneas o vectores de fuerza -las leyes creadas mediante las voluntades- para producir las figuras, de modo que orientara esos puntos de formas admisibles socialmente. Es preciso pasar desde el punto a la línea, desde ésta a la figura, desde la figura a la extensión determinada. Esto es, el *mos geometricus* implica un movimiento para avanzar o construir, y lo más procedente es aludir a cómo se produce o qué es ese movimiento. Sabemos que está operativa una retroalimentación permanente que proviene desde el fin último que quiere alcanzar cada investigador (la figura que acota la extensión), de modo que una vez que el filósofo argumenta ya ha caracterizado a los elementos iniciales (los puntos) de la forma más adecuada para la consecución de su finalidad.

Al final del proceso, todo ‘encaja’. Este tipo de métodos suele tener éxito de público porque proporcionan una imagen visual¹³⁴ que capta casi irresistiblemente la atención del lector. La perspectiva en la pintura y en la escultura jugaron una función determinante, ya que los isomorfismos entre la pintura y el lenguaje, también el lenguaje escrito, son fuertes¹³⁵. En el lenguaje hablado basta, por ejemplo, una inflexión en la voz, y en la pintura el pintor establece un eje de fugas para realzar una figura según sus intereses. El escritor establece su propio eje de fugas, es decir, un eje de argumentos implícitos que convergen para hacer realidad el mismo fin; prepara premisas primeras que ya contienen los datos relevantes de las premisas segundas, o prepara premisas posteriores que contienen los datos que reclaman las premisas anteriores. Si consigue esto, su discurso será especialmente convincente. De estos modos, el escritor o el pintor consigue presentar un cuadro, imagen, *Bild* o *picture* en el que el lector puede quedar enredado eficazmente si no capta los artificios que fundamentalmente se deben a las preferencias del autor del texto. Para leer con libertad, el lector habría de estar en condiciones de poder individuar, al menos, los fondos

En esta forma de trabajar todos los movimientos han de ser binómicos, modelados sobre el sí/no, es decir, sobre una afirmación y su negación. El primer momento, que es el de la igualdad de los puntos en el espacio monomorfo, ya está puesto; sólo queda negarlo. Éste es el punto de partida de las teorías de la justicia actuales. Rawls, por ejemplo, trata de introducir a sus lectores en una ratonera lógica en la que la primera vivencia desplaza a otra vivencia primera, es decir, el deseo de igualdad se ve contradicho por las desigualdades existentes, o son estas desigualdades las que fuerzan la emergencia del deseo de la igualdad individual. Es necesario en este tipo de pensamiento ‘poner’ dos puntos o cualidades humanas irreductibles y mutuamente excluyentes, por lo que son argumentaciones *ex terminis*, es decir, determinadas concluyentemente, y sin otra vía de escape; porque la negación de un punto o término ha de suponer necesariamente la exclusión negativa del otro: de ahí su capacidad persuasiva para quien ha aceptado algún tipo de estos planteamientos *ex terminis*.

El lector atrapado en ellos irá de un lado para otro sin encontrar una respuesta que no sea la negación de lo que ha sido puesto en primer lugar. Algunos politólogos hablan actualmente del Estado paternalista-perfeccionista (que nos fuerza a todos para actuar ‘bien’) y del Estado humanista-permisivista: quien haya aceptado este planteamiento habrá caído en un dilema ya que, decida lo que decida, decidirá mal, aunque –eso sí– decidirá con gran rigor lógico. Condición *sine qua non* de estos planteamientos teóricos es adelgazar extraordinariamente los términos del problema propuesto, de modo que el lector sólo pueda contestar un sí/no o un no/sí.

¹³⁴. Arnold Gehlen nos advertía que “En el trato o intercambio, las cosas son tomadas en consideración y apartadas por orden; a consecuencia de este proceso son enriquecidas también inadvertidamente con una elavada carga simbólica, de tal manera que, finalmente, sólo el ojo, sentido incansable, las abarque con la mirada, las ‘super-vea’ y vea ‘al mismo tiempo’ en ellas sus valores de uso y trato, de forma que, finalmente, la plenitud irracional y sorpresiva de las impresiones es reducida a series de centros (cosas) abarcables con la mirada”. *El hombre...*, cit., pág. 46.

Ciertamente, el proceso al que alude Gehlen es una constante del espíritu humano. Pero los focos visuales pueden ser robustecidos en medidas distintas, y el autor sistemático los fortalece en la medida máxima: así le resulta más fácil llevar al lector hasta los ejes de su obra.

¹³⁵. No siempre está claro lo que es un morfismo. Podríamos decir que aparece esta figura cuando Y y X encajan en la misma categoría.

destacados, las imágenes resaltadas, las técnicas con las que el autor ha resaltado estas imágenes jugando con los fondos pictóricos, o el entronque del texto con el sentido común predominante en ese momento; es decir, ha de estar en condiciones de superponer él la *picture* que le es ofrecida sobre los recursos lingüísticos que hacen posible ese cuadro que tiene ante sí¹³⁶.

Hoy, el lector de Rawls y de Habermas –que también usan este método constructivo- pasa por un proceso psicológico interesante: cree comprender estos libros cuando está en condiciones de recorrer sin grandes dificultades el proceso de ida y vuelta que es propio de una síntesis a priori: ha entendido finalmente la médula de la propuesta doctrinal que estudia, y se regocija porque él cree que ha comprendido estas teorías¹³⁷. Se le escapa que solamente ha reconciliado en él mismo el desarrollo argumentativo de estas obras con la imagen (óptica) que le ofrecen estas explicaciones¹³⁸. Ferdinand de Saussure nos explicita este mismo hecho desde otro punto

¹³⁶ . En las teorías del derecho las convergencias o ejes que hunden en un primer momento el discurso para, al mismo tiempo, realzar lo que el autor en cuestión quiere imponer al lector, suelen estar presentes desde la primera línea. El que se expresa pintando ha de crear él los fondos en los que convergen la mirada, y esto lo hace él a sus expensas, porque él ha de elegir aún los escorzos desde los que quiere construir sus planos. Pero históricamente, en la disciplina de la teoría jurídica, aparece como obvio ante el que quiere comenzar a escribir o a leer, que el derecho se compone de normas. Otto Mayer, Nawiasky, o Kelsen, ya disponían de un objeto individuado sobre el que trabajar incluso antes de comenzar las redacciones de sus ensayos. La mayor parte de los trabajos que suscitan las creaciones desde las perspectivas ya las tenían resueltas.

¹³⁷ . A veces es realmente así gracias a la racionalidad que es común al autor y al lector. En el caso de máxima comunicación, esta comunidad en la racionalidad es la que permite entender los motivos que tuvo el autor. Habermas indica que “Este proceso se explica en función de la racionalidad inmanente con la que cuentan los intérpretes. Por ello, los intérpretes sólo aclaran el significado de una expresión oscura cuando explican cómo se ha producido dicha oscuridad”. *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. de R. García Cotarelo, Península, Barcelona, 1985, pág. 44.

El problema para aceptar sin reservas este momento de Habermas reside en que él concede una importancia especial a la hermenéutica, término bajo el que engloba los mundos simbólicos en los que viven los seres actuantes, ya que entiende que existe un contexto de precomprensión de naturaleza holista que hace posible la comprensión.

¹³⁸ . Bajo estas teorías está operativo un cierto materialismo que imagina un Todo sistemático y en cierto modo material capaz de ocupar el espacio o de ser representado en él: ¿Quién no entiende la figura de la pirámide normativa? Hasta el siglo XVII fue desconocido este tipo de representación del orden jurídico: el derecho común, el derecho canónico, el derecho dictado por el Rey, los órdenes jurídicos locales y el derecho consuetudinario, compartían un mismo ‘espacio’. Los libros de derecho premodernos, algunos de ellos de gran calidad técnica, no poseían pretensiones lógico-sistemáticas. Los del derecho común comentaban los problemas expuestos en el Digesto y en la Instituta y, con el pasar de los siglos, perfilaron con bastante claridad los fundamentos, supuestos, alcances o relaciones de cada institución jurídica. La suya fue una *jurisprudencia* de instituciones comentadas según los negocios a los que ya habían sido aplicadas.

En cambio, el espíritu de la *Analytical School*, o el de los *Juristische Grundbegriffe*, parecen tener en su base la idea de que el ordenamiento jurídico, al constituir un todo tan material como cerrado (algo como un acotamiento en el espacio plano), habría de reposar sobre estructuras formales que tenían que ser descubiertas a través de la inducción. Así llegaron a un formalismo conceptual pero con un

de vista: “La imagen gráfica de las palabras nos impresiona como un objeto permanente y sólido, más idóneo que el sonido para constituir la unidad de la lengua a través del tiempo. Aunque este vínculo sea superficial y cree una unidad puramente científica, es mucho más fácil de captar”¹³⁹. Aunque es preciso reconocer también que una obra de arte merece este nombre cuando la representación sobrepasa en capacidad representativa a lo aparentemente sólo presentado en el texto; en tal caso el lector logra entender más que lo que ‘vería’ si contemplara lo original en lo que se inspiró el pintor. Aunque, a la vista de este hecho continuamente repetido, ¿existe el original? Tratándose de textos escritos, el lector incorpora la imagen que él crea, tenga o quiera, a lo expuesto en esas páginas. Pero normalmente el momento creativo se detiene en lo que presenta el texto según estos contextos de justificación¹⁴⁰.

La ciencia del derecho acusó inmediatamente este cambio de la mentalidad científica. Desde el siglo anterior los juristas estaban abrumados por los reproches de los Humanistas, y pareció que había llegado el momento de romper con el proceder inquisitivo y detallista propio del jurista y situar en su lugar un solo cuerpo metódico que creara sus objetos al mismo tiempo que desarrollaba el método. Ya no mandarían más ni los hombres ni los objetos diversos, sino la razón universal, siempre exacta, que nos proporcionaría un conjunto de reglas tan evidentes y precisas como el propio proceso racional. La razón dejaba de ser un instrumento más en el conocimiento de las cosas (una medida ya medida por lo que había de medir¹⁴¹) y extendió su uniformidad simultáneamente justificativa y presentativa, porque ofrecía lo evidente al mismo tiempo que lo descubría. La jurisprudencia perdió su autonomía en un doble sentido: de

relativismo en los contenidos del derecho. Esta tesis es bastante discutible, porque también el idioma posee estructuras formales, y el idioma, aunque sí es entendido como un todo, no evoca tan inmediatamente la figura de un cuerpo material.

Pero la forma de proceder de Kelsen arroja alguna luz sobre esta idea. Kelsen exige una figura formal, que es el ordenamiento jurídico que se exhibe ante nosotros, y que el fundamento de la intuición de ese orden sea el territorio el Estado en que existe. Pues el tema básico para la comprensión de la *Rechtslehre* no es el deber-ser de las normas jurídicas, ni los *Hilfsbegriffen* que los juristas extraen desde ellas, sino el territorio en el que ‘vive’ ese ordenamiento, que es el ámbito más originario por intuitivo para conocer el derecho.

¹³⁹. *Curso de lingüística general*, trad. M. Armiño, Akal, Madrid, 3ª reimpresión, 1987, pág. 54.

¹⁴⁰. Lo que suele venir después en el tiempo suelen ser los resultados de actitudes epigonales que giran reiterativamente en torno a la obra original; por ejemplo, ¿hay alguien que pueda leer con gusto los comentarios de Cayetano a Tomás de Aquino? ¿Hay quien pueda leer con interés los libros de los kantianos a la obra de Kant? No convencen los profesionales de la reventa de ideas.

¹⁴¹. Tomás de Aquino mantenía que “*Illud enim quod mensuratur, non videtur esse aliud quam mensura*”. *In octo libros Physicorum Aristotelis expositio*, Marietti, Torino-Roma, 1965 § 636.

un lado, ya no sería distinta de las otras ciencias; de otra parte, ya no dependería de los objetos plurales que el razonamiento jurídico habría de individuar para más tarde regular.

Ésta era la entraña del nuevo *mos geometricus seu arithmeticus* aplicado al derecho. En la física estaba consistiendo ante todo en despojar a los objetos de sus cualidades secundarias para reducir su estudio sólo a lo que pudiera ser conocido según peso, número y figura: ésta era una exigencia básica en Descartes y Galileo. Aplicada al derecho, significaba que el nuevo jurista había de dejar de lado las *qualitates* (la de ser padre o hijo, propietario, testador o arrendador, porque éstas serían cualidades secundarias) para considerar únicamente voluntades individuales aisladas. Tenían disponibles los materiales para la construcción, pues la figura romana del *status naturae* les brindaba la posibilidad fácil y sin estridencias para hacer una nueva ciencia jurídica que partiera desde esta consideración individualista. Entre los juristas del siglo XVII, Hermann Conring, Johannes Althusius y Hugo de Roy se levantaron expresamente contra esta posibilidad. Pero sobre sus obras recayó un *altum silentium*, porque después de seiscientos años de comentar y aplicar el derecho romano, la jurisprudencia tradicional parecía agotada: *Mensura non suffert perpetuitatem*.

Este modo de trabajar en el derecho era ‘constructivista’ porque el jurista-científico no explicaba lo que ya percibía, sino que reducía lo percibido a sus elementos más simples –los individuos- y desde alguna cualidad que cada jurista supuso la dominante en las personas aisladas, construyó su Filosofía política que abarcaba también al derecho. Procedieron desde el punto a la línea, desde ésta al ángulo, desde ellos a la figura, desde las figuras a la extensión.

La suma de las voluntades individuales, empujada por alguna necesidad que era supuesta como la dominante entre los hombres, llevaba directamente a la formación de la voluntad colectiva. Grocio estableció que la necesidad que movía a los individuos era el deseo de la sociabilidad; lo mismo mantuvo Pufendorf en una de las versiones de su teoría; para Thomasius la necesidad primera era la de vivir bien, *vivire diuturne et foelissime*; para John Locke, la protección de las propiedades privadas; para Kant el hacer posible la esfera de libertad de cada individuo de forma que cada uno estuviera en condiciones de hacer real su plan moral de vida.

La descripción del individuo aislado compuso la primera parte de muchos tratados de derecho natural, llamada “Derecho natural absoluto”. La segunda parte era

llamada “Derecho natural hipotético” porque estaban redactadas bajo la hipótesis de que los hombres contrajeran matrimonios, que formaran una sociedad familiar, o política, etc. La continuidad metódica funcionaba perfectamente, porque el único patrimonio del hombre aislado era su voluntad libre, y precisamente mediante el ejercicio de esta voluntad libre creaba la sociedad política y, más tarde, la familia. Todo el derecho natural procedía desde un único nervio –el prosilogismo de los escolásticos- que servía tanto para explicar la formación de la sociedad política y sus leyes como las sociedades ‘adventicias’. Fue la edad de oro de todo tipo de doctrinas contractualistas, unas más coherentes con este nervio universal, otras apartadas de él solamente en parte.

El *mos geometricus* no tuvo, sin embargo, nada de diáfano. Los nuevos jusnaturalistas, una vez que, obedeciendo a la mentalidad que encarnó Descartes, habían suprimido las *qualitates secundariae*, consideraron el yo-tú-él, y obtuvieron así un agregado simplemente aritmético: la *multitudo*, el *populus* o *coëtus*. Pero ¿acaso en el pueblo no hay padres e hijos, empleadores y empleados, y la afirmación de la objetividad de la relación paterno-filial o de la contratación no es tan exacta como la individualidad del hijo o del padre o del empleado y de su empleador? No respondieron a esta pregunta: como consideraban unidades aritméticas, iguales por definición, sólo contestaron que por naturaleza nadie tiene un privilegio para dictarle la conducta a otro.

(Los resortes del movimiento de esta nueva forma de proceder) Estos *moderni* disociaron lo que es una realidad de sus movimientos. De acuerdo con una observación elemental, los movimientos son las formas de expresarse de cada cosa, por lo que la indagación sobre lo que es algo ha de comenzar por el estudio de los movimientos de lo que queremos conocer. ¿Podemos conocer lo que son las cosas en sí? Tomás de Aquino, frente a Platón, reiteró que no¹⁴². Estableció que los hombres solamente conocemos las cosas por ‘algunos’ de sus efectos¹⁴³ y dejó establecido que es la fuerza o el movimiento

¹⁴² . Este tema es francamente extenso en el de Aquino. Algunas declaraciones muy directas sobre él en *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*, Tomus Sextus, “Opera Omnia”, Romae, 1570, L. II, Dist. 22, q. 1, *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio* § 2180, *Suma teológica*, I, q. 12, art. 4, o *In Post.* § 461. En estos lugares mantiene que el hombre conoce según ‘su’ sustancia, por lo que no puede llegar a conocer lo que son las cosas en sí mismas. Ciertamente, definimos las cosas, pero las definiciones no son demostrables. Vid. *In Post.* § 426.

¹⁴³ . Vid. *In Post.*, cit., § 363, o *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu “Summa contra Gentiles”*, Marietti, Torino, Roma, 1961, § 2188. En realidad, las conocemos por algunos de sus accidentes. Vid. *In tres libros de Anima*, Antwerpiae, 1612, vol. III, L. I, lect. 1.

de cada cosa lo que nos muestra lo que es esa cosa: *Virtus naturam rei monstrat*¹⁴⁴. La razón última de esta actitud está en la tesis más básica sobre este tema: únicamente conocemos algo por su misma actualidad ante nosotros: *Ex ipsa actualitas rei*¹⁴⁵. Como es lógico, para el de Aquino la naturaleza de una cosa no es algo estático: es esa fuerza interna de cada ser que le lleva a desarrollarse con toda la fuerza de su ser¹⁴⁶. Ésta es la actitud del biólogo que estudia al hombre, es decir, del antropólogo.

El hombre no se manifiesta como tal, a no ser que el estudioso lleve las abstracciones hasta límites poco recomendables. El derecho considera a los hombres como seres que pueden constituir sociedades anónimas, que ingresan en un club, que compran o venden, que tienen intereses en la administración pública, o que han de pagar impuestos. Solamente el derecho penal, que no suele distinguir entre la causa próxima de un derecho o deber y el título último por el que es exigible ese deber o derecho, considera al *homo qua talis*; pero el derecho penal es una rama del derecho bastante distinta de las demás, y no sirve como paradigma en el momento de la explicación del orden jurídico¹⁴⁷. Desde este punto de vista, junto al derecho penal están los derechos humanos; pero estos derechos, al ser operativos, se disuelven en el conjunto abigarrado de las instituciones que componen el ordenamiento jurídico y forman parte de cada instituto, pues nadie dice: a) como ser humano tengo derecho a las compraventas; b) hago uso de este derecho en esta compra concreta. Soy consciente de estar elementalizando cuestiones que son más complejas, pero la idea que dirige ahora el discurso permanece inalterada: los hombres vivimos como hombres, y se nos ha de estudiar como seres humanos, cuando realizamos los movimientos que son propios y específicos del género humano.

Los autores constructivistas en el derecho y en la política prescindieron entonces y prescinden también hoy de esta pluralidad de movimientos. Ellos quieren una teoría

¹⁴⁴ . *Sum. Gent.* § 852, entre otros lugares.

¹⁴⁵ . Vid. *In librum de causis expositio*, Marietti, Torino, 1972, § 168.

¹⁴⁶ . Es un tema que puede quedar resumido cuando indica en *Suma teológica* I, q. 39, art. 2, que “*Natura designat principium actus. Essentia vero ab essendo*”. En otros momentos matiza más y explica que existen dos nociones de la naturaleza de algo: “*Principium intrinsecum in rebus mobilibus, y quodlibet ens*”. *Suma teológica*, I-II, q. 10, 1. Por lo general mantiene que lo natural consiste en poseer el principio del movimiento en sí mismo: *In Phys.* § 145, es decir, el *Principium motus in eo in quo est*. Vid. *Sum. Gent.*, § 2041, ya que la naturaleza es el principio intrínseco del movimiento de cada ser: *Suma teológica*, I, q. 29, a. 1. Su visión de la naturaleza es decididamente dinámica, ya que ella es el “*Principium motus et mutationis*”. *In Phys.* § 276.

¹⁴⁷ . Vid. mi estudio *El derecho penal en la definición del derecho*, en “*Persona y Derecho*” 40 (1999) págs. 307-322.

unitaria que arranque desde un solo rasgo de lo humano y que prosiga argumentativamente ese dato solitario: proponen éticas sociales de línea recta que han de prescindir de las diversas formas de manifestarnos los hombres¹⁴⁸. En la Edad Moderna, los teóricos a los que aludo inician normalmente sus razonamientos normalmente, sin ninguna explicación, desde la libertad e igualdad iniciales de los hombres en el estado de naturaleza, que es un estado o situación que presentan como evidente o de valor obvio. Es así como proceden también hoy Habermas o Rawls. La forma de razonar que hay que seguir para hacer avanzar el razonamiento práctico desde esta libertad inicial es la forma matemática: “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. Pues la razón no es sino cálculo”, había indicado Hobbes programáticamente¹⁴⁹. En este razonamiento práctico-matemático la regla fundamental es el principio de no-contradicción. Así, Gundling entendía que todas las personas saben que han de cumplir sus promesas y pactos, si no quieren llevar una vida infeliz y vivir incómodamente. Y es un loco quien hace un pacto y no lo cumple, pues no existe nada

¹⁴⁸. Una crítica universal a este tipo de teorías éticas es la que expone Massini citando a Finnis: “No se puede afirmar razonablemente que mucho conocimiento sea más útil que un poco de belleza y amistad, o que la vida humana valga más o menos que la generosidad o que la capacidad reproductiva; en rigor, estos bienes son incommensurables, y lo son porque pertenecen a una especie distinta de la de los resultados técnicos... su simple pretensión resulta un sinsentido, “un sinsentido -escribe Finnis- en que lo es el tratar de sumar conjunte. el tamaño de esta página, el número seis y la masa de este libro.

Los bienes -continúa el prof. de Oxford- podrían ser medidos y computados del modo requerido por una ética consecuencialista sólo si a) los seres humanos tuvieran un único y bien definido objetivo o función (un “fin dominante”), o b) los diferentes objetivos que los hombres persiguen de hecho tuvieran un denominador común, tal como ‘la satisfacción del deseo’.

Pero ninguna de estas condiciones se da; sólo un fanático inhumano pensaría que el hombre está hecho para realizarse en una sola dimensión o para un sólo propósito... Si alguien afirma que el significado unívoco de ‘bien’ es ‘satisfacción del deseo’, debemos repetir que esto no tiene ninguna plausibilidad para cualquiera que reflexione serenamente sobre los principios básicos de su inteligencia práctica”. (Finnis, *Natural Law...*, pág. 113). *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., págs. 71-72.

Es un tema que remata indicando que En lo que a nuestro tema interesa de modo principal, es necesario destacar la eliminación de todos los que podríamos llamar “bienes humanos fundamentales”, aquellos que sin ser el bien absoluto, son bienes o valores reales en orden a la perfección humana.

Es necesario recordar aquí que, como escribe De Finance, “el término ‘valor’, del mismo modo que el término ‘bien’, es analógico. No hay un género ‘valor’ que se distribuiría unívocamente entre los diversos ‘valores’ particulares. Hay ‘valores’ cualitativamente diversos, entre los que es imposible establecer un sistema de equivalencias (Joseph De Finance, “L'affrontement de l'autre”. U. Gregoriana. Roma, 1973, pág. 259). *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., pág. 74.

¹⁴⁹. *Leviatán*, cit., págs. 148-149. Esta tesis se mantiene firme a lo largo de la Modernidad, y Daniel Nettelbladt escribía que “Insignem hic praestat usu matheseos cognitio, cum ea contineat maxime perspicuam ideas exemplares de genuina problematum resolutione”. *De optima Jurisprudentia practica docendi methodo instructiva*, Halae Magdeburgicae, 1747, pág. X. El primer estudio del que tengo noticia en el que se pretende aplicar este nuevo método es el de Georg Mars-Mann, *Tractatus mathematicus-juridicus*, Jenae, 1674. El estudio de Johann Balthasar Wernher, *De methodo genuina leges Naturae et Gentium investigandi*, Lipsiae, 1698, fue otro escrito programático más.

más demencial que contradecirse; la contradicción según Gundling pertenece *ad dementia et furorem*¹⁵⁰.

Diseñaron una razón que ya no es medida por las cosas, sino que es ella misma la constructora de la vida práctica del hombre¹⁵¹ según las leyes de la mecánica, es decir, el principio de acción-reacción, y el principio de no-contradicción¹⁵². Desde el estado *natural* del hombre, esto es, desde las diversas representaciones imaginativas que cada cual hizo acerca de los individuos aislados, cada autor acentuó un rasgo determinado y fundamental al hombre, y desde esta supuesta tendencia fundamental, cada jusnaturalista desarrolló su propia doctrina. Lo realmente singular estuvo en que todos estos autores se remiten a una noción de la *natura hominis*, que suponen acabada o por lo menos suficiente para sus fines, como el pozo inagotable desde el que podemos obtener todas las normas de conducta. Ciertamente, entre la actitud metafísica de Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez (que fueron los que popularizaron esta tendencia intelectual), y el nominalismo que invade la *Juris Naturalis Disciplina* de la mano de Samuel Pufendorf y sus discípulos, hay diferencias notables. Pero en este punto más pragmático estuvieron de acuerdo: todos ellos afirmaron una *pura natura hominis* que es tan refractaria a Dios como a la Historia. La noción griega de praxis, que implicaba volver sobre los propios pasos para rehacer continua y contingentemente lo ya hecho para hacer mejor lo que hacemos ahora, le es ajena. Hegel recabó, expresamente frente a ellos (que personificaba en Kant) la figura del círculo como la más adecuada para describir la vida del hombre¹⁵³. Pero los dados estaban echados para los siglos XIX y XX, y desde entonces las teorías sobre la justicia y el derecho natural han ido asociadas a alguna teoría sobre la naturaleza humana. Sucedió como si a estos

¹⁵⁰. “Alle die vor honette Leute passiren wollen, müssen ihre Promisse und pacta halten, sonst werden auch ihre promisse und pacta ebenfalls nicht halten, und sie werden Zeit Lebens unglücklich seyn, und incommode leben müssen. So ist auch derjenige ein Narre, der pacta macht, und hält sie nicht. Denn es ist nicht nährischer, als wenn sich einer contradicirt; ja sich contradiciren gehört ad dementia et furorem”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii ...*, cit., Liber I, cap. 9, § 3.

¹⁵¹. Una muestra de la fe en las posibilidades y en la imposibilidad de la ‘razón’ la tenemos en la obra de Johann Christian Edelmann, *Die Göttlichkeit der Vernunft*, 1742, que, por su solo título, es expresiva. Existe *reprint* de Frommann-Holzboog, de 1977.

¹⁵². Los *moderni* tuvieron una visión Aritmética de la razón, de forma que todo pensamiento humano era sumar-restar. Por lo que se refiere al espíritu, ellos tendieron a disolverlo en Pneumatología. Thomasius, por ejemplo, comentaba que “Ad istum absurdum refero totam scholasticorum Pneumaticam, seu Philosophia de Spiritibus”. *Institutiones Jurisprudentiae Divinae libri tres*, Halae, 1702, L. I, cap. 3, § 66.

¹⁵³. Vid. *Principios de Filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. de Juan L. Vermal, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1973, § 2, agregado.

autores (normalmente filósofos, no juristas), les resultara humillante que la filosofía buscara lo que no era capaz de descubrir, de forma que el presupuesto inicial constituyera realmente el problema.

Se trataba de establecer un principio supremo y único (cada autor propuso el que quiso¹⁵⁴) para construir desde él, de una forma pretendidamente deductiva, un sistema del derecho natural¹⁵⁵. Un escrito didáctico acerca de este método en el derecho, fue el de Johann Ulricus Roeder, “De principiis Juris naturalis”¹⁵⁶ que, aunque tuvo escasa difusión en su tiempo, resume bien los ideales metódicos del nuevo jusnaturalismo. Por su parte, Gribner, siempre entusiasta de la nueva Filosofía práctica, expuso la confianza que depositaron los jusnaturalistas en el método axiomático-deductivo, y él entiende que sería el siglo XVIII el que lo haría realidad, felizmente, en el derecho¹⁵⁷. Pero, aparte de la confianza en este método, mostrada en muchos escritos programáticos, normalmente redactados en tonos ditirámicos, es poco lo que encontramos acerca del pretendido método axiomático-deductivo aplicado a la ciencia práctica humana. Rübél se contentó con indicar que era necesario¹⁵⁸, y el Barón de Ickstatt (el único católico

¹⁵⁴. Las polémicas acerca del único principio fundamental del derecho natural comenzaron muy pronto. Vid., por ejemplo, a Christian Röhrensee, *Dissertatio de Fundamento Juris naturae*, Witerbergae, 1687. Gottlieb Alert, *Fundamentum legis naturalis brevis evolutio*, Lubeck, 1701. En 1702 aparece, en Frankfurt el *Tractatum Juris Gentium de Principis Juris naturalis unico, vero et adaequato*, de Samuel Coccejus, que ataca agudamente este método pretendidamente deductivista. Jacobo Ludovici publica al año siguiente, en Marburg, sus *Dubia circa hypothesim de principio Juris naturae ejusque vindicias*, en donde muestra la falta de precisión y la arbitrariedad de la exactitud de los que dicen seguir este modo de proceder; su ataque se dirige fundamentalmente a Pufendorf. Estas obras provocaron un alud de escritos, normalmente *Dissertationes*. Vid. Immanuel Proelius, *De origine diversorum Juris naturae principiorum, quatenus nec unica, nec adaequata vera sunt*, Lipsiae, 1703. Joachim Henricus Sibrand, *An datur principium Juris naturae verum, primum, unicum, adaequatum et evidens, nec ne*, Rostock, 1703. Más tarde, aparecen los dos estudios de Friedrich Alexander Kühnhold, *Origines dissensuum in doctrina Jurisprudentiae naturalis*, Lipsiae, 1722, y *Oratio de logomachiis circa principium Juris naturae*, Lipsiae, 1723.

¹⁵⁵. Esta forma de proceder ya estaba presente en los innovadores del siglo XVI. Vid., acerca de este tema, H. Schüling, *Geschichte der axiomatische Methode im 16. Jahrhundert*, Reprint de Georg Olms, 1969. El escrito programático quizá más divulgado en su momento fue el de Johann Christian Claproth, *Vertheidigung der mathematischen Lehrart in der Jurisprudenz*, en “Sammlung juristisch-philosophisch und kritischen Abhandlungen”, Zweyte Stück, Göttingen 1743. Ésta es una obra de calidad.

¹⁵⁶. Hildburghusea, 1783.

¹⁵⁷. “Cum proximo saeculo Jurisprudentiam naturalem in ordinem redigere, atque ab incertitudine et confusione liberare certatim...”. *Principiorum iuris naturales libri I.*, Vitemberg, 1724, 5ª edición, cap. IV, § 1.

¹⁵⁸. “Wenn wir das Recht der Natur durch eigenes Nachsinnen heraus bringen wollen, so ist vor allem Dingen nöthig, daß wir unsere Natur auf das sorgfältige untersuchen, damit wir die Principia nach und nach bekommen, an welche wir uns in dem Fortgange dieses Werkes halten werden ... Principium nennen wir alles dasjenige, welches den Grund von einem andern in sich hält ... Man siehet schon hieraus, da wenn ein Principium und principiatum richtig seyn soll, so müssen sie mit einander connex seyn, und muß sich das principiatum aus dem Principia begreifen lassen”. *Das Gründlichbeweisene Recht der Natur*, Wittemberg, 1735, cap. I, § 1.

conocido que en el siglo XVIII participó en el movimiento jusnaturalista¹⁵⁹) recordaba la necesidad de establecer unas *Definitiones* y *Postulata* ciertos e indubitables desde los que obtendremos *axiomata et propositiones*; los *axiomata* participarían del carácter indemostrable de las definiciones¹⁶⁰. Y no añadió más.

Fue ya muy tarde, en el período crepuscular del *Jus naturale et gentium* (a finales del siglo XVIII), cuando estos autores siguen masivamente la filosofía crítica kantiana, cuando proporcionaron explicaciones más prolijas acerca del método sistemático¹⁶¹. Schmalz pretendió haber procedido, según declara él expresamente, de forma axiomática-deductiva¹⁶². Pero todo quedó en declaraciones de intenciones. En las obras jurídico-jusnaturalistas que efectivamente se publicaron, el método se redujo a proceder desde lo general, que se suponía más evidente, a lo particular, siguiendo los consejos que ya diera en su día Petrus Ramus. Lo más general eran los rasgos que observaban en el hombre aislado en el *status naturae*, y lo particular era las categorías jurídicas concretas, como la familia, la propiedad o los contratos. Por lo demás, tanto Coccejus como Ludovici ya mostraron, a comienzos del siglo XVIII, las insuficiencias y absurdos en el derecho del *principium unicum, evidens et adaequatum*, y en general, del pretendido método deductivo-matemático.

La Edad Moderna dijo poner su confianza en el método, y éste había de ser matemático-deductivo. Tal tipo de método resultó inviable en la ciencia práctica, según demostró ya el mismo siglo XVIII con las disputas de base entre los jusnaturalistas que

¹⁵⁹ . Vid. noticias sobre él en Dufour, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII siècle*. Paris, PUF, 1972, pág. 204, nota 528.

¹⁶⁰ . “*Caput IV: De methodo docendi atque discendi Jurisprudentiam ... In numerum principiorum demonstrandi non assumuntur, nisi definitiones exasciatae, experientiae indubitatae, axiomata, et propositiones iam demonstratae* (Wolf. Log. lat. 562) quapropter, cum methodus demonstrandi in omnibus disciplinis eadem sit ...”. XII. *Axiomata Juris sunt propositiones theoreticae, quas in Systemate Juris absque demonstratione sumere licet ... XVI. Axiomata Juris sunt principia demonstrandi tum Iura, tum Leges. Enimvero principia demonstrandi debent esse certa, ergo et axiomatis sua constare debet certitudo. XX. Postulatum dicitur propositio practica indemonstrabilia; est ergo postulatum Juris propositio practica, qua aliquid in Jure absque demonstratione fieri posse sumitur*”. *Meditationes praeliminares de studio Juris ordine atque methodo scientifica instituendo*, Wirceburgi, 1731, caput IV, § 5.

¹⁶¹ . Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, págs. 30-32.

¹⁶² . Schmalz escribía que “Ich glaubte die Methode der Mathematik hier nachahmen zu müssen, so weit namlich analytische Form der Syntetische nachahmen kann. Schon in der zweyete Auflage meiner *Encyclopädie des gemeinen Rechts* (1804) habe ich darum das Recht der Natur in Aphorismen, in dieser Strengen mathematischen Form dargestellt. Wie aber der Mathematiker von Axiomen ausgeht; so musste ich von Definitionen ausgehen, von den Begriff der Freiheit sicher zu bestimmen, dessen Entwicklung dann das Geschäft der Wissenschaft ist”. *Handbuch der Rechtsphilosophie*, Halle, 1807, Vorrede, pág. VI.

decían seguir el mismo método pero situaban ‘principios únicos’ distintos y llegaban a resultados también diferentes, y el problema que se presenta al investigador de hoy es, ante todo, el de la sinceridad de aquellos teóricos del derecho. Nadie duda de que Hobbes, a su modo y a pesar de sus contradicciones, sí procedió (al menos parcialmente) de forma rigurosa. Pero, Grocio, Pufendorf, Thomasius, Locke, etc., ¿hicieron lo mismo? El primer inconveniente que encuentra el lector de estas obras, son las contradicciones internas de cada cual: Grocio explica en los *Prolegomena* de su “*De jure belli ac pacis*” que en las verdades prácticas existe la misma necesidad que en los desarrollos matemáticos. Pero después, en esta misma obra, se suele remitir al pacto que dio origen a cada relación jurídica que él considera, y desaparece de la vista tal necesidad moral: en su lugar entra la voluntad de los que han pactado, y en otros momentos aparece esa fuente de principios que es la *participatio* con la que la razón humana se comunica con la razón de Dios. Pufendorf tiene varias lecturas para un mismo lector: de un lado, habla de unos *entia moralia*, que sólo son los mandatos contingentes de Dios al hombre; de otra parte hace suyo el juego de *jus seu libertas--lex quae constringit* que ya expusiera Hobbes¹⁶³. Si queremos enterarnos de lo que realmente propusieron, más vale dejar de lado las declaraciones sobre sus propios métodos y atenerse a los puntos de anclaje reales de sus argumentaciones, que frecuentemente son diversos aún en un mismo autor.

Esta forma constructivista de proceder fue más que un movimiento centrado en el estudio del derecho natural. Aquella época quería cambios (en realidad revolucionarios, como mostró el año 1789) y la válvula de escape de las nuevas ideas científicas, jurídicas, morales y prácticamente religiosas, se centró en los libros del nuevo derecho natural¹⁶⁴.

Sobre los constructivismos éticos siempre planea la denuncia de MacIntyre: “La descripción más influyente del razonamiento moral que surgió en respuesta a la crítica

¹⁶³ . Vid., entre otros, mi estudio *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Encuentro, Madrid, 2008, págs. 232 y ss.

¹⁶⁴ . Hervada explica que “Característica de la concepción moderna del derecho natural fue la ruptura –en línea similar a lo que ocurrió en otros campos de la cultura- de esa visión de la sociedad y sustituyó la teología por el derecho natural como ciencia de los principios supremos de la convivencia social. En definitiva, el derecho natural, de ser una de las leyes de la convivencia humana, pasó a ser la ley básica de esa convivencia. Y como consecuencia lógica, la ciencia del derecho natural se transformó en el sustitutivo de la teología moral como ciencia suprema de la vida del hombre en sociedad. Naturalmente, esto implicaba la aparición de la disciplina del derecho natural como ciencia específica”. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Eunsa, Pamplona, 1987, pág. 252.

emotivista estaba de acuerdo con ella en un punto: que un agente sólo puede justificar un juicio particular por referencia a una regla universal de la que puede ser lógicamente derivado ... pero puesto que cada cadena de razonamientos debe ser finita, un proceso de razonamiento justificatorio siempre debe acabar en la afirmación de lo que no puede darse más razón ... Cada individuo, implícita o explícitamente, tiene que adoptar sus primeros principios sobre la base de una tal elección. El recurso a un principio universal es, a la postre, expresión de las preferencias de una voluntad individual y para esa voluntad sus principios tienen y sólo pueden tener la autoridad que ella misma decida conferirles al adoptarlos. Si los que pretenden poder formular principios con los que cualquier agente racional estaría de acuerdo, no pueden asegurar este acuerdo para la formulación de aquellos principios básicos por parte de unos colegas su propósito filosófico básico y su método, hay una evidencia, una vez más, *prima facie*, de que el proyecto ha fracasado¹⁶⁵.

¹⁶⁵ . *Tras la virtud*, trad. A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, págs. 36-37.

II

LA PLENITUD DEL EMPIRISMO

He expuesto sucintamente el empirismo de Hobbes y el muy extraño fenomenismo de Locke, que llevaron hacia una filosofía constructivista que creaba sus objetos al mismo tiempo que los estudiaba. Hobbes fue un teórico de la ciencia, simultáneamente de las ciencias naturales y humanas, ya que, como materialista no veía diferencia entre unas otras. Locke se contradijo *todo coelo* porque expuso una doctrina estrictamente fenomenista, negó consecuentemente las ideas innatas, pero exigió el máximo respeto por las propiedades tal como ya estaban repartidas: no existían ideas innatas pero sí el derecho innato a ser propietario sin limitaciones.

¿Por qué se impuso el método empirista como el único válido para cualquier tipo de ciencia, y por qué fue el triunfador desde el siglo XVIII al siglo XX? Desde un punto de vista muy teórico que ignora deliberadamente las motivaciones prácticas y personales (que parece que fueron las realmente decisivas), el prestigio sobrehumano que alcanzó el método de Newton, que pasó a ser considerado como 'el' método científico, llevó a las restricciones epistemológicas de los empiristas. Fue David Hume (1724-1774) quién llevó más lejos estas restricciones, y este filósofo pasa por ser el referente más universal de la filosofía empirista. El empirismo fue la teoría de la ciencia triunfante en las Edades Moderna y Contemporánea: esta doctrina constituyó el filtro por el que fue entendida la propuesta de Newton. Se impuso arrolladoramente en el Iluminismo, quedó parcialmente desprestigiada en el siglo XIX, y volvió a imponerse en el siglo XX, hasta el punto de constituir la propuesta metódica científica más representativa de este tiempo. En el siglo XX se la conoció como Neoempirismo o Positivismo lógico.

(Es cosa singular cómo la psique humana se ajusta a los juegos más generales de la historia. El empirismo adquirió su prestigio en los tiempos revolucionarios, el siglo XVIII. Triunfó en 1789, con la Revolución. Entró parcialmente en crisis con la estabilización revolucionaria que impuso Napoleón Bonaparte. Pero cuando las monarquías tradicionales (Prusia, Inglaterra, Austria, España, Rusia) vencieron a Napoleón y se impuso la vuelta al legitimismo monárquico, se desprestigió. Al acabar la

Primera G. M., la monarquía resultó desprestigiada, en parte porque aquellos monarcas habían conducido a esa guerra (el Káiser hubo de abdicar) y en parte porque resultó una forma política nueva, el comunismo, que se alzó pronto con un gran prestigio: entonces volvió el empirismo a su pedestal hegemónico. El empirismo fue de hecho, afectivamente (por más matizaciones que se puedan hacer sobre sus diferencias con el materialismo dialéctico) la forma científica del tiempo revolucionario. Cayó con la caída del prestigio del pensamiento revolucionario, y actualmente ha quedado una mentalidad confusa que no cree en nada pero que tampoco abandona las negaciones epistemológicas sobre las que se levantó el empirismo).

Hoy, tal como están de hecho las cosas universitarias, no tiene mucho sentido discutir con los marxistas, o con los positivistas como Kelsen; tampoco tiene sentido discutir con los empiristas: ¿por qué, entonces, estas páginas? El empirismo ha acuñado el siglo XX, y los universitarios de izquierda se siguen refugiando colectivamente en la ‘modestia epistemológica’ propia de esta filosofía de la ciencia. Los que no somos empiristas decimos que existe la ‘cosa’ de la compraventa como una realidad distinta de la cosa del arrendamiento: es decir, de algún modo somos platónicos. Sobre todo, y éste es el punto capital, decimos que los seres humanos somos algo más que animales con consciencia, y que cada ser humano constituye una persona, a la que va indisolublemente unida la autonomía y la dignidad. Los universitarios de izquierdas hablan de los derechos humanos, pero jamás han afirmado que cada hombre constituya una persona.

Es tal la vinculación entre materialismo, empirismo y relativismo ético que antes de seguir adelantando conceptos, es preferible exponer los nervios básicos del empirismo, porque al desmontar una teoría sobre la ciencia aparecen diversos factores que operan igual en la teoría de los métodos científicos y en la teoría de la ética. El ser humano no tiene en su razón compartimentos estancos que le permitan pensar de una forma en la filosofía teórica (ciencias naturales) y de otro modo en la filosofía práctica (ética individual y social): vivimos entre isomorfismos.

Desapareció la Filosofía como el “Saber por las últimas causas”

El problema teórico más fondo que desencadenó la mentalidad empirista fue el siguiente: un bioquímico nos explicará que el factor ‘x’ contenido en el azúcar daña las arterias de los animales porque descompone el factor ‘y’, que está contenido en esas arterias; si le preguntamos al bioquímico que por qué es esto así, nos explicará que la peculiar estructura molecular del factor ‘x’ es incompatible con la estructura molecular del factor ‘y’, y que en la pugna entre ambas moléculas, el elemento ‘x’ hará desaparecer al ‘y’. La suya es una respuesta siempre necesariamente penúltima, porque lo que debería explicarnos es *por qué* la estructura molecular de ‘x’ deshace la estructura de ‘y’. Si le acosamos con esta pregunta nos dirá –posiblemente molesto- que esto es así porque esto es lo que muestra la experiencia del laboratorio.

(Nuestra ciencia descansa sobre el escalón más humilde de la experimentación, esto es, manteniendo que esto es así porque así se muestra de hecho. Esto se nos muestra de forma especialmente asequible en la medicina. En ella, cualquier médicamente diseñado según los cálculos bioquímicos más elevados ha de pasar el test prosaico de la verificación en los pacientes. La verificación determina que productos que han sido posibles gracias al uso de alta tecnología se muestren inútiles, y es también este éxito ‘de hecho’ el que avala técnicas de terapia que carecen de cualquier fundamentación teórica, como es el caso de la acupuntura)

En un plano más amplio, la conciencia científica occidental comenzó a entrar en crisis a partir del siglo XVI. Desde los orígenes de la historia, todos los hombres habían entendido que nuestro planeta era el centro de lo que existía. Teníamos la ‘bóveda celeste’, es decir, el conjunto de las estrellas que nos acompañan armoniosamente cada noche. Todas las religiones habían considerado que un lugar determinado del planeta era el centro del Universo: por ejemplo, para los hebreos, el centro era el cerro sobre el que estaba construido el templo de Jerusalén. Pero esta mentalidad va desapareciendo conforme avanzó la Baja Edad Media. ¿Desde cuando estaba convencido un sector de los científicos que la Tierra era un planeta más que giraba en torno al Sol? A menos que se descubra algún manuscrito nuevo, no tenemos respuesta a esta pregunta. Fue Galileo el primero que mantuvo públicamente que es la Tierra la que gira en torno al Sol, pero no fue original porque, decenios antes, Copérnico había hecho cálculos geométricos dejando tranquilas a las estrellas y suponiendo que era nuestro Planeta el que se movía,

y obtuvo un éxito notable porque esta nueva hipótesis deshacía más problemas que problemas planteaba.

Parece que el hombre de comienzos del siglo XVII, aún antes de que Galileo estableciera sus tesis astronómicas, era pesimista porque estaba desengañado. El Barroco, a pesar de la alegría que expresan sus iglesias y catedrales, conllevó un cierto fermento de desesperanza. Un español, Sánchez, publicó un breve ensayo titulado “No sabemos nada” (*Quod nihil scitur*) y obtuvo un éxito mundial. La Tierra había pasado de ser el centro del Universo, en el que Cristo realizó la Redención, a ser considerado como un planeta más entre millones de ellos. Además –y este dato parece especialmente importante- el hombre del 1600 comienza a entender que la mente humana no tiene capacidad para entender lo que existe. Cuando Pascal escribe en sus “Pensamientos”: “Me aterran los espacios infinitos”, nos está diciendo, entre otras cosas, que el ser humano carece de fuerza mental suficiente para entender lo que es infinito, es decir, lo que es la realidad en la que vivimos.

En las historias de la Filosofía se establece una continuidad entre Hobbes—Locke—Hume, pero muchos no tienen en cuenta que entre Locke y Hume se interpuso Newton. Pues Newton había expuesto un mundo mecánico, movido por un movimiento o inercia universal: sabemos que existe la ley de la gravitación universal, pero no sabemos por qué ni para qué existe, y lo mismo se ha de decir de la totalidad de lo que conocemos. El mundo era una máquina existente desde siempre, y los hombres del siglo XVIII solían recurrir a la figura del reloj para explicar lo que era el universo. En este maquinismo universal Dios estaba de sobre, y pronto se generalizó la expresión “Deus ex machina”, Dios fuera de la máquina. El hombre, con su pretensión de libertad, era igualmente inexplicable, y debiera haberse extendido la expresión “Homo extra machinam”, el hombre fuera de la máquina, pero no fue hasta la segunda mitad del siglo XX, tras las experiencias de la II G. M., cuando algunos autores (pensemos en Max Horkheimer y Theodor Adorno) denunciaron la inhumanidad de esta filosofía de la ciencia. Lo cierto es que la teoría de la ciencia, la teología y la antropología se vieron seriamente afectadas ya en el siglo XVIII por la propuesta metódica de Newton. Este inglés trató de hacer ver que su método no prejuzgaba nada sobre estos otros temas, y publicó a modo de apéndice de la segunda edición de sus “Principios” un tratado, redactado por él, de Teología natural o Teodicea. Pero la marea mecanicista ya puesta en marcha no admitía matizaciones.

El empirismo en su pureza

Fue David Hume el empirista que llevó a esta filosofía hasta sus últimos extremos lógicos. Para un materialista sólo pueden existir ‘fenómenos’, es decir, alteraciones de nuestras extremidades nerviosas: algo afecta al ojo o al oído, y entonces decimos que vemos o que oímos. Descartes había recluido al ser humano –la *res cogitans*- en el interior de sí mismo, porque había cortado el nexo de unión de la cosa pensante con la cosa extensa: no perdamos de vista que no los había distinguido, sino que los había *separado*. Igualmente, Descartes había puesto en tela de juicio la fiabilidad de los datos proporcionados por alguno de los cinco sentidos y había optado con quedarse a solas con su razón. El hombre postcartesiano se encuentra él, a solas, con su racionalidad ‘interior’, con capacidad para hacer matemáticas, pero incapaz de decir algo con sentido sobre lo que es exterior a su razón: Descartes recluyó al hombre en la cárcel de su razón. Él había mantenido que cuando creemos ver un caballo realmente estamos viendo un caballo, porque Dios no permite que los sentidos nos engañen, aunque fallen a veces. Su discípulo más conocido, Malebranche, lanzó la teoría del ‘ocasionalismo’: con ocasión de tener una determinada percepción sensorial, Dios pone ante nuestra vista el caballo.

(Con Descartes y su escuela la teoría de la ciencia adquirió un sesgo teológico y confesional que no había tenido antes, y que produjo un chantaje poco recomendable: si se dejaba de creer en Descartes, se dejaba de creer en Dios, y desde el vacío teológico vino el nihilismo moral. Los peligros de este vacío moral se mostraron en Europa entre 1939-1945, y durante más años, en la Unión Soviética; para orillar estos peligros la ONU proclamó su Declaración de Derechos de 1948, pero sin ser capaz de superar las premisas empiristas. Si un filósofo del derecho no es capaz de superar las restricciones empiristas y preguntarse honestamente por qué razón tenemos derecho a la vida, a la libertad o a no ser torturados, está abdicando de su condición racional).

El problema que se estaba debatiendo era la adecuación entre nuestros contenidos mentales y la realidad ‘exterior’ a la razón. Para la filosofía anterior al siglo XVII no había existido este problema, porque los filósofos anteriores entendían que el hombre, al ver un caballo, está viendo *realmente* un caballo; sus únicas discusiones fueron en torno a la capacidad de la razón humana para formar conceptos universales sobre lo que veía, oía, etc. Pero los empiristas de la Edad Moderna, en su desencanto

originado por la nueva deriva de la ciencia moderna, se atrevieron a decir que el científico solamente puede afirmar que cuando él ve un caballo, “él está viendo un algo que tiene cuatro patas, etc. ”: puede afirmar su percepción individual, pero no lo que es exterior a esa percepción, como sería el caballo en realidad.

A estos hechos, por los que vemos algo, los llamaron *fenómenos*, palabra que proviene del griego ‘*faineszai*’, que quiere decir, aparecer, y esta filosofía fue llamada *fenomenista* porque no iba más allá de los fenómenos. También se llama a esta explicación del conocimiento humano *sensismo*, porque ellos entendieron que el único conocimiento del hombre era el proporcionado por estas apariciones de los sentidos; la mente humana, es decir, la materia gris que llamamos cerebro, tiene la capacidad de reflexionar –*reflection*- y combina percepciones sensoriales una vez que estas percepciones han llegado hasta el cerebro, pero no crea nada nuevo. ¿Por qué recibimos fenómenos? Estos filósofos indicaron que los fenómenos provienen del *power of things*.

Toda ciencia es un conjunto de conocimientos –de fenómenos- que están regidos por determinadas reglas: quizá la regla más importante es la de la causalidad. Pero así como ellos cuestionaron la adecuación entre los contenidos mentales que producen los fenómenos y las realidades ‘exteriores’ a esos fenómenos, cuestionaron también la adecuación entre las categorías fijas y universales que usa el hombre y la realidad extrasensorial. En otras palabras, el hombre percibe que al salir el sol hay luz, y que con esa luz se origina calor: un científico no-empirista diría que los rayos del sol iluminan y crean o transmiten calor. Pero un empirista no puede establecer estas relaciones de causalidad que relacionan al sol con la luz y con el calor: solamente puede decir que ‘coinciden’ esos tres hechos. Aunque, en realidad, esto es irracional, pues el sol no nos dice que él coincide con la luz: la categoría de la coincidencia, del mismo modo que el resto de las figuras o nociones generales, está ‘puesta’ por el psiquismo humano.

Uno de los principales problemas de todo profesor cuando explica el empirismo es reproducir la radicalidad de aquellos filósofos de la ciencia. Newton, que no era empirista sino positivista, había explicado que los rayos del sol transmiten calor, de forma que había una relación de causalidad entre el sol y el calor. Hume se rebeló contra este dogmatismo. Un positivista sabe que no conoce la razón última por la que los rayos del sol envían calor, pero establece una relación de causalidad entre el sol y el calor; esto era demasiado atrevimiento para un empirista como Hume, porque un positivista pone un ‘plus’ de fe en lo que percibe, y por ese ‘plus’ injustificado puede

establecer la relación de causalidad entre el sol, la luz y el calor. El empirista prescinde de esta fe filosófica o científica: quiere quedarse con los datos ‘puros’.

Los empiristas pueden ser considerados tanto como autores de explicaciones quizá algo aventuradas como víctimas de un ambiente entonces omnipresente. Este último ambiente fue el de los metafísicos acérrimos que, de la mano de Vázquez de Belmonte, Luis de Molina y de la inteligencia más extendida de Francisco Suárez, habían mantenido la capacidad de la razón humana para explicar totalmente todas las realidades racionales, por lo que pobló los libros de entidades inmutables y eternas, inmóviles, siempre iguales a sí mismas. Quien se desviaba de este esquema rígido renunciaba a la filosofía y a la ciencia y, una vez entrado por el campo del anarquismo científico, le estaba permitido todo. En cierto modo, los grandes responsables del escepticismo científico fueron aquellos escolásticos que jugaron al todo/nada, de forma que quien no les aceptara a ellos, se veía condenado a la anarquía: el que renunciara al dominio de toda la racionalidad se veía condenado a la negación de cualquier realidad racional objetiva. En este marco hay que entender el escepticismo de Descartes. En este proceso el saber por las últimas causas no fue sustituido por un saber por las causas próximas, sino por un saber de fenómenos inconexos que no pueden dar razón de alguna relación constante que supere la instantaneidad de la pura fenomeneidad. La pérdida del absoluto metafísico determinó la pérdida de cualquier noción objetiva.

Como indiqué, el empirismo se vino abajo en el siglo XIX, aunque este momento histórico fue tan confuso que es difícil mantener alguna tesis rígidamente cuando nos referimos a él. Quizá lo menos comprometido sea afirmar que la mecánica de Newton se impuso de una forma prácticamente omnímoda, de modo que el paradigma de la máquina universal moldeó todas las cabezas, no sólo la de los físicos, ni sólo las de los universitarios, sino también la del gran público sin estudios. Por esa porosidad tan singular que hace que todos vivencemos lo mismo, aún si haber estudiado cada tema en concreto, a la Edad Contemporánea le ha resultado ‘evidente’ que el mundo se compone de materia, que la materia se desenvuelve según leyes universales y necesarias, que lo que aún no conocemos o nos resulta un misterio, resultará ineludiblemente aclarado con el progreso de la ciencia.

El Empirismo no superó varias dificultades

Veamos ante todo lo que se suele llamar el *solipsismo* científico. He aludido a un triple escalonamiento: en primer lugar han negado la relación entre el fenómeno y la cosa que parece que percibimos a través de ese fenómeno; en un segundo momento han negado la ‘realidad’ de las categorías universales con las que interpretamos lo que percibimos. Queda pendiente un tercer paso, que el tiempo mostró que era el más problemático, que es el de la unidad por igual de los fenómenos en todos los hombres. Imaginemos juntos a Thomas Hobbes y a David Hume. Ambos mantienen la formación del conocimiento a través de cuatro pasos: algo impresiona una terminación nerviosa; después, ese fenómeno producido por la presión de ‘algo’ con nuestra terminación nerviosa, llega al cerebro, en donde produce una marca, *mark*; en un tercer momento, el poder de *reflection* del psiquismo humano combina distintas ‘marcas’ y forma un determinado contenido mental: por ejemplo, la noción de aula es una idea compleja, porque se obtiene percibiendo y uniendo fenómenos relativos a la forma de una habitación, a la forma de los asientos, a la iluminación, a la idea de la docencia. En cuarto lugar –y éste es el problema que nos interesa ahora- un hombre expresa la palabra ‘aula’ a través de sus cuerdas vocales y todos le entienden.

Pero esto tiene mucho de misterioso: si Hobbes es presionado en una terminación nerviosa suya, si a través de sus nervios esa impresión llega hasta su masa gris de su cabeza y produce una marca, si su masa gris reelabora esa marca con otras que ya tenía, ¿qué motivo puede alegar Hobbes para mantener que Hume tiene que entenderle cuando él habla del aula? Cabalmente, Hobbes ha producido un *solipsismo*, es decir, una creación suya que la debe él a sí mismo y que no tiene valor para los demás. Hobbes mantiene que los mismos fenómenos producen las mismas ‘ideas’ en todos los hombres, pero esto es una incoherencia que él necesita afirmar para salvar su explicación: si hubiera sido coherente con su ‘modestia epistemológica’ no debiera haber expresado tal cosa.

(La imposible verificación) El método de Newton exige tres pasos en el experimento: observación, inducción legaliforme y verificación. Si un investigador realiza un experimento y triunfa en estos tres pasos, su experimento es válido. Pero el problema no se plantea en los experimentos concretos sino en las visiones de conjunto que exponen los libros de Física. En todos ellos aparecen ‘saltos’ que no pasan el test de

la verificación. En una conversación normal alguien puede decir: “Esto es así, y de ello se sigue que...” Al llegar a este punto hay que interrumpirle y decirle: “De eso no se sigue nada. Si tú eres tan crítico y nos exiges que verifiquemos todo lo que afirmamos, verifica *eso que sigue* desde tu afirmación primera”.

Los neoempiristas del siglo XX, reunidos en torno a la Universidad de Viena (pensemos en Hahn, Ayer, Neurath o Carnap), comenzaron exigiendo el cumplimiento de estos tres momentos en las investigaciones. Era un grupo de científicos distendido y amable; recientemente se había introducido en las zonas alemanas la costumbre de tomar café después de comer, y sus discusiones tenían lugar en sus casas, alrededor de una jarra de café (y contando seguramente también con alguna botella de cognac). Se encontraron en todo momento con la oposición de Karl Popper, al que llamaban “La oposición oficial”. Pero pronto vieron que si exigían la verificación, todos los libros de Física han de ir a la papelera. Su lenguaje se fue volviendo progresivamente más cauteloso, y pocos años después ya no hablaban de verificación, sino de simple *verificabilidad*. La verificabilidad consistiría en poder hacer ‘encajar’ un dato que se supone o postula en una teoría que ya tiene prestigio, aunque ese dato no sea directamente verificable. Pero la verificabilidad era también excesivamente exigente.

Finalmente acabaron aceptando el criterio de Popper, conocido como la *falsabilidad*. Este criterio exige que algo, para que pueda entrar a formar parte de un libro científico, ha de contener la posibilidad de que pueda ser considerado como falso. Por ejemplo, un libro sobre duendes y hadas no es científico porque ningún laboratorio puede *falsar* (esto es, declarar falsos) los cuentos que contiene.

(Otros problemas) Los fallos en la verificación, y el ineludible solipsismo que se sigue desde las premisas empiristas, fueron los dos factores que en mayor medida socavaron la propuesta científica del Círculo de Viena. En realidad, hay más problemas. La conciencia generalizada del fallo de estos métodos científicos vino de la mano de un breve ensayo de Thomas F. Kuhn, “La estructura de las revoluciones científicas”, que apareció hacia 1970. Kuhn, norteamericano y por tanto pragmático, no denuncia los dos problemas anteriores: él va más directamente a los problemas surgidos desde los Proyectos de Investigación de las Universidades.

Veamos: la empresa X entrega a la Universidad de Princeton 10 millones de dólares para que investigue un problema. Los científicos de esa área de conocimiento trabajan sobre él. Simplificando al máximo: los datos físicos que tienen en cuenta son cinco. El descubrimiento es siempre cuestión personal: llega un momento en que uno de los investigadores descubre una relación especial entre el dato número 1 y el dato número 2, que le brillan como con luz propia; descubre en qué consiste esa relación especial y logra un buen avance científico. Publica el logro de su investigación en una revista especializada. Pero, ¿qué sucede con los otros tres datos que no han alcanzado relevancia ni explicación? Si los científicos son profesores de Universidad, son dados a decir que corresponde estudiarlos a otra asignatura; en cualquier caso, dirán que “No hacen al caso” o que son irrelevante para los fines actuales. (Éstas suelen ser las dos frases más usadas).

Un año más tarde la empresa Y da otros diez millones de dólares a la Universidad de Harvard para que estudie un tema similar. El proceso personal vuelve a repetirse: uno de los investigadores se siente inquieto (es un proceso interior como de naturaleza mística) porque le vuelven a brillar, como con luz propia, los datos número 1 y número 5. Logra otro avance científico. ¿Y los datos que han quedado sin explicación? “No hacen al caso”. Al haberse repetido muchas veces este proceso, los físicos han ido entendiendo que ellos pueden crear leyes tecnológicas *arañando* la corteza de lo que debería explicar un físico; que nunca lograrán hacer física en sentido pleno, es decir, que está fuera del alcance humano explicar el conjunto de la realidad que ellos estudian.

(Los experimentos son siempre productivos) Este saber tan sectorial que exponen los físicos se debe en buena medida al cauce del que ellos disponen para acercarse a los objetos de sus estudios. Este cauce es el experimento que sigue los tres pasos ya aludidos.

Goethe, hacia 1820, ironizaba sobre los experimentos, y los comparaba al acto del mago que pronuncia las palabras mágicas, hace un movimiento con su varita, y sucede algo portentoso. En el experimento sucede algo parecido: el científico crea unas condiciones físicas que no existen normalmente; las somete al calor que él quiere, y muchas cosas más que él aporta. Al final puede que el experimento tenga éxito porque se puede verificar la ley descubierta con él. Volvemos al mismo problema: esta forma

de proceder es extraordinariamente útil para crear tecnología, pero es dudoso que introduzca a nadie en el interior del mundo físico. Porque lo obtenido finalmente es el resultado tanto de las restricciones que ha introducido el investigador, como del comportamiento de los cuerpos físicos que se han visto sometidos a esas condiciones y restricciones.

Desde hace unos treinta años, los experimentos han perdido mucho prestigio ante la ciencia. Los que reflexionan sobre el método científico (normalmente profesionales de la física) indican que los experimentos son siempre ‘productivos’ porque son el resultado de la inteligencia e intuición del investigador y de algunos datos ‘naturales’ que él científico ha relacionado.

(Problemas, en realidad, personales) Indiqué que no tiene sentido tratar de rebatir las bases epistemológicas de los empiristas, porque el Empirismo lógico o Neoempirismo se ha hundido él solo a lo largo del siglo XX, de forma que ha pasado de ser el dominador indiscutido a ser una casa en la que nadie quiere entrar. Me preocupó de criticar al empirismo solamente por un factor personal, a saber: que muchos universitarios que ya tampoco ‘creen’ en esta corriente científica, sin embargo piensan como si las negaciones (restricciones epistemológicas) sobre las que se construyó la filosofía de la ciencia empirista constituyeran una conquista permanente de la ciencia.

Esta actitud es lógica, porque hay que ser ‘políticamente correcto’. La mayor parte del profesorado de las universidades europeas accedió a sus plazas en un tiempo en el que el marxismo, y el izquierdismo en general, aparecía como la única opción social verdaderamente humana. Lógicamente, se declararon empiristas, aunque la mayor parte de ellos no habían leído las fuentes de esta filosofía. Las modas académicas pasan, pero los profesores permanecen. En estos últimos treinta años se han creado escuelas universitarias fuertes, cuyas cabezas fueron en su día de izquierdas. Si me atengo a mi experiencia personal y describo lo que he visto en mi alrededor, diría que pasaron de ser marxistas (1970) a ser neomarxistas (1975), a ser ‘de izquierdas’ (1978) y, finalmente, a ser liberales de izquierdas. El legado que les ha quedado después de estas transformaciones es negar la ontología y no afirmar, consecuentemente, que cada ser humano constituye una persona. Si alguien se acerca a alguna de estas escuelas manteniendo que cada hombre es una persona, y que los razonamientos jurídicos presentan a veces vertientes ontológicas, será llamado ‘fundamentalista’, que es el

adjetivo que está más de moda. Al no seguir el nihilismo científico empirista, tendrá muchas y especiales dificultades para acceder a una plaza universitaria, y si la logra, se verá excluido de las intervenciones los medios, de las conferencias, de las universidades de verano, etc. ¿Es decente hacer estas declaraciones en unos Apuntes de Filosofía del derecho? No sé si lo es, pero lo cierto es que, en todas partes, el factor que determina decisivamente la actitud científica es ante todo el *personal*.

La coherencia que parece exigible se despliega en dos planos, uno preferentemente científico-personal, y otro más estrictamente personal.

Aludo al primero. Hobbes, Hume, Ayer o Neurath utilizan el lenguaje usual, que está repleto de construcciones que siguen los esquemas de Sujeto-Verbo-Predicado, o Sujeto-Verbo-Complemento directo. Usan las conjunciones según las siete formas que ya establecieron los latinos. Su discurso posee rigor porque siguen las vertientes semánticas de las palabras; y otras cosas más. Usan todas estas figuras lingüísticas para demostrar que lo que ellas expresan es falso. Hume indica al final de su tratado sobre el conocimiento humano que cuando él entra en una biblioteca y ve tantos libros escolásticos, él se pregunta: ¿Contienen demostraciones basadas en las figuras y en los números? No. Luego todos esos libros han de ir a la papelera. Pero él no quiere tener en cuenta que ha publicado tres obras relativamente extensas (“Tratado de la naturaleza humana”, “Tratado sobre el conocimiento humano”, y la recopilación de sus “Escritos morales y políticos”) sin proceder en ningún momento argumentando según los números y las figuras.

Pasemos al segundo momento, al que he llamado más estrictamente personal. Locke es empirista, y niega las ideas innatas, pero establece con toda rotundidad la Ley Fundamental de la Propiedad (que es la ley fundamental de la sociedad), que ordena que cada cual pueda poseer propiedades privadas, y que cada cual tiene derecho, junto con sus hermanos, a heredar los bienes de sus padres antes que cualquier otra persona. Si examinamos atentamente la estructura de su “Segundo ensayo sobre el gobierno civil”, observamos que, en realidad, la libertad individual que él establece no es un dato originario o radical: es más bien una exigencia que reclama la libertad en la disposición de las propiedades privadas.

A David Hume le sucede algo parecido. Su criticismo es absoluto, total. Al final del segundo libro de su “Tratado sobre la naturaleza humana” niega la existencia continuada de las cosas, a la que califica de superstición: es decir, yo ahora puedo

afirmar que percibo el teclado del ordenador con el que escribo, su pantalla, la mesa sobre la que trabajo, etc. En realidad, explica Hume cuidadosamente, nada de esto existe: sólo poseo percepciones de estas ‘cosas’. Y es una superstición total que yo afirme ahora la existencia de cosas que ni percibo, como es mi automóvil. Hume se niega a dar lo que llamaría el ‘salto ontológico’: las personas normales sí hacen este tránsito desde la percepción a la cosa, porque yo afirmo que estoy redactando con un ordenador y, además, afirmo la existencia continuada de las cosas porque sé que mi coche está en el garaje (si es que no lo han robado). Hume incurre en una actitud que me atrevería a calificar suavemente de contradictoria, porque en sus obras de teoría sobre la ciencia niega la existencia de cualquier cosa, pero en sus “Escritos morales y políticos” defiende a las propiedades privadas como si fueran cosas bien tangibles y reales.

Este mismo hecho se repite en algunos universitarios actuales. Hay personas que niegan –o que no afirman– que cada ser humano sea una persona, o que exista un orden moral objetivo. En el lugar de las personas y de la moral usan las figuras de los derechos humanos. Pero a lo largo de estos cuarenta y un años de profesor de Universidad, observo que esas personas tan relativistas no dudan en usar términos como ‘inmoral’ o ‘inmoralidad’ cuando observan algo que no es procedente. Igualmente, usan coloquialmente, de forma fluida, el término ‘persona’. Sólo cuando una conducta inmoral puede ser reconducida de alguna forma al terreno constitucional, alegan que tal conducta es ‘anticonstitucional’. Es patente que estas personas llevan una doble vida: una es la personal-cotidiana; la otra es la profesional-académica, en la que niegan todo lo que afirman en su cotidianidad

Entra en juego el *horror juris naturalis*, porque, tal como denuncia Massini “Con esto se vincula también un fenómeno que podríamos denominar “horror al iusnaturalismo”, y que consiste en que los más acérrimos defensores de la existencia de derechos superiores a cualquier instancia positiva, rechazan enfáticamente que se les denomine “iusnaturalistas”. Aun cuando desde un punto de vista estrictamente técnico-filosófico les corresponde esa calificación, esos autores se empeñan en realizar los más alambicados razonamientos con la finalidad de demostrar que, a pesar de que sus afirmaciones aparecen como “jusnaturalistas”, en realidad no lo son. Y el procedimiento es casi siempre el mismo: se elabora una versión arbitraria y ridícula del iusnaturalismo -con la cual no coincide prácticamente ningún autor- y se la compara luego con la propia; como no existe coincidencia -no podría haberla, ya que la versión del

jusnaturalismo ha sido elaborada para que no la haya- se concluye -con un suspiro de alivio- que su posición no es “jusnaturalista”¹⁶⁶. ¿Por qué esto? “Un breve párrafo del escritor francés André Frossard nos da una pista... Dice Frossard que “la filosofía ha roto con la realidad para no oír hablar de Dios”¹⁶⁷.

Sus reflejos políticos

Para una persona que escriba sobre ética personal y política en el año 2012, la historia de los problemas que estudia ha de dividirse en antes y después de la extensión del empirismo, es decir, antes y después del siglo XVIII. La razón es sencilla: el empirismo introdujo el relativismo ético, que sigue dominando hoy, e impuso también la negación de la ontología, es decir, la interdicción de apreciar que existen ‘cosas’ relevantes para la justicia. Notemos que estamos ante dos problemas algo distintos, uno provocado por la negación de la ontología, y otro que afecta más directamente a las personas porque se les ha privado de las bases morales desde las que comienza el discurso jurídico; pues desde una actitud completamente relativista están justificados los genocidios, entre otras cosas, tal como mostró el siglo XX. Nuestro momento histórico ha querido evitar los peligros inherentes a la falta de principios afirmando los derechos humanos y la democracia como única forma de gobierno legítima. Más recientemente ha añadido diversas teorías sobre la justicia.

¿Qué autores podemos calificar, en la Teoría del derecho, como de base empirista? Empiristas pretendidamente puros fueron los de Uppsala: Lundstedt, Olivecrona, Ross, que negaron cualquier teoría de la justicia, ya que para ellos solamente existían ‘hechos sociales’. Aunque Kelsen se opuso al empirismo en nombre del positivismo, su escepticismo ético muestra su base inicialmente empirista. Algo similar hay que decir de Hart, que publicó “El concepto del derecho” en 1960. Para estos autores, marcados inicialmente por el relativismo ético propio del empirismo, hablar de la justicia era, sencillamente, un sinsentido.

Más recientemente han aparecido libros con teorías sobre la justicia y este término (el de justicia) parece haber sido rehabilitado. En Europa continental han destacado Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas, y en los EE.UU. han publicado nuevos

¹⁶⁶ . *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, pág. 182.

¹⁶⁷ . *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, pág. 139.

contractualistas, al modo de la Edad Moderna, fundamentalmente tres: Buchanan, Nozick y Rawls. Apel y Habermas han hablado de las reglas del diálogo ideal, y los tres norteamericanos citados han vuelto a hablar las reglas del contrato social.

Es decir, tenemos tres criaturas (los derechos humanos, la democracia y las nuevas teorías de la justicia) que han venido a la vida, de hecho, desde bases materialistas y consiguientemente fenomenistas. No debiera haber sido así porque algunos derechos humanos responden muy directamente a la dignidad del hombre, y la democracia más parece fundarse en la dignidad humana que no en visiones filosóficas restrictivas. Pero de hecho las cosas han sucedido de este modo.

(En estos últimos treinta años han aparecido obras que, tras los pasos del pensamiento aristotélico, tratan de reivindicar la objetividad (relativa) de la justicia. En Europa tenemos, entre otros, a Michel Bastit, Francesco d'Agostino o Francesco Viola. En las áreas de lengua inglesa publican MacIntyre, Finnis y George. Los que he citado son estudios de franca buena calidad. Pero en este ensayo me he propuesto continuar una línea de investigación que comencé hace años, y que está más centrada en la crítica al pensamiento binómico y geométrico que aún persiste).

Pero al mencionar la democracia, los derechos humanos o las teorías sobre la justicia seguimos dando vueltas en un círculo algo mágico que pocos parecen querer romper. El logro más relevante, de hecho, de las distintas fuerzas que estallaron en 1789 fue la creación del Estado. Erigieron un centro solitario del poder que reclamaba para sí competencias sin límites y los constituyentes de 1789, conscientes de los peligros que podía conllevar esta nueva forma política, establecieron una declaración de derechos. Procedieron paradójicamente: en un primer momento crearon una forma de dominación de extensión desconocida en la historia, y posteriormente trataron de limitar sus posibles virtualidades indeseables declarando excepciones a ese primer poder. No cuestiono si es preciso establecer más derechos excepcionales; pongo en tela de juicio ese poder 'originario': porque una intuición muy sencilla lleva a pensar que los titulares originarios de los poderes jurídicos con los ciudadanos, es decir, todos y cada uno de ellos. Es importante indicar el 'todos' contenido en esta frase, y es quizá más urgente el destacar el 'cada uno de ellos'. Esta originariedad de cada ciudadano sobre las capacidades jurídicas (más allá de las simplemente políticas) obstruye el discurrir de las doctrinas que dan por sentada la legitimidad de la existencia del Estado tal como lo hemos conocido a lo largo de la Edad Contemporánea.

Quiero indicar que las líneas que siguen son extraordinariamente elementales, y más de uno estará en su derecho de pensar que no es cuestión que se expliquen cosas así en una licenciatura universitaria. Pero he de indicar que han sido los autores empiristas los que, en su afán de hacer una filosofía lo más elemental y simple posible, que no deba nada a ningún otro sistema filosófico, los que han propuesto estas reflexiones tan excesivamente entre infantiles y elementales. En ellos no hay una ‘verdad profunda’ que hubiéramos de entender: la lectura de Hobbes, Locke, Hume, Carnap, Neurath, muestra este simplismo en toda su pureza¹⁶⁸.

Frente a los empiristas, hay que afirmar una *adecuación originaria* entre los datos percibidos y los factores con los que nos expresamos; procedo a aclarar esta expresión, en dos momentos. En un primer paso, vemos que todos distinguimos sin problemas el canto de un pájaro del ruido que hace una moto, y esto nos indica que nuestra facultad para recibir fenómenos ya está estructurada. Si no lo estuviera, habríamos de seguir un proceso que sería más o menos el siguiente: a) oigo un ruido; b) el ruido tiene un tono grave; c) tiene más de tantos decibelios; d) por otras cualidades de ese sonido, tal ruido proviene de una moto y no de un pájaro. La memoria está estructurada desde la *experiencia* (término complejo) que ya tenemos en la memoria, no desde la empiria; si dependiéramos sólo de la empiria, como pretendieron Hobbes, Hume, Neurath o Ayer, habríamos de seguir el proceso lógico indicado cada vez que percibiéramos algo. (Éste es un problema bien real para un teórico de la ciencia que sea honesto. Kant distinguió, en un primer momento de vida, los fenómenos suministrados por la empiria y los principios a priori del Entendimiento; pero en un par de ocasiones, en su “Crítica de la razón pura”, se ve acosado por la dificultad indicada: los fenómenos entran demasiado mansa y fácilmente a través de los principios a priori. Más tarde hubo de inventar otros principios puros, que median entre los fenómenos y los principios del Entendimiento, y llamó Esquemas a este segundo grupo de principios).

¹⁶⁸ . Esta forma de pensar alcanzó a todos los estamentos universitarios. José d’Aguanno escribía a mediados del siglo XIX que “Nos parece que hemos distinguido siempre la historia del derecho de la filosofía del derecho, en cuanto que la una, al referir los hechos jurídicos en orden cronológico, indaga simplemente la relación de procedencia y derivación de los mismos, mientras que la otra, indagando el nexo de causalidad de estos hechos en su concatenación lógica y en sus relaciones con los demás fenómenos sociales, procura investigar las leyes generales que los regulan, en cuanto forman parte de *la realidad fenoménica universal*. Habiendo, pues, considerado en dicho estudio al derecho como un fenómeno semejante a los demás fenómenos de la vida social...”. *La reforma integral de la legislación civil*, trad. P. Dorado, La España Moderna, Madrid, s/f, pág. 25, nota a pie. Las intensidades son más.

Los que no somos empiristas no tenemos estas dificultades para clasificar los ‘fenómenos’ porque sabemos que existe la cosa que consiste en una moto, y estamos en condiciones de referir las distintas percepciones que provienen desde este tipo de cacharros a la *sustancia* o *cosa* de ‘moto’. La cosa de la moto hace de fundamento unificador de nuestras percepciones empíricas: *la empiria se ve superada por la experiencia*, que nos hace saber qué es una cosa o sustancia y, por tanto, qué es lo que podemos decir sobre ella. Si reconozco que tengo en mi cabeza la sustancia o la cosa de la moto, afirmo la ontología.

En un segundo paso, me atrevo a ir más allá, e indico que la comunicación es posible gracias a *la carga ontológica de los términos*. Pues si digo que me he dado un paseo de una hora a caballo, todos me entienden; pero si digo que me he dado un paseo de una hora montado en un pavo de los que cría Paca, la cortijera (para Navidad), nadie me puede aceptar esta segunda proposición.

Pero las personas que estudio se remiten al lenguaje como si esta realidad constituyera un *Non plus ultra*. Si les propusiera la cuestión expuesta en el párrafo anterior, contestarían que estamos ante ‘universales implícitos en el lenguaje’: pues el lenguaje permite decir que hemos montado un caballo pero no que hemos montado sobre un ave. Si les preguntamos que por qué ningún derecho permite los robos o asesinatos, contestan igualmente: el lenguaje prohíbe por sí mismo estas acciones. Desde el lenguaje, sólo quedan, algo residualmente, tres opciones: hablar de los diálogos ideales desde los que obtenemos consensos ideales o contrafácticos, remitirse a los nuevos contratos sociales, o hablar más de los derechos humanos.

(Los diálogos ideales) Ferdinand de Saussure puso de moda, a comienzos del siglo XX, la filosofía lingüística. Como no es el momento de explicarla, diré únicamente que él renueva la tradición antiontológica: el empirismo que Hobbes hizo andar y que Hume exasperó, ha marcado indeleblemente las teorías sobre la ética desde el siglo XVIII a hoy. Sabemos que el empirismo sólo admite percepciones últimas o más primitivas (que forman los llamados ‘datos protocolares’), y que cada hombre almacena en sus neuronas y que comunica mediante el lenguaje. Hay una trampa posible frente a la que es necesario precaverse: se podría creer, ingenuamente, que estos lingüistas afirman que el lenguaje contiene datos que simplemente están contenidos en el lenguaje. No es así:

ellos mantienen que el lenguaje es la instancia que proporciona toda la estructura posible del conocimiento de cada hombre y de cada comunicación humana.

La ciencia consiste en un sector de la comunicación humana, por lo que ha de haber alguna ‘adecuación originaria’ entre los datos percibidos y los factores que nos comunicamos al expresarnos: pero la teoría de Saussure explica que ‘detrás’, o ‘por debajo’, de estos elementos comunicativos no existe una realidad que los fundamente. La sociedad humana, es decir, el hombre como género, es comunicación, y la comunicación es lenguaje. Una cosa es el lenguaje (realidad siempre igual) y otra cosa es el habla o idioma, que cambia de lugar a lugar y de tiempo en tiempo.

Desde estas bases teóricas, entremos en los diálogos ideales. Karl-Otto Apel era marxista de estricta observancia y, siendo alemán, pasaba buena parte de su tiempo en la República Democrática Alemana, a la que admiraba profundamente. Diré, sin pretensiones de exactitud, que para él el protoelemento en que consiste el hombre es la estructura del lenguaje. Lo mismo viene a mantener Habermas, también de *pedigree* marxista hace años. Ellos entienden –especialmente Habermas– que el género humano ha alcanzado hoy tal grado de madurez, que ya está admitido, y es exigido por la conciencia colectiva, que la única forma de comunicarnos es el diálogo, que implica la igualdad de oportunidades de todos los parlantes. La sociedad hace una ‘oferta de habla’ a cada hombre concreto, y quien no responda a esta oferta debe ser tratado como un objeto. Ellos dan por supuesto que un diálogo, en el que todos pueden participar igualmente, sólo puede producir decisiones políticamente justas.

¿Por qué tenemos el deber de admitir y de obedecer lo que se sigue desde esta exigencia de igualdad? Pues si nuestro momento histórico cree en la igualdad individual, esta creencia constituye solamente un dato que puede ser estudiado, como objeto interesante, por el sociólogo. Además, otras épocas no han admitido la igualdad individual. Apel y Habermas mantienen que el lenguaje es más que el conjunto de los sonidos producidos por las cuerdas vocales, ya que *su estructura forma un noúmeno* o quasi-noúmeno que tiene fuerza normativa, y que compone lo que llaman una *pragmática formal* del lenguaje. Solamente a unos alemanes, con su exquisita vocación filosófica, se les podría ocurrir mantener la existencia de un noúmeno, es decir, de un universo intelectual de validez objetiva y con vigor normativo que no depende de ninguna persona o de ningún grupo de personas: no perdamos de vista que *ellos no se refieren a las personas que hablan*, sino al hecho o ‘Faktum’ del lenguaje.

Es un hecho que tiene especial mérito en el caso de ellos porque se declaran materialistas, y el noúmeno que nos ordenan que obedezcamos se encuentra en completa oposición con sus bases científicas; indican que es tan urgente hacer justicia que hay que imponerla aún a costa de incurrir en esta contradicción en la base de sus argumentaciones.

Pero, además de esta contradicción tan singular, plantean el mismo problema que Rousseau, cuando separaba la *volonté de tous* de la *volonté générale*. Efectivamente, todos estos autores tienen presente que la historia arrastra consigo muchos prejuicios, por lo que no todos los hombres saben lo que realmente les conviene. Ellos entienden que la comunicación existente ahora está distorsionada, y tratan de volver racional nuestro lenguaje, que se ha de montar sobre las ‘verdaderas’ exigencias de la igualdad. ¿Cómo distinguir lo realmente adecuado a la igualdad de lo que está contaminado por los prejuicios, la intolerancia o la prepotencia? Obviamente, este consenso que ellos proponen no puede manifestarse en los consensos a los que llegamos de hecho; ha de ser un *consenso ideal*. Al llegar a este punto detienen sus explicaciones. Naturalmente, el problema es saber quien expresa en cada momento ese consenso ideal que no tiene por qué coincidir con los resultados de las votaciones.

Por otra parte, esta razón emancipada, no es capaz de afirmar que es objetivamente inmoral violar y asesinar a una mujer. Como no soy materialista-empirista-fenomenista, yo sí afirmo que es realmente inmoral violar y asesinar a una mujer y, yendo más allá, afirmo que se trata de una de esas inmoralidades tan fuertes que ha de ser prohibida necesariamente por el ordenamiento jurídico, porque por necesidades imperiosas de la índole humana, las inmoralidades fundamentales han de abandonar el plano de la moral para llegar al derecho. Estoy en condiciones de ser tan ‘dogmático’ porque entiendo que cada ser humano es una persona, es decir, algo más que el simple individuo de una especie biológica, y a los seres humanos nos repugna que nos mientan, nos roben, nos insulten, etc. Pero un empirista no puede afirmar esa realidad máximamente metafísica que es la condición personal de cada ser humano; a este tipo de pensadores sólo le queda el recurso de argumentar basándose en *la igualdad de los individuos*, desde el que han de ir extrayendo las normas morales concretas. Esta igualdad sólo puede ser aritmética o geométrica.

No me convence este tipo de argumentos: si me decido a estudiar una zona de la historia del pensamiento jurídico, o del pensamiento actual, no lo hago por cuidar mejor

las exigencias de la idea de la igualdad aritmética. Yendo a extremos argumentativos, el cariño con el que una madre ha de cuidar a su hijo no se deduce desde este tipo de igualdad, y si ahora me estoy tomando el trabajo de preparar estos Apuntes de forma que sus lectores los entiendan, tampoco hago esto porque me lo exija la igualdad individual.

(Los nuevos contratos sociales) La reflexión sobre la justicia hizo un esfuerzo poderoso, desde Fernando Vázquez de Menchaca, usando la figura del individuo aislado y libre en el *status naturae*. Todos los autores que siguieron esta línea (Vázquez, Pufendorf, Locke, Gundling, etc.) trataron de mostrar el origen del poder político no en el tiempo sino en la razón; ellos supusieron que si unos seres libres entran a vivir en sociedad, con las limitaciones y cargas que impone la vida en común, sólo podían hacer esto para proteger mejor sus derechos naturales que peligraban en el estado de naturaleza. La figura argumentativa del estado de naturaleza y del contrato social parecía que estaba confinada a la Edad Moderna, porque ya había desaparecido del panorama actual de las teorías sobre la sociedad justa. Pero, sorprendentemente, ha reaparecido en estos últimos treinta años, en Norteamérica. Y lo ha hecho con una fuerza enorme porque John Rawls es el teórico de la justicia más estudiado hoy en el mundo.

Rawls sigue el camino estrictamente individualista que fue propio de la Edad Moderna. Él quiere hacer una teoría 'ideal', en el marco de un Estado nacional. Al establecer que su teoría es ideal, quita muchos problemas de en medio, porque nos está diciendo que la suya es una propuesta como ensoñada, que no se ajusta a lo que existe socialmente, pero que es válida porque la exigencia de la igualdad está fuertemente arraigada en nuestra cultura.

Como buen anglosajón, parte desde una tendencia del individuo sociológicamente comprobable, que es el deseo de igualdad. Aconseja que nos pensemos en un mundo ideal que se desarrolla progresivamente, cuyo primer momento llama la 'posición original'. En este mundo cae sobre nosotros el 'velo de la ignorancia', que hace que no conozcamos nuestra posición social: todos somos seres igualmente ignorantes sobre nuestro patrimonio, profesión, etc. Si desde estas condiciones pensamos en erigir una sociedad, es el mismo egoísmo de cada sujeto el que le lleva a desear una situación futura en la que el sujeto que reflexiona no sea inferior a los demás;

a este tercer momento lo llama la aplicación del criterio ‘maximin’. Es decir, hemos de desear para todos lo mismo que deseamos para nosotros. Porque, en realidad, los demás y yo formamos el mismo grupo.

Rawls trata de no ser totalitario. Habla con frecuencia de las ‘morales comprensivas’, que son los conjuntos de ideas religiosas, morales, políticas y jurídicas que ya existen en la sociedad actual. El consenso que hay que alcanzar no afecta a estas ideas: se trata únicamente de lograr un consenso ‘solapado’ sobre lo que él llama los ‘bienes sociales básicos’. Aunque no pierde ocasión de afirmar que las morales comprensivas que existen están todas equivocadas. Al parecer, la única normatividad a la que él da su visto bueno es a su propia teoría ideal.

Pero su teoría no es normativa en el sentido en que el que Apel o Habermas afirman que son normativos sus casi-noúmenos, porque estos alemanes mantienen el deber objetivo y universal de obedecer las reglas propias de ese noúmeno que constituye la pragmática formal del lenguaje, de forma que cada individuo se encuentra sometido a una legalidad superior a él. A Rawls no le va la afirmación de este tipo de noúmenos: él sí trata de ser más coherentemente materialista. Es *cada sujeto* el que ha de ‘revivir’ en sí (si él quiere) los pasos argumentativos que él propone: la posición original, el velo de la ignorancia, el criterio maximin, etc. Este último matiz se ha prestado a muchas discusiones, porque si es cada ciudadano el que ha de pensar así, si él quiere, su teoría no es propiamente normativa.

Este autor publicó hace unos treinta años su “Teoría de la justicia”, y obtuvo inmediatamente un éxito mundial. Este estudio es un libro extenso, de poco contenido, reiterativo y con contradicciones: un auténtico paraíso para sus estudiosos y admiradores. Lo tradujo al castellano una mujer que hacía su tesis doctoral en la Universidad Carlos III, y la traducción fue tan realmente mala que apareció un artículo, en una revista de derecho administrativo, que indicaba que la excesiva poca calidad de la traducción no podía deberse a simple incompetencia, sino que tenía que haber habido mala fe. Más recientemente ha aparecido otra traducción al castellano.

La “Teoría de la justicia” fue la obra del “Primer Rawls”. Se acumularon críticas que insistían en la ausencia de fuerza propiamente normativa de esa teoría. Hace unos diez años Rawls publicó un segundo libro (“Liberalismo político”), que es una recopilación de varias conferencias suyas. En él cambia algo de tono, porque usa el discurso enérgico, y habla de tener agallas, de cooperar solidariamente en el interior de

una sociedad democrática. Este estudio marcó el inicio del “Segundo Rawls”, y ha venido bien a sus defensores, porque si alguien critica las ideas excesivamente individualistas de la “Teoría de la justicia” le responden que esos problemas están resueltos en el “Liberalismo político”, y al revés.

Al leer a Rawls nadie debe esperar encontrar en sus páginas una profundidad de sentido, un ‘sentido de base o final’ (una *Sinnzusammenhang*, como suelen decir los alemanes), ni ninguna sabiduría oculta a simple vista: es lo expuesto. ¿Por qué el éxito mundial de un conjunto de ideas tan simples? Desde luego, una época en la que se han vendido 56 millones de ejemplares del “Código da Vinci”, puede hacer las cosas más insólitas. Si trato de responder a la pregunta planteada, sólo puedo hacer una conjetura: nuestro momento, de base cultural materialista y empirista, lleva más de cincuenta años defendiendo, como los únicos valores relevantes jurídica y políticamente, la libertad e igualdad individuales, algunos derechos humanos (los individuales solamente) y el régimen parlamentario. Hay un cansancio en la repetición de los tópicos, pero apenas hay soluciones de repuesto. Los que somos llamados ‘jusnaturalistas’ (extraña expresión) consideramos que cada ser humano es una persona y que por tanto no se le puede insultar, calumniar, mentir o matar. Pero dentro del marco del materialismo quedan pocas salidas posibles para abordar el problema de la explicación de la justicia, porque un materialista no puede admitir la realidad de la *persona*. Descartada la solución alemana que habla de noúmenos, sólo queda alguna variante del utilitarismo, como es la teoría de Rawls.

Hablaba de soluciones de repuesto que sean propiamente jurídicas, más allá de las formas políticas. Apunta un atisbo de solución cuando comprendemos que la igualdad que usaron los modernos y que aún hoy utilizan los autores de distintas teorías sobre la justicia, es una igualdad simplemente aritmética. Efectivamente, si se niega *grosso modo* la ontología sólo cabe decir “un sujeto, otro sujeto, otro...”, del mismo modo que decimos “un euro, otro euro...”. Esta igualdad exige la uniformidad de lo que será evaluado, y para lograrla es necesario negar las diferencias entre las cosas. Una persona que conozca el derecho no puede proceder a tal reducción, porque sabe que los cuidados que se han de exigir a un padre en la *educatio* de su hijo componen una realidad distinta del cuidado que hay que exigir a un profesor para que explique adecuadamente sus clases.

Al partir desde alguna variante del estado de naturaleza (ahora es indiferente que hablemos de la posición original o del diálogo ideal) sólo podemos reconocer la igualdad aritmética, y este tipo de igualdad no está en condiciones de explicar las conductas que son exigibles a cada individuo según la realidad que le ocupa en cada momento: lo que indica que la igualdad así entendida no puede ser el criterio discriminatorio fundamental de lo que es justo o no. Si el investigador reconoce que la claridad en sus explicaciones escolares constituye una cosa, y que la prudencia al conducir su automóvil desde la Facultad a su casa es otra cosa diferente, está reconociendo sin necesidad de más explicaciones que sus ‘condiciones’ de profesor y de conductor constituyen ‘cosas’ diversas¹⁶⁹. El término *res* se identifica con la voz griega *pragma*¹⁷⁰, que remite no tanto a un objeto o cuerpo material, sino a “una circunstancia concreta que ubica a sujetos específicos en condiciones de relación específicas”.

Esta comprobación nos introduce de lleno en lo que muy imprecisamente podemos llamar una actitud ontológica. La ontología consiste en reconocer que las necesidades de los hombres son distintas en sus génesis y contenidos y que es posible describirlas mediante conceptos.

La diversidad introduce la necesidad de lo que los Latinos llamaban la ‘*commensuratio*’, que podemos traducir como *conmensuración*, que implica que cada conducta reclama para sí sus propias reglas, porque nadie puede medir la calidad de un profesor como profesor teniendo en cuenta su estatura o su forma de conducir su automóvil.

(Democracia y derechos del hombre) La Declaración Universal de Derechos de 1948 trató de evitar abusos como los que se cometieron pocos años antes y, con el tono radicalmente individualista de los derechos que ella proclamó, puso las bases para las estrategias políticas de los EE.UU. en la Guerra Fría. ¿Sobre qué fundamentos filosóficos o antropológicos se hizo esta Declaración? Expresamente sobre ninguno. Es

¹⁶⁹. Se suele decir, a veces, que son conceptos distintos, y entonces entraríamos por el campo de una jurisprudencia de conceptos o *Begriffsjurisprudenz*. Pero desde el hecho de que cada conducta humana haya de ser expresada bajo la pobre forma de un concepto –una necesidad humana más- no implica que se agoten en ‘ser conceptos’. Estas conductas se expresan bajo conceptos distintos porque se refieren o norman a realidades que *realmente* son distintas.

¹⁷⁰. Cfr. F.E.J.Valpy, *Etymological dictionary of latin language*, London, 1828, voz *res*.

bien conocida la frase de uno de los que intervinieron en su redacción: “Estamos todos de acuerdo a condición de que no se nos pregunte por qué”¹⁷¹.

La forma de gobierno llamada democracia es un régimen parlamentario en el que los miembros del Parlamento son elegidos por sufragio universal. Mis alumnos del curso 1982/83 (el primero que ejercí docencia de la Universidad de Cádiz) entendían colectivamente que las leyes eran justas en España porque ya estábamos en una democracia, y en la democracia las leyes las hacemos ante todo. Era comprensible que pensaran así, porque la forma política que se introdujo con la Constitución de 1978 se basó en ataques especialmente fuertes contra el régimen político anterior y en una apología irracional de la democracia. ¿Es posible defender a la democracia irracionalmente? Parece que sí, y veamos este posible problema.

(*a. La clausura del discurso político*) Uniendo la democracia con los derechos humanos resulta el Estado de Derecho actual, que no es sólo Estado de derecho porque el poder político y los ciudadanos se atengan a las leyes en caso de discrepancia, sino porque sobreentendemos que la democracia misma ha de hacer suyos buena parte de los derechos humanos. Es buena cosa vivir en un régimen parlamentario y es también buena cosa estar en condiciones de beneficiarnos de los derechos humanos individuales: pero el problema comienza cuando nos percatamos que, al dejar el problema en este punto, *el discurso sobre la política queda clausurado*. En efecto, para mis alumnos del curso

¹⁷¹ . N. Bobbio mantenía que “Después de esta Declaración el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés. Si la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común, es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o sin más, como querrían los iusnaturalistas resucitados, la razón de las razones, sino de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados ... El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de ‘justificarlos’ como el de ‘protegerlos’. Es un problema no filosófico, sino político”. *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pág. 61.

Son notables las contradicciones entre los teóricos que genéricamente podemos llamar positivistas, nominalistas y, en algunos ámbitos geográficos más restringidos, analíticos. Un ‘iusnaturalista’ reconoce que existen las cosas, plurales y bien diferentes, que existen las personas, y que las personas actúan en sus condiciones concretas, por lo que se imbrican frecuentemente las exigencias de las personas y de las cosas.

Esta multiplicidad es negada por las teorías de la justicia de Apel, Habermas o Rawls, por citar solamente los teóricos más conocidos. Todas las derivaciones de esta *praktische Philosophie*, tanto en el ámbito alemán como fuera de él, quieren situar un núcleo argumentativo único para derivar desde él la justicia de todas las reglas del orden jurídico propio de una sociedad justa o bien ordenada. La tarea de un ‘iusnaturalista’ de hoy es, por ello, la de recabar la diversidad frente al monismo teórico de los que niegan la existencia de las cosas y de las personas. En cambio, Bobbio, que parece tener ante la vista sólo a los iusnaturalistas de la Edad moderna, endosa a los que afirmamos la ontología, las personas y sus relaciones mutuas, la pretensión de buscar “La razón de las razones”. Este reproche debiera dirigirlo a Apel o a Rawls.

1982/82 no había nada que decir sobre la justicia: las leyes, al hacerlas entre todos, son justas por definición, y el profesor de Filosofía del derecho sólo tiene la opción de explicar la Constitución, o de explicar algunas aplicaciones prácticas de algunos derechos humanos.

Cuando se clausura autoritariamente la teoría de alguna realidad, los problemas emergen de todos modos, sólo que ahora aparecen sin bases doctrinales para su solución. Esto sucedió a finales del siglo XIX con el método de Newton: había ‘cerrado’ las explicaciones físicas y para entonces ya aparecían demasiados problemas que no encontraban solución en aquella teoría sobre la mecánica. En el plano del derecho y de la política sucede algo similar y, a falta de suficiente base teórica, los ciudadanos reaccionamos contra los abusos con instrumentos inadecuados. Es penoso comprobar cómo tantas sentencias del Tribunal Constitucional fundamentan sus soluciones en el artículo 14 de la Constitución, que es el que establece la igualdad entre todos los ciudadanos; esas sentencias, frecuentemente, han de hacer razonamientos largos y poco claros para fundamentar en el derecho a la igualdad realidades que, en realidad, en poco se relacionan con la igualdad geométrica o aritmética, que es la única que parecen tener en la mente nuestros jueces.

El mal mayor aparece, en este discurso clausurado, en la separación entre la responsabilidad de los ciudadanos y la praxis política. Si los miembros de un Ayuntamiento llevan una vida de gasto a todas luces muy superior a los ingresos que declaran a Hacienda, ya nadie se escandaliza; si esas personas pueden situar a sus hijos, novios o amigos en puestos de la Administración pública a los que apenas tienen acceso el resto de las personas, tampoco se extraña nadie. La clausura del discurso político ha llevado a una actitud ciudadana que, desde puntos de vista relevantes, es la opuesta al espíritu que debiera animar a un régimen parlamentario, porque el espíritu cívico, en el que se basa la participación, ha desaparecido en buena medida. *El cinismo ha sustituido a la responsabilidad.* Es una actitud comprensible porque cualquiera sabe que no puede hacer nada.

Parece que la clausura del discurso teórico viene causada por el cansancio que surge al contemplar estructuras de poder extraordinariamente fuertes ante las que un ciudadano es impotente. La vida del derecho se basa en legisladores y tribunales, y unos y otros dependen de los partidos políticos: no queda más opción, desde la teoría política actual, que trabajar desde dentro de los partidos. Pero todos saben que la ‘carrera’ en el

interior de un partido conlleva hacer concesiones que hacen perder ese espíritu cívico al que aludo. No sucede que todos los que participan en todos los partidos sean personas corrompidas, pero sí que los partidos son máquinas especializadas en la corrupción: ¿Qué pretendemos: crear estructuras de poder muy fuertes, que manejan los millones del presupuesto nacional, y exigirles a los gerentes de esas estructuras que se atengan sobriamente a su escueto sueldo? ¿Es que no sabemos todos que los miles de millones de euros del presupuesto español de cualquiera de algunos de los últimos ejercicios tiene un valor mucho más alto que el oro, la plata que trajeron los Españoles desde América durante más de doscientos años? El cansancio que mencionaba al comienzo del párrafo proviene ante todo desde la falta de esperanza.

En estos últimos siglos hemos puesto nuestras esperanzas en un ‘sistema social’ que por sí mismo arregle nuestros males. Durante muchos años nos hemos lanzado obsesivamente a denunciar problemas ‘de estructuras’. Ha pasado medio siglo y es hora de ir haciendo un balance: recuerdo lo que decía aquella ministra italiana de Sanidad, que expuse al comienzo de estos Apuntes. Debiéramos aprender lo que enseña el sector financiero o industrial: las únicas empresas que funcionan bien son las que están dirigidas por las personas adecuadas. La legislación es igual para todas las empresas, pero la salud económica sólo viene desde la valía personal: la educación en las virtudes personales es hoy urgente.

(b. Los nuevos conservadores) Lo humano sólo puede ser corregido por los hombres, y desde lo humano, es decir, desde factores propiamente humanos, no desde teorías de naturaleza técnica. Las grandes fuerzas políticas ya están instaladas y acomodadas en los puestos decisivos. Les acompañan muchas personas: en el año 1975 (un año muy simbólico) había en España 475.000 funcionarios. Hoy hay 2.700.000 funcionarios numerarios, más un millón de contratados. Aunque prescindamos de considerar los sueldos, da vértigo pensar en el dinero que es preciso gastar para mantener ese mar de personas: porque muchos piensan en los sueldos, pero los gastos que genera mantener el puesto de trabajo, a veces no le va a la zaga.

El Estado que inició la Revolución de 1789 y que hicieron realidad en España los liberales a lo largo del siglo XIX, está cuestionado por su falta de operatividad: es patente que si la instancia pública ha de mantener a casi cuatro millones de funcionarios, pocos medios le quedan para fines propiamente sociales. El cinismo que

genera la falta de esperanza ha hecho que la virtud ciudadana sea sustituida por la búsqueda, sin reparar en los medios, del bienestar propio. ¿Quién no se presenta como un ingenuo que aún cree en los Reyes Magos cuando se enfrenta a tantas personas con tanto *sentido común*?

La libertad personal queda lesionada porque quien quiera romper la clausura del discurso político ha de introducirse, de hecho, por terrenos innovadores en los que encontrará la oposición de las fuerzas políticas y administrativas. Éste es un tema con ribetes que lo vuelven más complejo de lo que sería deseable. El Estado fue creación izquierdista, como lo fue la Revolución de 1789, y en la España del siglo XIX usaban el término Estado sólo las izquierdas; las derechas utilizaban la palabra Nación. Esta situación existente de hecho da lugar a un chantaje que origina extraños aliados y enemigos. Los conservadores de hoy son realmente los que se apegan al Estado, a las distintas esferas de su Administración. Si alguien trata de romper alguno de los monopolios que gestiona directamente la Administración, la Administración pública pasa al ataque: esa persona es presentada como un intruso que desconoce la legitimidad democrática de los órganos de la Administración; es una persona detrás de la cual operan fuerzas ocultas, normalmente la Iglesia o alguna de sus instituciones. Los funcionarios y políticos que se defienden así recuerdan a los monárquicos del siglo XVIII que se defendían frente a las corrientes revolucionarias con argumentos irracionales.

Hemos perdido la vitalidad política. Los políticos, funcionarios y sindicalistas existen gracias al dinero que obtienen desde el erario público. Es penoso el espectáculo que ofrecen los sindicatos: las cuotas que han de pagar sus afiliados son de por sí simbólicas, y anulan la orden de pago bancario el 90 por ciento de los trabajadores sindicados. Observo diversas Universidades ‘privadas’, que no disponen de acceso al dinero que recauda la Agencia Tributaria, pero que viven y funcionan. ¿Veremos alguna vez la Universidad Pablo Iglesias fundada y mantenida por los afiliados a la UGT? ¿O la Universidad Dolores Ibárruri erigida y mantenida en esta misma situación? Sin el dinero que les llega gratis, nuestra máquina oficial se derrumbaría como un mueble por el que han pasado las termitas.

(c. *El desconocimiento de las personas*) El relativismo moral que introdujo el empirismo no ha sido vano: ha producido ese grandioso desconocimiento de las

personas, que vemos hoy. Una persona es un ser que se presenta ante la vida aportando su propia oferta: pero los derechos humanos que están operativos realmente, aunque sea en pequeña medida, son los derechos individuales, que condenan al innovador a cuidar solamente de la esfera mínima de su propia personalidad. El gran teórico actual de la izquierda, y el gran conservador, es sir Isaiah Berlin, que sólo quiere libertades individuales, y que condena a los que se agrupan como seres miedosos que buscan en pequeños grupos el reconocimiento que nunca encontrarían abiertamente en la sociedad, y que buscan descargarse del esfuerzo de decidir por sí mismos delegando esta responsabilidad en el líder de su grupo: sus conferencias sobre la libertad son el mayor monumento al cinismo que he leído nunca.

III

UNA PROPUESTA METÓDICA

El empirismo ha sido una filosofía parasitaria del materialismo mecanicista. El método mecanicista, al perder su rango de patrón de los métodos del conocimiento humano, ha arrastrado consigo al empirismo. De todas formas, el empirismo del siglo XX presentaba suficientes fallos, como hemos visto en las páginas anteriores, por lo que debiera parecer que él se ha hundido por sí solo. Esto debiera haber sido así desde el punto de vista de la lógica estricta, pero las ciencias que hacemos los hombres, siempre sometidas al prestigio y desprestigio que les llegan desde diversas instancias, no siguen las leyes de la lógica. Para que el empirismo mostrara claramente sus deficiencias ha sido necesario que la teoría científica en la que ellos se apoyaban, la mecánica de Newton, se mostrara inadecuada a lo que los físicos observan en sus laboratorios. El método newtoniano ya planteaba serios problemas en el siglo XIX, cuando se iban acumulando los absurdos que este modelo mecánico no podía explicar. Finalmente, hacia 1910, las observaciones de Planck y más tarde de Heisenberg, mostraron que las bases del método materialista eran sencillamente falsas, y el método científico por excelencia ha quedado hoy simplemente como la ‘mecánica clásica’, que concurre con la mecánica cuántica de Planck y con las explicaciones de Einstein.

Esta crisis del modelo tradicional ha influido decisivamente en los cambios metodológicos de las ciencias humanas. Ciertamente, los teóricos del derecho y de la política no son dados a leer libros de física, y no se puede decir que la crisis del método entre materialista y mecánico haya desencadenado directamente la crisis actual sobre el estudio del derecho y la política. Pero la Universidad forma parte del conjunto de la cultura, y la crisis del paradigma científico ha acabado calando en nuestro conjunto cultural. En estos últimos años ha habido tres modos de estudiar los temas humanos que parecen haberse hundido irremisiblemente: el marxismo, el materialismo clásico y el empirismo.

Pasan los métodos científicos pero permanecen los profesores. Los seres humanos rara vez somos persistentes en nuestras actitudes. Así como en la Alemania de

los años '30 hubo millones de militantes del partido Nacional-Socialista, pero después de abril de 1945 ya no había ninguna persona que profesara simpatías por ese partido, una vez desaparecido el marxismo del horizonte universitario, sus antiguos simpatizantes, o defensores, o promotores, se han deslizado hacia un suave liberalismo de izquierda que mantiene las negaciones ontológicas que fueron propias del empirismo. Parecería que, una vez removido el obstáculo mecanicista para reconocer que las cosas y las personas existimos, debiéramos haber debido volver al estado del problema tal como quedó planteado en tiempos de Hume. Pero quien ha optado por una opción *ideológica*, en el sentido antiguo de este término, no se desanima y continúa adelante con algunas de sus tesis más básicas.

Aludía a los motivos bien reales que provocaron la desconfianza en los datos proporcionados por los sentidos y que llevaron, en definitiva, al empirismo desgarrado y apasionado de Hume. Hoy no hemos superado aquellas dificultades, pero ha de cambiar nuestro talante personal. Veamos: algunos filósofos del Iluminismo extendieron el escepticismo sobre los temas últimos a las realidades más concretas, pensando que quien ignora los datos más elementales ha de ignorar –con más motivo– las determinaciones concretas que reposan, en definitiva, sobre aquellos datos. Hubo hipocresía en aquellos planteamientos, porque es patente que las realidades concretas de las que se ocupa la Ética no tienen nada que ver con las perplejidades que puede suscitar la existencia de la ley de la gravitación universal. De hecho, el mismo Hume se expresó en un tono bastante apodíctico en sus “Escritos morales y políticos” cuando hubo de defender la propiedad privada: no se juega con el dinero.

No hemos superado aquellas dificultades pero la ciencia del siglo XX – pensemos en Planck o Gödel– nos ha mostrado una complejidad que no podía atisbar el mecanicismo materialista anterior. El meollo del problema estuvo en que el escepticismo empirista se encontró seguro bajo la sombra de la mentalidad mecanicista que sólo reconocía una única forma del movimiento. Hoy sabemos que no hay lugar para tal tipo de seguridad porque somos conscientes de que nos encontramos ante miles de formas distintas, no mecánicas, que se muestran en formas distintas de los movimientos y en las que la lógica del empirismo queda sobrepasada. La mentalidad de los empiristas se muestra hoy ante todo como simplista.

Escribo en el año 2012. Vivimos un momento extraño, porque el fallo del modelo materialista y empirista parece haber dejado huérfanos a muchas personas de

nuestro tiempo. Al fallar el suelo seguro de la mecánica de Newton, el hombre del siglo XXI se siente inseguro, como si el suelo se le hundiera bajo sus pies. Bergson indicaba que la geometría era la metafísica natural del espíritu humano, y Heisenberg, más recientemente, explicaba que la mecánica clásica era ese esquema sin el que la razón humana no sabe cómo trabajar. Reitero que no hace falta tener ni la más mínima idea de los campos electromagnéticos, ni de los movimientos intraatómicos, para saber con certeza que mentir está ‘mal’. ¿Se puede *demostrar* que mentir es malo? No. Pero tampoco podemos demostrar cuales son las bases moleculares de nuestro mundo. Y así como los investigadores siguen desarrollando nuevas tecnologías a pesar de la sequía científica teórica de estos últimos 60 años, cualquiera de nosotros debe saber –con igual precisión- que conducir imprudentemente es malo moral y jurídicamente.

La ontología en los razonamientos jurídicos

Las Edades Moderna y Contemporáneas han sido los momentos de las *teorías*, y parece necesario criticar este molde operativo. Una teoría se define por dos notas. *Ante todo*, porque trata de ser la explicación completa y excluyente de un tema. Ha sucedido que el hombre de la Edad Moderna se hizo la ilusión de distanciarse él del ‘mundo’, de encapsular al mundo, y de explicarlo de forma parecida a como uno de nosotros describe un edificio. Los filósofos empiristas creyeron que ellos podían retirarse de lo que era su propia racionalidad, distanciarse de ella, y describirla con precisión. De forma extremadamente gratuita el hombre moderno creyó que existían unos esquemas cognitivos que garantizaban sin más la adecuación del conocimiento humano con la realidad que ellos pretendían estudiar.

(El criterio de la validez) La segunda nota sería la siguiente: para lograr la unidad que ha sido propia de las teorías modernas ha sido necesario imponer métodos científicos muy restrictivos. Lo que se presenta ante la consideración del científico es múltiple porque se compone de percepciones muy distintas, y para captar todo ello bajo una sola teoría ha sido necesario históricamente homogeneizar lo que ha de ser estudiado; esta homogeneización la lograron señalando las únicas facetas de las cosas que había de tener en cuenta el científico, excluyendo a todas las demás. (Ya indiqué que se impuso la teoría que únicamente aceptaba como científicos los datos de las cosas

que eran medibles en peso, número y figura, datos que fueron llamados ‘cualidades primarias’, mientras que los aspectos de las cosas que no soportaban este tipo de medición fueron llamados ‘cualidades secundarias’ o, despectivamente, ‘cualidades ocultas’).

Por este motivo el método científico moderno ha sido sinónimo de *exclusión*: situaron un nivel, al que podemos llamar *nivel de justificación*, y sólo lo que pudiera pasar a través de ese criterio, era científicamente relevante. Como la cantidad de cebada que un agricultor vende a un ganadero podía ser medida según su peso, ése –el peso- era un dato científicamente relevante; en cambio, el contrato por el que se vendía y compraba la cebada no tenía cabida en la ciencia. Todo nivel de justificación impone un *criterio de validez*, como vemos en la explicación del derecho: antes de la creación del Estado tenía rango jurídico la opinión de un jurista destacado; pero una vez creado el Estado dejaron claro que sólo podían tener naturaleza jurídica las órdenes o mandatos del legislador que fueran válidos, esto es, que hubieran pasado el test de la validez por haber sido dictadas tales órdenes de la forma establecida.

(Como lo expulsado por la puerta vuelve a entrar vergonzosamente por la ventana, el último tercio del siglo XX se ha visto forzado a reconocer también la naturaleza jurídica de muchos razonamientos sobre el derecho: ahí está ahora la obra de Ronald Dworkin, que se ha convertido en casi una Biblia de los positivistas en el derecho; sólo que ahora llaman a su actitud ‘Positivism jurídico incluyente’. Es decir, aunque mantengan el título de ‘Positivism jurídico’, han prescindido de hecho y en gran medida del criterio de la validez jurídica que ha sido propio de la Edad Contemporánea).

Sucede que la normatividad no resulta desde ‘una’ simple adecuación de una conducta a un código, porque las conductas pueden relacionarse con reglas puestas o supuestas de muchas maneras: Guillermo de Ockham nos dejó una observación precisa: declarar que algo no es procedente porque “Funda en una regla lo que tiene muchas instancias”: *Quia fundat in una regula quod habet multas instantias*¹⁷². Si alguien se empeña en seguir estrictamente un criterio de validez, podrá hablar de conductas adecuadas, desviadas, absurdas, o no concordes, pero desde estos calificativos no surge ninguna normatividad en un sentido digno de este término, es decir de una normatividad

¹⁷². *Opus nonaginta dierum*, Lyon, 1494, pág. 34.

que cree un *deber* propiamente humano. La adecuación normativa jurídica no puede fundarse sin más en una relación de cualquier correspondencia entre una conducta y una norma.

(Tal adecuación sí puede ser así cuando estemos ante códigos que pudiéramos llamar privados: Mengs, el pintor de la Corte de Carlos IV, entendía que los cuadros de Velázquez valían poco porque no sabían expresar la belleza: pero el suyo era un código personal que no nos compromete a las demás personas, que entendemos, a diferencia de Mengs, que los cuadros de Velázquez son excepcionalmente valiosos).

(*Contextos de ‘representación’*) Si prescindimos de un criterio de validez solitario y excluyente, ¿con qué nos quedamos para calificar jurídicamente a una conducta?

Es preciso hablar de los contextos plurales de representación (dicho con más exactitud, de las representaciones) porque no disponemos ni en la ciencia en general ni el derecho en particular de un criterio epistemológico que sea único; solamente tenemos contextos de representación que nos ayudan a acceder a cada realidad observada¹⁷³. Porque cada cosa sólo se deja conocer desde ella misma, y en la medida en que ella se nos muestra: la cosa de la enseñanza tiene poco en común con la del servicio del taxi, y los modos como los taxistas calculan sus tarifas son francamente distintos –y deben serlo- de los modos cómo los profesores preparan sus clases.

La pugna metódica más general está entablada hoy entre las exigencias de los restos del antiguo mecanicismo, que sólo admitía causas eficientes-mecánicas que resultaban desde el criterio solitario de la validez, y las teorías que reposan sobre la comprobación de tendencias o finalidades distintas que no pueden resultar desde una sola instancia. Para no incurrir en más oscuridades hay que reconocer que el origen del razonamiento práctico ha de ser teleológico, con tantos fines y matices como crea la diversidad de las necesidades, porque los institutos jurídicos solamente existen por y para nuestras necesidades. Mientras dominó la mecánica clásica la mentalidad colectiva entendió que las causas finales eran supercherías; la mecánica cuántica ha mostrado que los movimientos más básicos son los tendenciales o finalistas, y estamos en mejores

¹⁷³ . Vid. Mi estudio *¿Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?*, en J. A. Ramos Pascua-M. A. Rodilla (ed.), “El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto”, Universidad de Salamanca, 2006, págs. 171-195.

condiciones para entender que cada institución jurídica es la protagonista de sí misma a través de su finalidad.

(La diversidad reclama sus derechos) Pero este tema se vuelve más oscuro cuando comprobamos, otra vez, que la pluralidad vital expresada en la multitud de instituciones jurídicas se ve enturbiada por el espíritu del sociólogo que, de la mano de alguna actitud holista, es dado a distinguir en el interior del todo social diversos subsistemas: parece que el prefijo ‘sub’ añadido a un término ya garantiza el debido orden y jerarquización entre las posibles partes de lo que es estudiado. ¿Debemos aceptar el holismo como criterio de investigación? A veces sí. Las peculiares dificultades financieras que sufre hoy España han de ser estudiadas y resueltas desde el conjunto del Estado, y lo mismo hay que decir de otros tipos de problemas.

Pero las dificultades del derecho componen realidades distintas a las que son propias de los problemas financieros. Los que reflexionan sobre el derecho deben aprender del modo de trabajar de los biólogos, que cuando encuentran animales concretos que son similares desde algunos rasgos que son suficientes para inordinarlos en alguna clase más amplia, designan a este conjunto mayor con el nombre de especie; los biólogos no deducen a los individuos desde las especies, sino que inducen los grupos más amplios (las especies) desde lo observado en los individuos, sintetizando cualidades individuales para agruparlas más tarde. Pero el estilo holista de los sociólogos procede al revés porque ellos consideran en primer lugar a la sociedad en su conjunto, y una vez ‘instalados’ en esta extraña noción, individualizan posteriormente sus distintos sectores.

(En esta línea, Luhmann mantiene que se trata de adjudicar siempre a la sociedad en su totalidad misma la creación de los sistemas que existen en ella, y que sólo a partir de este presupuesto cabe preguntarse por los resultados de auto-organización y auto-abstracción de los sistemas parciales de la sociedad¹⁷⁴. Entonces hablan de los subsistemas educativo, sanitario, político o industrial creados por los procesos de autocreación del todo social. Esta explicación se sustenta porque entienden que la función de estos subsistemas es la de servir a la reproducción del todo genérico

¹⁷⁴ . Vid. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto Pardo. C.E.C, Madrid, 1983, pág. 19.

que, a su vez, no sabe según qué criterios ha de actuar, porque actúa contingentemente: Niklas Luhmann estableció que las directrices han de ser pautas que le llegan aleatoriamente desde el exterior¹⁷⁵).

La negación de la diversidad de las cosas se ha hecho históricamente de la mano de las filosofías materialistas: desde el punto de vista del materialismo *todo es siempre lo mismo*, aunque aparentemente se presenten ante nosotros realidades distintas. Veamos: la diversidad puede manifestarse cuantitativa o cualitativamente. Cuantitativamente: un paquete con un kilo de azúcar es distinto del paquete con sólo medio kilo de azúcar. Cualitativamente: un paquete con un kilo de azúcar es distinto de otro paquete similar porque ese otro paquete contiene harina. Usamos en ambos casos el adjetivo ‘distinto’, pero el ‘distinto’ cualitativo designa una realidad completamente diferente del ‘distinto’ cuantitativo. Al mencionar la cantidad hacemos uso de una ‘cualidad primaria’ de los cuerpos, y al distinguir entre el azúcar y la harina nos referimos a formas o cualidades distintas. Un materialista no puede admitir ni formas ni cualidades diversas y se ve forzado a mantener que no podemos saber lo que es el azúcar y lo que es la harina. En un plano más abstracto no puede reconocer las distinciones entre la cualidad de profesor y la cualidad de taxista. Pero esta negativa a distinguir, individualizar y, cuando sea el caso, separar, atenta contra la evidencia que es propia de la cotidianidad.

(Los distintos movimientos de los seres) Frente a los planteamientos que parten supuestamente de considerar la sociedad en general, o la vida humana, o la moral o la justicia en general, es preciso afirmar la intuición aristotélica, que no tanto reconoce ‘el’ movimiento como los movimientos necesariamente plurales, ya que cada cosa tiene su propio movimiento, naturaleza o forma y esta tesis se traslada inmediatamente también a las exigencias epistemológicas. Recordemos que Tomás de Aquino estableció que la naturaleza o la forma de una cosa es su peculiar tendencia a hacia el movimiento es propio de ella, y esto es así hasta tal punto que solamente conocemos las cosas por ‘algunos de sus efectos’. Los aristotélicos no se movían sobre conceptos fijados racional e inmutablemente; reitero que ellos mantenían que no conocemos lo que las cosas son en sí, sino solamente que sabemos ‘algo’ sobre ellas examinando sus efectos, y que la

¹⁷⁵ . Su obra *Fin y racionalidad en los sistemas* está dedicada preferentemente a exponer esta aleatoriedad en los procesos.

naturaleza de una cosa no es una idea al modo platónico, sino la fuerza interior que porta cada ser que le empuja a llegar a ser con toda la fuerza de su ser: *Secundum totam essendi potestatem*.

Efectivamente, la filosofía práctica no tiene a mano un método que arranque desde pocos axiomas que sean proseguídos linealmente. Hace años redacté un artículo en el que trataba de aludir al método de los juristas del *Jus Commune*¹⁷⁶. No tuve casi nada que decir, excepto lo que me evocaron otros estudios sobre este tema de acuerdo con las fuentes que yo había estudiado: que es propio de la ciencia del derecho tratar sus problemas desde el contexto propio de cada uno de ellos, es decir, el honor desde el honor, el dinero desde el dinero, los efectos desde las causas, o a las causas desde sus consecuencias: el trabajo jurídico no conoce un punto de referencia único y de función sistemática al que hubiera de remitirse para dar razón de sus explicaciones.

Abundando en esta idea, Dilthey explicaba que se requiere un constante ejercicio para ser capaz de representarse como contenidos parciales y simultáneos de la realidad, y no como abstracciones, esos nexos de interacción que se imbrican e interfieren unos a otros y que se cruzan en los individuos, que son sus portadores. En cada uno de nosotros hay diversas personas: el miembro de una familia, el ciudadano, el profesional, el ser libre que trata de trazarse un plan de vida según su inteligencia de las realidades. Explica Dilthey que nos encontramos en el orden jurídico, en un nexo teleológico y múltiple de la vida que busca su satisfacción: sólo mediante la autorreflexión, la autognosis, hallamos en nosotros la unidad y continuidad de la vida que soporta y mantiene esas relaciones diversas. También la vida de la sociedad humana reside en la producción y configuración, en la particularización y el enlace de esos hechos permanentes, sin que ni ella ni alguno de los individuos que colaboran en su sostenimiento tenga por ello conciencia de su conexión recíproca¹⁷⁷.

¹⁷⁶ . *En torno al método de los juristas medievales*, en “Revista de Historia del Derecho Español” (1982) págs. 617-647.

¹⁷⁷ . Vid. *Crítica de la razón histórica*, trad. C. Moya, Península, Barcelona, 1986, pág. 79. Añade que “Si la ciencia particular separa estos estados permanentes del juego incesante, vertiginoso, de cambios que llenan el mundo histórico-social, tales estados sólo tienen, sin embargo, su origen y sustento en el suelo comunitario de esa realidad; su vida transcurre en las relaciones con la totalidad de la que han sido abstraídos, con los individuos que los sostienen y configuran, con las demás formaciones duraderas contenidas en la sociedad. Se plantea, entonces, el problema de la relación recíproca entre las aportaciones de estos sistemas en la economía global de la realidad social”. *Op. cit.*, págs. 79-80. Sobre las razones últimas de Dilthey, vid. Trigeaud, *Essais de philosophie du droit*, Studio Editoriale di Cultura, Génova, 1982, págs. 127-129.

(*La unidad sistemática no explica nuestra vida*) Efectivamente, la filosofía práctica, que no hace planteamientos generales, debe ser llamada asistemática tanto porque enseña cómo alcanzar bienes diversos, como porque su discurso normal se mueve en un plano alejado tanto del móvil inmediato de cada sujeto como del ideal último supuestamente compartido; el móvil individual es con frecuencia antijurídico, y el ideal resulta ser demasiado lejano y poco operativo jurisprudencialmente. El investigador barrunta que un factor decisivo en este tema es la consideración del *plano medio* en el habita el derecho, como en general la doctrina ética.

Pero las teorías sobre la justicia propuestas en estos últimos siglos han sido reacias a tener en cuenta este plano medio y han pretendido unificar la génesis total de las relaciones humanas justas partiendo desde un principio único: el fomento de la sociabilidad, de la benevolencia o simpatía, del respeto a las propiedades privadas, la igualdad de todos los seres humanos, etc. Esta falta de operatividad del referente último lo comprueba la vida cotidiana, que asiste al hecho continuado de cómo el fin último no se constituye en tal tanto por su prosecución lineal del ideal, como por la vivencia adecuada de los medios. Porque casi nadie refiere el modelo real y eficaz de sus conductas a metas últimas, sino que todas las instituciones jurídicas se explican por motivaciones intermedias en el contexto de una cotidianidad que normalmente se basta a sí misma, supuestos pero normalmente no expresados los fines últimos.

Los teóricos de la ética han deseado una teoría unitaria que abarque y explique estas irreductibilidades, y ahí están los seguidores de Kant en los siglos XIX y XX (pensemos en personas tan dispares como Wilhelm Traugott Krug hacia 1830 o Rudolf Stammler hacia 1910), o los utilitaristas del tipo de Bentham. Pero con las obras de Bentham o Stammler en la mano, redactadas desde un solo punto de vista teórico, ¿un juzgador puede dar a cada uno lo suyo? No me refiero, obviamente, a lo que ya es propiedad jurídica de cada cual según el derecho vigente, sino a lo que es propio de cada cual según cada relación humana¹⁷⁸. Pues lo que es propio del profesor de teoría

¹⁷⁸. La crítica de Pascal a este tipo de teorías sigue aún en pie: “Se me argüirá que cada de esas fórmulas ofrece la ventaja indiscutible de encerrar todo el mundo ético en una sola frase. No lo niego, pero respondo que ello es inútil si no se explica, y que cuando se empieza a explicarlo, o bien se determina el precepto que contiene todos los otros, surge la primera confusión que se quería evitar. Así, permanecen allí ocultos y baldíos, como pudieran estarlo en un cofre, y no aparecen más que en su confusión espontánea. Pero la naturaleza los ha establecido todos, sin encerrar los unos en los otros”. *Pensamientos*, trad. E. González Blanco. Librería Bergua, Madrid, 1933, n° 20.

del derecho es distinto de lo que es propio del monitor de gimnasia. Proponer teorías cerradas y acabadas, que prescindan del análisis y síntesis de lo concreto en sus circunstancias actuales, es fácil, y todo se resuelve en cuestión de ingenio; lo difícil es saber vivir cada una de las relaciones financieras, docentes, laborales, administrativas, familiares, comerciales, etc., simultáneamente en su especificidad y relaciones mutuas, porque esto requiere conocimientos y capacidades frecuentemente sólo al alcance de los expertos.

Pero el materialismo posee *su propio sentido común*, que aún es el dominante en las capas populares. Si un lector de estas líneas piensa que, a pesar de todo, todo lo que existe es materia y que la materia está compuesta en definitiva por un solo elemento, debe consolarse considerando que lo que él piensa es lo que aún hoy es la mentalidad popularmente dominante. Pues un materialista tiene que pensar que, a pesar del fracaso de la mecánica clásica, a pesar de que la mecánica cuántica muestra experimentalmente que las partículas de nuestro mundo físico tienen movimientos propios, tendenciales o finalistas, por lo que no es posible hablar en la ciencia de un solo tipo del movimiento, lo cierto tiene que ser que existe una protorrealidad que se despliega fragmentadamente con formas que parecen distintas pero que, en realidad, sólo son variaciones de una única y misma cosa o ‘materia’. Luhmann, que es el representante más conocido hoy de esta mentalidad, entiende que sólo ha de existir esa primera realidad que ha evolucionado “Desde las tinieblas originarias” hasta hoy formando sistemas distintos y almacenando información, una información que cada sistema actualiza constantemente en el juego del *input/output*. Tomó una idea de Maturana (biólogo chileno) y expone que los movimientos en el interior de cada sistema sólo pueden ser los más elementales, los movimientos de división que observamos en el interior de las células¹⁷⁹. Este representante de las teorías sistémicas quiere explicar, desde el inicio de las ‘tinieblas originarias’, el Big bang, la formación de las galaxias, el sistema solar, el comportamiento de los vegetales, de los hormigueros o de los hombres y, en el interior

¹⁷⁹ . Luhmann, para abordar este problema, se sitúa en los inicios de todo, al modo del Libro del Génesis, y escribe que “En las tinieblas originarias ... el mundo ya diferenciado presenta distinciones, discontinuidades y procesos de formación sistémica. Sólo en referencia a una diferencia ya dada puede el sistema elegir una estrategia de diferenciación ambiental. Vid. *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. J. Nicolás Muñiz, Editora Nacional, Madrid, 1983, pág. 186. Tesis atrevida, ciertamente, ya que Aristóteles solamente se atrevió a mantener la eternidad de la materia. Teubner sigue esta misma actitud, más moderadamente, y alude a los procesos moleculares que tienen lugar en las células y en los procesos neuronales del sistema nervioso. Vid. la traducción de A. Febrajo y C. Pernisi, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1966, pág. 42.

de los temas humanos, quiere explicar de la misma forma los problemas de la sanidad y el código civil. Es lógico: un materialista únicamente puede reconocer un solo movimiento.

A diferencia de Luhmann, el investigador no sabe como se han formado en la eternidad la totalidad de los sistemas: prefiere reconocer sencillamente que una compraventa es cosa *realmente* distinta de un usufructo que no aventurar una explicación total de la totalidad que no tendría ningún fundamento especial para su credibilidad y que, desde luego, en el plano propio de la teoría del derecho, no puede proporcionar criterios universales para determinar las respuestas que hay que dar a cada necesidad. Es preciso reiterar que ningún hombre puede saber si el género humano hubiera podido llegar a ser de otras formas, pero que ahora, tal como somos, tenemos el deber de no molestar a los vecinos.

¿Qué método?

Un hecho tiene valor universal cuando habla por sí mismo en un lenguaje universalmente inteligible, porque los profesores, yéndonos a nuestra cotidianidad más clara, sabemos que la preparación de las clases es imprescindible para la claridad que nos exigen los alumnos: luego el profesor que prepara su clase realiza un trabajo universalmente inteligible. Podemos dar mil vueltas en un plano abstracto a lo que podemos entender por inteligible o universal, y no nos pondríamos de acuerdo: se manifiesta una vez más la oportunidad de la explicación de John Austin cuando expresaba que parece que corresponde a la naturaleza de la verdad ser concreta¹⁸⁰.

Los hechos y acciones poseen fuerza para hacerse entender gracias a esa cotidianidad que menciona Austin, a la que un filósofo aludiría como la *vertiente semántica* de los conceptos, y éste es un problema que no podemos evitar porque se nos impone recurrentemente. Si hablamos de ‘campos de habla’ al modo de Saussure (y también de otros empiristas del siglo XX), el universitario puede evitar tan abstracta como académicamente los problemas semánticos al hablar de los derechos y deberes del profesor. Así resultaría que la ciencia es sólo el momento de lo abstracto y general, de acuerdo con algún criterio de validez, universalmente inteligible, y que lo concreto y

¹⁸⁰ . Vid. *Lectures...*, cit., pág. 115.

diario se expresa en un conjunto de conductas del que no podemos rendir cuentas en sede universitaria.

Hay que lamentar no poder seguir esta actitud, porque el investigador en el derecho entiende que su campo de estudio y trabajo es lo cotidiano, de modo que será 'válido' (una palabra demasiado polisémica) el modo de trabajar que explique convincentemente por qué el profesor debe explicar claramente y por qué el taxista ha de conducir con cuidado. Si el método adoptado no permite abarcar estas conductas tan distintas, ese método es inválido; y sería igualmente inválido el método que establezca un axioma universal que explique según los mismos razonamientos las conductas de dos profesiones tan diferentes¹⁸¹.

Efectivamente, existe una lógica de las ciencias naturales, y aunque puedan existir muchas teorías, con su correspondiente valor positivo, en definitiva ha de haber una sola estructura lógica de lo científico en tanto que científico: esta estructura es *la razón metódica demostrativa*, que más que una teoría acabada es un esfuerzo humano tan continuo como inteligente que nos permite hablar de la sucesión de los métodos de la ciencia en la historia reconociendo en cada uno de estos momentos un destello de un método científico. La razón metódica demostrativa en la filosofía del derecho viene constituida, entre otras cosas, por este día a día en el que sabemos que el profesor debe explicar con claridad y que el conductor debe conducir con prudencia. Ésta es una larva de la racionalidad práctica que nos muestra una estructura lógica de lo jurídico en tanto que jurídico.

Efectivamente, el investigador que trabaja en el derecho reconoce concreciones inequívocas que guían forzosamente su discurso, y estas concreciones le permiten describir con cierta precisión –a veces– los conceptos que él utiliza. Pero si expone esta crítica en este tono, pronto le asalta un cierto complejo, porque ¿es decente explicar en términos sencillos temas que han sido debatidos con extraordinaria agudeza analítica por excelentes cabezas a lo largo del siglo XX? El expositor tiene miedo de que, al proceder de este modo, la trivialidad precientífica desconozca las complejidades que contendrían los problemas. Pero, realmente, ¿estos problemas conllevan tantas dificultades? El investigador se ve animado, entre otros, por el ejemplo que proporcionó

¹⁸¹ . Adolf Merkl, en un estudio ya algo viejo pero no superado en sus ideas directrices, explicaba que toda definición ha de definir y justificar el concepto que utiliza; la demostración se produce demostrando su valor heurístico. Vid. *Teoría general del derecho administrativo*, no consta traductor, Editora Nacional, México DF, 1980, pág. 15.

H. L. A. Hart, que emprendió una empresa de este tipo a la altura de 1960 expresándose en un lenguaje sencillo en medio de las discusiones tan exquisitamente afiladas propias de las filosofías de Quine o Austin. Hart expuso su explicación usando el lenguaje y la lógica de la cotidianidad, sin dejarse empantanar por las discusiones que mantenían los filósofos analíticos coetáneos. Además, el investigador que vive en el derecho tiene ante su vista las concreciones propias del derecho. Por el contrario, los planteamientos de Hume, Saussure o Luhmann son grandiosos, al margen de cualquier concreción, porque abarcan nuestro conocimiento sobre el sistema solar, las galaxias, y las hipotecas. (Como ninguna razón es capaz de abarcar las legalidades específicas de lo que existe, la desesperanza ante esta tarea lleva hacia las reducciones simbólicas inevitables en las que los datos de la cotidianidad dejan de contar).

(*Nuestro conocimiento es simplemente el ‘adecuado’*) No sirve siempre la metafísica de Gabriel Vázquez de Belmonte o Luis de Molina, que únicamente conocía esencias racionales inmutables. Reivindico la verdad del tipo de conocimiento al que he aludido porque el ser humano dispone de un sistema universal de tratamiento de la información, su *hardware* cognoscitivo y creativo, que es su base neuronal. El hombre vive en dos mundos: uno es el de lo que hay o existe, del que se ocupan las ciencias naturales, y el otro es el del lo que es al caso específicamente para él, del que se ocupa la filosofía práctica¹⁸²; este último es su mundo por excelencia, el que ha podido conocer gracias a su sistema neuronal según las elaboraciones reflexivas que ha ido recibiendo la experiencia humana acumulada en la historia. Sabemos que a veces existe una cierta correspondencia entre un mundo y otro porque la información procesada nos permite sobrevivir o mejorar las condiciones de vida. Esto es, existe una cierta analogía entre lo que conocemos y lo que ‘es’, y hemos de *postular* la existencia de tal parecido porque nuestros conocimientos teóricos y prácticos ‘funcionan’ eficazmente, de modo general, sea la praxis propiamente humana que da lugar a la filosofía práctica, sea en la tecnología.

Incidentalmente diré que hay que distinguir, en plano puramente personal, entre los físicos y otros tipos de investigadores, hecho que comprobamos cuando vemos que

¹⁸² . Tomás de Aquino reconocía este hecho cuando escribía que la razón humana existe al modo del hombre: “Deus vult hominem habere rationem ad hoc quod homo sit”. *Sum. Gent.*, cit., § 721. Es más claro cuando indica que nuestro conocimiento no se produce “Secundum modum rerum, sed secundum modum intellectus”. *Suma Teológica*, I, q. 50, a. 2.

físico y el jurista se distancian algo en su apreciación de lo que es válido o cierto. Pues el físico es un profesional al que le han revolcado sus métodos de conocimiento varias veces en el siglo XX, y está desengañado de las capacidades de los métodos científicos y, por ello, de los ‘conocimientos’ que posee ahora. Volviendo al tema principal, Tirso de Andrés explica que es comprensible esta afirmación de la analogía entre lo que hay y lo que tenemos porque, si se mira bien el asunto, hay que mantener que todo el conocimiento es analógico, dado por moldes de diverso tipo, por lo que nuestro entendimiento elabora una semejanza de la cosa conocida. Pero, prosigue este autor, las cosas no se conocen directamente sino que se conocen en y por la semejanza que hacemos de ellas mediante el sistema de tratamiento de la información, y este hecho se puede expresar con terminología filosófica explicando que el conocimiento lo obtenemos siempre según una semejanza: Tomás de Aquino escribía que “Para conocer se requiere que se dé una semejanza de la cosa conocida en el cognoscente”¹⁸³.

El hecho de la desproporción entre la capacidad cognoscitiva y la plenitud de lo que ha de ser conocido es innegable, pero lo que nos evoca la palabra desproporción no puede ser traspasado siempre, y en toda su intensidad, a nuestros conocimientos. La razón de la relativa seguridad de lo que sabemos puede consistir en la misma razón por la que la aritmética que usan los contables es válida a pesar de los axiomas limitadores de Gödel, o en el mismo motivo por el que las leyes de la mecánica clásica funcionan bien –aunque sólo frecuentemente– a pesar de las comprobaciones de Max Planck. La evolución nos ha hecho desarrollar programas que procesan la información en nuestro mundo sublunar, a escala del tamaño de la corteza terrestre. Este plano medio de nuestro conocimiento hace que no sepamos mucho de las partículas en el interior de los átomos de oxígeno y de hidrógeno, pero que sí sepamos con seguridad que dos átomos de hidrógenos unidos a uno de oxígeno forman el agua.

(Diversos planos de la ontología) Cual sea la verdad última de las galaxias, del sistema solar, de la vida que estudian los biólogos o de la razón humana, son cosas sobre la que el investigador confiesa su completa ignorancia. Pero esto no le preocupa en absoluto. Yéndonos al terreno del derecho, para explicar más detalladamente esta última tesis, propongo distinguir varios tipos del uso ‘jurídico’ de los conceptos según

¹⁸³ . Vid. de Andrés, *Homo ‘cybersapiens’. La inteligencia artificial y la humana*, Eunsa, Pamplona, 2002, págs. 157-160.

su proximidad a la praxis jurídica cotidiana. En primer lugar, existen conceptos que son absurdos si no son usados en contextos determinados: si alguien dice que fue desde Jerez a Sevilla en su automóvil, todos saben que esta expresión está llena de sentido; pero si ese conductor dice que ha volado desde el aeropuerto de Jerez al aeropuerto de México D. F. con su automóvil, nadie le aceptará esta afirmación. En un segundo momento, más propio de un saber normativo, emergen cuestiones en las que las nociones usadas son generales, pero solamente generales; si suponemos que el noventa por ciento de las mujeres que acuden a la Facultad en invierno usan pantalones, ésta es una verdad simplemente general que no crea ningún deber a nadie, ya que ninguna mujer de la Facultad tiene el deber de vestir como lo hace la mayoría. Finalmente, todos sabemos que no se *debe* circular por la ciudad a cien kilómetros por hora; esta prohibición se fundamenta en el hecho de que realmente es peligroso para todos circular a esa velocidad; por esto cualquier persona puede *recordar* ese deber al conductor que conduce así. A la vista de estas realidades inmediatamente relevantes ante el derecho, ¿qué puede o debe pensar sobre las cuestiones epistemológicas últimas el que está inmerso en su día a día? Luhmann mantiene que el jurista no puede entender su filosofía porque los juristas consideran a las instituciones desde el interior de cada una de ellas. Pero, ¿existe alguna otra forma posible de considerar los institutos jurídicos?

Pues el hombre está bien capacitado para saber (ocasionalmente) lo que le conviene, dada la *adaequatio* entre su entorno y él¹⁸⁴: recuerdo que las experiencias sobre los sonidos son posibles porque el oído dispone de sonidos que oír, y si tenemos apetito es porque ya existe el alimento y, en este plano de ‘adecuaciones’, la experiencia del comercio muestra que en las compraventas el comprador ha de pagar el precio y que el vendedor ha de entregar la cosa, y los datos relevantes en este contrato existirán en función de ambas entregas y de la proporción entre ellas. Otras exigencias jurídicas y morales no gozan de esta cercanía al hombre, porque esta adecuación entre el hombre y su entorno no nos impone la existencia de la seguridad social. Aunque éste tampoco es un dato tan remoto porque las exigencias de la solidaridad acompañan al ser humano del mismo modo que le acompaña el egoísmo individual: existe la seguridad social porque las personas enfermamos, sufrimos accidentes o llegamos a mayores; y porque la nación

¹⁸⁴ . Vid. mi breve estudio *La “adaequatio hermeneutica” en Tomás de Aquino*, en “Philosophica” (Valparaíso) 35 (2009) págs. 95-120.

tiene ahora suficiente dinero para establecerla: hubiera sido absurdo pensar en la seguridad social en la España del siglo XIX.

Pero ¿no constituye por lo general un círculo hablar de la valoración de los datos proporcionados por la propia experiencia de acuerdo con las pautas que surgen desde esa misma experiencia? No estamos ante ningún círculo: sabemos lo que pensamos y captamos que estamos pensando, pero no sabemos qué es pensar; sabemos algo sobre el cómo del pensar y sobre los objetos que estamos pensando, pero no sobre el ‘qué’ del pensamiento¹⁸⁵. Nuestro discurrir racional se adapta en buena medida a las exigencias de cada cosa conocida, y la racionalidad le llega a la razón ante todo por esta adaptación.

(¿Sigue siendo útil el estilo de Aristóteles?) Seguiré en lo más básico explicaciones aristotélicas ampliadas por Tomás de Aquino. ¿Es lícito inspirarse en un autor del siglo XIII? Desde entonces a hoy se han interpuesto las explicaciones de Galileo, Descartes, Newton, Planck, Einstein o Gödel, y tesis que parecían evidentes al sentido común de antaño ahora no son admisibles. Pero Descartes o Einstein fueron seres humanos que innovaron llevados por su capacidad para intuir. Un científico es rompedor cuando él asume lo que podemos llamar las exigencias de la razón metódica, que sabemos que es previa a cualquier método. Sócrates ‘descubrió’ los conceptos universales, Demócrito estableció la naturaleza atómica de la física, Aristóteles proporcionó su noción de naturaleza, Leibniz habló de las mónadas, Planck de los quanta. Si Descartes estableció la validez del procedimiento axiomático-deductivo, su intuición no tuvo más valor que las otras, y la ley de la gravitación universal no es una verdad de más ‘peso’ que el concepto aristotélico de naturaleza. Nuestra cultura tuvo aspiraciones dogmáticas y excluyentes mientras estuvo bajo el dominio del paradigma de la máquina universal; pero la profundización que han hecho la física y las matemáticas en el siglo XX dejan algunas cuestiones de base más cerca de Leibniz que no de Newton: hoy entiende mejor la física quién suponga mónadas en lugar de átomos.

¹⁸⁵ . Tomás de Aquino entiende que la razón es una simple forma lógica. Vid., entre otros lugares, *Suma teológica*, I-II, q. 50, art. 1. Su actitud más determinante se puede encontrar en la declaración que expresa que “Ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso”. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3.

(De todas formas, estas observaciones requieren ser matizadas. Si tomamos las explicaciones tomistas sobre la *civitas* de su tiempo como prototipo de la teoría política, es evidente que estas explicaciones no poseen hoy todo su valor: han cambiado las condiciones técnicas y por tanto las formas de las mediaciones sociales. Pero sigue intacto el valor de “La divina comedia” de Dante porque el hombre, como aporía permanente que da su razón de ser a las teorías éticas y jurídicas, sigue siguiendo su propio camino).

Pero volvamos al espíritu que empuja a buscar nuevos métodos científicos: los estudiosos como Descartes, Hobbes o Hume, ¿realmente han seguido unas ciencias que dieran razón de sí mismas? Si un método hubiera llegado a coincidir plenamente con la razón metódica demostrativa, la ciencia estaría clausurada. Pero si hablamos de métodos científicos para referirnos a los Elementos de Euclides, a los Principios de Newton, al Discurso del Método de Descartes, a las aportaciones de Planck o Gödel, este hecho sólo se debe al espíritu grandioso del ser humano, que va buscando un camino en medio de contradicciones. Todos estos científicos partieron desde *intuiciones irreductibles* y nuestra época, más que interesarse por un método concreto¹⁸⁶, está más atenta a la emergencia de nuevos planteamientos generales que no a la prosecución fiel de los resultados a los que puede llegar el hombre con la ayuda de un solo método.

Si este estudio tratara de la metodología de las ciencias naturales, habría que discutir con algunos de los autores mencionados para ver el modo de reconciliar a Newton, Planck, Einstein o Gödel. Pero tratamos temas humanos e interesa en este momento esa intuición más profunda que ha llevado a los científicos a romper históricamente esquemas válidos pero incompletos. Heisenberg quiere recuperar a Aristóteles porque entiende que la noción de naturaleza que proponía Aristóteles es la que hace cierto honor a la complejidad de lo que estudia el físico. Yo recurro a Aristóteles y a Tomás de Aquino –aunque ellos no sean los únicos filósofos desde los que inspirarse- porque ambos proceden al filo de unas intuiciones sobre el hombre que no parece que estén superadas. El investigador puede expresarse con palabras, o con números, o con signos aritméticos: tanto da. Al final del proceso únicamente permanece la intuición de quien supo expresar su demonio interior.

¹⁸⁶ . Parece más pendiente por superar la sequía científica que viene padeciendo –especialmente la física teórica- desde mediados del siglo XX.

El hombre y las cosas

Partiré siempre desde la dignidad del hombre, al que afirmo como persona, porque la primera ‘cosa’ que consideraré es la cualidad personal del ser humano. Son tiempos incómodos para hablar de las distintas dimensiones de la dignidad de las personas porque no todos han superado las limitaciones del pensamiento cuantificador.

Aclaremos un tema previo: en los fondos de las cabezas pugnan dos cauces intelectuales para explicar las relaciones entre los seres humanos. Uno es el individualista -no el personalista- que entiende que la dignidad del hombre surge ante todo desde la libertad o indeterminación de su voluntad, y ha de afirmar que toda relación humana justa ha de fundamentarse en última instancia en el reconocimiento del otro como igual; por esto, para los que piensan así todas las relaciones legítimas solamente pueden tener un fundamento voluntario, basado en la igualdad aritmética, y suele serles imprescindible recurrir a alguna clase de contractualismo.

El otro cauce para explicar las mediaciones humanas tiene un tinte más sociologista, porque sólo alude a la alteridad del ser humano en tanto que forma parte de una sociedad política determinada, o como perteneciendo a algún grupo, etc. De hecho, siempre que Rawls habla de lo que él llama las ‘morales comprensivas’, se refiere exclusivamente a los grupos humanos que tienen ideologías determinadas de tipo religioso, político, etc., y no menciona siquiera *a las personas* que viven esas formas de pensar o sentir.

(Otra posibilidad, intermedia, es la de considerar al hombre en el *milieu* del lenguaje, como hacen Saussure, Habermas o Apel, y afirmar unas reglas de obligado cumplimiento que estarían implícitas en la estructura del lenguaje. Entonces hemos de recurrir a noúmenos que no pueden existir pero que sí nos obligan con sus exigencias).

Avancemos en el estudio de las realidades exigidas por cada cosa. Una intuición muy básica lleva a entender que la ponderación y valoración *de las consecuencias* de las concreciones que resultan desde los institutos jurídicos, anteceden racionalmente a las decisiones que ha de tomar el titular de los derechos de esos institutos, de forma que, en muy buena medida, son aquellas valoraciones y ponderaciones últimas las que habrán de enjuiciar la justicia de las decisiones tomadas. La mentalidad más usual entiende que primero existen las decisiones de las personas libres, y que sólo en un segundo momento podremos enjuiciar la justicia de esas decisiones. Es la vieja doctrina scotista,

que es la que ha dominado en las Universidades europeas durante el segundo milenio, que entiende que en primer lugar existen las facultades humanas, y en segundo lugar existen las cosas que son producidas o realizadas por esas facultades existentes.

Reitero una idea vieja, tomada de la antropología aristotélica: la realidad más elemental del hombre es su capacidad de amar lo que existe de forma valiosa para él: *Amor est principium omnis affectionis*¹⁸⁷. Hablo de amar lo que es valioso para él porque lo más bello del mundo para un mono es una mona.

(El hombre y ‘sus’ bienes) El hombre ama aquello que es bueno para él, y esa cosa buena es la que desencadena su amor: Tomás de Aquino indicaba “El bien es la causa del amor por ser el objeto del amor”: *Bonum est causa amoris per modum objecti*¹⁸⁸. Él considera un ser deseante, movido por el deseo del amor, que tiende hacia las cosas que ya conoce como buenas. Toda la naturaleza es deseo, en este sentido, y todos los seres tienden hacia lo que es bueno para ellos, pues cada ser responde con sus movimientos a lo que es su propio motor o motivo. Esta naturaleza amante del hombre no es nada peculiar suyo: también los vegetales tienden hacia la humedad y hacia la luz. Preguntarse si primero existen las cosas buenas que mueven al amor, o si antes existe al amor que nos hace tender a lo que es bueno, supone interrogarse sobre un sinsentido. El hombre es ser deseante porque hay cosas buenas para él que él puede y debe desear. No solamente puede desearlas o apreciar las cosas hacia las que él tiende naturalmente, sino que debe amarlas; si no es así incurre en un pecado grave, desde el punto de vista de la moral aristotélica, que es el de la *insensibilitas*¹⁸⁹.

El hombre conoce en cuanto que conoce algo, o sabe que es amar en cuanto que ama algo. El ser humano no sabe qué es conocer o qué es amar porque no conoce lo que es el movimiento mismo; Bergson explicaba que “Notre intelligence ne se représente clairement que l’immobilité”¹⁹⁰. El ser humano sabe más bien algo sobre la estructura

¹⁸⁷ . *Suma teológica*, I-II, q. 62, art. 4.

¹⁸⁸ . *Suma teológica*, I-II, q. 27, art. 2.

¹⁸⁹ . El Cardenal Cayetano (Tomás Vío), activo a comienzos del siglo XVI, y que ha sido considerado como el mejor comentador de la obra tomista (aunque quizá inexactamente), explicaba en su “Tratado de pecados” que “Insensibilitas. Rarissimum peccatum est: quo quis sine rationabili causa fugit delectationes sensibiles naturales. Et si invenitur hoc peccatum, mortale est ... Aut ex natura lapidea constare homo talis”, *Summula de peccatis*, 1544, s/l, pág. 145-Dorso.

¹⁹⁰ . Vid. *L’évolution créatrice*, en « Œuvres », PUF, Paris, 5ª ed., 1991, pág. 626.

del objeto que él conoce o que él ama, y desde ahí puede conocer algo sobre lo que es su conocimiento o su amor. Si el hombre conoce es porque hay cosas que necesita conocer: el ser humano no puede desligarse de su entorno, ni genéticamente (si estudiamos el origen de sus facultades o potencias) ni en la consideración que él hace de sí actualmente¹⁹¹. Esto implica, en última instancia, que la parte del león del protagonismo del conocimiento humano lo llevan los objetos que son conocidos o amados. Genéticamente no podemos considerar a un hombre por así decir previo a sus actuaciones, porque esto no es más que una fantasía creada por la imaginación. Pues todos los hombres aman su existencia; nuestra existencia consiste en un acto, y por ello nuestro ser consiste en vivir y en consecuencia en actuar¹⁹², de forma que las potencias o facultades dependen de los actos concretos del vivir. Esta precedencia de los objetos sobre las facultades que han sido originadas por las tendencias hacia esos objetos, provocó una polémica agria de Juan Duns Scoto contra Tomás de Aquino: Scoto mantenía que las facultades humanas eran anteriores a los objetos a los que tendían. Pero la mentalidad aristotélica entiende que la comida antecede al apetito.

El hombre se conoce cuando ve, cuando trabaja, cuando juega; y se conoce como ser que ve, que trabaja o que juega, conociendo lo que ve, lo que juega o lo que trabaja; no tenemos acceso a una misteriosa naturaleza del hombre que fuera previa a ver, trabajar o jugar. No perdamos de vista la tesis tomista que mantiene que no conocemos a las cosas en sí mismas, sino sólo por algunos de sus efectos: una tesis que se aplica ante todo al ser humano cuando él es el objeto de su propio conocimiento. Sentirse vivir es amable, del mismo modo que el que ve siente su visión, y el que oye sabe que está oyendo, y todos se dan cuenta de que están actuando; cuando sentimos que sentimos y entendemos que entendemos, sentimos y entendemos que estamos viviendo, y nos alegramos por ello¹⁹³: Tomás de Aquino explica que el hombre virtuoso se alegra cuando ve porque percibe que está viendo, y cuando piensa porque percibe que está pensando. Se adelantó en quinientos años a los franceses que crearon la expresión

¹⁹¹ . Vid. mi estudio *La 'adaequatio hermeneutica' en Tomás de Aquino*, ya citado.

¹⁹² . “Causa praedictorum est, quia omnibus hominibus est elegibile et amabile suum esse. Unumquodque enim in quantum est, est bonum. Bonum autem nostrum consistit in quodam actu. Esse enim nostrum est vivere, et per consequens operari ». *Com. Eth.*, § 1846.

¹⁹³ . “Ostendit quod sentire se vivere est elegibile et amabile virtuoso. Ille enim qui videt sentit suam visionem, et similiter est de illo qui audit se audire ; et similiter contingit in aliis quod aliquis sentit se operari. In hoc autem quod nos sentimus nos sentire et intelligimus intelligere, sentimus et intelligimus nos, nos esse ». *Com. Eth.*, § 1908.

la *joie de vivre*. ¿Por qué dice que el virtuoso se alegra; no se alegran todos los hombres? No: la mayor parte de los seres humanos se encuentran preocupados por conseguir ‘cosas’ que son menos importantes que su vida y que sus operaciones vitales.

(El error de los Nominales fue suponer un hombre ya constituido que tiene capacidad para hacer cosas, aunque no haga ninguna de ellas¹⁹⁴. Pero Tomás de Aquino indaga en la estructura de lo humano con más radicalidad, en un escalón previo al de las potencias ya constituidas y no acepta a un hombre que fuera una potencia previa e inactiva a sus actuaciones. Es cada cosa la que hace que el hombre la ame con el amor que es el adecuado a cada una de ella, y esto desencadena unas actuaciones humanas que darán lugar a diversas potencias o facultades. Hay muchas formas de movimientos porque hay muchas formas de amar. Todas se canalizan finalmente por lo que llamamos la voluntad, pero este cauce común no anula las diferencias).

(*Voluntad y bienes*) Anda en juego la explicación de por qué algo es ‘bueno’ para el hombre, lo que los escolásticos llamaban la *ratio boni*. La tesis básica de este discurso es una de las más repetidas en la antropología aristotélica: “En todas las potencias que se mueven por sus objetos, los objetos son naturalmente anteriores a los actos de esas potencias, como el motor es naturalmente anterior al movimiento de lo que se mueve. Tal potencia es la voluntad, en la que lo que es apetecible mueve al apetito, y hay que decir que el objeto de la voluntad es anterior naturalmente al acto de la voluntad. Pues el acto de la voluntad no puede ser lo primero que se quiera”¹⁹⁵.

Efectivamente, carece de sentido mantener que la voluntad se quiere a sí misma en cuanto que simple potencia, es decir, en su misma indeterminación o simple potencialidad; pues el amor, o es amor de algo, o no es amor de nada, pues nadie puede amar la permanente indeterminación de su voluntad. Los apetitos del hombre son movidos a actuar por objetos concretos y, en definitiva, la calidad del amor o de la voluntad de una persona dependerá de la calidad de aquello que ama y elige.

¹⁹⁴ . “Unde non oportet esse potentia una, quae recipiat omnes actus; sicut est unus actus influens omnes actus participatos”. *Suma teológica*, I, q. 75, art. 5.

¹⁹⁵ . “In omnibus potentiis quae moventur a suis objectis, objecta sunt naturaliter priori actibus illarum potentialiarum: sicut motor naturaliter prius est quam moveri ipsius mobilis. Talis enim potentia est voluntas: appetibile enim movet appetitum. Objectum ipsius voluntatis est prius naturaliter quam actus ejus ... Non potest ergo actus voluntatis primum volitum esse ». o *Sum. Gent.*, § 2079.

Procediendo más allá, Tomás explica insistentemente que las potencias ‘se especifican’ por sus objetos, lo que quiere decir que el hombre dispone de la vista porque hay colores que ver y que dispone del oído porque hay sonidos que oír. En consecuencia, el orden de las potencias del hombre sigue el orden de los objetos que esas potencias conocen¹⁹⁶. Al de Aquino no le agrada la palabra potencia, y suele usar la de virtud, que en Latín significa fuerza o capacidad para hacer algo. Pues potencia se refiere ante todo a lo que aún no es, aunque puede llegar a ser; pero lo que no es, no existe. La suya es una antropología del acto, pues según él el hombre es acción o acto: “El actuar no es otra cosa sino el ser en acto”¹⁹⁷. En el orden genético de los

¹⁹⁶. En *Sum. Gent.*, § 158, por ejemplo, reitera que “Sed secundum ordinem objectorum est ordo potentiarum”. En *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2 desarrolla una explicación amplia de este tema: “Quia vero bonum habet rationem finis, malum autem rationem contrarii, inde est quod omnia illa ad quae homo habet naturalem inclinationem, ratio naturaliter apprehendit ut bona, et per consequens ut opere prosequenda, et contraria eorum ut mala et vitanda. Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae. Inest enim prima inclinatio hominis ad bonum secundum naturam in qua comunicat cum omnibus substantiis: prout scilicet quaelibet substantia appetit conservationem sui esse secundum suam naturam. Et secundum hanc inclinationem, pertinet ad legem naturalem ea quae per vitam hominis conservatur, et contrarium impeditur. Secundo inest homini inclinatio ad aliqua magis specialia, secundum naturam in qua comunicat cum ceteris animalibus. Et secundum hoc, dicuntur ea esse de lege naturali “quae natura omnia animalia docuit”, ut est coniunctio maris et foeminae, 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 spectant: utpote quod homo ignoratiam vitet, quod alios non offendat cum quibus debet conversari, et cetera huiusmodi quae ad hoc spectant”.

¹⁹⁷. *Suma teológica*, I, q. 75, art. 2. Este tema se presta a discusiones porque se puede entender que, en la filosofía práctica, ante todo estaría la ‘potencia’ de la ley y sólo después aparecería la virtud personal como una adecuación a lo dispuesto en la ley. Hervada entiende que “Toda virtud es un hábito o disposición y no otra cosa, pero es una disposición a cumplir la ley, natural o positiva. Por eso el centro de la moralidad no es la virtud –como pretenden algunos- sino la ley ... La virtud se ordena al deber, no al revés”. *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 4ª ed., 1986, pág. 34.

Un jurista del *Jus Commune* diría que “Tota haec quaestio difficilissima est” y, desde luego, en ella, lo que anda en juego no es la cosa misma sino el tono. Después de una evolución cultural que ha durado varios milenios, hoy disponemos indubitablemente de diversos derechos naturales, llamados derechos humanos: ya están claros algunos criterios para la justicia, aunque no siempre está claro el perímetro o al alcance de estos derechos. Si seguimos el criterio usual de causa eficiente y efecto producido por esa causa, la causa de la justicia es la ley, y el hombre sólo tiene que acomodar su conducta a lo dispuesto en la ley.

Pero éste no es el planteamiento aristotélico. Tomás de Aquino arranca desde un *ignoramus* inicial que hace tabla rasa de lo heredado en la historia y se queda con lo perceptible por la experiencia. Él vivencia que el hombre quiere ‘lo suyo’, pero frecuentemente no sabe ni lo que le corresponde ni por qué le corresponde. Es lógico que sea así porque en las cosas humanas no existen modelos abstractos, sino que el modelo es el hombre que es mejor en un aspecto determinado; de ahí que Aristóteles hablara de hombres que son como la justicia andante. Llevado por un espíritu parecido, San Buenaventura definió a la justicia como “La rectitud de la voluntad observada por sí misma”. En términos muy generales, hay que decir que el hombre es la medida de sí mismo, una regla abstracta. El ensayo de F. Inciarte “Sobre la verdad práctica”, incluido en su obra *El reto del positivismo lógico*, Rialp, Madrid, 1974, es bastante esclarecedor sobre este punto. Existen otros autores hoy que intentan reducir la doctrina ética aristotélica a puro procedimiento sin principios; pero éste es un intento que tropieza con los mismos términos de Aristóteles.

movimientos humanos, los objetos aparecen en primer lugar, en segundo lugar los actos humanos tras esos objetos, y en un tercer momento las potencias que crea el hombre para tender hacia esos bienes¹⁹⁸.

Si el hombre ha surgido desde su entorno y se regula desde él, porque posee las facultades que le ha hecho tener cada entorno, no vienen a la cabeza tanto códigos morales como las necesidades humanas que surgen desde la defectuosa adecuación de los seres humanos a su entorno, sea un entorno propiamente físico, como es el que muestra la necesidad de comer, sea el más amplio entorno humano, como es la necesidad de conocer. No estamos ante códigos, sino ante necesidades bien ‘reales’ que son previas a cualquier código. De ahí que Tomás explique que la ética no usa el modo verbal imperativo (“¡Haz esto!”), sino el modo de indicativo: “Esto está para que tú lo hagas”. Explica en varias ocasiones que el imperativo es sólo un modo de intimidar, una *intimatio*¹⁹⁹.

Vertientes ontológicas de los razonamientos jurídicos

Han ido pasando por estas páginas alusiones a las necesidades, objetos o cosas que desencadenan las pasiones del hombre y que constituyen al hombre mismo. Estos términos (objetos, cosas) nos transportan al plano de la ontología. Pero surge inmediatamente una objeción elemental: a estas alturas del desarrollo científico, ¿podemos hablar de ontología? ¿Es que la mecánica cuántica no nos hace ver que términos como percepción o existencia son demasiados ingenuos? Pero en el derecho, y por tanto en cualquier teoría sobre la justicia, sí es lícito hablar de la ontología.

¹⁹⁸. Una exposición más completa de esta tesis se encuentra en mi estudio *Justicia y Ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*, cit., § 6. Finnis, enfrentándose a Adler y Veatch, quienes pensaban que primero había que conocer la naturaleza del hombre para después conocer lo que es bueno para una naturaleza así, escribía a propósito de Aristóteles: “In the ‘ontological order’, no doubt, ‘the essence of soul grounds the potencies, the potencies ground the acts, and the acts ground the knowledge of objects’, But if you ask how we come to know human essence or nature, the order will be stated by Aristotle himself: one must first know the objects, and thus one can fully know the characteristic human acts, and *thus* the human potentialities, and *thus* the human essence or nature”. *Fundamental of Ethics*, Clarendon Pres, Oxford, 1983, pág. 21.

¹⁹⁹. Sus declaraciones son muy numerosas. Quizá la más previa es la que hace en *Suma teológica* I, q. 21, art. 2. Para precisar más vid. op. cit., I-II, q. 12, art. 1, I-II, q. 17, arts. 1 y 5, I-II, q. 90, art. 1. En *Suma Teológica*, I, q. 17, art. 1, explica que “Imperare est quidem essentialiter actus rationis: imperans enim ordinat eum, cui imperat, ad aliquid agendum, intimando vel denunciando: sic autem ordinare per modum cuiusdem intimationis, est rationis ... Sed ratio potest aliquid intimare dupliciter. Uno modo absolute, quae quidem intimatio exprimitur per verbum indicativi modi: sicut si aliquis alicui dicta: “Hoc est tibi faciendum”. Aliquando autem ratio intimat aliquid alicui, movendum ipsum ad hoc. Et talis intimatio exprimitur per verbum imperativi modi: puta, cum alicui dicitur: “fac hoc”.

Quisiera recordar que yo no tengo ni idea de la posición de mi cuerpo en el espacio, porque no sé qué es el espacio; desconozco igualmente la índole de los movimientos últimos de las partículas atómicas. Pero el que el investigador desconozca estos temas no implica que no sepa con certeza que no debe suspender arbitrariamente a sus alumnos, que puede exigir prudencia a la conducción del taxista (*recordándole* ese deber), y que puede indicarle a un funcionario que comete cohecho que procede mal. Quien entienda que cada una de estas exigencias debe tener una base argumentativa *necesariamente* distinta, estará en condiciones de comenzar a tomar en serio la función de la ontología en el derecho. Tomás de Aquino explicaba realistamente que únicamente podemos demostrar, demostrando²⁰⁰.

(*Cosas y personas*) Como la Modernidad nos acostumbró a pensar desde los derechos de las personas, resulta extraño hablar de las cosas en el derecho. Desde luego, están siempre operativos los derechos humanos, que son expresados de formas extremadamente abstractas, y muchos problemas pueden ser resueltos alegando alguno de ellos. Este tema necesita un tratamiento delicado y para analizar este problema podemos tomar como referencia un libro reciente de Norbert Achterberg, “Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung”²⁰¹. Este estudio presenta al derecho como un tipo especial de relaciones que existen entre los ‘sujetos del derecho’ (*Rechtssubjekte*). Esta expresión, en el contexto de la obra de Achterberg, tiene un significado distinto al que le dio antes Georg Jellinek, porque Achterberg sigue el sentido más usual de esta expresión y entiende que “Hay que determinar el concepto de relación jurídica como la relación jurídicamente configurada entre dos o más sujetos”²⁰². Parece más próximo a Savigny y a los kantianos.

Él concibe al orden jurídico como una realidad ya constituida y entiende que las relaciones jurídicas son aquellas que existen entre dos o más individuos y que se encuentran reguladas por el ordenamiento jurídico nacional o internacional. Al filo de esta mentalidad aparecen necesariamente dos realidades: una preferentemente

²⁰⁰ . Vid. *De Anima*, § L. II, § 43.

²⁰¹ . Su título completo es *Die Rechtsordnungs als Rechtsverhältnisordnung. Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie*, Duncker und Humbolt, Berlin, 1981.

²⁰² . “Der Begriff der Rechtsverhältnisses ist zu bestimmen als die rechtsnormgestaltete Beziehung zwischen zwei oder mehreren Subjekten”. *Die Rechtsordnungs...*, cit., pág. 31.

positivista que considera al derecho ante todo como el conjunto de la legislación, y otra que pinta más en jusnaturalista que mantiene que el elemento más atómico de la experiencia jurídica es el individuo con sus derechos. Esta doble tesis, expuesta con esta simplicidad, es sencillamente cierta, pero expresa sólo una verdad penúltima, porque el que reflexiona sobre el derecho ha de examinar ante todo las relaciones entre las normas jurídicas y los seres humanos en sus situaciones concretas, a los que se aplicarán esas normas. Si prescinde de este *index* complejo que la ha de guiar en la búsqueda de las normas, no tendrá claro ni siquiera las normas que hay que aplicar en cada problema. Ha de saber que las regulaciones del derecho no se pueden explicar por lo general teniendo ante la vista solamente la condición personal de los seres humanos, sino que ha de estudiar las naturalezas de las carencias y de las interferencias individuales que normalmente no versan sobre incompatibilidades estrictamente personales, sino desde esas necesidades o carencias *reales* que han motivado la creación de cada norma. El factor personal está siempre presente porque es el título último que puede alegar un hombre para ser titular de derechos, pero normalmente este factor es insuficiente cuando nos planteamos: “¿Por qué hay que aplicar esta norma a este hombre?”.

(El derecho, conjunto de las funciones de las necesidades de las personas)

Efectivamente, también los derechos más básicos han de ser concretados, y estas concreciones provienen en buena medida desde las naturalezas o estructuras de las cosas que nos posibilitan a hacer y también nos obligan a hacer. Pues las cosas se ‘interponen’ entre los hombres, a modo de *bienes comunes*, y devienen una tercera instancia a la que pueden apelar todas las partes. A veces las propiedades de las cosas separan a las personas, pero normalmente las unen. Esta vertiente del problema puede ser malentendida si tomamos como patrón para comprenderla a las propiedades privadas: este tipo de propiedades más bien desune a los hombres, ya que en ellas domina ante todo la capacidad para excluir. Ciertamente, en última instancia, el derecho las valora positivamente, y de ahí la protección que les otorga; pero el derecho no las considera siempre y en todo caso positivamente, y de ahí la progresividad fiscal.

Todos tenemos propiedades y derechos que no se reducen al tipo del derecho real de propiedad. Estas propiedades son directamente jurídicas (y no sólo relevantes ante el derecho) porque implican entrelazamientos de las conductas humanas, en virtud de los cuales unos hombres pueden exigir unas conductas a otros, más allá de la actitud

estrictamente penalista, que es negativa por defensiva: es magnífico que unos estudien medicina y otros se hagan técnicos informáticos: de este modo el técnico en informática tendrá médicos que le cuiden y el médico tendrá quien le haga posible trabajar usando la informática. La docencia es un bien común de este tipo, y los alumnos pueden exigirle al profesor que explique claramente porque ambas partes, alumnos y profesores, están sometidas a las reglas de la enseñanza. Estas cosas crean funciones sociales, y parece innecesario explicar que uso el término función en un sentido muy amplio. Los profesionales trabajan en los marcos de sus funciones, y todos viven, como ciudadanos, al menos en el interior de las funciones políticas más elementales.

El derecho es una *relación funcional* entre las personas, ya que coordina las conductas de unos hombres con otros. Explico esto: si una persona camina a la velocidad constante de cuatro kilómetros a la hora, podemos obtener la función de ese paseo mediante dos líneas, una que describe el itinerario del que pasea, y otra que va marcado las horas y los kilómetros. Cada una de ellas se corresponde con la otra, y podemos pensar sin esfuerzo que son líneas más o menos paralelas. La línea principal – la que describe al hombre que pasea- la llamamos *dominio*, y la línea que trazamos nosotros para explicar el paseo se llama *codominio*. Pero ha de haber una relación determinada y bien real entre una y otra línea, lo que implica, entre otras cosas, que ha de haber en esta relación ha de haber un elemento *functor* que relacione ambas líneas, de forma fiable, desde el punto de vista que es propio del derecho.

En la filosofía práctica, los datos que relacionan a ambos momentos de la función (al dominio y al codominio) no consisten en entidades estáticas, sino en movimientos: habría que decir que un movimiento se relaciona con otro movimiento, esto es, que una necesidad origina una norma o regla jurídica: la necesidad que puede ser resuelta socialmente es el dominio y ‘su’ regla jurídica es el codominio. Cuando cambia el factor primero, la función o codominio ha de cambiar, y de ahí los cambios en el derecho. Entre aquellos factores y esta previsión, la humanidad –tanto la universalidad de la humanidad como las regulaciones más sometidas a la historia- establecen sin más una relación, y si esta relación es constante, podemos hablar de una función permanente.

(No siempre nos percatamos expresamente de este tipo de funcionalidad, porque es bien sabido que los actos repetidos proporcionan un mecanismo por el que incluso los objetos desarrollados independientemente se pueden conectar aunque falte la

intencionalidad expresa para esta establecer esta conexión: en tales casos la razón apenas funciona porque se deja llevar por el hábito.)

Si la norma jurídica no representa funcionalmente la satisfacción de alguna necesidad, no debe existir como tal norma porque falla la relación (el elemento functor entre ambos momentos de la vida humana) que ordena satisfacer necesidades humanas porque el ser humano es una persona. La formación del derecho presenta dos grandes vertientes, porque podemos exigir *como* personas, y podemos exigir *porque* somos personas. Ya indiqué que el derecho forma una elipse con dos ejes focales, uno la cualidad personal de los hombres, y otro la satisfacción de las necesidades o derechos concretos y reales. Podemos exigir porque somos seres humanos, y al ser personas podemos exigir conductas concretas. Un geómetra diría que de las segundas conductas se ocupan las variables dependientes y de la primera las variables independientes²⁰³. El derecho, al margen de estas vertientes de las funciones, no tiene razón de existir.

(Momento teórico y momento práctico) He indicado que la pretensión de extender a los comportamientos prácticos humanos las restricciones que imponen las cuestiones últimas de las ciencias naturales, es irracional porque esta pretensión ha de decretar la irracionalidad de lo que verdaderamente es racional: todos sabemos que la exigencia de que el profesor explique con claridad es racional porque es necesaria, y que las regulaciones jurídicas de las personas que integran los cuerpos de profesores han de tener contenidos necesariamente racionales. Es obvio que estamos ante dos tipos de ciencias, unas naturales y otras humanas. Si podemos llamar a una teórica y a la otra práctica, es cuestión que parece irrelevante, aunque esta separación puede resultar ocasionalmente inadecuada porque los datos que es necesario tener en cuenta para normar adecuada o racionalmente las actuaciones de los profesores son conocidos

²⁰³ . Ésta es una forma de proceder que es típica de todos los momentos de las ciencias. En una primera aproximación Polaino-Lorente explica que “Una vez establecidas las posibles hipótesis comienza la investigación, elaborándose un diseño experimental. El diseño consiste en el ordenamiento de los datos según un doble criterio: (1) los factores intervinientes en la situación experimental provenientes del medio, que pueden ser controlados y manipulados por el investigador (las invariables independientes); y (2) los factores dependientes de los anteriores, que constituyen por eso mismo las consecuencias generadas supuestamente por las modificaciones que el investigador ha introducido (variables dependientes).

A estos últimos factores se les denomina con el término de variables dependientes porque su comportamiento depende de las modificaciones que se introduzcan en las variables independientes controladas por el investigador”. *Antropología e investigación en las ciencias humanas*, Unión Editorial, Madrid, 2010, pág. 69.

‘teóricamente’, y de ahí que cualquiera pueda hablar sin complejos de las bases ontológicas de las distintas necesidades por las que existe el derecho.

(Reitero también que al aludir a las cosas y a la ontología no recabo el conocimiento de un orden del ser del tipo del que expusieron Gabriel Vázquez de Belmonte o Luis de Molina, y que reprodujeron tantos escolásticos tardíos que llenaron sus libros de esencias eternas; no espero alcanzar el conocimiento de un templo de cristal en el que todas sus partes encajen perfectamente. Me contento con comprobar que el taxista *debe* conducir prudentemente.)

Los positivistas del siglo pasado hablaban con entera naturalidad de la ciencia jurídica como un trabajo para ordenar, clasificar, organizar, etc., las normas jurídicas. La “Teoria della scienza giuridica” de Bobbio es una obra especialmente significativa para este fin. El problema es: ¿Qué quiere decir ordenar *lógicamente*? La ordenación cronológica es sencilla, pero el orden por ‘materias’ exige conocer una gama bastante amplia de nociones *reales* que han de servir para situar a cada texto en su sitio. Estas nociones no son arbitrarias, ni estipuladas, ni reciben o cobran su validez siempre desde simples vivencias intersubjetivamente compartidas: es *necesario* que una compraventa pertenece al derecho de obligaciones y que una tutela pertenezca al derecho de familia, y estas ubicaciones son inalterables.

Los que se niegan a razonar sobre las dimensiones ontológicas de los razonamientos jurídicos siempre podrán alegar la manida frase que alude a los universales implícitos en el lenguaje, y entonces dirán que es un universal implícito en el lenguaje que un contrato de compraventa haya de formar parte del derecho de obligaciones y que una tutela haya de formar parte del derecho de familia. Pero ésta es una respuesta siempre penúltima, porque el universitario tiene el deber de preguntar por qué algunas instituciones constituyen tales universales, y por qué otras no. Desde el singular punto de vista del derecho todos hemos de preguntarnos por qué esta prohibido fumar en algunos sitios, y si declaramos que estamos únicamente ante un universal contenido en el lenguaje, o que esta prohibición responde solamente a un valor intersubjetivamente vigente, el ser humano da la espalda a su racionalidad.

La vertiente ontológica más básica de nuestras instituciones se manifiesta emotivamente en mayor grado de la mano de la realidad del deber, porque el derecho no crea deberes gratuitamente, por decirlo así. Sabemos que no debemos fumar en lugares cerrados porque el humo causa *realmente* daños a los otros. Cuando el derecho impone

deberes –el tema del deber representa en este momento el inicio de la experiencia jurídica- es porque existe un bien *real* que realmente puede ser lesionado. Bergbohm mantenía que en el derecho no existen ni siquiera los principios morales básicos “Porque nadie siente igual”²⁰⁴. No es posible estar de acuerdo con esta afirmación. El derecho no se mueve en un vacío ontológico, porque si las leyes prohíben vender tabaco a los menores de edad y prohíbe también fumar en los lugares públicos y cerrados, es porque el tabaco ‘realmente’ (de *res*, cosa) causa daño en la salud. Fumar es una conducta bien real, que no la conocemos gracias a ningún principio kantiano a priori del Entendimiento, y también es real mantener que causa daño a la salud, y este daño tampoco lo conocemos mediante la aplicación de pragmáticas formales del lenguaje que expresan cuasi-noúmenos. Si fumar es una conducta real, y si los seres humanos somos dañados por el tabaco, hay que concluir, según la lógica de las cosas, que son los hombres los que fuman y que, igualmente, son los hombres los que resultan dañados en su salud, y hay que concluir, en el plano normativo, que es mejor no fumar o que es necesario impedir que una persona dañe a la salud de otras.

Cada institución ha de ser fuente ella misma de su justicia. Los motivos para obedecer al derecho no pueden ser reconducidos a una sola categoría, como sería el ‘Deber-ser’ kelseniano. Cada instituto jurídico ha de llevar en sí las razones para exigir justificadamente obediencia, y estas razones son distintas, y si no es así, estamos ante una manifestación más de las prepotencias que están activas en la sociedad. Incluso se podría añadir que las expresiones unitarias de deber o Deber-ser comportan cierto abuso lingüístico, porque las causas desde las que cada instituto jurídico crea *su deber propio* son distintas. Si estas causas son diversas, ¿es correcto hablar usando siempre el término único de deber? Parece que estamos abusando del lenguaje. Ante nosotros aparecen necesidades *reales* y *plurales* que deben ser resueltas socialmente, y ésta es la médula del jusnaturalismo.

Los jusnaturalistas como Tomás de Aquino entendieron que este deber de reparar las carencias es el fundamento de las normas jurídicas, de modo que si no existe el deber, hay prepotencia, y si existe pero no es remediado, hay injusticia. Éste es el núcleo más profundo de la doctrina tomista sobre el derecho natural, no el del

²⁰⁴ . “Sie fragen uns, ob wir es denn nicht ‘fühlten’, das Versprechen gehalten, fremdes Gut respektieren, Übelthäter bestraft werden müssten und dgl. Diese einerseits abstrakte falsch generalisierende Weise verschliesst jedoch den Weg zur Einsicht. Niemand, schlechthin niemand ‘fühlt’ dergleichen”. Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pág. 467.

jusnaturalismo moderno basado (según los escolásticos tardíos) en esencias metafísicas inmutables o (según los iusnaturalistas de la Edad moderna), en la defensa de los derechos individuales.

Es difícil aceptar la doctrina metafísica de los escolásticos tardíos, tales como Gabriel Vázquez o Luis de Molina porque ellos tratan de traducir a proposiciones (lingüísticas) lo que son las cosas humanas; pero es muy dudoso que la realidad práctica humana posea una estructura proposicional igual para todos los casos que puedan presentarse. Tomás de Aquino dejó establecido que lo que es útil y justo a una persona, porque le es adecuado y conveniente, puede ser injusto en otra persona porque no le es adecuado ni conveniente²⁰⁵. También estableció que existe tal salto inexplicable lógicamente entre los principios generales y las situaciones concretas, que es preciso suponer la existencia de dos intelectos, uno que juzga sobre la corrección de los principios, y otro que examina la adecuación de las conclusiones²⁰⁶. En plena oposición al de Aquino, Francisco Suárez estableció hacia 1610, que la exactitud de los primeros principios se observa ante todo en la corrección de sus concreciones²⁰⁷, y esto lo indicó alegando apoyarse en Tomás de Aquino. Es patente que en la Escolástica hubo más fracturas que no continuidades²⁰⁸.

(La teleología en la génesis de las instituciones del derecho) Aparece otro tema, relacionado con éste, que parece tener más enjundia. Pues al decir que el taxista tiene el deber de conducir con prudencia, proponemos un hecho que todos pueden y *deben* entender porque ahora está activa la advertencia de Heisenberg cuando indica que objetivamos un juicio en la medida en que este juicio no depende de sus condiciones de verificación²⁰⁹, y el deber del conductor de conducir prudentemente está ya suficientemente verificado antes de subirnos al taxi. Los ‘hechos’ humanos portan en sí

²⁰⁵ . Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 10, art. 2.

²⁰⁶ . Vid. *Sum. Gent.*, § 475.

²⁰⁷ . El de Aquino destacó “Quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratis. Sic enim, proponer diversas hominum conditiones, contigit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosos, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt aliis vitiosos, tanquam eis non proportionati”. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 3.

²⁰⁸ . Para destacar este hecho publiqué mi estudio *Justicia y ley natural: Tomás de Aquino, y los otros escolásticos*, ya citado.

²⁰⁹ . Vid. *Física y filosofía*, trad. F. Tezanos, Ediciones La Isla, Buenos Aires, 1959, pág. 62. Efectivamente, solamente se puede hablar de la semántica si los axiomas y las conclusiones son verdaderas por separado.

frecuentemente *una intencionalidad* que los hace inteligibles más allá de constituir un sonido en las cuerdas vocales. Husserl examinó esta forma de la intencionalidad del conocimiento, de forma magistral, en sus “Meditaciones cartesianas”.

Ciertamente, los investigadores con formación empirista indicarán que no observamos la intencionalidad del mismo modo como observamos directamente el acto. Pero la experiencia cotidiana indica que estos señores suelen proponer un caso especialmente difícil, normalmente paradójico, y desde ahí extraen la regla general: extraer las reglas desde casos excepcionales es una forma de proceder deshonesto. Es más adecuado al transcurso de la cotidianidad en la que vive el derecho apreciar el valor del dicho anglosajón que indica que *Hard cases make bad law*. Es preciso tener en cuenta que ningún conocimiento es absolutamente directo, y Tomás de Aquino nos indicó que no podemos conocer lo que las cosas son en sí, sino que únicamente podemos conocerlas por algunos de sus efectos²¹⁰. El conocimiento de la materialidad de la cosa dada por la intuición no nos lleva a conocer enteramente esa cosa, y por esto los efectos que conocemos –la ‘cosa’– están destinados a formar una síntesis con las aportaciones propiamente humanas, que convierten a esa conducta a lo que algunos científicos han llamado puntos de intersección de validez universal²¹¹.

(Porque –explica Heisenberg– toda situación fáctica adquiere sentido por su referencia a leyes de validez universal que son ‘puntos de intersección universal’. Efectivamente, la intención del que usa el taxi y la finalidad del taxista pueden ser muy distintas, pero forman una intersección que es válida por sí misma²¹²; pues toda comunidad interpretativa juzga gracias a esos puntos de intersección a los que se refería Heisenberg y que constituyen leyes válidas ante cualquiera. A estas intersecciones me refería cuando hablaba de los bienes comunes que son útiles para todos, porque el experto en informática puede tener un médico que le cuide y el médico puede ser asesorado por el informático. La razón de esta correspondencia es quizá que el hombre ha evolucionado de forma que sus pensamientos se corresponden a su experiencia, de

²¹⁰ . Vid. *Suma teológica*, I, q. 76, art. 1. Para él, la naturaleza es el principio del movimiento que cada ser porta en sí mismo. Vid. *In IV Phy.*, § 145.

²¹¹ . Vid. *Física y filosofía...*, cit., pág. 118.

²¹² . Heisenberg repara en que existe distinción entre la mecánica inanimada y la animada. Reconoce que es difícil mantener esta tesis, porque los procesos biológicos están regidos por leyes físico-químicas. “Pero la clase de estabilidad que muestran los organismos vivos es de una naturaleza un tanto diferente de la estabilidad de los átomos o de los cristales. Es una estabilidad de proceso o de función más bien que una estabilidad de forma”. Para explicar estos procesos se requiere una experiencia mucho más cautelosa que la de los físicos. Vid. *Física y filosofía*, cit., pág. 129.

modo que nuestros conceptos son válidos para nuestro entorno vital²¹³. Cabe preguntarse si la intencionalidad es una realidad ‘metafísica’. Desde luego, sí. Bergson escribía que “La psicología tiene por objeto al cuerpo humano actuando hacia la práctica, y la metafísica es el mismo espíritu humano esforzándose por superar esas condiciones”²¹⁴).

El hombre es un ser constitutivamente carente porque vive la necesidad de hacer algo con su vida. El punto de partida de cualquier reflexión sobre la filosofía práctica ha de ser el de las necesidades humanas. Nadie puede hablar en general de relativismo en el derecho, porque una necesidad se presenta por sí misma, y presenta en sí lo que ha de ser remediado; ciertamente, una vez detectada la necesidad, puede haber discusiones sobre el modo de satisfacer cada problema. A veces los problemas presentan caras antitéticas, como sucede con el aborto, en el que se enfrentan la libertad de la mujer con la necesidad de proteger las vidas; pero ésta radicalidad en la divergencia no suele ser el caso normal de los conflictos jurídicos. Hay que optar entre la mera coexistencia casual de objetos dispersos o la inclusión de estos objetos en un ámbito de aprehensión cognoscitiva que sintetice los elementos observados y los ponga al servicio de un fin superior. Nosotros tenemos carencias y no nos limitamos a registrarlas como simples hechos que no razonan ante nuestra conciencia: al contrario, captamos esas carencias a través de un principio de síntesis que viene proporcionado por el acto mismo en el que las aprehendemos. Pues nuestro conocimiento es siempre sintético. Cuando Pedro viene a casa y alguien nos dice que Pedro tiene sed, hacemos algo más que registrar un hecho: entran en acción las muy sintéticas normas sobre la hospitalidad.

En este punto es preciso estar precavidos frente a dos peligros. Uno es el uso del criterio de la validez, que ya denuncié; un mal entendido sentido del honor llevó hace siglos a hacer necesario el duelo entre caballeros: poseían un código-referente que determinaba la validez moral de sus actos, y que era excesivamente exigente; es patente que ese sentido de la intencionalidad no nos interesa. El otro peligro proviene desde el uso de los símbolos porque los símbolos crean la impresión de que una conducta sólo es

²¹³ . Así, Heisenberg, *Física y filosofía*, cit., pág. 139. Bergson abunda en el tema: nosotros nacemos artesanos del mismo modo que somos geómetras porque nacemos artesanos. Así, la inteligencia humana, en tanto que diseñada por las exigencias de la acción humana, es una inteligencia que procede a la vez por intención y por cálculo, por la coordinación de los medios hacia un fin y por la representación de los mecanismos hacia formas cada vez más geométricas. Vid. *L'évolution créatrice*, ..., cit., pág. 532.

²¹⁴ . Bergson, *Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit Matière et mémoire*, en « Œuvres », ed. cit., Avant-Propos.

intencional si puede ser subsumida bajo un elemento icónico. Los símbolos no existen a priori ni trascendentalmente: son contenidos normalmente obtenidos desde experiencias sensibles, que han sido puestos al servicio de un entendimiento puro (en el caso de las matemáticas o de la geometría) o al servicio de una racionalidad que ya ha determinado su objeto de estudio (como sucede en el derecho). Su ‘ser-para’ determina su forma necesariamente lógica y por ello aparentemente universal. Pero constituyen vaciedades que no son universales, sino simplemente infinitas (en el sentido aritmético o geométrico de este término), y por esto necesitan perentoriamente de alguna concreción para acceder a su existencia real. Pero toda determinación o concreción rompe la infinitud que parece propia de los iconos; un hecho que resumía Hegel cuando explicaba que el punto es la negación del espacio²¹⁵. Entonces resulta que el carácter de ser-símbolo es vitalmente contradictorio.

Hablo de la intencionalidad que existe en cada institución jurídica porque es esta finalidad la que hace que una conducta abandone el ámbito de lo simplemente factual para que entre en un mundo en el que estas intencionalidades son ya puntos normativos de intersección de las relaciones sociales. Ciertamente, cada finalidad ha de ser recogida por el derecho; si mi finalidad es comprar un velero con una eslora mínima de diez metros, el derecho se desentiende de mi problema; pero si mi intención es que mi deudor me pague lo que me debe, este hecho deja de ser un hecho simplemente fáctico o ‘privado’ para ser universalmente exigible. Una mente algo simple diría que no hemos adelantado mucho con esta explicación, porque lo único que sucede es que el derecho no recoge los caprichos para comprar barcos y sí recoge la exigencia de que se paguen las deudas. Si pensamos en el derecho como una entidad con voluntad propia, esta objeción sería razonable. Pero el conjunto de las instituciones distintas que compone cada orden jurídico no depende del arbitrio de un legislador omnipotente, sino que cada una de esas instituciones ha venido reclamada por una necesidad humana.

Necesidades humanas, en las que interfieren las razones y las voluntades de los hombres, hay muchas, que expresamos bajo conceptos abstractos, como son las nociones de capitán de barco, médico o constructor de inmuebles; estos conceptos constituyen categorías jurídicas autónomas. Ellas mismas poseen ya naturaleza pública,

²¹⁵ . En la *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Zweiter Teil, § 254, explica que “Der Punkt, das Fürsichsein, ist deswegen vielmehr die und zwar in ihm gesetzte *Negation* des Raums”. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970.

porque constituyen *conceptos funcionales*, de proyección necesariamente pública (a veces hablamos expresamente de ‘espectáculos públicos’), cuyas virtualidades jurídicas no dependen ‘simplemente’ de la Administración o de los legisladores. El poder público debe regular algunos aspectos del estatuto económico, laboral, fiscal, etc., de las personas que viven en sus determinaciones personales y sociales, pero en modo alguno crea sus dimensiones públicas, es decir, las capacidades que implican de actuar ‘coram omnes’ estas categorías. Reitero que las nociones de padre, capitán o profesor son más que enunciados factuales, tema en el que ha insistido MacIntyre²¹⁶.

Estos escenarios para la reflexión del derecho quedan enturbiados si el investigador atiende al conjunto del orden jurídico. Este orden se presenta –de forma prácticamente visual- como una realidad que ya está constituida incluso topológicamente. Entonces aparece como un cuerpo geométrico –“El ordenamiento jurídico español”- que permanece inalterado como tal cuerpo único a pesar de las variaciones concretas; todo él será visto como un conjunto de funciones continuas, porque lo que más destaca en esta presentación del orden jurídico es la consistencia o textura única. El hecho de estar ya disponible se aprecia de forma especialmente clara en las bibliotecas de las Facultades de derecho, porque cuando alguien señala a la biblioteca parece decir “Ahí está el derecho”. Esta observación se agudiza aún más porque el orden jurídico tiende a ser imaginado como un cosmos autosubsistente²¹⁷ que sólo requiere ser conocido, y de hecho el estudioso se pierde en el examen de las disposiciones que a él le interesa conocer, instrumentalizando lo que conoce para su provecho; en tal caso predomina el momento pragmático sobre el momento propiamente práctico o teleológico, y el que busca en los libros de derecho se comporta como el trabajador que usa una herramienta. Pero todo el que usa una herramienta percibe su

²¹⁶ . Este autor alude a las situaciones que portan en sí tanto los criterios para resolver sus problemas como para saber el origen de su fuerza normativa. Él propone el ejemplo de capitán de barco, porque todos esperan, justificadamente, que el capitán se comporte de acuerdo con sus funciones. Vid. *Tras la virtud...*, cit., pág. 81.

²¹⁷ . Este tipo de pensamiento nos equipara a los animales, que son realidades acabadas porque dependen íntegramente de lo que ya son y de las posibilidades que les ofrece su entorno de acuerdo con las facultades o potencias que ellos poseen.

Los que han mantenido este ‘positivismo’ ingenuo ignoran que existen dos ámbitos de presentación en el conocimiento de lo jurídico, uno de simple presentación y otro justificativo o de representación. Tomemos a la geometría como ejemplo: quien ve las estrellas en el cielo, está disponiendo de dos contextos: uno, el de la profundidad del espacio; el otro, el de la figura que forma el astrónomo uniendo las estrellas. Vid. Saumells, *La geometría euclídea como teoría del conocimiento*, Rialp, Madrid, 1970, págs. 57-58. El hombre usa igualmente estos dos ámbitos en la producción de sus reglas prácticas: las necesidades componen el primer plano de justificación, y la solución buscada, que forma la regla, compone el segundo.

mayor o peor adecuación para que trabajo que hace: establece, normalmente de forma inconsciente, una relación esencial entre el instrumento y las funciones que ha de realizar: sigue presente el momento teleológico.

(Ciertamente, nuestras bibliotecas contienen libros de derecho público y privado. Los razonamientos hechos en ellos parecen apartarse de sus raíces originarias –y a veces se apartan- porque combinan funciones con otras funciones de unos modos que no son arbitrarios pero que frecuentemente tampoco responden a esquemas lógicos preconcebidos: sería un error confundir la precisión con la exactitud. Alguien puede pensar que los juristas idealizan las instituciones porque esquematizan demasiado las relaciones intrincadas que se les ofrecen: este proceso de esquematización, con lo que implica de idealización, es necesario. Pero no olvidemos que una norma o regla jurídica es ante todo un problema concreto ya resuelto, ya esté resuelto porque ya se ha planteado en el pasado, ya porque ha sido previsto anticipadamente).

Siempre sucederá que las funciones ya establecidas e institucionalizadas, tal como se manifiestan en las normas jurídicas, tienden a permanecer establemente en series segundas, más permanentes y más autónomas que se explicitan y explican en las Universidades como principios generales del derecho, principios constitucionales, principios del derecho administrativo, etc., que cobran vida autónoma aunque cambie la primera serie teleológica que los hizo posibles en sus inicios. Pero si el orden jurídico es autonomizado de este modo, esta autonomización es el factor que determina el ocasional desfase histórico de la dogmática jurídica ahora válida pero dudosamente vigente.

Vertientes propiamente prácticas existentes en todo derecho

Hasta ahora he aludido a las necesidades y a sus soluciones, a los contenidos tan ontológicos como normativos de tantos conceptos aparentemente abstractos. Pero este discurso es necesariamente incompleto porque intervienen principios y relaciones entre los principios según las estructuras ontológicas de las relaciones. Podemos aislar a los principios frente a estas estructuras y a afirmar los principios por sí mismos, porque sin duda existen principios morales que han de ser necesariamente jurídicos, como es el que expresa que *Pacta sunt servanda*. Pero si dejamos el estudio de la vida de los principios en este punto no estaremos en condiciones de dar cuenta de la experiencia jurídica

porque así sólo conseguiremos establecer una rapsodia de principios aislados, y algunos autores se han ocupado de ofrecerlos al gran público bien en orden alfabético, bien por materias. Es patente que emergen dos problemas algo distintos: uno, el de la afirmación de principios que son normativos por sí mismos. Otro, el de la justicia de los razonamientos una vez que los principios bajan a la arena de la vida cotidiana.

Con respecto al primero, cualquiera comprueba que el empirismo ha conllevado el escepticismo ético, y es lógico: si no podemos saber qué son las cosas, muchos menos sabremos distinguir las cosas buenas de las malas. Pero esta actitud tan escéptica no es mantenible. Veamos: el investigador sabe que no debe molestar a sus vecinos, y que molestarlos efectivamente es una conducta mala moralmente. Sabe que es mala porque sus vecinos tienen derecho a un bien, que es la comodidad en su casa, y cualquiera sabe que todos tienen derecho a estar a gusto en sus casas. Pero si reducimos las cosas a nombres, como hizo Hobbes, o si las reducimos a fenómenos momentáneamente presentes ante nuestros sentidos, como quiso Hume, ni siquiera podemos saber en qué cosa consiste la vecindad o la comodidad. Ante este problema los empiristas –de forma muy poco consecuente y muy poco empirista- propusieron sistemas de ética, que eran razonamientos que creaban sus propios bienes al mismo tiempo que los exponían.

El escepticismo moral ha sido la moneda de curso legal desde el siglo XVIII a hoy, especialmente en Europa: si alguien mantiene que una conducta es por sí misma mala o buena, será tachado inmediatamente de *fundamentalista*, como ya indiqué. Pero, realmente, si alguien es llamado fundamentalista porque no quiere molestar a sus vecinos, esta calificación parece excesiva. El fundamentalismo debe quedar en su sitio, porque un fundamentalista o fanático es quien insiste en los medios una vez que ha perdido de vista el fin último. Si no es así, porque el fin último está a la vista y merece la pena alcanzarlo, es mejor reservar estos adjetivos para otras conductas. Ahora, por mor de la brevedad que anunciaba en el prólogo de este estudio, propongo tener en cuenta sólo dos observaciones.

La primera: existen conductas que son siempre humana o moralmente inadmisibles. (Sigo la terminología tomista cuando el de Aquino habla de actos humanos o morales²¹⁸ porque él entiende que la moralidad es el arte de saber realizar la propia humanidad). Una de estas conductas objetivamente inadmisibles es la de

²¹⁸ . Vid., por ejemplo, *Suma teológica*, I-II, q. 18, art. 9.

condenar a un inocente. Ya vimos que Carl Bergbohm explicaba que “Nadie, absolutamente nadie, siente igual”, y con esta frase (no aportó más argumento que el sonar de sus palabras) entendía que justificaba el escepticismo moral y jurídico total. Temo que Bergbohm fue un fundamentalista del escepticismo, porque es útil y humano ser escéptico algunas veces, y es también humano afirmar principios objetivos en otras ocasiones. Escepticismo no es término sinónimo de antifundamentalismo, y mantener que un inocente no debe ser castigado no es una proposición equivalente a la de dogmatismo siempre y en todo caso. El Libro del Eclesiastés establece que “Omnia habet sua tempora”.

La segunda observación la tomo de un hecho real. Acompañé a un abogado que representaba a un fabricante de vigas para la construcción de inmuebles. Había sucedido que la fábrica había entregado las vigas a la empresa constructora, y el encargado de la obra las había subido al último piso del edificio, donde fueron apiladas sin ninguna fijación y dentro del radio de acción de la grúa. Sucedió lo previsible: la grúa tropezó con las vigas, que cayeron hasta el suelo, y en su caída mataron a un trabajador. Los abogados de la empresa constructora emprendieron una huída hacia delante y demandaron al fabricante de las vigas, de la grúa, etc. El juez nos recibió amablemente, el abogado firmó el documento, y el juez archivó sin más el caso. ¿Cabía otra solución justa? Patentemente, no. Alguien podría indicar que existía ya entonces bastante jurisprudencia del tribunal supremo sobre este tipo de accidentes: pero habría que responderle a quien argumentara así que la moral no deja de ser tal porque esté recogida por el derecho positivo²¹⁹

²¹⁹ . Así lo hacía notar Allen en *Legal Duties and other Essays in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1931, pág. 173.

IV

REFLEJOS EN LA TEORÍA POLÍTICA

El hombre es un ser *práxico* (término que tomo de Arnold Gehlen, como ya indiqué) porque, a diferencia de los animales, él se siente en el deber de hacer algo con su vida. La teoría política de hoy no tiene que luchar por liberarnos del poder de las hordas de un Gengis Khan. Tampoco hoy, en las sociedades occidentales, hay que preocuparse por la marginación legal de las minorías: ya no hay trenes que lleven a Auschwitz. El problema se presenta en términos más sutiles. Una sociedad crecientemente tecnificada y altamente capitalizada crea cuadros de decisión y de gestión que excluyen, casi por su propia definición, amplios sectores de la humanidad de los ciudadanos en la gestión de sus intereses.

Los geómetras explican que ellos definen a una figura por la que entienden que es su propiedad más simple; en realidad, lo que hacen normalmente es proporcionar el procedimiento de construcción de las figuras, como cuando dicen que el círculo consiste en un radio que gira²²⁰. Algo similar sucede con la Administración y sus administrados: una vez erigida la Administración, ella tiende a autoentenderse por su cualidad más simple, la de dirigir las vidas de las personas. Pone en marcha bajo las presiones de la socialización una dinámica poderosa: la Administración administra y los ciudadanos tienden a ser administrados cada vez en mayor medida; desaparece crecientemente la figura del ciudadano-administrador de lo que es suyo. Esto es así quizá necesariamente porque nadie puede pretender poner un *Leviathan* en el mundo y pretender luego que se autolimita en sus capacidades operativas. Las técnicas administrativas de creación de mediaciones sociales y de gestión de esas mediaciones sustituyen a las actividades prácticas, propiamente personales²²¹. Pues si la Administración se opone a las *Home*

²²⁰ . Saumells explica que “La intuición de la figura a definir incluye inmediatamente y en su propio dominio, el fundamento de la definición misma considerada en su generalidad formal”. *La geometría euclídea...*, cit., pág. 174. Sobre el carácter de las definiciones como procedimientos de creación de las figuras, vid. *La geometría euclídea...*, cit., pág. 62.

²²¹ . Massini indica que “Todo lo antedicho es el resultado directo de aplicar al ámbito ético una racionalidad que no le es propia, sino que es tomada de prestado de la que corresp. a la técnica, la actividad productiva gobernada por la eficacia cuantitativa ... En pocas palabras, la preocupación fundamental del técnico es la eficacia del sistema operativo; eficacia ésta que se mide a través de magnitudes cuantitativas”. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., págs. 68-69.

Schools no es velando por el bien social, sino por no perder competencias. No es de extrañar la confusión del rasgo más simple con el procedimiento de construcción, en este caso con la construcción misma; esto parece constituir un isomorfismo universal, tan presente en la geometría como en las ciencias sociales²²².

Pero el carácter práctico del hombre implica una actitud que se puede designar con el *me intereso* (una realidad alejada del ‘me interesa’) que no está prevista en esta máquina de control. Permanecen pequeños reductos personales en los que una persona puede realizarse como tal: siempre es posible que un empleado sumergido en el interior de una gran empresa viva el orgullo de su trabajo y alcance con él una cierta dignidad personal.

Sir Isaiah Berlin y los defensores de la libertad simplemente negativa parecen pensar solamente en estos casos en los que un individuo se afirma pero sin que pueda participar él en el diseño de su pequeño marco existencial. Pero lo cierto es que las interacciones de las fuerzas complejas que mueven a la máquina administrativa hacen difícil que un individuo, solo o agrupado, tome por sí directamente funciones que de hecho posean relevancia pública. Un sector importante de las manifestaciones de la vitalidad del hombre queda ahogado ante lo que es tan fuerte como impersonal. Los esfuerzos de las personas chocan contra el muro esterilizante de la impersonalidad que cercena las posibilidades de las iniciativas propias: es la propia estructura administrativa (entendida otra vez por su nota más simple, que es la ley de su máximo desarrollo) la que impide que se humanice la impersonalidad de las estructuras políticas ya erigidas.

En el estudio de este tema interviene, a veces poderosamente, el sentimiento estético. Los revolucionarios franceses del siglo XVIII y los partidarios de Napoleón algo más tarde, se dejaron llevar innegablemente por la faceta estética de la empresa que estaban emprendiendo. En efecto, no podremos entender a Rousseau si perdemos de

²²² . Aparece una versión nueva de la tecnocracia. En el sector privado –pensemos en la banca- se manifiesta en el tratamiento de la información simplemente para ganar más dinero; en el caso de la Administración esta tecnocracia se manifiesta en el aumento del control social mediante la creación continuada de nuevos centros de control y de nuevos medios de información.

Añade Massini que “Todas las nociones fundamentales de la ética... es decir: valor, dignidad, virtud, normas, etc. dejan de tener contenido significativo o adquieren uno completo, distinto del habitual, referido exclusivo, a la eficacia de una conducta para el logro de un objetivo. Sujeta a esa racionalidad de tipo instrumental, la moralidad pierde toda firmeza y todo valor, reduciéndose a un mero cálculo de utilidades”. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., pág. 70.

vista su sentido del patriotismo y su añoranza de aquellas Ciudades-Estado griegas en las que los ciudadanos estaban unidos por su nacionalidad, sus leyes y sus dioses propios: eran ciudadanos soberbiamente orgullosos de su condición social, política, nacional; fue lógico que este filósofo concluyera que el Cristianismo era una religión para esclavos²²³. Este mismo sentimiento de la vida política hizo posible el Imperio Napoleónico en el que los soldados aclamaban a su *Empereur*. ¿Quien duda de la grandeza humana del Imperio británico, del sentimiento del honor de Alemania? Incluso expresiones más modestas, como las del *État français*, gozan del marchamo de cierta grandeza del espíritu. Frente a estas realidades, las (comparativamente) pequeñas entidades que crean los ciudadanos aparecen con un cierto acento ridículo, provinciano o mezquino. Quedan opuestos la grandeza desinteresada y el interés mezquino.

Pero prescindamos ahora de aquel tono heroico. Ya no son pensables conquistas como las de Alejandro, y la grandeza política ha quedado ahogada en la mediocridad del funcionamiento político cotidiano de la maquinaria administrativa. Este hecho está en el aire, lo conocen todos, y Berlin y los secuaces de la libertad negativa han trasladado el centro de gravedad del heroísmo desde el Imperio al hombre concreto que está abandonado a sus propias fuerzas o que actúa sólo en el interior de las vías políticas establecidas. Pero, realmente, ¿queda alguien que piense que la dedicación usual a la política lleva un sello de grandeza moral?

Actualmente, los teóricos del Estado, es decir, de la expansión de la Administración –sea atribuyéndole nuevas prerrogativas sea defendiendo las que ya tiene- renuevan el enfrentamiento entre la libertad positiva y la negativa mediante una trampa retórica que se basa en un enfrentamiento borroso y simplemente teórico (entiéndase, retórico) entre los Estados perfeccionistas y los Estados permisivistas. Un Estado perfeccionista habría de imponer una especie de inquisición para obligar a los ciudadanos a la virtud, mientras que el Estado permisivo se limitaría a proteger la autonomía de cada sujeto para que cada cual pueda desarrollar autónomamente el plan de vida que él desee para sí. Planteado el problema en estos términos, cualquier persona de sano juicio ha de elegir el estilo de vida que hace posible el Estado permisivo. Pero este planteamiento es falaz porque no parte desde las personas y desde sus necesidades,

²²³ . “Mais je me trompe en disant une république chrétienne: chacun de ces deux mots exclut l’autre. Le christianisme ne prêche que servitude et dépendence. Son esprit est trop favorable à la tyrannie pour qu’elle n’en profite pas toujours. Les vrais chrétiens son faits pour être esclaves”. *Du contrat social*, cit., pág. 333.

sino desde los moldes abstractos sobre el poder del Estado, y esto implica invertir el orden genético real de los procesos argumentativos concretos: porque en la filosofía práctica, o el argumento se remite al origen del problema y a sus soluciones más adecuadas, o no es argumento en absoluto.

Una dicotomía inostenible

El primer sector del discurso clausurado autoritariamente, sobre el que quiero llamar ahora la atención, es la dicotomía, establecida a través del pensamiento binómico, que *separa* al sector público y al privado. Esta forma de entender la vida política introduce dos perspectivas –la de lo ‘público’ y la de lo ‘privado’- que, una vez insilogizadas en el lenguaje de la cotidianidad, son conducidas argumentativamente por unos vectores lógicos que van a parar a estos dos términos distintos aparentemente con toda naturalidad. Esta escisión entre lo privado y lo público no existió –al menos no de este modo y con esta contundencia- en el Antiguo Régimen. Ha sido una aportación propia de la forma de convivencia política que llamamos Estado.

El poder público, al ser unificado separándolo de las otras mediaciones sociales, ha sido también entificado o *reificado*, y quizá la muestra más externa de esta reificación es el conjunto de adornos y atributos de las personas que representan a la función pública: regulaciones legales propias al margen del resto del orden jurídico, patrimonio propio, uniformes, papeles membretados, sellos, etc. Estos instrumentos componen parte de la semántica visual que parte desde enunciados de índole icónica; es un recurso de amplios alcances, porque las imágenes materiales visuales poseen características que permiten al intérprete representarse otras determinadas características de un hecho. El decorado aludido formaba parte extraordinariamente importante del icono que había de ser transmitido. Esta autonomización de la única entidad pública ha llegado ampliamente al lenguaje ordinario, que distingue entre funciones oficiales y los derechos y los deberes de los *particulares*²²⁴. Un tema de perímetro amplio sobre el que habrá que volver.

Adelanto que no existen elementos suficientes que expliquen esta dicotomía. Sabemos que dos cosas son distintas cuando sus límites no son idénticos; pero ahora no

²²⁴ . Viola indica que esta entificación va acompañada de una subjetivización del Estado. Vid. *Stato e natura*, Anabasi, Piacenza, 1995, pág. 19.

estamos ante límites, sino ante unos mismos seres humanos que a veces desarrollan funciones públicas y a veces no, pero en ambos casos siguen siendo las mismas personas. El investigador forma parte de la ‘función pública’, ya que es funcionario en la Universidad de Cádiz, y es ‘persona privada’ porque conduce su automóvil o compra en los mismos términos que los demás ciudadanos; en ambos casos ejerce derechos y cumple deberes propiamente jurídicos. Pero nuestra conciencia geometrizable, que ha llevado a entender a las mediaciones humanas también bajo los condicionantes propios de la intuición de los cuerpos en el espacio, separa (más allá de distinguirlas) las vertientes privadas de las públicas porque impone un corte insalvable entre el investigador cuando cumple funciones privadas y cuando ejerce funciones públicas²²⁵.

La reflexión sobre el derecho se ve igualmente en la necesidad de trascenderse a sí misma para desechar los residuos de estos pretendidos sustratos materiales o físicos que nos hacen ver una ‘sustancia’ separadora entre las funciones públicas y privadas: en las ciencias humanas no existen estas últimas realidades, y lo que se diga sobre ellas no tiene más valor que cualquier paralogsimo que resulta desde el traslado de imágenes físicas a lo que es parte de la praxis humana. No es posible apreciar este ‘espacio’ intermedio porque las direcciones de los razonamientos jurídicos no conducen a fines distintos, sino que estos fines se reúnen en torno a un solo eje, que es el constituido por el sector de las necesidades humanas que pueden ser aliviadas socialmente. Estamos ante intermediaciones humanas, no ante figuras tangibles separadas por propósitos socialmente distintos. A veces se dice que el derecho privado cuida de los intereses de las personas privadas y el derecho público de los intereses públicos. Esto es un *nonsense*: el derecho privado cuida de intermediaciones humanas que son tanto o más valiosas colectiva o públicamente que las del derecho público.

El momento reflexivo en el que empieza a emerger en el investigador la necesidad de matizar sobre estas premisas usuales, sobreviene cuando se interroga sobre la capacidad de una persona, o de un conjunto de personas, para dirigir las vidas de los otros. Desde este punto de vista tan impreciso diría que todos los poderes son

²²⁵ . Sucede lo mismo que en la construcción de las líneas paralelas: sabemos que estas líneas no existen ‘realmente’ y que son sólo una figuración de ese sector de la imaginación del que se sirven los geómetras; en las paralelas solamente ‘vemos’ el espacio comprendido entre los vectores visuales que hacen posible esta separación imaginaria, que son tan irreales como las propias líneas que dicen formarlo; pero la conciencia humana, siempre tan activa incluso cuando se mueve entre irrealidades, se imagina que sí existe esta separación porque identifica la forma pura de la intermediación espacial con su pretendido contenido material o físico.

‘personales’, es decir, todos están ejercidos por personas concretas, y que son universales porque crean el deber de obediencia: el cargo aporta la universalidad con la que puede exigir obediencia, y el gobernante o juzgador aporta su discreción individual. Las personas que gobiernan pueden ampararse bajo los títulos algo impresionantes de la legitimidad que es propia de una democracia o de un Estado de derecho, pero el uso de estos términos no hace desaparecer el carácter personal de sus actuaciones en el sentido indicado. Reitero la frase de Fernando Vázquez de Menchaca cuando indicaba que el estar bajo el dominio de un señor no es un bien, sino la peor de todas las cosas²²⁶. Repugna considerar el enorme poder de que dispone un gobernante y la pobreza, a veces, que resulta desde su poca calidad personal. Esto implica necesariamente menoscabo de la humanidad que todos portamos.

El tratamiento de este tema es siempre complejo, porque implica arañar el fondo del barril de la vida humana, y este carácter último vuelve incómodo su estudio. Una intuición que puede guiarnos es la que expone Häberle cuando indica que el Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por afirmar la dignidad del hombre como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales²²⁷. Pero ésta es una empresa aún a medio camino porque, como indica este mismo autor: “Las estructuras constitutivas a este respecto, como la ‘eficacia frente a terceros’ de los derechos fundamentales, los principios del orden jurídico general o las instituciones para prevenir abusos de poder ... se encuentran, sin duda, apenas en sus comienzos”²²⁸.

Una intuición reiterada lleva a compartir la opinión de Cotta cuando entiende que el poder es una necesidad común, no un bien común. Reitero que hay que echar de menos la frescura intelectual de aquellos universitarios de comienzos del siglo XX, en los tiempos de Nawiasky y Jellinek, que cuestionaban si el poder del Estado era una relación de simple poder (*Gewaltsverhältnis*) o una relación de administración (*Verwaltungsverhältnis*), y si era verdaderamente esto último, qué diferencia existía

²²⁶ . *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Venetiis, 1564, cap. 5, § 28.

²²⁷ . Vid. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. J. Seligman-C. Landa, Comares, Granada, 2003, pág. 83.

²²⁸ . *La libertad fundamental...*, cit., pág. 84.

entre la administración y el ejercicio del poder²²⁹. Aquellas personas estaban en condiciones de hablar libremente del “Egoísmo de la formación de los conceptos jurídicos especializados”, mientras que hoy estamos presos de la terminología del análisis económico del derecho, o de la declamación sobre las legitimidades democráticas propias de un Estado de derecho: y así sucede que lo que finalmente permanecen son las distintas dependencias de la Administración pública, mientras las necesidades que en su día les hicieron nacer pasan en la historia.

Un punto de partida para estas consideraciones que cuestionan evidencias que tienen curso de moneda corriente es la comprobación de que la Administración, al entificarse y cobrar una vida independiente, se ha equiparado de hecho a una sociedad civil que funciona como una *Respublica in republica*²³⁰. La sociedad política es necesaria al hombre, y por tanto es suya, es decir, pertenece al género humano y a cada persona, como sucede con todas las realidades que son universales, más allá de la simple generalidad que estudia la sociología. Lo que es preciso esclarecer es hasta qué punto el poder político pertenece al género, y hasta qué punto a las personas concretas.

La oposición entre el Estado y la sociedad civil no lleva a buenas consecuencias porque la ‘sociedad civil’, entendida en su conjunto, sigue siendo contemplada desde la óptica del poder monopolista. Realmente, ¿podemos hablar razonadamente sobre algo tan extenso como sería la sociedad civil o el poder político? Se habla en estos términos porque esta sociedad parece ser aquello que no es el Estado. La noción de sociedad civil apareció doctrinalmente en el siglo XVIII escocés como un subproducto del pensamiento político que trataba de explicar el Estado²³¹, y la misma distinción de

²²⁹ . O si ambos tipos de relaciones eran compatibles porque expresaban sólo puntos finales de una continua y siempre fluyente serie de conceptos –así pensaba Nawiasky- que no se oponen, sino que llevan hacia ‘la configuración de tipos’ (*Typenbildungen*) que oscilan con diferencias sólo graduales entre ambos extremos. Vid. Hensel, *Der Einfluss des Staatsrechts auf die Begriffsbildung des öffentlichen Rechts*, incluido junto con “Die Gleichheit vor dem Gesetze im Sinne des Art. 107 der Reichverfassung” en las “Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtler zu Münster i. W. am 29 und 30 März 1926”, Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1927, pág. 78.

²³⁰ . Obviamente estas consideraciones no tratan sobre la naturaleza de las sociedades que han tenido un origen voluntario, en las que sus miembros ingresan voluntariamente y pueden salir de igual forma; en ellas se pueden distinguir entre miembros de pleno derecho y miembros sin derechos especiales: no sólo hay para cada uno de ellos un ‘antes y un después’, sino también un ‘dentro y un fuera’ de ellas. En la sociedad política falta esta voluntariedad (con sus correspondientes antes-después, dentro-fuera) porque al ser necesaria, es la sociedad de todos, y al ser de todos es necesaria. No es un juego de palabras: la ciencia del derecho romanista expresaba que “La necesidad es el mayor criterio de justicia”, ya que todos tenemos derecho a hacer aquello que nos es necesario.

²³¹ . Vid. M. J. Canel *La opinión pública: estudio del origen de un concepto polémico en la Ilustración escocesa*, Eunsa, Pamplona, 1993.

Habermas entre el Sistema (que lo compondrían el Estado junto con el Mercado) y el mundo vital, ha inspirado la conceptualización actual de la sociedad civil. Las realidades vitales de la sociedad civil y del Estado son realidades excesivamente amplias como para ser conceptualizadas desde un punto de vista sólo doctrinal. Lo tristemente cierto es que en el esfuerzo teórico por separar la una de la otra, no queda apenas margen para hablar de las capacidades públicas de las personas, de modo que los ciudadanos permanecemos lejos de participar de forma activa en lo que es privativamente nuestro desde el ángulo público.

En efecto, en esta pugna entre dos magnitudes inconmensurables, como son el poder político y la sociedad civil, las personas quedamos engullidas en uno u otro momento de lo público y nuestro destino, a falta de planteamientos del problema que sean más sustantivos, es ser desconocidas en el interior de cada una de estas inconmensurabilidades. Existen necesidades que únicamente pueden ser resueltas colectivamente a través de la instancia política, y estas necesidades tanto pueden revestir una naturaleza más técnica (como es el desdoblamiento de una carretera normal en una autopista) como de índole más moral, como sería establecer cauces legales para abaratar las hipotecas. Estamos, pues, ante dos planos: el técnico y el jurídico. Tal como nuestra cultura política ha planteado las cosas desde 1789 a hoy, sólo la Administración pública tiene capacidad para acometer estas tareas. Esta capacidad que posee la Administración, ¿es una capacidad técnica, moral, legal, económica, política...? Parece que en estos últimos dos siglos hemos confundido estos términos al ser realizado el Estado y su capacidad para administrar. Es lógico que una entidad que pretende reunir en sí las cualidades técnicas, morales, legales, económicas y políticas aparezca notablemente distanciada de los simples ciudadanos; y ha sido previsible también que un ente de esta naturaleza no se deje confundir en modo alguno con algún otro tipo de agrupación que pueda existir en la sociedad. Esta entificación de la Administración, que se ha basado ante todo en la tendencia a excluir que ha sido propia de la ciencia moderna, ha hecho que ella aparezca como un ser con vida propia, monopolista –por así decir- de las buenas intenciones frente a los impulsos egoístas de los ‘privados’²³².

²³² . Llano expresa que “Es preciso superar esta crispada dialéctica entre la tesis pública del bien general y la antítesis privada del bien particular, que conduce a la síntesis entrópica del conformismo estancado y de la alienación hedonista. El gran proyecto público del presente –aquí y ahora- consiste en la emergencia mediadora de lo privado-social como espacio de una gestión libre, que surge de la creatividad de las asociaciones autónomas, pero exige un reconocimiento público y estable”. *La nueva sensibilidad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, pág. 65.

L'université impériale napoleónica ha sido uno de los más sólidos exponentes de esta mentalidad. Esta institución nació bajo varios condicionantes, y uno ellos fue la lucha contra los privilegios de la Iglesia católica en la enseñanza; pero un monopolio fue sustituido por otro, y los privilegios de un signo por los privilegios de otro signo.

La capital del Estado, una vez que suprimió los poderes periféricos, pasó a gestionar directamente las cosas públicas que fueron declaradas servicios públicos; porque algunos asuntos comunes fueron declarados ‘públicos’ y otros no. La Administración pública se entificó, incluso con apariencias materiales: el edificio majestuoso del Ministerio de Agricultura en la plaza de Atocha hacía ver a todos en donde radicaba la dirección de la nación, al menos desde el punto de vista de las competencias sobre la agricultura. Los teóricos amantes del Estado mantienen que las instancias públicas –entiéndase, administrativas- ya ofrecen los cauces de gestión suficientes, y de forma consecuente con la vivencia de este monopolio, viven una cierta desconfianza ante lo que no depende directamente de la Administración. Entienden que el cauce ordinario para satisfacer algunas necesidades de todos es el ofrecido por ellos; en la enseñanza, los centros que no dependen directamente de la Administración, son vistos como excepciones al régimen regularizado²³³.

El poder político como configuración emergente

Las teorías políticas llevan varios siglos tratando de explicar racionalmente la génesis de la sociedad política, y de ahí su insistencia en los individuos aislados en los estados de naturaleza, los contratos sociales o los diálogos ideales. Pero atendamos un momento al modo aristotélico de abordar este problema: da que pensar que Aristóteles no se plantee en ningún momento la hipótesis de una convivencia solitaria para deducir desde ella derechos de los individuos y mantener la creación de la sociedad de acuerdo con estos derechos presociales.

La investigación antropológica del siglo XX ha aclarado bastante un problema básico de las teorías político-jurídicas: me refiero a las aportaciones de la filosofía de la

²³³ . Pierden de vista lo que indica Häberle: “Todo el que vive en y con las situaciones de hecho reguladas por las normas es intérprete de ellas de manera indirecta, e incluso directa. El destinatario de la norma participa más vigorosamente en el proceso interpretativo de lo que comúnmente se acepta. Puesto que no sólo los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos y ni siquiera los intérpretes primarios”. *La libertad fundamental...*, cit., pág. 265.

Gestalt (configuración), que recibe también el nombre de configuraciones emergentes. Es una vieja comprobación que el todo es más que la suma de las partes, ya que un cuerpo organizado posee propiedades que no las posee ninguna de sus partes en particular; estas propiedades o cualidades del todo son llamadas ‘configuraciones’ o ‘emergencias’, *Gestalten*. Esta filosofía ha crecido hasta transformarse en una amplia rama de la filosofía con aplicaciones especialmente prácticas en la Psicología y en la Psiquiatría. Más recientemente, algunos investigadores han insistido en una comprobación paralela, a saber, que las partes tienen cualidades que no existen en el todo único que ellas forman. Ambas comprobaciones son interesantes en la teoría política.

La sociedad política es una configuración de este tipo. Ella no surge desde las voluntades de los individuos aislados, ni los individuos se dejan reducir al poder. El poder político existe siempre que existen seres humanos, y es inútil plantearse la precedencia genética de este poder sobre las personas o de las personas sobre el poder. Una persona (un ciudadano) posee cualidades que desbordan a la sociedad, y la sociedad, a su vez, posee poderes e intereses que no se confunden sin más con los de los individuos. Aunque esta realidad sólo haya sido explicada en términos científicos en el siglo XX, muchos pensadores de todos los tiempos la han intuido: de ahí la teoría del Bien común, que es un bien que ni es distinto al de las personas que componen ni la sociedad ni se deja reducir a los intereses y derechos individuales.

Los contractualistas han fallado en la base de sus explicaciones por no tener en cuenta la naturaleza ‘gestáltica’ de la sociedad. Por ejemplo, vemos cómo Hobbes se contradice lastimosamente cuando explica que el poder ha sido creado por los hombres pero que, una vez erigido este poder, él tiene una fuerza más fuerte de la que tiene cada individuo sobre sí mismo. Esto es absurdo desde sus premisas mecánicas porque en la mecánica todo lo que se mueve no puede recibir una fuerza mayor que aquello que lo impulsa. Sucede, simplemente, que el poder político posee sobre cada persona un tipo de fuerza distinto del que cada individuo posee sobre sí mismo. Éste es, en definitiva, el motivo por el que nadie puede arrogarse la titularidad de este poder: es una emergencia humana y, como tal, pertenece a los hombres, no a ninguna persona, partido o institución determinada.

La convivencia es posible por la acción de algunas configuraciones emergentes, y la más amplia de ellas es el poder político, pero el mayor ámbito no determina la

superioridad en el mando o en la dirección. No sucede que el poder político exista a pesar de las personas o que las personas posean derechos a pesar del poder. El poder y los ciudadanos tienen cada uno su momento, y este momento no puede ser explicado por sectores, como si el poder pudiera ser repartido físicamente. El poder obra en nombre propio, y las personas que lo portan –pues el poder no es una realidad distinta de las personas- obran igualmente en nombre propio. La explicación de la sociedad política, y por tanto del derecho, no puede partir desde el poder ni desde las personas: ambos son puntos de vista más bien *sectoriales*, y ya he indicado que el pensamiento que procede por sectores no sirve para explicar esta realidad: es un problema que ha de ser explicado según dimensiones, vertientes o facetas, no por partes o porciones. Toda persona porta en sí un momento de lo público en toda su universalidad, y no por esto el poder deja de ser una realidad universal que tiene derecho a imponerse creando un *deber*, más allá de imponer un simple forzamiento. Pues si el poder puede crear deberes a los ciudadanos, cada ciudadano conlleva igualmente la capacidad de crear deberes a toda la sociedad.

Da que pensar que desde Bodin (1560) a hoy los estudios de politología hayan comenzado por el estudio del poder, entendiendo que el poder es una realidad autónoma en sí misma. Ha sido comprensible que los disconformes con estos estudios hayan partido desde los poderes de los individuos aislados y hayan propuesto teorías que dicen partir desde el estudio de los hombres individuales. Pero hay que reiterar que el poder tiene sus momentos y la discrecionalidad de las personas tienen los suyos, sin que normalmente podamos usar la imagen de compartimentos estancos que contuviera cada cual su propia realidad.

De la mano de teorías como las de Bodin o las contractualistas, a través de esta afirmada unidad de los ciudadanos y de su voluntad única, convirtieron al derecho en una función del poder, esto es, en un requisito tan formal como único al que el ejercicio del mando había de adecuarse para ser correcto; quieren situar unas solas anteojeras al ejercicio de toda voluntad política. Pierden de vista que el derecho no es ante todo una función del poder, sino un conjunto de reglas y normas que son funciones de las necesidades múltiples y diversas de las personas, a las que tratan de mejorar. Porque la figura de la unidad es únicamente una dimensión humana que tiene, como categoría interpretativa de la vida jurídica real, proporcionalmente menos relevancia ante el derecho y la ética, ya que estas ciencias han de partir desde el hombre viviendo en la

densa trama de las relaciones sociales, y en estas relaciones a veces somos iguales en derechos, y a veces no. La individualidad de las personas y del poder es un dato fundamental, pero ya está supuesto al regular la vida humana. Por el contrario, las consideraciones unitarias han llevado a las actitudes holistas que estudian a la sociedad igual como un todo uniforme o monomorfo²³⁴, sin reparar que la sociedad humana es ya, antes de que ellos comiencen sus estudios, un conjunto heterogéneo de relaciones diversas.

Quiero usar la expresión Sujeto del Derecho, *Rechtssubjekt*, en el mismo sentido que Georg Jellinek. Si afirmamos que el ser humano es un verdadero Sujeto del Derecho, hay que explicar qué quiere decir esta expresión. Pues Sujeto del Derecho no se refiere solamente a la posibilidad de ser titular de una relación jurídica privada ostentando cada parte un derecho subjetivo, como mantenía Savigny, de modo que este jurista no supo dar explicación del derecho público o *Staatsrecht*. O de ser un punto pasivo de atribución de un sector de las normas jurídicas, como pretendía Kelsen. Tampoco se reduce a la posibilidad de reclamar unos derechos legales frente al poder una vez que están establecidos por las leyes, como quiso Laband. Estas explicaciones son demasiado sectoriales e incompletas en su conjunto, y es preciso reiterar que todo poder o 'jurisdictio' –todas las 'jurisdicciones' son públicas- es solamente una función desarrollada y prevista institucionalmente para la satisfacción de algunas necesidades de las personas, por lo que tiene una naturaleza teleológica, ya que la cualidad pública de una acción proviene ante todo desde su finalidad²³⁵, sin perjuicio de otros criterios que ocasionalmente concurren junto con éste²³⁶.

²³⁴ . Según Heisenberg, el modelo definitivo y cerrado, siempre contrastado con la experiencia, es la imagen isomorfa u homomorfa de un sistema dado en la experiencia, como sucede con los conceptos puros de las matemáticas. Vid. *Física y filosofía...*, cit., pág. 110-111. En la pág. 112 explica las condiciones para esta isomorfia: primera, que en ambos sistemas los elementos entre los que se ha de establecer una correspondencia sean caracterizados inequívocamente a medida que se van presentando; segunda, que las relaciones entre ellos sean definidas inequívocamente en todas sus propiedades esenciales. Suponer que la sociedad humana tenga su conjunto y sus sectores contrastados con la experiencia de este modo, parece demasiado atrevimiento.

²³⁵ . Las categorías de público o privado dependen ante todo de la naturaleza del interés perseguido, y no tanto de las instancias que gestionen ese interés. Si hablamos de derecho para referirnos al derecho privado, ello es porque el derecho privado es algo más que privado; porque los intereses estrictamente privados suelen permanecer al margen del derecho. Georg Jellinek reparó en este hecho, y distinguió los intereses puramente privados (*reine Individualinteressen*) de los intereses con relevancia pública. Vid. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed. Tübingen, 1919. Reprint de Scientia (Aalen) de 1979, pág. 53. Porque una persona puede tener interés en navegar a vela, y porque sus hijos reciban una buena formación escolar: pero en ambos casos usamos abusivamente la palabra interés.

Bentham se sacudió momentáneamente las pulgas explicando que "By utility is mean that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good or happiness, (all

Desde el punto de vista de las cualidades emergentes o *Gestalten*, es necesario formalizar la derrota de las ilusiones políticas permisivistas usuales: no lo hago a través de un cauce político ni personal, como si yo quisiera someter a los demás bajo mi arbitrio para obligarlos a lo que entiendo como perfección, sino que recabo mi derecho a exigir a los demás como profesional, propietario, padre, ciudadano interesado en la mejor gestión de su municipio, entre otra media docena de títulos básicos que podría mencionar. No deseo una sociedad atomizada en la que cada cual esté armado con cada vez más derechos. Como profesional de la investigación y de la enseñanza, no enfrento mis derechos a los derechos a mis alumnos, como si entre nosotros lo que uno gana el otro tenga que perderlo, sino que intento interferir positivamente en sus vidas, y deseo que el médico haga lo mismo en la mía cuando sea el caso. En la inteligencia vulgar del derecho está muy presente la figura de los juegos de ‘suma cero’, que son aquellos juegos en los que lo que uno gana es exactamente lo que pierden los otros. Desde luego, siempre se reproducirá este hecho cuando se trate de repartir bienes escasos. Pero éste no es el caso arquetípico de la vida jurídica: el profesor trata de transmitir unos conocimientos a sus alumnos, no ganar a costa de lo que ellos pierden.

Aludía a la teleología y a la naturaleza pública de las acciones personales porque, en principio, la mayor parte de los derechos no tienen naturaleza negativa, como si consistieran en abstenerse de entrometerse en las vidas ajenas. La ‘abstención’ (*Enthaltung*) que proclamaron con tanto entusiasmo los kantianos como la figura primera y fundamental del derecho es a veces positiva: pero la mera ausencia de regulación –que es con frecuencia muy deseable y constituye el núcleo de muchas de las libertades- no da razón por sí sola de la cooperación pública, que es necesariamente de naturaleza más positiva. La esfera de libertad de la persona constituye uno de los títulos

this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party interest considered". Cfr. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1823, vol. I, Chap. I, § III. Imagino que una persona dotada de *common sense* sonreiría ante la objeción, aparentemente demasiado intelectual o lógica, que he expuesto arriba: ¿cómo saber lo que produce beneficio, etc.? Lo extraño es que si Bentham hubiese sido consigo mismo tan crítico como lo fue con las filosofías que él criticaba, no habría dado a la imprenta esta obra.

²³⁶ . Si usamos un lenguaje algo escolástico, podríamos distinguir entre finalidades y causas eficientes. La mentalidad teñida de materialismo de la Modernidad solamente admitió las causas eficientes, según algunos presupuestos metódicos que ya han sido aludidos. Pero esta mentalidad perdió de vista que los hombres nos movemos por fines, y no tanto porque nos obliguen. Desde el punto de vista de la exclusividad de la causa eficiente, lo que haga un ‘particular’ será un acto privado, y lo que haga una entidad pública, habrá de ser necesariamente un acto de naturaleza pública. Esto a veces es cierto y a veces no, y si esta distinción se toma como regla general, tal regla es falsa.

últimos de los derechos, pero tiene el inconveniente de que frecuentemente designa un momento más bien estático de la vida humana²³⁷. Los derechos humanos individuales designan preferentemente momentos defensivos de las personas, por lo que instauran lo que se llama generalizadamente una libertad negativa.

Desde luego, las personas más vulgares, que sólo esperan pasar la vida *sine spe nec metu*, se conforman con la defensa de su pequeña esfera de libertad. Pero caen bajo el reproche de Tomás de Aquino cuando se plantea si un hombre de pasiones débiles puede agradar a Dios. Contesta algo oblicuamente indicando que un hombre así no puede agradar a los dioses.

Entendamos el problema en su envergadura. Nuestra cultura más reciente ha proclamado diversos derechos humanos, y partes de las muchas declaraciones de derechos han sido recogidas por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Los derechos poseen ante todo una naturaleza negativa precisamente porque han surgido históricamente para reivindicar, frente al poder, la desaparición de abusos. Esta naturaleza ‘de oposición’ sigue operativa en ellos, porque los derechos son vistos mayoritariamente como cotos privados de los particulares y, lo que es realmente preocupante, esto es así porque el poder político sigue siendo considerado como una instancia ajena a los ‘particulares’ a causa de la estricta división del trabajo entre la Administración y sus administrados. Esas casi inmensas cadenas de gestión y de mando, que impersonalmente se apoyan en ‘la legislación vigente’, pero que están integradas por personas muy concretas, ¿no pueden entender que han sucumbido al afán de ordenar la vida de los demás en nombre de una multitud tan grande de principios que ya no saben qué principio concreto alegar en un caso? Ser Sujeto de Derecho no puede limitarse a ser titular de algunos derechos inviolables por el Gobierno: porque ni el poder político es tan público ni el poder de los particulares es tan particular.

Se trata de ser ‘compañeros en el derecho’, *Rechtsgenossen*, porque ambas parten comparten un mismo ordenamiento jurídico: éste no es nuestro caso, cuando los ciudadanos, lejos de tener un estado activo de ciudadanía, se ven sometidos con

²³⁷ . Las teorías políticas que se limitan deliberadamente a la representación imaginaria de las esferas de libertad personales, desconocen tanto las naturalezas plurales como sociales de los bienes humanos. Ha sido mérito de MacIntyre poner de relieve (o, por lo menos, popularizar) la naturaleza y el enraizamiento social de los bienes. Y esta naturaleza social de las prácticas humanas ha de desgranarse según bienes distintos para cada cual y para cada momento, por lo que se nos impone a todos el deber del respeto. El déspota no entenderá esto, y si se ve forzado a no entrometerse hablará solamente de tolerancia.

excesiva pasividad a las disposiciones que establecen los miembros del Gobierno y de la Administración.

Hacia una doctrina de las personas en el derecho

Las teorías sobre la justicia del origen y ejercicio del poder político han cristalizado hoy en la afirmación del régimen parlamentario y en la defensa de algunos derechos humanos. En la práctica, estas exigencias se desgranán en la muy prosaica praxis de los partidos políticos. Pero sigamos indagando: la vida política encauzada por los partidos, ¿ha de ser necesariamente la espina dorsal de la vida humana social?

Si partimos del hecho de que ahora disponemos de un marco de precomprensión de la vida política bastante más amplio que el de otros tiempos, el problema sería ante todo el de indagar desde qué dimensión de lo humano han de regirse las mediaciones sociales que entendemos que son políticas y jurídicas; y como vivimos entre realidades plurales, la pregunta ha de ser vuelta a plantear preguntándonos desde qué dimensiones de lo humano han de ser medidas estas mediaciones. Si prescindimos de las doctrinas holistas y dialógicas, lo que nos queda son las personas o, por expresarlo con más precisión, los que nos quedamos somos las personas. Obviamente no me refiero solamente a la persona entendida escuetamente como un ser individual de naturaleza racional, o a la persona según el antiguo modo romanista, que la contemplaba como cada una de las dimensiones básicas y permanentes de la vida social. Tampoco es cuestión de insistir más en la soledad personal -consecuencia de la necesidad moral de la autodeterminación de cada ser humano- ni, por ello, en las esferas de libertad individuales. Ahora es el momento de aludir a esa dimensión de la persona que son sus facetas necesariamente públicas, porque lo público no puede ser dissociado de las personas.

Esta empresa puede ser peligrosa porque la exaltación de la persona rodea peligrosamente tanto los límites de la afirmación de su universalidad infinita como los de su propia negación. Durante el siglo XX la condición personal le ha sido negada a amplias series de seres humanos por regímenes de ideologías extremas. Y también ahora, ningún escritor a la moda capaz de hablar de personas, hecho que cualquiera puede observar de forma especialmente chocante en algunos tratados de derechos humanos, en los que la persona ha quedado diluida en universales que han de existir de

hecho en el lenguaje. Rawls añade que su noción de persona es tan sólo un recurso representativo sin que implique ninguna nota metafísica de la persona²³⁸. Parece que traemos entre mano una noción que únicamente admite o su afirmación incondicionada, o pasar la página. Desde luego, en este tema viajamos con mucho equipaje.

Los filósofos empiristas hubieron de negar esa realidad máximamente metafísica que es la personalidad del ser humano²³⁹. Se ha producido otra vez la división típica entre los universitarios: los de izquierdas han sido empiristas y no quieren saber nada con el término persona, y los de derechas han afirmado que todo ser humano es una persona. La Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948 expuso los derechos individuales al margen de cualquier base antropológica: estos derechos fueron presentados como un ‘hecho’ normativo. Pues los derechos humanos se han abierto paso históricamente como criaturas del pensamiento revolucionario y empirista, y aún hoy siguen afectados por esta peculiaridad de origen que le impide remontarse a una fuente supraempírica²⁴⁰. (Es extraño que las realidades más importantes del ser humano, tales como su conciencia moral, el deber o los deberes y su cualidad de persona hayan de ser negadas –y si no negadas expresamente puestas en sordina- por las exigencias de

²³⁸. Refiriéndose a su figura de la ‘posición original’ escribe: “Como recurso de representación, el hecho de su mencionada abstracción puede suscitar malas interpretaciones. En especial ésta: la descripción de las partes puede parecer que presupone una concepción metafísica particular de la persona; por ejemplo, que la naturaleza esencial de las personas es independiente de sus atributos contingentes, y previa a ellos, incluyendo sus metas finales y sus vinculaciones y, ciertamente, su concepción del bien y su carácter, en conjunto. Estoy convencido de que esta errónea interpretación constituye una ilusión cuya causa radica en no advertir que la posición original es un recurso de representación. El velo de la ignorancia, por citar una característica prominente de esa posición, ni tiene implicaciones metafísicas específicas sobre la índole del yo; no implica que el yo sea ontológicamente anterior a los hechos acerca de las personas que las partes no deben conocer ni tomar en cuenta”. *Liberalismo político*, trad. S. R. Madero, FCE, México D.F., 1996, Conferencia I, “Ideas Fundamentales”, pág. 49.

²³⁹. Llevado por este nominalismo exasperado, Niklas Luhmann mantiene que los hombres no forman parte de la sociedad, sino que ‘están’ en su entorno. Vid. *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, trad. J. Beriain-J. M. García Blanco, Trotta, Madrid, 1998, pág. 55. Es más explícito cuando escribe que “Éstas son variables ‘externas’, porque las personas como unidades psico-orgánicas pertenecen al entorno de los sistemas sociales. Sólo las variables comunicativas pertenecen a los procesos internos de estos sistemas”. *Complejidad...*, cit., pág. 91. Aunque en su obra sobre la racionalidad de los fines se contradice –cuestión de matices- en este tema y, desde luego, no sigue el tono apodíctico que manifiesta en *Complejidad*.

²⁴⁰. Obviamente, la renuncia deliberada a cualquier antropología hipoteca en fuerte medida a la doctrina de los derechos. Indica Polaino-Lorente que “Surge así una *gran paradoja epistemológica*: las ciencias humanas no disponen de ningún referente antropológico acerca de las cuestiones del hombre que dicen estudiar ... Pero del hecho de que no se regrese a la psicología racional –ni al parecer se quiera/pueda/deba regresar a ella-, no significa que muchas de las graves e inquietantes científicas –abiertas en el actual debate epistemológico- hayan sido resueltas. Qué duda cabe que algunas de estas cuestiones pueden silenciarse –como de hecho se está haciendo-, aunque ese silencio no resuelva el problema sino que lo amplía y hace más complejo; más bien lo esconde y hurta la mirada de los mismos expertos en estas cuestiones”. *Antropología e investigación...*, cit., págs. 23-24.

la filosofía del siglo XVIII). Si no existe deber en sentido estricto, solamente podremos hablar de teorías éticas de valor similar a las reglas de cualquier juego, uno de esos juegos a los que nadie tiene el deber de jugar si él no quiere²⁴¹.

El peligro verdaderamente real hoy es situar a la ciencia o a la teoría pretendidamente universal –pensemos en explicaciones como las de Habermas o Rawls, que tienen pretensiones de universalidad- ‘antes’ que los seres humanos tal como nos manifestamos, de forma que los hombres hayamos de *deducirnos* –a nosotros y a nuestros derechos- desde alguna teoría con pretensiones universalistas. Podemos caer en este peligro partiendo desde la uniformidad humana propia de toda teoría que arranque sus consideraciones desde alguna variante del estado de naturaleza, o desde alguna otra teoría que parta desde la uniformidad del poder que resulta desde el estudio –¿directo?- del poder político.

Cuesta aceptar a las personas plurales y diversas porque parece que desde el Iluminismo, lo personal, esto es, la cotidianidad de lo humano, es el enemigo de la convivencia pública. Para dejar de lado las privacidades y peculiaridades individuales – que son vistas como los factores distorsionadores de la convivencia- las explicaciones de Habermas o Rawls suponen un individuo esencialmente indeterminado, sea en la generalidad del lenguaje, sea en la posición original. En cualquier caso, el más grave pecado estaría en poseer ideas propias o ‘comprehensivas’, como las llama Rawls. Emergen dos objeciones: una, que no parece razonable exigir a las personas que abandonen sus propias creencias en nombre de “La libertad como tal”, que es la que proclama Rawls²⁴². Sucede que no existe ninguna razón verdaderamente pública, dotada

²⁴¹ . Massini indica que “La afirmación de que la ética es el resultado de una mera construcción o invención... tiene como primera consecuencia la de colocar a la moral en un nivel de obligatoriedad similar a la de las reglas del deporte, es decir, el que corresponde a ciertas normas que se respetan si a uno le viene en gana practicarlos...”

Dicho en otras palabras, en el plano de la normatividad meramente instrumental, cuyo valor no va más allá de lo simplemente placentero, que sólo puede dar lugar a una obligatoriedad de carácter hipotético, tal como la que reclama Hart para su “derecho natural” de todos los hombres a ser libres.

Pero resulta que esta ética “ideada” por el hombre, fruto de una labor puramente “técnica” o “artística”, no puede dar lugar a una exigencia absoluta –en el sentido de “sin excepción”- que la voluntad de poder deba respetar. A un “invento” puede sustituirle otro “invento” que resulte más cómodo o más útil, fundamentalmente para la prepotencia y arbitrariedad del poder, que es el que está en mejores condiciones para determinar lo más conveniente a sus particulares objetivos....

Pero esta endeblez se pone de manifiesto de modo más evidente si en lugar de colocarnos en el punto de vista del S de los d, nos ponemos en el del S de las obligaciones que les son correlativas, ya que parece difícil que alguien decida renunciar a un bien propio en beneficio de otro sobre la única base de un mero “invento”. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., págs. 107-109.

de infalibilidad, de forma que fuera posible oponer los resultados de una racionalidad irresistible a las convicciones que posee cada cual: quien se tome la molestia de leer “La teoría de la justicia” de este norteamericano observará que es un jusnaturalista más, apegado estrechamente al estilo del siglo XVII: la descodificación de su pensamiento muestra una cierta vulgaridad epigonal²⁴³. Además, estos procedimientos intelectuales tienen un sonido falso, porque siempre que los seres humanos son pensados por otros seres humanos, la consideración es ya política, esto es, hecha desde consideraciones y experiencias específicamente sociales y políticas. Nos dice Cruz: “Parafraseando una popular expresión norteamericana, podemos decir que es más fácil sacar al individuo de la polis que sacar la polis del individuo”²⁴⁴.

Sucede que los ciudadanos no respondemos al estereotipo del *citoyen* neutro moral, política o jurídicamente, que sólo vivencian como los principios normativos de sus vidas los de la Constitución nacional. En los planos culturales, con sus correspondientes cargas morales, filosóficas, económicas, políticas, religiosas y jurídicas, nadie es neutro. Las Constituciones modernas garantizan el disfrute de las propiedades, y las propiedades privadas son algo positivo para sus dueños y para la sociedad. Pero si las ideas morales, religiosas, políticas y jurídicas no son protegidas de un modo igualmente positivo se produce un vacío jurídico²⁴⁵. Bertalanffy indica que cuando el tema político se planea de este modo, lo difícil es dar cuenta de los individuos²⁴⁶. Pues el poder se asienta sobre sociedades concretas, históricas y

²⁴³ . El desconocimiento de los orígenes de las formas de pensar la política y la justicia, es decir, el desconocimiento de la historia del pensamiento político y jurídico, es quizá el obstáculo más formidable que ha superado el investigador que pretende proporcionar ideas nuevas. Si Rawls no citó en vida a autores como Vázquez de Menchaca, Pufendorf, Gundling o Achenwall fue, prosaicamente, porque no los conocía. Sólo nos han quedado, de aquella época, ideas vagas sobre Hobbes, Locke o Hume. Si le observáramos a un intelectual del hoy que el binomio compuesto por las tesis de *jus seu libertas* y *lex quae stringit* pertenecen a la entraña del pensamiento político y jurídico medieval, seguramente quedaría algo desconcertado.

²⁴⁴ . Cruz, *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Eunsa, Pamplona, 1999, pág. 203. Este tipo de teorías parece creer que son los caracteres morales de los individuos los que forman las instituciones, pero parece que las instituciones juegan una función aún mayor en la formación de los caracteres morales de las personas. Tenían razón los autores del siglo XIX que se maravillaban de que los jusnaturalistas anteriores pensarán en hombres aislados que tenían apetitos sociales.

²⁴⁵ . Opera el factor que destaca Cruz: “Denominar doctrinas comprensivas a las ideas que los hombres puedan tener sobre sus vidas al margen de la condición política de esas vidas, sugiere ya el carácter que ha de tener la condición política de esos hombres: un carácter parcial, instrumental, táctico”. *Ethos y polis...*, cit., pág. 216.

²⁴⁶ . Alude a este tema indirectamente cuando explica que “La unidad de la ciencia no está garantizada por una utópica reducción de todas las ciencias a la física y a la química, sino por las uniformidades estructurales entre los diferentes niveles de la realidad ... En la práctica, sus consecuencias

localmente determinadas, compuestas por personas que tienen estos mismos caracteres, y si no reconoce su propia realidad, ya determinada, está condenado a reinventarla, normalmente recreándola de formas artificiosas por interesadas.

Así, cualquiera puede ver que el dogma del laicismo del Estado condena a los ciudadanos que profesan una religión a ser ciudadanos al margen de su fe²⁴⁷, y esto implica, si proseguimos la comparación con las propiedades privadas, a afirmar unos ciudadanos cuyas propiedades no tuvieran más relevancia pública que la exigencia de ser protegidas irracionalmente por el poder, como si el derecho en este punto respondiera a una cierta concesión a la irracionalidad. Tiene razón Ollero cuando explica que todo Estado es laico, ya que la laicidad del Estado es sencillamente una consecuencia del carácter profano y no sacro de la realidad política²⁴⁸: todos suscribimos esta tesis del Estado laico o aconfesional, que implica que el poder político no propugna especialmente una iglesia o una confesión religiosa. Pero la laicidad del poder político no puede llevar tampoco a considerar a unos ciudadanos ideales que no existen en la realidad política: porque una cosa es que el poder deba respetar, o tolerar cuando sea el caso, y otra es que caiga en la ficción de desentenderse de lo que quieren los ciudadanos. El principio básico de la teoría del Estado, que insiste en la Unidad, puede llevar a desconocer otra regla fundamental, y lo procedente es preguntar: ¿Nos tomamos en serio el respeto mutuo?

La vivencia que repunta en este momento es el rechazo de la mentalidad que entiende que el marco público es el de la racionalidad transparente, mientras que las ‘morales comprensivas’ constituyen el ámbito de los prejuicios. Realmente, ¿tiene

han sido fatales para nuestra civilización, ya que han introducido la mecanización del género humano y la devaluación de los valores superiores. Vid. *Teoría general de los sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*, trad. J. Almela, FCE, México D. F., 1989, pág. 90.

²⁴⁷ . Ollero indica que esta concepción del Estado “Contempla a los ciudadanos desnudos de convicciones religiosas en el ámbito civil, sin perjuicio de que se revistan pudorosamente en casa con unos ornamentos sacros que resultaría absurdo exhibir en público sustituyendo al obligatorio uniforme civil ... Se rompe así forzosamente la obvia continuidad entre las convicciones personales y las obligadas aportaciones a la convivencia social ... En realidad, la actitud entre neutral y neutra resulta un eco de la que se ha establecido entre *neutralidad de propósitos* y *neutralidad de efectos o consecuencias*. No es lo mismo exigir al Estado una ‘neutralidad de propósitos’, por la que ‘debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina particular en detrimento de otras’, que imponerle el logro de una ‘neutralidad de efectos o influencias’; resultará imposible que su intervención deje de tener importantes consecuencias prácticas sobre la capacidad de cada doctrina de expandirse o ganar adeptos”. *España, ¿un Estado laico?*, Civitas, Madrid, 2005, pág. 43.

²⁴⁸ . Vid. *España...*, cit., pág. 51. Este autor estudia estos temas más extensamente en *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

sentido establecer un marco ‘verdaderamente’ racional para defender las irracionalidades que ya existen o que habrán de venir en el futuro?

(Individuo, infinitud, universalidad) Sin embargo, el hombre moderno y contemporáneo quiere simplicidad, quiere oír hablar de derechos, no de personas que portan competencias que generan al mismo tiempo deberes y derechos. Este modo de querer oír las explicaciones jurídicas estaba reconocido como parte de la mentalidad del vulgo en el siglo XIX²⁴⁹. Esta forma de esperar del derecho tiene su justificación afectiva, porque toda concreción limita y el individuo limitado desespera, porque siempre tiene a mano relacionar alguno de sus instantes reales con sus posibilidades desechadas, y en cada momento que se desespera se contrae en la desesperación y se renueva en ella²⁵⁰. Es también frecuente que la persona que procede así viva su pasado como un instante real, de modo que el pasado adquiere carácter de presente, y no es capaz de salir del abatimiento que le trae ahora la pérdida ya pretérita de posibilidades que no fueron actualizadas en su día o que, vividas antaño, ahora ya no existen. La infinitud es una exigencia humana omnipresente, del mismo modo que lo es la vivencia de la contingencia, y tan poco real es el absoluto imaginado que se sigue desde la vivencia de la infinitud posible, como la desesperación que acompaña al sentimiento de lo finito²⁵¹, porque ambos momentos desconocen la universalidad que lleva hacia el hombre. Las resistencias para aceptar las determinaciones propias de todo ser finito²⁵² no derivan tanto desde posibles dificultades intelectuales como desde la afectividad personal que se rebela ante sus vinculaciones a lo que es así como podría haber sido de otro modo. En la sociedad revolucionaria que resultó de la mentalidad desde 1789, todo occidental se hace la pregunta de por qué a mí no, o por qué a mí sí.

²⁴⁹ . John Austin se lamentaba de que “la gente sin cultura” sólo quería oír hablar de derechos. Vid. *Lectures...*, cit., pág. 121.

²⁵⁰ . Vid. Kierkegaard, *Tratado de la desesperación*, trad. J. E. Holstein, Edicomunicación, Barcelona, 1994, pág. 27.

²⁵¹ . La realidad de la contingencia es sencillamente universal, porque la contingencia nos alcanza a nosotros mismos como personas existentes: nuestra propia existencia es contingente. Como la conciencia de nuestra contingencia nos acompaña siempre, desde este denominador común a todas las manifestaciones de la existencia humana no podemos extraer un criterio universalmente operativo en todo caso.

²⁵² . Notemos que el malestar mismo es de naturaleza dialéctica, que sólo surge cuando la síntesis es consciente de sus distintos momentos, porque no puede descansar íntegramente en ninguno de ellos aisladamente. Kierkegaard explicaba reiteradamente que el yo que no deviene él mismo, permanece, a pesar o no suyo, desesperado.

La concreción, si no es asumida como factor necesariamente posibilitante de la propia personalidad, no puede ser superada por la fuerza vital del sujeto porque es vista como simple contingencia que no dispone de títulos suficientes para exigir su realización ante el propio individuo. Estas actitudes que oscilan contradictoriamente parecen hundir sus raíces afectivas en el carácter negativo que les fue otorgado a las concreciones, tal como hizo Freud, por ejemplo. La comunidad científica del siglo XX que se ocupó de los sentimientos de los hombres expuso, bajo la veste de científicidad, los inevitables desengaños de la vida, y presentó al ser humano como un ser destinado a frustrarse y frustrar a los otros, por lo que la aspiración a la felicidad era vista como quimera infantil. La Edad Contemporánea ha vivenciado a un ser humano que ha venido al mundo sin su consentimiento y que morirá contra su voluntad.

Ha sido previsible la aparición de este tipo de explicaciones antropológicas. El Iluminismo prometió la redención humana a través de la revolución, y los siglos XIX y XX les han seguido mansamente en este punto. La esperanza escatológica cristiana es biológica hasta cierto punto, porque promete una *beatitudo* que ha de llegar desde lo más alto y que está informada en todo momento desde el final del proceso vital; los cristianos no han predicado que ahora estaremos mal pero que podemos consolarnos pensando que en el futuro estaremos mejor: en el evangelio cristiano el futuro es anticipado al momento presente, que queda así por encima de los planos meramente vegetales, animales o racionales²⁵³. Además, es una ingenuidad pensar en la ‘felicidad’, que es una palabra normalmente sin referentes precisos. Tomás de Aquino solía reservar este término para Dios y para los hombres que gozan de la *visio Dei*, y cuando habla de la finalidad de la ética utiliza el término alegría (*gaudium*) o bien habla de ‘repeler las tristezas’, *ad repellendas tristitias*²⁵⁴. La promesa de la felicidad sin más sólo aparece en nuestra cultura en los movimientos revolucionarios: hubiera sido un

²⁵³ . Ya indiqué que Tomás de Aquino, en la *Suma teológica* I-II, q. 94, art. 2, explicaba que el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre. La primera inclinación natural común a todo lo que es, es la tendencia a conservarse en el ser. La segunda está compuesta por las tendencias que tenemos en común con los animales, como es la unión del macho con la hembra. La tercera, las propias de la naturaleza racional, como es el deseo del conocimiento y en grado máximo el conocimiento de Dios.

No hay una progresión de más a menos, como si lo que simplemente existe hubiera de elevarse a las tendencias comunes con los animales y éstas, a su vez, a ser informadas por el conocimiento de naturaleza más alta. La filosofía aristotélica considera a las cosas tal como son ahora, y el hombre considera a sus tendencias comunes a los vegetales y a los animales desde el punto de vista de su conocimiento más elevado, de modo que las inclinaciones de todo tipo quedan informadas, es decir, reciben su forma, también desde el punto de vista último y superior.

²⁵⁴ . Vid., entre otros lugares, *Sum. Gent.*, cit., §§ 1471, 1517.

insulto para un marxista de los años '40 o '50 del siglo pasado haberle indicado que la revolución proletaria le traería simplemente más paz social o laboral, o sólo una igualdad que no garantizaría más que lo que la igualdad puede conllevar. Ante el desengaño por haberlo prometido todo, viene el desencanto propio del materialismo sin esperanza.

Sören Kierkegaard ha sido el filósofo que ha tratado el problema de la incompatibilidad entre lo infinito y lo limitado más temáticamente, especialmente en la obra suya que se conoce usualmente como “Tratado de la desesperación”. Este danés presentaba sus ensayos con títulos provocadores, tales como el ya mencionado o como “El concepto de la angustia”. A pesar de estos títulos, estas obras son profundamente positivas, y así como la mencionada en segundo lugar trata de explicar la noción del pecado como una cualidad nueva que irrumpe en el mundo, su estudio sobre la desesperación fue destinado a mostrar optimistamente la vivencia humana personal provocada por la escisión vivida por cada persona entre su índole simultáneamente tanto inmensa como limitada. Kierkegaard explica que el fundamento de esta realidad –que lleva a desesperar– se encuentra en la determinación esencial de la existencia humana, que reside en que el hombre es un individuo y, como tal, él es tanto él mismo como la especie entera participada en cada individuo²⁵⁵. Este desdoblamiento es un hecho tan objetivo como el de la existencia del deber²⁵⁶. Hegel mantuvo que el desgarrón que produce en el hombre esta doble conciencia es un hecho tan fuerte que ningún ‘ser natural’ podría soportar²⁵⁷. El ser humano constituye una unidad simultánea de su subjetividad con la universalidad propia suya que manifiesta en sus vertientes religiosas, morales, profesionales, sociales o jurídicas, y el olvido de este carácter sintético de la cotidianidad nos lleva a la advertencia de Sergio Cotta ya indicada, a saber, que la

²⁵⁵ . Vid. *El concepto de la angustia*, no consta traductor, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, pág. 44.

²⁵⁶ . Bertalanffy indica, desde un punto de vista muy general, que “La vida no es mantenimiento de equilibrio, sino más bien mantenimiento de desequilibrios como sistemas abiertos. Psicológicamente, el comportamiento no sólo tiende a aflojar tensiones sino que también las establece; si esto se detiene, el paciente es un cadáver mental en descomposición, del mismo modo que un organismo vivo se vuelve cuerpo putrefacto cuando se interrumpen las tensiones y fuerzas que lo apartan del equilibrio”. *Teoría general de los sistemas...*, cit., pág. 200.

²⁵⁷ . Vid. *Principios...*, cit., § 35, *Zusatz*. Fromm añade que “Es curioso que dos principios aparentemente tan contradictorios puedan ser profesados al mismo tiempo en una misma cultura; sin embargo, del hecho no existe duda alguna. Un resultado de esta contradicción es la confusión del individuo. Colocado entre estas dos doctrinas, se ve seriamente obstaculizado en el proceso de integración de su personalidad. Esta confusión es una de las fuentes más significativas del desconcierto y desamparo del hombre moderno”. *Ética y psicoanálisis*, trad. de H. F. Morck, 12ª reimpresión, FCE., México, 1980, págs. 140-141.

negación de las realidades finitas en las que vive el hombre lleva a la persona tanto a su exaltación como a su aniquilamiento²⁵⁸.

Si hablamos solamente de subjetividad, hay que referirse a la simple infinitud y, por tanto, a la oposición entre lo subjetivo (necesariamente determinado) y lo infinito, que lleva a que el individuo desespere. El que quiera pensar sólo en derechos suyos para hacerse la ilusión de su infinitud se moverá, efectivamente, en el plano de las ilusiones. Todo el que reflexiona establece un círculo que va desde lo que es a lo que podrá ser y podría haber sido. Pero las ciencias humanas no pueden responder a la prescripción de la reversibilidad científica que estableció Hobbes, de modo que tanto pudiéramos ir desde el inicio al final y desde el final al inicio; porque el individuo que vuelve al punto de partida es distinto del individuo que comenzó su andadura vital. Ningún psicólogo, psiquiatra o sociólogo observa tal reversibilidad. No hay reversión sino, si es el caso, una retroalimentación tardía que trata de neutralizar o aminorar los efectos negativos de las situaciones que han llevado a resultados indeseados: Viktor Frankl hace notar que el *boomerang* sólo vuelve al punto de partida si ha fallado su objetivo. La representación intelectual de las diversas posibilidades de actuar, puede hacer que un sujeto esté regresando a sí mismo –a un imaginario yo- porque vivencia continuamente el fallo de sus objetivos, y entonces entabla él consigo mismo un movimiento circular que poco tiene que ver –más bien le es opuesta- con la figura del círculo que mencionaba Hegel como la más adecuada para representar la vida humana²⁵⁹.

²⁵⁸ . Cotta observa 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”. *Itinerarios humanos del derecho*, trad. de J. Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1974, págs. 122-124.

²⁵⁹ . Resumiendo el estado de la cuestión entre los autores sistémicos, vid. Teubner, que escribe que el derecho es una “Danza perpetua de correlaciones de intereses en una red cerrada de elementos interactuantes cuya estructura está continuamente modulada por numerosos ámbitos y meta-ámbitos de acoplamiento estructural”. *Il diritto come sistema autopoietico*, cit. pág. 15. Se remite a Maturana para apuntalar esta tesis. Incidentalmente: ¿Qué quiere decir la expresión *acoplamiento estructural*?

Hegel apuntaba que “La filosofía forma un círculo. Tiene verdadero derecho inmediato, puesto que debe comenzar: un elemento no demostrado, que no es resultado. Pero aquello con que la filosofía comienza es inmediatamente relativo, ya que puede aparecer en otro punto final como resultado. Es una decisión que no pende del aire, de un comienzo inmediato, sino que gira sobre sí misma. *Principios de la filosofía del derecho...*, cit., § 2, Agregado.

Esta idea –simplemente en su tenor literal- parece tomarla de Kant, cuando el de Königsberg escribe que “Nuestra razón no es una especie de llanura de extensión definida y de límites conocidos sólo

El que vivencia a sus concreciones como cosas externas a él mismo pasea por las nubes de la irrealidad. El carácter sintético del hombre, que reúne en sí lo finito y lo infinito, no se forma siempre -y ni siquiera frecuentemente- sobre unos añadidos externos al ser humano, de modo que el hombre haya de vivenciarlos como limitaciones. Algunas filosofías existencialistas del siglo XX han contrapuesto la existencia auténtica a la inauténtica, suponiendo que toda relación socialmente institucionalizada estaba dominada por el signo del 'das man', por una falta de autenticidad personal; en tal caso lo verdaderamente personal sería lo que no se integra en lo socialmente ya estructurado. Esta visión de las relaciones de cada individuo con su entorno social parece sencillamente falsa, y ya veremos como la misma interioridad de la persona ha de suponer al otro, no sólo a las otras personas –como si viviéramos en los estados de naturaleza del siglo XVII- sino igualmente a las determinaciones sociales que se elevan también en el interior de nosotros mismos. Existen alienaciones del propio yo, pero si dejamos ahora de lado las teorías apocalípticas del siglo XIX, por ejemplo, las de los anarquistas y comunistas, no existe ningún motivo para suponer que la integración del propio yo en una estructura consolidada implique una *Entäusserung*.

La estructura algo tramposa de la gramática latina nos lleva a confusiones, porque decimos “Pedro tiene un ordenador”, “Pedro tiene un automóvil” o “Pedro tiene una casa”, y en todos los casos usamos la misma estructura gramatical. Esta igualdad en estos casos engaña, porque es correcto decir que alguien tiene un ordenador o un automóvil, pero no que él tenga una casa, porque la casa es más que las cuatro paredes. También es fácil pensar en términos de sujeto, verbo y predicado, y decir que “Pedro es notario”; desde luego, nadie nace siendo notario o ferroviario; pero las concreciones (ser ferroviario o notario) constituyen en buena medida el factor constitutivo del ser-ahí del hombre en la vida, ya que el hombre, tanto en el plano moral como en el jurídico, obedece a realidades que le conforman a él mismo como ser racional, de modo que nadie puede reconocerse como siendo ‘él’ al margen de sus determinaciones sociales, que finalmente son tanto sociales como personales. Tomás de Aquino insistió en este tema, y dejó escrito que no es la razón la que mide a las cosas, sino que son las cosas las

de modo general, sino que más bien ha de ser comparada con una esfera cuyo radio puede encontrarse partiendo de la curvatura de una superficie (partiendo de las proposiciones sintéticas a priori); desde ahí podemos igualmente señalar con seguridad el volumen y los límites de la esfera”. *Crítica de la razón pura*, trad, P. Ribas, Alfaguara, Madrid, 1988, A 762.

que conforman a la razón: *Ratio non est mensura rerum sed potius e converso*²⁶⁰. La persona, con lo que conlleva de infinitud, es tan sólo el *homo larvatus*, explicó el de Aquino²⁶¹, que está dispuesto a recibir sus determinaciones.

Efectivamente, si el investigador prescinde de sus condiciones de padre, profesional, amigo, vecino o ciudadano, ¿qué queda de él? Solamente permanecería la vaga sensación de un yo que no puede reconocerse junto a los demás, es decir, ante sí mismo. Una persona sin concreciones constituiría una autoidentidad simplemente formal y por ello aparentemente infinita, ya que recae sobre ella la universalidad a que da origen la negación de sus determinaciones. Los isomorfismos vienen otra vez en ayuda de la investigación sobre las personas. Toda persona vivencia lo que se podría llamar su espacio o, en términos más generales, su ‘espacio humano’, pues cualquier ser humano puede ser amigo, profesional, ciudadano, etc. Cada persona se prolonga a través de estas dimensiones de sí misma, y desde ellas surgen fuerzas morales no siempre fácilmente compatibles. El yo como autoconciencia que se afirma a sí misma en la medida en que excluye a los otros (recordemos la función decisiva de la negación en Saussure) es la afirmación del individuo, que es necesaria pero no suficiente; pues se trata de que esta autoafirmación no lleve a la negación de la persona: Hegel nos recordaba que el punto es la negación del espacio y, de hecho, la persona que se afirma permanentemente como tal recordando su incomunicabilidad, niega el espacio humano que la constituye como persona, más allá de ser individuo. Sugiere Viola que la moral se funda en la posibilidad de dirigir, de algún modo, la inclinación del amor, y por esto es necesario preguntarse: ¿Qué es lo que se ama cuando nos amamos a nosotros mismos?²⁶² En otro plano, si alguien prescinde de estas determinaciones suyas y se piensa como un ser estrictamente personal que no debe institucionalmente nada a los otros ni los otros le deben nada institucionalmente a él, se quedará sin criterios para sus actuaciones sociales cotidianas. Sobre este punto ha dejado observaciones interesantes A. MacIntyre.

²⁶⁰ Véase Tomás de Aquino, *In IV Sententiarum...*, cit., L. II, Dist. 24, q. 2, o *Suma teológica*, I, q. 79, art. 13.

²⁶¹ . Vid. *In IV Sententiarum...*, cit., L. I, Dist. 23, q. 1.

²⁶² . Vid. *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la Ética contemporánea*, trad. V. Bellver, Comares. Granada, 1998, pág. 245.

Tomás de Aquino definía la conciencia o consciencia –los Latinos no distinguían entre ambos términos- como “Cum alio scientia”²⁶³. El fundamento del derecho es el ser racional en su condición de *Cum alio scientia*. De ahí que pueda ser fácil ocasionalmente sacar al individuo de la polis, pero que sea inútil intentar sacar la polis del individuo. Estamos ante institutos o instituciones que son sociales porque implican necesariamente a los demás en el momento de resolver una pretensión individual, y podemos completarlo ahora, sin pretensiones de exhaustividad, con una observación de Sánchez de la Torre: “Obviamente, la expresión del ‘sujeto’ en su nivel más profundo, que sería el ontológico, vendría dada por la definición propuesta de Boecio e incluso por la versión que ofrezco de la misma: ‘sujeto racional consciente’. Pero la especificación jurídica del ‘sujeto’ no puede reducirse a su elementalidad radical como ‘sujeto’ sin añadir esa doble referencia al ser interactivo y responsable, en un ámbito social donde sean considerados aquellos sujetos en su aspecto donde aparecen, en una interactividad configuradora del plano entre primera, segunda y tercera persona; y advirtiéndolo que los beneficios y daños de tales conductas intersubjetivas alcanzan no sólo a los presentes sino también a los ausentes entendidos como terceros. No sólo la responsabilidad, sino también la interactividad alcanza a los terceros, así como la razón normativa que el ordenamiento jurídico tiene para hacer intervenir a terceros en aquellas conductas que convengan. Pues los intereses de los ausentes no pueden ser definidos ni salvaguardados por ellos, al revés que sucede con el modo en que intervienen los protagonistas que se hallan presentes. El orden jurídico se convierte en objetivo cuando extiende hasta los intereses de los terceros, el efecto de una conducta que, entre protagonistas presentes, será solamente intersubjetiva”²⁶⁴.

El individuo, si pretende insertarse en su propia vida, timoneándola, ha de pensarse en una situación igualmente excéntrica respecto de su propia infinitud o de su capacidad para excluir. La tentación fácil, en este momento de la argumentación, sería la de afirmar que cada individuo ha de pensarse en una situación excéntrica respecto de sí mismo y de sus posibilidades de realización en la sociedad, tesis en la que insistía Helmut Plessner. Pero esta idea no es enteramente correcta, porque parece que ella alude solamente a la buena voluntad de las personas, mientras que esta exigencia de

²⁶³ . Vid. *In IV Sententiarum...*, cit., L. II, Dist. 24, q. 2, a. 4. *Suma teológica*, I, q. 79, art. 13. *Quaestiones disputatae*, Edizioni Studio Domenicano. Bologna, 1992, quaestio 17.

²⁶⁴ . *Investigación sobre el sujeto jurídico*, en “Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, Madrid, 28 (1998) pág. 238.

excentricidad no responde a ningún requerimiento de la buena voluntad sino que es una necesidad estructural del hombre. Esta última exigencia es evidente en el trabajo del juez, que constituye la terceridad que trata ante todo de ser la garante de la imparcialidad; porque cuando las relaciones humanas llegan a ser conflictivas, la sociedad tiene instituida organizadamente esa instancia excéntrica o extraña a las partes en conflicto, como es la judicatura. La administración de justicia no es un cuerpo extraño al hombre, sino que ella reproduce la estructura necesaria de todo individuo que convive con otros.

El deseo de la infinitud subjetiva se ve deshecho por esta doble identidad de cada ser humano, que ve como su yo deseoso de infinitud, queda concretado por esos otros que él porta consigo²⁶⁵. Esas realidades aparentemente ajenas, nos hacen activos y rompen el círculo que formaría esa autoidentidad únicamente formal –y por ello tan infinita como vacía- del sujeto que sólo se conoce a sí mismo²⁶⁶ y que considera a los demás como ‘unos otros’ a los que no tienen por qué alcanzar las mismas competencias que él vivencia²⁶⁷. Cotta afirmaba que en la vida cotidiana y en el plano psicológico, el

²⁶⁵ . En este sentido Serna, *Filosofía del derecho...*, cit., pág. 134.

²⁶⁶ . MacIntyre observa que un individuo, “Sin un lugar en el orden social, no sólo no sería incapaz de recibir reconocimiento y respuesta de los demás; no sólo los demás no sabrían, sino que él mismo no sabría quien es”. *Tras la virtud*, cit., pág. 158.

Hervada mantiene reiteradamente que “Lo íntimo del hombre es incomunicable, aquello que no entra en las relaciones sociales. Lo cual no quiere decir que le esté atribuido al sujeto lo que no le pertenece como suyo. Las cosas internas están atribuidas al sujeto y suyas son. Mas ya hemos dicho que esta relación de *suidad* –algo que es suyo de un sujeto- no es, en última instancia, lo constitutivo del derecho. El derecho nace en una relación de justicia como algo debido a su titular. El derecho nace y se desarrolla en una relación social como algo que hay que dar y, por lo tanto, como algo comunicable”. *Lecciones de Filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1989, tomo I, pág. 237.

Es cierto que el derecho se compone de lo que la filosofía escolástica llamaba *relationes*, es decir, de modos de ser entre las personas que no afectan a lo que cada ser humano es en sí. Pero insistir en el carácter relacional de las vivencias jurídicas, destacando su exterioridad para las personas que forman parte de esas relaciones jurídicas, puede ser peligroso porque las determinaciones vitales de cada individuo, que normalmente revisten *formas* jurídicas, no se sobreponen sobre cada hombre como la albarda se sobrepone sobre el burro. Las determinaciones jurídicas forman parte de nuestro ser en el mundo y las más importantes de ellas –las que la ciencia del derecho llamaba personas jurídicas o *conditiones personarum*- son mucho más que meras formas de aquellas relaciones sociales por las que simplemente se nos da lo que es nuestro.

²⁶⁷ . Estas filosofías del *selfish* recurren reiteradamente a la figura del círculo y, por ejemplo, los discípulos de Kant hablaban de las *Freytheitssphären* (sigo la grafía alemana de aquella época) o esferas de libertad. Es comprensible que sea así, porque los tratadistas de la semiótica muestran que la figura circular nos aporta, de hecho, la idea del movimiento fácil; simboliza la perfección, la homogeneidad, la fortaleza y la ausencia de división; los círculos concéntricos representan los grados del ser, las jerarquías creadas desde el centro superior; ellos son la manifestación más universal del ser único, de su totalidad indivisa.

Por el contrario, las figuras angulosas son antidinámicas, ancladas sobre sus cuatro costados, y nos traen a la imaginación la detención, el estancamiento, la solidificación, e incluso la detención en la

otro aparece como obstáculo, objeto de envidia, o rival; en esta perspectiva el sujeto persigue, para desarrollar plenamente su personalidad, eliminar al otro, o al menos subordinarlo al yo²⁶⁸.

La base de la igualdad solamente es posible aludiendo a ese desdoblamiento aludido; un ser humano no dispone de ningún derecho para tratar a otro como si ese otro fuera distinto a él mismo. Si alguien exige para él derechos que él deniega a los demás, esto indica ante todo que ese hombre está vulnerando la dignidad que él debiera portar, porque todo hombre porta en sí la dignidad de toda la humanidad. Éste es el fundamento de su culpabilidad si ése es el caso, saber que está desconociendo una universalidad de la que él no puede disponer libremente; pues al exigir en el delincuente, como condición para su imputación penal, que sea capaz de distinguir el bien del mal, no se le exige tanto que sea consciente de haber causado un daño a otra persona, como saber que ha violado una exigencia necesariamente universal que él debe portar en sí.

Una subjetividad sin determinaciones únicamente se comprende a sí misma como una identificación solipsista del propio yo consigo mismo. No hace falta recurrir a argumentaciones moralizantes que insistan en la superación del egoísmo para superar esta visión de los individuos: sabemos que las cosas propiamente humanas nos son tan necesarias como nuestra piel. No es la personalidad ya comprometida la que ha de justificarse frente al deseo de infinitud: es este deseo el que ha de comparecer ante el tribunal del derecho, como en general, ante el de la razón. No necesitamos hechos o actos siempre voluntarios para reconocer nuestras determinaciones personales; éste ha constituido históricamente un hecho singular: parece que la infinitud propia de la voluntad entendida de este modo es la que ha de fundamentar el valor infinito de la personalidad de cada sujeto; al contrario, más bien parece que es la personalidad de cada individuo la que requiere o necesita sus determinaciones. En última instancia, lo cierto es que poseemos una personalidad fragmentada en el interior de una subjetividad absoluta.

El derecho a exigirme a reconocer a los otros como Sujetos del Derecho, y el igual derecho a que me reconozcan a mí como tal, conlleva tanto la incomunicabilidad

perfección. Las asociamos con las cosas duras y bruscas, capaces de producir daño porque son cortantes. El cuadrado, siempre descansando pesadamente sobre una de sus caras es quizá la manifestación más representativa de estas notas.

²⁶⁸ . Vid. *¿Qué es el derecho?*, trad. J. J. Blanco, Rialp, Madrid, 1979, pág. 42.

como la sociabilidad a través de relaciones, sean jurídicas o de otro tipo. Desde su incomunicabilidad, la persona muestra la dignidad de la conciencia propia de quien ha de realizar un plan de vida personal. En este contexto, es obvio que la prepotencia solamente puede provenir desde el que se ha reintroducido de tal manera en sí mismo, que su vida ha degenerado en un solipsismo existencial²⁶⁹ y no puede reconocer las otras universalidades personales. La injusticia no surge desde la exaltación o desde el aumento de la propia personalidad, sino desde su disminución. Por decirlo con palabras de Fromm, para un sujeto que obra de este modo, su propia identidad se ha convertido en un problema²⁷⁰.

El lector puede preguntarse por qué este interés en insistir en las naturalezas de las mediaciones aparentemente sólo sociales dejando en la sombra los requerimientos que parecen más propiamente individuales. El gran problema que ha planteado históricamente la forma individualista de entender las relaciones humanas y a los hombres, es su incapacidad para explicar la necesaria dimensión alteritaria de todo ser humano, que normalmente se relaciona consigo mismo, y con los demás, a través de las representaciones que él tiene de ellos²⁷¹. Fuller reparaba que la noción de reciprocidad está implícita en la idea misma del deber²⁷², y no se refería al hecho elemental de que al derecho de uno corresponde el deber de respeto por los otros. El hombre, aunque en ocasiones pueda estar físicamente aislado, es cualquier cosa menos un ser solitario, y no puede pensarse a sí mismo aisladamente, aunque la imaginación le pueda hacer pensar así. Él reconoce a los otros como ciudadanos, como padres o profesionales, o

²⁶⁹ . El solipsismo lleva necesariamente a la incomunicación. Massini indica que este rechazo de la ontología lleva necesariamente a la exclusión de cualquier realidad transubjetiva como instancia de apelación veritativo-justificatoria. Vid. *Filosofía del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, vol. II, pág. 184.

Sergio Cotta es más expresivo: “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 (cabe preguntarse si es lícito después de Kierkegaard fundar la totalidad sobre el individuo), ésta se desarrolla bajo el signo de la clausura cuando no de la dominación y de la codicia. ¿Cómo puede ser comunicable esta totalidad, si es totalizante sólo en mí y por mí en la irrepitibilidad de mi existencia?” *Itinerarios...*, cit., pág. 63.

²⁷⁰ . Vid. *Ética y psicoanálisis*, cit., pág. 149.

²⁷¹ . Esta observación requeriría aclaraciones, y ha sido Henri Bergson quien ha tratado claramente esta inordinación de las vivencias personales en el conjunto siempre actualizado de la memoria de cada hombre. La memoria, según Bergson, no sólo almacena, sino que selecciona y elige, de forma que todo ser humano es aquello que él ha hecho de sí mismo. Nos relacionamos, ciertamente, con otras personas: pero la naturaleza y el alcance estas relaciones descansan ante todo en la memoria colectiva e individual.

²⁷² . Vid. *La moral del derecho*, trad. de F. Navarro, Trillas, México, 1967, pág. 30.

simplemente como seres que han de ser respetados, sea absteniéndose, sea más positivamente, es decir, reconociendo en los demás lo que es de los demás porque en definitiva es lo de todos; los bienes, cuando se manifiestan, son comunes a todas las personas. Es patente que la personalidad posee un cierto carácter reflejo: sabemos que somos personas porque reconocemos a los otros como personas; sabemos que los otros son también personas porque cada uno comparte, o puede compartir, las condiciones y determinaciones de los otros²⁷³.

Al hablar de los otros hay que señalar tanto las personas de los otros como sus determinaciones sociales; la persona introduce ante todo la abstención que frecuentemente se sigue desde el respeto; las determinaciones son introducidas por las ‘cosas’ que hacen de puentes entre los hombres. Pues el ser humano, al vivir en lo geográfico y temporal, y no solamente en las cabezas de los filósofos, se relaciona con cosas, y estas cosas le crean relaciones que se dilatan mucho más alto y profundamente que las consideraciones que hacían los ilustrados y los neoescolásticos sobre el individuo aislado que se relacionaba con los demás mediante actos deliberados de voluntad. ¿Estamos ‘reificando’ a los seres humanos acorralándolos contra sus determinaciones sociales, de forma que incurrimos en algún sociologismo? Solamente reconocemos la realidad, que lleva tanto a reconocer las condiciones jurídicas de las personas como la libertad de arbitrio de cada individuo, ya que la libertad es un ‘bien constante’, con exigencias siempre presentes, pero que se recortan según cada actividad humana, pues no puede exigir la misma libertad un militar que un abogado²⁷⁴. Carece de sentido, porque aludimos a irrealidades, parlotear continuamente sobre las libertades de las personas. La libertad es una realidad absoluta en lo más íntimo de la conciencia, pero en el derecho es una realidad simplemente relativa. Lo relativo es frecuentemente la expresión de la máxima objetividad, porque cuando se dice que una cualidad es ‘relativa a’, se indica que tal cualidad existe realmente y que por eso mismo –por sus condiciones reales de existencia- ha de ser objetivamente relativa a otra cosa. Las cosas discriminan a las cualidades y las cualidades a las cosas. El relativismo entendido en el

²⁷³ . Así como algunos juristas alemanes del siglo XIX hablaban del *Rechtsreflex* para designar el deber de los otros de respetar nuestro derecho, ahora estamos en mejores condiciones de hablar también de este carácter reflejo del derecho, porque cada sujeto tiene derechos en la medida en que reconoce – como en un espejo situado dentro de él mismo- esos mismos derechos en los demás.

²⁷⁴ . Vid. mi estudio *Persona y “officium”*: *derechos y competencias*, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto” LXXIII (1996) págs. 3-59.

sentido vulgar niega precisamente esta exigencia de referir normalmente una cualidad a una cosa.

De hecho, los seres humanos exigen sus reconocimientos propios, en tanto que reconocimientos de lo que ha hecho y hace el propio yo, no en abstracto, sino de lo que hacen como ciudadanos, padres o profesionales. Como trabajador, lo normal es que el trabajador exija su reconocimiento al filo de las exigencias propias de su trabajo, y aunque sea posible distinguir la calidad humana de lo que expresa con su trabajo de la ocasionalmente poca calidad que muestra como miembro de la familia, lo cierto es que cada dimensión humana porta sus exigencias propias, y que todas ellas concurren en la formación del conjunto de la dignidad de la personalidad y –en última instancia- de la personalidad misma.

Efectivamente, así como examinar el desarrollo del hombre solamente a través de las cosas supondría un sociologismo inadmisibles, supone igualmente una reducción parecida querer ver en la simple indeterminabilidad de las voluntades un derecho que hay que afirmar a toda costa, porque es absurdo pretender que la voluntad sea el fin de sí misma²⁷⁵. No podemos negar lo plural en nombre de una sola infinitud. Pero, a pesar de estas indicaciones, algunos temen que, al no partir siempre y directamente desde las personas en su irreductibilidad, la personalidad acabe acosada por las exigencias de las situaciones sociales: aparecería otra vez el eterno problema del sociologismo. Serna explica que la ontología del derecho es de personas²⁷⁶, no de cosas, pero eso no significa que no sea de sustancias, porque no cabe explicar una relación sin ‘algo’ que la relacione. “Siempre que se relacionan hombres –sea privada, social o público-políticamente- surge entre ellos un espacio que los reúne y a la vez los separa. Cada uno de estos espacios tiene su propia estructura, que cambia con el cambio de los tiempos y que se da a conocer en lo privado en los usos, en lo social en las convenciones y en lo público en leyes, constituciones, estatutos o similares. Dondequiera que los hombres coincidan se abre paso entre ellos un mundo y es en este ‘espacio entre’ (*Zwischen-Raum*) donde tienen lugar todos los asuntos humanos. El espacio entre los hombres, que

²⁷⁵. Sobre la imposibilidad de que la voluntad sea ella su propio fin, vid. Tomás de Aquino *Suma teológica*, I-II, q. 1, a. 1.

²⁷⁶. La ontología, referida a las personas, es hoy un problema no siempre fácil de situar doctrinalmente. Vattimo, de la mano de Heidegger y Gadamer y no de la de Habermas, se opone a la ‘transparencia’ de la que habla este último autor, porque entiende que tal transparencia personal sólo llevaría a una especie de ontología. Vid. *Más allá de la interpretación*, trad. P. Aragón, Paidós, Barcelona, 1995, pág. 75.

es el mundo, no puede existir sin ellos, por lo que un mundo sin hombres, a diferencia de un universo sin hombres o de una naturaleza sin hombres, sería en sí mismo una contradicción”²⁷⁷. Serna completa esta comprobación indicando que en toda relación real, al menos uno de los dos términos ha de ser una realidad subsistente, o estar referido a ella; los filósofos de la tradición aristotélica explicarían esto señalando que la relación es casi un accidente y, por tanto, no puede ser sino en otra cosa; pero esto no obsta para admitir que la categoría de ‘ser derecho’ es ella misma una relación marcada por el signo de la historicidad”²⁷⁸.

Planteando así –también ahora- este tema, nuestra época no sabe cómo conciliar la infinitud de la voluntad individual con los límites estrechos que impone la convivencia política. Nuestra mentalidad de hoy sigue arrastrando los efectos de esta desproporción, como ya indicamos al señalar cómo cada cual es educado en la conciencia de sus derechos, en sus libertades, para –en un momento posterior- obligarse que se ponga al servicio de fines sociales. No podemos ir como en una lanzadera desde la afirmación de una infinitud a la imposición de las determinaciones frustrantes. Al plantear así los términos del problema sólo cabe que el oyente adopte una actitud emotiva normalmente inmotivada, cuyos orígenes se encuentran en la psicología profunda o en factores culturales. Y la tarea del universitario más parece ser la de explicitar lo que está oculto que no la de arengar.

Al tratarse de una cuestión última no caben caminos intermedios: o afirmamos el mundo en el que estamos rodeados de conocidos, esto es, de nuestras condiciones de marido, padre o profesor, o hay que afirmar que el mundo ‘está ahí’ y que es lo que opone resistencia al esfuerzo voluntarioso²⁷⁹. En el primer caso hay colaboración del hombre con su entorno, que también le pertenece a él; en el segundo supuesto sólo cabe el enfrentamiento con una sociedad insuficientemente socializada y con una naturaleza incompletamente tecnificada.

Tratamos hechos que pueden pasar inadvertidos porque no siempre es preciso tener presentes expresamente estas consideraciones y pensar en las carencias que han de

²⁷⁷ . Arendt, *¿Qué es la política?*, trad. R. Sala, Paidós, Barcelona, 2006, págs. 57-58.

²⁷⁸ . Vid. *Hermenéutica y relativismo*, en “De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas”, Comares, Granada, 2003, pág. 239-240.

²⁷⁹ . Varios materialistas presentaron al mundo como el factor que sólo opone resistencia al esfuerzo del hombre. Vid., por ejemplo, a Locke, ya citado en este tema.

ser corregidas o en la colaboración que es exigible a cada cual en virtud de la naturaleza alteritaria de cada persona. La vida jurídica cotidiana no necesita recurrir a determinar en cada caso la relación entre una necesidad y su regulación jurídica. Disponemos de normas y reglas que responden casi automáticamente a la solución de la carencia planteada, porque cada norma jurídica es bien un problema concreto ya resuelto²⁸⁰, bien una construcción que crea su objeto regulándolo. Estas normas, por poseer una razón común devienen patrimonio de todos, y no son propiedad exclusiva de nadie. Cosas tales como ser propietario de un inmueble urbano, ser padre o ser agente de policía, portan consigo su propia racionalidad. La justicia es siempre tema universal -aún cuando dependa de la discrecionalidad de una persona concreta - porque vemos cómo la universalidad que surge desde la universalidad de cada conciencia, hace que el sujeto salga del campo de lo normal y ordinario, que en principio es lo suyo privativo, y entre por un camino público que no puede ser desconocido por la sociedad, porque él crea deberes a la sociedad. La relación humana deviene instituto jurídico -y éste sería uno de los criterios para su reconocimiento- cuando la solución a las interferencias entre las conductas contempla el remedio a una necesidad que no se circunscribe a los individuos concretos que han tomado parte en esa relación. En tales casos, la carencia como tal es descrita, analizada y posteriormente sintetizada, y el contenido normativo de esa regulación se emancipa del conflicto concreto que le dio origen y deviene un bien común que todos pueden reclamar. Si no es así, constituirá lo que en la jurisprudencia romanista llamaban una *Quaestio pro amico*.

Desde luego, nadie se tiene a sí mismo plenamente en sus determinaciones, ninguna de ellas le conviene plenamente, y siempre viviremos la sensación de insatisfacción. De acuerdo con la filosofía clásica, podríamos hablar de “Las cualidades empíricas que son las formas de aparición externa de una sustancia que <sin embargo> no se muestra como ella misma”²⁸¹. O, por expresar la misma idea según un jurista inglés, podríamos decir que “The correct view of the matter probable is, that God is not

²⁸⁰ . Luhmann afirma que “Con respecto a la sociedad como un todo, el derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta ... concrete bajo el aspecto de la regulación de conflictos mediante un sistema de decisión de conflictos que se inserta a posteriori ... La relación entre la vida jurídica de la sociedad y el sistema jurídico toma la forma de una anticipación de posibles decisiones de conflictos, que se tienen presentes como posibilidades y que están en perspectiva con seguridad para el caso conflictivo”. *Sistema jurídico...*, cit., págs. 45-46.

²⁸¹ . Expresión de Spaemann, en *Lo natural y lo racional*, trad. Innerarity-Olmo, Rialp, Madrid, 1989, pág. 108.

a person, but ‘the’ person-personality itself; whereas man is a person in virtue of this limited realization of personality’²⁸².

(*Los poderes públicos de las personas*) Los defensores de la dicotomía entre lo público y los particulares, se fundamentan, en definitiva, en entender que es válida la representación espacial de dos mundos distintos, uno el de la entidad pública, siempre sometida a leyes generales, mientras que el ámbito de las personas como tales sería el de la estricta privacidad, y corresponde solamente al poder político defender tal privacidad declarándola no regulable jurídicamente²⁸³. Ciertamente, por razones de funcionalidad es imprescindible distinguir entre los gobernantes y el resto de los ciudadanos, pero según una razón de ser que ha de ser lo más leve posible, porque los protagonistas de la vida pública son ante todo los ciudadanos, ya que existe un ‘mundo común’ que es tan privado como público²⁸⁴. Es cierto que en una democracia los ciudadanos votan a sus gobernantes, y este hecho puede producir la apariencia de que los gestores de los intereses públicos son exclusivamente los designados en las votaciones. Pero se trata sólo de una apariencia que unas veces muestra un hecho cierto y otras veces no. El poder responde a las carencias de los ciudadanos porque los poderes son tanto funciones de las personas como de las cosas; esto es, son funciones de las necesidades de las personas, o de las personas en sus necesidades²⁸⁵. La persona aporta la universalidad y

²⁸² . James Lorimer, *The Institutes of Law*, cit., pág. 21. No parece que constituya una actitud realista –es decir, humana- este constante volver sobre la indeterminación originaria, aunque las teorías sobre el estado de naturaleza y el contractualismo (ahora revividos en las doctrinas sobre las deconstrucciones y recomposiciones racionales de nuestra sociedad), hagan creer que lo racional es este retroceso para examinar racionalmente la posibilidad de retirar el consentimiento prestado y volver a situar otra voluntad distinta.

Si esta posibilidad deja de ser excepcional para convertirse en una actitud permanente, aparte de la actitud dubitativa que implica –fuente de complicaciones afectivas y mentales- la experiencia muestra que el sujeto caerá en manos de otra concreción, igualmente determinada y contingente, quizá de peor calidad que la que poseía antes.

²⁸³ . El planteamiento liberal más humanista, normalmente kantiano, ha visto precisamente en esta defensa meramente negativa de lo personal la eticidad máxima que puede ofrecer la instancia pública, que tendría así un carácter instrumental para hacer posible el propio plan moral de cada individuo.

²⁸⁴ . Llano explica que “La existencia de un ‘mundo común’, en el que sea posible la comunicación no fragmentada, y en el que se evite el desfondamiento sistemático de las instituciones, sólo es posible si se admite que existe un bien público definible en términos no puramente utilitarios o pragmáticos, cuyos titulares natos son los propios ciudadanos”. *La nueva sensibilidad*, cit., pág. 65.

²⁸⁵ . Ciertamente, algunas de estas necesidades se derivan desde la necesidad de la libertad de las personas, un hecho que fue destacado especialmente en los derechos humanos de primera generación. Otras carencias, en cambio, surgen desde las insuficiencias económicas del que está en el paro, desde los baches de la autovía, o desde la ausencia de una atención hospitalaria adecuada. Porque si es razonable en

la cosa la medida de la necesidad y por tanto de la regulación jurídica. Unas veces predomina el sesgo personal, y entonces hablamos de las exigencias de la libertad, y otras veces emerge con más fuerza lo que objetivamente demandan las carencias humanas, y entonces aludimos, por ejemplo a la previsión social.

No trato de recortar lo público para que se extienda lo privado: esta tesis iría contra la médula misma de esta propuesta. Tampoco se trata de crear gran cosa en las virtualidades de las explicaciones usuales sobre las diferencias del Estado y la sociedad civil. Los planteamientos mismos de las oposiciones usuales entre “Lo público—lo privado” son ya analíticos, pues lo uno presupone dialécticamente lo otro, y en muchos casos también lo prejuzga de acuerdo con las connotaciones que hemos incluido en el habla cotidiana, hoy moldeada ante todo por los medios de comunicación. Los que dejan reducido el derecho a una esfera autonomizada de normas, parecen desconocer un hecho radical que ya apunté, a saber, que las personas somos las mismas seamos o no funcionarios, desempeñemos o no cargos públicos. Esta doble condición se manifiesta en el curso que sigue el dinero: lo que está en los presupuestos es dinero público, pero una vez que ese dinero ha pagado el sueldo del funcionario o del contratista se convierte inmediatamente en dinero privado.

Hace un siglo Adolf Merkl ironizaba sobre esta separación doctrinal entre lo privado y lo público, e indicaba que la seguridad social era un organismo público, pero que los perceptores de sus prestaciones eran personas privadas: “Dinero público, bolsillos privados”²⁸⁶. Sólo mantienen la existencia excluyente de la Administración aquellos que sostienen, como hecho evidente, que uno es *siempre* el momento de lo público y otro es *siempre* el momento de lo privado²⁸⁷. No es fácil reconocer hoy el carácter público de cada relación jurídica, pues al hablar de carácter público pensamos en los derechos estatutarios de las corporaciones de derecho público. Pero no es la lógica la que envuelve a este tema, sino la bruma, como vemos, por ejemplo, en el hecho que consiste en que las numerosas declaraciones de derechos humanos del siglo XX han aumentado los derechos que han de ser protegidos por el poder político, y junto

justicia que respetemos la libertad de una persona que quiere votar libremente a su partido político, no menos razonable es que la sociedad exija al panadero que trabaje con la limpieza debida en sus funciones.

²⁸⁶ . Vid. *Teoría...*, cit., pág. 109.

²⁸⁷ . Si recurrimos otra vez a la experiencia, ella nos enseña que los políticos y funcionarios que trabajan en la enseñanza pública atacan a la enseñanza privada; pero cuando alcanzan cierto nivel económico, envían sus hijos a colegios privados; lo que enseña que la llamada enseñanza privada es más que privada, del mismo modo que un cine –espectáculo público- es más que una empresa mercantil.

a los derechos estrictamente individuales han proclamado también los derechos sociales. Esta terminología tiene algo de misteriosa, pues si es un derecho social del individuo formar parte de una iglesia o de un partido político, también es un derecho no menos social de él comprar, alquilar, asociarse o hacer testamento: si estos derechos no tuvieran desde su inicio una índole necesariamente pública no serían derechos.

¿Dónde estaría la línea divisoria entre lo que es simplemente relevante jurídicamente y lo que es derecho en nombre propio? Ésta es una pregunta que se interroga sobre un campo demasiado extenso. Quizá, el dato primero que emerge con claridad desde esta pregunta así formulada, es el hecho de que la sociedad representa a todas las personas, y cada persona, en su universalidad, porta en sí a toda la sociedad: por ello, si alguien ataca a una persona, el sujeto dañado es esa persona concreta, pero ha de responder toda la sociedad²⁸⁸. Lo público o lo oficial no constituye únicamente una dimensión de la sociedad considerada en su conjunto; tampoco consiste en una faceta individual de las personas, sino que se prolonga a lo largo y ancho de las personas y de la sociedad, sin que podamos separar desde este punto de vista a la persona individual y a la sociedad, o a la faceta privada y a la vertiente pública de las personas. La expresión misma de sociedad política, y otras similares, son imprecisas, y Tomás de Aquino nos indicaba que la palabra ‘vida’ era excesivamente abstracta, porque así como la carrera consiste en el hecho de correr, la vida consiste en los hechos propios del vivir²⁸⁹.

Bastantes teorías han descuidado considerar que buena parte de las manifestaciones de las iniciativas o de las necesidades de los ciudadanos -a las que podemos llamar necesidades personales o privadas, si ése es nuestro gusto- tienen directamente naturaleza pública, y habría que hablar de la vertiente pública de lo que aparentemente es privado: procediendo así, la dimensión de lo público no disminuye, sino que aumenta, porque esta vertiente de la vida humana ha de abandonar su esfera parcial por autonomizada, y mostrarse como una realidad que es de cada uno y de todos de los ciudadanos: pues si es importante señalar el ‘todos’, es igualmente decisivo insistir en la referencia al ‘cada uno’, ya que la totalidad uniforme mencionada por el

²⁸⁸ . La razón de esta exigencia la explicita Fromm con su claridad habitual: “Un individuo representa a la raza humana. Es un ejemplo específico de la especie humana. Él es ‘él’ y es ‘todos’; es un individuo con sus peculiaridades y, en ese sentido, único, y al mismo tiempo, es representante de todas las características de la raza humana”. *Ética y psicoanálisis*, cit., pág. 51.

²⁸⁹ . Vid. *Suma teológica*, I, q. 18, art. 2.

‘todos’ no representa adecuadamente la multiplicidad de las caras de la vida social. Cuando el propietario exige que se respete su propiedad, cuando el profesor exige silencio a sus alumnos, cuando los clientes de los bancos exigen defensa ante las comisiones bancarias excesivas, esas personas no están realizando actividades privadas, ni su cotidianidad es irrelevante ante el derecho²⁹⁰.

La dignidad exige que todo ser humano reivindique su condición simultáneamente pública y privada. La esfera pública se compone de distintas facetas, unas más jurídicas y otras más políticas²⁹¹, porque desde algunos puntos de vista tan pública es la actuación del que acude a votar al nuevo gobierno, como el trato del profesor con sus alumnos. Cuando afirmamos que el ser humano es necesariamente social, no nos referimos a la índole necesariamente social del ser humano; éste sería un simple dato de hecho. Que el hombre sea social indica ante todo un status activo de ciudadano por el que puede exigir que sus derechos sean defendidos o hechos realidad por la fuerza organizada de los demás porque la universalidad de la persona hace que la lesión a una persona devenga asunto universal, es decir, de todos.

(La pervivencia de la mentalidad liberal puede ser negativa para la libertad)

Esta cerrazón de la Administración sobre sí misma se debe a que el Estado es una conciencia representativa de sí misma que, *eo ipso*, rechaza todo lo que no pueda pasar por su primitivo contexto de justificación, que opera como un carcelero que tanto rechaza injerencias externas como cuida para que la Administración no pierda ninguna competencia momentáneamente a su cargo. En este volverse el Estado sobre sí para ampliar su radio de acción y hacerse cargo de las nuevas emergencias, él se ha cargado con tareas que no tendrían por qué formar parte de sus competencias y ha aumentado las declaraciones de las libertades concretas²⁹², al mismo tiempo que, paradójicamente, ha

²⁹⁰ . La llamada contemporánea quizá más fuerte a tener en cuenta es lo que Husserl llamaba el *Lebenswelt*, es la expresada en la obra de Alejandro Llano, *La nueva sensibilidad*, ya citada.

²⁹¹ . Si el juez condena al gamberro que ha dado una paliza a un indigente en la calle, el maltratador puede ser acusado de alteración del orden público –lo que es una cuestión más bien política-, o puede ser acusado más propiamente en sede jurídica, mediante un proceso penal.

²⁹² . Puede parecer paradójico de hablemos de estrechar la vida política cuando el desarrollo moral nos ha llevado a instaurar la democracia y a que el Estado, además de ser un Estado de derecho, sea un Estado social que atiende en mayor medida que en otros tiempos a las necesidades de salud, etc., de sus ciudadanos. Hay que hablar de adelgazamiento de la vida política porque una de las pocas opciones de que disponen los ciudadanos para su participación en la cosa pública es depositar su voto en las elecciones que se convocan periódicamente. A partir de este momento, una vez votado y elegido, el poder

incrementado desmesuradamente las sujeciones administrativas: la nuestra es una sociedad excesivamente normativizada. La instancia política quiere llegar a ser un Estado social de derecho, y tutela a sus ciudadanos buscando para ellos la calidad de vida que –se sobreentiende colectivamente- sólo la puede proporcionar el poder público. Pero el Estado, mientras más habla de libertad personal, en mayor medida normativiza la vida de todos y también en mayor medida decide por todos. El ciudadano actual deviene un tutelado y un subvencionado que necesita ser subsumido en el Estado²⁹³ aunque tenga la posibilidad de votar cada cuatro años la permanencia del gobierno. Además, se hacen verdad las observaciones de Parijs: “Una democracia no funciona mejor porque los representantes del ‘pueblo’ hagan lo que el ‘pueblo’ quiere. No sólo por la razón evidente de que el ‘pueblo’ no siempre está bien informado, y tiene la sensatez de no intentar saber todo lo que hay que saber para decidir bien y delega en consecuencia esta confianza. Si el ideal democrático no es la representación perfecta es, fundamentalmente, porque los representantes del ‘pueblo’ se ven obligados a discutir, a argumentar en un espacio público y por esta razón no pueden, no se animan siempre a decir lo que piensa el pueblo al que representan. (Lo más odioso que dice el político es aún mucho menos odioso que lo que piensa una buena parte de su electorado)”²⁹⁴.

Pero seamos realistas: el problema de la libertad en el interior del poder sigue siendo especialmente vidrioso porque sobreviven y convergen en él algunas exigencias de las doctrinas liberales, de forma que lo que siglos atrás fue la garantía de la libertad política es hoy la rémora de esta libertad. Desde un punto de vista muy teórico, vemos que los liberales siguen asidos a las teorías básicamente contractualistas (un rasgo de su identidad colectiva), y pasan sin transición desde los individuos aislados al único poder creado mediante el contrato. Solamente conciben una sociedad atomizada compuesta por individuos cargados de derechos y quieren un Estado con el menor número posible de mediaciones entre los ciudadanos y el poder político: quizá el ejemplo más conocido

político bien se desliga de las concreciones que son propias de los ciudadanos, bien las regula como si sus ciudadanos necesitaran asistencia paternal, y sigue una vida autónoma.

²⁹³ . La situación vital actual de la instancia pública es confusa, porque todos dependemos directa o indirectamente de ella, y ella es distinta a todos nosotros, hecho que observamos cuando vemos que los beneficiarios de las ayudas sociales defraudan masivamente al erario público, pero nadie se escandaliza de ello. Podríamos decir que todos dependen de lo público y todos aspiran a beneficiarse sin reparar en los medios. Es algo en lo que estamos, pero no somos nosotros, o no es nuestro. El estatuto vital de lo público ha de anteceder a las explicaciones de los constitucionalistas o administrativistas.

²⁹⁴ . Philippe van Parijs, *¿Qué es una sociedad justa?*, trad. J. A. Binozzi, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 223.

de esta forma de vivenciar al poder político y a las personas es el que proporcionan hoy las obras de Isaiah Berlin. Esta carga liberal política -otra realidad es el liberalismo económico de Hayek o Mises- es el factor que doctrinalmente determina las simpatías hacia este estilo de vida.

La autonomía de los Sujetos del Derecho

Indiqué que Fernando Vázquez de Menchaca dejó escrito que el estar bajo un señor no es un bien, sino una de las peores cosas. En cambio, Tomás de Aquino mantuvo que el hombre es un ser político y social. No parece que ambas declaraciones sean contradictorias: cada una de ellas acentúa una vertiente del problema. Porque es imprescindible la cooperación social, y es igualmente imprescindible que sea respetada en el máximo grado posible la libertad de cada uno de los ciudadanos. Nuestra época es hipócrita, porque establece una máquina de poder extraordinariamente fuerte, y se consuela pensando en los muchos derechos puntuales que ostentan los ciudadanos frente a ella: en primer lugar provoca un incendio, y más tarde dispone los medios necesarios para reprimirlo parcialmente si se ve obligada a ello. La idea de que cada cual pueda y deba cuidar de sí mismo le resulta lasciva. La concepción de la naturaleza sustantiva del razonamiento práctico ha sido sustituida en buena medida por la naturaleza administrativa de este razonamiento.

La idea de ‘repartir el poder’ es especialmente desdeñable: el poder no es una realidad siempre igual que se pueda repartir al modo como se reparte el dinero. Desde el momento en que ha sido entificada la Administración y se le ha atribuido fondos, funciones, personas, las relaciones entre los funcionarios que integran la Administración y el resto de los ciudadanos son vistas como los resultados de juegos de suma-cero, en los que lo que gana cada uno es lo que pierde el otro. Pero la satisfacción de las necesidades personales no debiera ser relacionada con esta clase de juegos, porque no se trata de que aumente o disminuyan los poderes de unos y otros, sino de encontrar las mejores estrategias para que las necesidades –también, entre ellas, las de la autonomía personal- sean resueltas. En este marco de consideraciones, reitero que hablar del poder es una abstracción excesiva, porque lo que existen son los poderes de las personas que vivencian alguna necesidad que, o bien reclaman la viabilidad para las capacidades de su intimidad y creatividad; pues el analista político tiene a la libertad de expresión como su exigencia más elemental, y un padre quiere apechar con la *educatio* de sus hijos de

las formas que él considera convenientes. Pero la idea vulgar de repartir el poder implica ante todo despojar a las personas de sus derechos, fundir estos derechos multiformes en un agregado homogéneo, y distribuirlo de acuerdo con los poderes fácticamente existentes bajo la mentalidad de los juegos de suma-cero. Ésta es una idea siempre fácil de entender²⁹⁵ por la tendencia innata a la mente humana para entender las figuras geométricas y los juegos intelectuales que se hacen con ellas.

Es obvio que lo que está en juego es la noción misma de lo que hay que considerar como poder, y como estamos en el terreno del derecho, indagamos sobre los poderes con relevancia pública. Es un tema amplio, pues un cine y un teatro son empresas privadas, pero nos referimos a ellas como ‘espectáculos públicos’. Hay que afirmar que cada persona posee, como ciudadano, un *status activus*, según la terminología de Jellinek²⁹⁶. Reitero que no existe un sector o vertiente de la vida humana, separada del resto, que pueda ser llamada pública. El carácter público de las actuaciones es una consecuencia necesaria de la índole del ser humano, que por actuar junto con los otros, está cargado con derechos y obligaciones²⁹⁷. Obviamente no se trata ahora de recordar el ‘derecho reflejo’ (el *Rechtsreflex* de la teoría del derecho alemana del siglo XIX) que mantenía que a cada derecho particular le correspondía el deber jurídico de los demás de abstenerse de molestar ese derecho²⁹⁸. Los alcances de estas líneas apuntan más alto.

Jellinek explicaba que todo derecho es relación entre Sujetos del Derecho, *Rechtssubjekte*, y ésta es una terminología que merece la pena conservar. Cada persona es la llamada a cuidar de sus necesidades, y el poder sólo debe intervenir para evitar abusos; aunque también es verdad que el poder no logra evitar, en el interior de su propia vida, los abusos que pretende corregir entre los ciudadanos. Pero si el

²⁹⁵ . Un agregado de ‘cosas’ es agradable porque alude a un conjunto de elementos yuxtapuestos y reunidos bajo una cierta cohesión porque tienen algo en común. Cuando la capacidad analítica rehúye los esfuerzos, o cuando el investigador no sabe como sintetizar o relacionar los elementos analizados, se contenta con exhibir una simple agregación.

²⁹⁶ . Y procediendo más allá de Jellinek, algo encogido en este punto por las restricciones del siglo XIX, hay que afirmar que el status activo de ciudadanía no se limita a la posibilidad de poner en acción el derecho público (*Staatsrecht*) al servicio de las pretensiones individuales

²⁹⁷ . Este hecho no lo entendieron Kant ni sus discípulos, que no conocieron la convivencia humana propiamente dicha, porque entendieron que nadie quedaba vinculado positivamente por la realización de las metas de los otros.

²⁹⁸ . Un estudio esclarecedor sobre el *Rechtsreflex* es el Josef Aicher, *Das Eigentum als subjektives Recht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechts*, Duncker und Humboldt, Berlin, 1975.

investigador coloca el acento de su estudio en el poder del Estado y en el de su Administración, volverá a los tiempos de Gerber o Laband, es decir, al siglo XIX²⁹⁹. Se trata de una tentación antigua, porque vemos que Roma, en tiempos de la República, entendía cada función pública como una gestión de intereses ajenos³⁰⁰, pero con más atención a la función misma que no a los sujetos activos o pasivos, ya que las funciones fueron figuradas sobre moldes privatistas³⁰¹. Obviamente, la cuestión gira fundamentalmente en torno a un problema: a si podemos entender que el gobernante es un mandatario que realiza una *negotiorum gestio* permanente. Habrá quien se regocije pensando en el poder permanente del Estado, pero ése debe tener en cuenta la advertencia ya indicada que nos lanzaba Fernando Vázquez de Menchaca: que el poder del gobernante consiste en un mandato otorgado por el pueblo, y que el mandatario no puede traspasar los límites del mandato en ningún momento, ni siquiera cuando ello sea beneficioso para los súbditos³⁰².

Cada persona es la llamada a cuidar de sus necesidades, y el poder sólo debe intervenir para evitar abusos o suplir deficiencias: reitero que normalmente una norma jurídica consiste en un problema concreto ya resuelto anticipadamente. Aunque también es verdad que el poder no logra evitar, en el interior de su propia vida, los abusos que pretende corregir entre los ciudadanos. Pero si el investigador coloca el acento de su estudio en el poder del Estado y en el de su Administración, volverá a los tiempos de Gerber o Laband, es decir, al siglo XIX. Se trata de una tentación antigua, porque vemos que Roma, en tiempos de la República, entendía a cada función pública como una gestión de intereses ajenos, pero con más atención a la función misma que no a los sujetos activos o pasivos, ya que las funciones fueron figuradas sobre moldes privatistas. Obviamente, la cuestión gira fundamentalmente en torno a un problema: a si

²⁹⁹ . W. Wilhelm explica que el desarrollo de una institución jurídica, en opinión de Laband, era de importancia determinante para la configuración jurídica de la propia institución; pero que esto no debía llevar a transferir el desarrollo al concepto jurídico mismo y a cambiar la difícil y rigurosa investigación de los elementos lógicos de los que se compone el concepto de una institución jurídica con una especulación sobre su necesidad o utilidad. Vid. *La metodología jurídica del siglo XX*, trad. R. Bethmann, Edersa, Madrid, 1980, pág. 9.

³⁰⁰ . Vid. Carnevale, *Contributo allo Studio della nozione di funzione pubblica*, CEDAM, Padova, 1969, pág. 412 y ss.

³⁰¹ . Vid. Carnevale, *Contributo...*, cit., pág. 419-420.

³⁰² . Vid. *Controversiarum illustrium...*, cit., cap. 5, § 7. En las *Controversiarum usu frequentium libri tres*, Barcelona, 1568, ya había insistido en la idea de que “Mandatum stricte interpretandum”. Vid. cap. 23, § 4, y en el *De Successionibus et de ultimis voluntatibus libri IX in tribus tomis divisi*, Colonia, 1612, 3, 2, 18, § 90, dejó sentada la regla privatista de que “Mandatum excedens nihil agit”.

podemos entender que el gobernante es un mandatario que realiza una *negotiorum gestio* permanente. Habrá quien se regocije pensando en el poder permanente del Estado, pero ése debe tener en cuenta la advertencia ya indicada que nos lanzaba Fernando Vázquez de Menchaca: que el poder del gobernante consiste en un mandato otorgado por el pueblo, y que el mandatario no puede traspasar los límites del mandato en ningún momento, ni siquiera cuando ello sea beneficioso para los súbditos.

Cuando existe una necesidad social, la gerencia de esa necesidad, por afectar directamente a los ciudadanos, es competencia de los ciudadanos, que son los llamados a resolverla, pues la dignidad humana reclama que aquellos que son los protagonistas de una necesidad, sean igualmente los protagonistas en la resolución de esa necesidad, lo que implica que cada persona ha de tener la posibilidad de hacer frente a sus problemas, sea por sí sola, sea junto a otros que ella designe voluntariamente³⁰³. Es preciso recordar que lo normal es la situación de autonomía, y que la dependencia o tutela sólo se justifica por la incapacidad de los tutelados: solamente un *abjectus* (en el que por definición falta dignidad) aceptaría que otros gestionaran permanentemente sus propios problemas³⁰⁴. Viola propone distinguir entre agentes morales y pacientes morales; los primeros son capaces de formular sus principios orientando sus acciones, y de elegir libremente si han de actuar o no de acuerdo con esos principios, mientras que los pacientes morales no son responsables de sus acciones³⁰⁵. Normalmente los derechos son tanto expansiones de la propia personalidad como cargas, y es comprensible que muchos deleguen estas responsabilidades en la Administración: esos tales dan la espalda a lo que su dignidad exige de ellos.

³⁰³ . Esta tesis la reitera Peter Häberle: “La Constitución depende de la contribución activa de todo individuo, correspondiente al contexto social de cada cual. En todo caso, *el individuo, a través del ejercicio individual de los derechos fundamentales, toma las decisiones que tienen relevancia para la comunidad*. Todo juicio individual y cualquier acción individual poseen una dimensión social. Los derechos fundamentales son ‘derechos de realización’ (*Gestaltungsrechte*) en el sentido más comprometido de la palabra ...

El legislador debe crear los presupuestos a fin de que los titulares de los derechos fundamentales puedan cumplir su propia tarea, que consiste en favorecer una realización óptima del significado de “su” derecho fundamental”. *La libertad...*, cit., pág. 92.

³⁰⁴ . “Lo primero que hemos de señalar es que una noción de subjetividad que quiera ser coherente necesita el concepto de potencialidad ... El rechazo de la noción de potencialidad induce a pensar a los seres autoconscientes como una sucesión en el tiempo de estados de conciencia puntuales e idénticos”. *De la naturaleza a los derechos...*, cit., pág. 190.

³⁰⁵ . *De la naturaleza...*, cit., pág. 196-197.

Sobre esta base –ética en definitiva- es como hay que entender la noción de función pública, que para Adolf Merkl es toda participación en la realización del orden jurídico, y es necesario llamar órgano estatal –según este autor-, en el sentido más amplio, a todo quien realiza lo contenido en el ordenamiento jurídico³⁰⁶. Por este motivo toda función jurídica, por lo mismo que es función de un órgano estatal, constituye una función del Estado³⁰⁷. Pero hablar así implicaría mantener que el tutor que cuida del pupilo en el interior del derecho de familia es un órgano del Estado, y esta tesis ofendería a los oídos: si nos ajustamos al uso normal del lenguaje hay que concluir que el tutor no es un órgano del Estado³⁰⁸. ¿Cómo hay que pensar ante esta dificultad, se preguntaba Merkl? Esto no quita validez al hecho de que el tutor cumple una función jurídica, esto es, una función estatal. Sucede que, en definitiva hay que desvincular a los órganos jurídicos de las funciones estatales porque si no hacemos esto caeríamos en el primitivismo de afirmar que el órgano jurídico es juez y parte; es preferible suponer partes no-estatales (la Administración y el ciudadano) y un juez estatal; pero –reconoce él- esto es un empeño difícil porque la mentalidad democrática quiere que todo sea estatal³⁰⁹.

Las ‘sociedades intermedias’

Al hablar de las libertades que van más allá de la defensa de algunos derechos o intereses de los individuos, aparece el problema de las llamadas sociedades intermedias, que reciben este extraño adjetivo –el de intermedias- porque el Iluminismo impuso su singular doctrina antropológica y política y nos acostumbró a pensar a los individuos en primer aislados en el estado de naturaleza, y más tarde coexistiendo uno al lado de los otros en torno al poder solitario que estos individuos creaban mediante un pacto. La dialéctica se entabló entre el individuo necesariamente solitario y la única agrupación política formada contractualmente: *Tertium non deditur*. Nos lanzaron una imagen geométrica de extraordinaria calidad pedagógica, y fue tanto su éxito que incluso los

³⁰⁶ . Vid. *Teoría...*, cit., pág. 376.

³⁰⁷ . Vid. *Teoría...*, cit., pág. 377.

³⁰⁸ . Vid. *Teoría...*, cit., pág. 382.

³⁰⁹ . Vid. *Teoría...*, cit., pág. 386. “La diferenciación entre órgano jurídico y órgano estatal, derivada de la ley de división del trabajo, se contraponen a la tendencia democratizadora del orden estatal, puesto que el fin último, inconsciente e irrealizable de la democracia en este campo, consiste en hacer coincidir la organización jurídica y la estatal de tal forma que todo órgano jurídico se convirtiera en órgano estatal”. *Ibidem*.

autores moderados de los siglos XVIII y XIX explicaron los derechos del hombre recurriendo a la figuras de los derechos antes de la sociedad y después de la sociedad, de modo que muchos tratados del derecho natural moderno se componían de dos partes: en la primera exponían lo que llamaron el Derecho Natural Absoluto, que consistía en el estudio del hombre aislado: sus capacidades, virtudes y carencias. Llamaron a la segunda parte de sus libros Derecho Natural Hipotético, ya que estudiaban en este segundo momento al hombre bajo *la hipótesis* de vivir en sociedad. Incluso los escolásticos del siglo XIX –pensemos en Taparelli, Liberatore, Prisco o Meyer– distinguían entre los derechos del hombre antes de la sociedad y los derechos del hombre viviendo en sociedad.

La posibilidad de que existieran agrupaciones *intermedias* entre el individuo presocial y el ‘estado social’ quedó sin explicación porque entendieron a la sociedad política como el centro del poder que ha sido creado mediante el contrato social: a tenor de ella, el poder ha de ser único porque el contrato social solitario ha dado origen a una sola sociedad. Separaron al hombre del ciudadano, y como los revolucionarios franceses fueron puntillosos en su terminología, dieron a su declaración de derechos el título de “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”.

El sólo nombre de sociedades intermedias parece ya rechazable porque el carácter de ‘intermedias’ depende de la figuración de una posición original en la que no existiría ninguna sociedad. Esta figuración mantiene que en algún momento (un momento racional, no histórico) los hombres decidieron salir de su aislamiento individual y crearon el poder político para vivir mejor. Para este tipo de teorías es imprescindible suponer que los individuos se dirigieron *directamente* desde su estado original a la sociedad política: un hecho que niega cualquier estudio antropológico pero que ha sido usado, como recurso argumentativo, en la filosofía del derecho. Este tender linealmente desde el aislamiento a la sociedad última y máxima fue propio del *mos geometricus* moderno, y ha sido renovado con éxito de público en el último tercio del siglo XX. Reitero lo que expuse al aludir a las teorías constructivistas modernas: que la explicación de las realidades humanas mediante figuras geométricas tropieza con demasiadas limitaciones.

En definitiva, este juego intelectual que únicamente contempla individuos aislados y el poder definitivamente creado mediante un contrato, reposa sobre lo que los matemáticos llaman la recta numérica: una figura que presupone una extensión espacial

(entra en juego lo que los geómetras llaman la ‘conciencia objetiva’³¹⁰) que permite suponer que los hombres ‘progresan’ desde la soledad a las exigencias de la sociabilidad. Es difícil argumentar contra esta configuración racionalista porque la recta numérica es uno de los tropos más básicos del psiquismo humano. Una vez instalado el sistema métrico decimal, con su normalización universal de las medidas, muchos problemas se pueden plantear con rapidez y claridad envidiables: supongamos un metro: cero centímetros, cien centímetros: el justo medio ha de ser necesariamente la marca que corresponde a los 50 centímetros. Pero esto es así sólo en la aritmética: en los problemas de los hombres mantener este ‘justo medio’ es tan correcto como mantener que no hace ni frío ni calor cuando el termómetro marca cero grados centígrados.

No existen sociedades intermedias en este sentido. Cabalmente, más bien parece que no es correcto llamar intermedia a ninguna asociación humana. Las personas nos agrupamos forzosamente: hacen falta dos al menos para jugar al tenis, cuatro o cinco para montar una tertulia, toda compraventa supone dos más partes en el contrato. Esta visualización de la sociedad política como compuesta por individuos aislados que viven en el perímetro de un poder máximo alcanzó su mayor intensidad en la teoría política de y su escuela. En efecto, Kant y sus discípulos idearon una sociedad en la que cada persona había de hacer realidad su plan de vida moral gracias a las reglas del imperativo categórico y el poder político se había de limitar a respetar estas esferas de libertad individuales (llamadas por los kantianos *Freiheitsphären*), es decir, había de abstenerse ante la libertad, la igualdad y las propiedades individuales. La libertad jurídica solamente podía ser “formal, negativa y vacía”³¹¹. Fueron muchos los que les objetaron, ya desde comienzos del siglo XIX, que ellos proponían una convivencia similar a la de las piedras en un pedregal³¹², y Thomas Erskine Holland les objetaba que desde estas premisas era imposible pensar en un ministerio de educación, por ejemplo³¹³. Como el pensamiento simplista tiende a oscilar pendularmente, cada vez que se pone

³¹⁰ . Roberto Saumells Saumells define a la conciencia objetiva como “El ámbito de una cierta forma de presencia propia de los objetos en tanto que están destinados a su conocimiento”. *La geometría euclídea como teoría del conocimiento*, Rialp, Madrid, 1970, pág. 34.

³¹¹ . Cita de *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 46 y ss.

³¹² . Fueron muy frecuentes los reproches a la ética ilustrada, basada en el amor a sí mismo. Vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Actas, Madrid, 1993, cap. I, págs. 11-96.

³¹³ . Thomas Erskine Holland criticaba a la doctrina jurídica kantiana en este punto con una precisión que permanece aún hoy: “This conception is purely negative, and a wider ad positive conception is needed to embrace the operation of Public as well as of Private Law. The Kantian definition is wide enough to cover all rules which regulate the relations of individuals one to another, but it is too narrow to cover enactments providing, for instance, for the organisation of a ministry of education”. *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, 13ª ed., 1924, pág. 80.

enérgicamente una tesis aparece su antítesis: las antítesis estuvieron representadas por algunas teorías socialistas que desdeñaban considerar a los individuos para tener solamente en cuenta a la especie humana. Dos figuraciones que hacen pareja en su irrealidad.

Indicaba que es necesario que las personas nos agrupemos, también al margen de las estructuras políticas. Frente a la mentalidad que ejemplifico en los kantianos, hay que observar que la verdad del hombre, siempre compleja y por ello normalmente relativa, no puede ser alcanzada por los individuos aislados; y lo mismo hay que decir ante los que insisten en las estructuras del Estado como los cauces sociales participativos si no únicos, sí principales. Sucede que las necesidades humanas son distintas, esto es, tienen génesis diversas y sus remedios necesitan desarrollos igualmente múltiples. Llevando el agua al molino que interesa ahora, es preciso reconocer que las satisfacciones siempre incompletas de las carencias humanas necesitan agrupaciones distintas: pues una agrupación es una empresa para fabricar automóviles y otra la de un club de aficionados a la pesca deportiva.

Carl Schmitt planteó temáticamente, como si estudiara un objeto físico, “El concepto de lo político”. Pero lo político no es una ‘cosa’ que se manifieste habitualmente como tal, de un modo uniforme, porque no se compone siempre de realidades ya determinadas antes de que el jurista comience a estudiar. Lo político es el derecho, y si el derecho dispone de dinero, entonces emerge la Administración pública, que no tiene a su cargo tareas determinadas definitivamente. Al Estado medieval se le suele llamar Estado jurisdiccional o Estado de derecho, porque los politólogos bajomedievales pusieron sus ojos sobre lo que tenían ante ellos y declararon que la función del Rey era hacer cumplir el derecho con lo que ello implica de organización de tribunales de justicia, etc. Esta tarea del poder político sí es un *corpus certum* que se mantiene inalterable, y lo mismo cabría decir del mantenimiento del ejército. La actual Administración pública, en los países socialdemócratas, ha nacido empujada por la exigencia moral que entiende que si los derechos son iguales para todos, las oportunidades han de ser también iguales para todos. Pero esta realidad, así entendida, no prejuzga quien ha de impartir enseñanza o quien ha de ser el médico al que hayamos de ir. Desde luego, carece de sentido mantener que la Administración ha de gestionar ella directamente las secuelas de las necesidades de los ciudadanos.

(Libertad negativa, libertad positiva) Según la mentalidad geométrica los hombres crean la sociedad política para defender sus derechos, que peligraban en el *status naturae*, de modo que, según la terminología de Kant, el *jus provisorium* pasaba a ser un *jus peremptorium*. La doctrina del Estado nació bajo el signo de la defensa, negativa, de los derechos individuales³¹⁴. Pero cualquiera observa que la libertad positiva que nos ofrece buena parte de las instituciones jurídicas, no puede pasar a través del filtro demasiado angosto de los principios teóricos excluyentes basados en la simple protección negativa o defensiva los derechos básicos de las personalidades³¹⁵. Vivimos una crisis de éxito en nuestra convivencia política, y por esto vivenciamos un desajuste entre lo que ya tenemos o deseamos justificadamente tener y las escasas posibilidades operativas que le son reconocidas a nuestra condición ciudadana. Buena parte del derecho privado y público, que no reprime conductas perniciosas, sino que más bien habilita a los ciudadanos ‘para’, no encuentra explicación en la teoría jurídica y ética de hoy³¹⁶. Temo que con la pérdida de esta dimensión de nuestra libertad positiva hemos arruinado algunas de las más bellas dimensiones de nuestra libertad. No en vano reiteraba Viehweg que todo sistema opera una selección de problemas³¹⁷, y el mal entendido personalismo en el derecho ha dejado fuera del derecho diversas

³¹⁴ . Los discípulos de Kant se referían al Estado como una ‘sociedad de seguros’, *Assicuranzanstalt*. Vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 175 y ss. Solían decir que formaban agrupaciones para la seguridad mutua, como las caravanas.

³¹⁵ . Una crítica a este tipo de doctrinas en Spaemann, *Lo natural...*, cit., págs. 100-101.

³¹⁶ . Incluso John Austin entendía que derecho y libertad eran realidades distintas, ya que el derecho siempre implica una *restraint*. Para él, como para Hobbes, a quien defiende en este momento de su obra, la libertad sólo era posible como exención frente a la ley. Vid. *Lectures...*, cit., págs. 274-275. Tema que reitera más tarde, en los *Fragments* incluidos a modo de apéndice en esta edición de su obra, pág. 356, por ejemplo.

³¹⁷ . Nuestro conocimiento es normalmente conceptual y categorial, por tanto necesariamente esquemático, según unas categorías que se han demostrado útiles, sea para la ciencia en general como ciencia teórica, sea para la consecución estratégica y más pragmática, de naturaleza técnica, de algunos objetivos. Indiqué que el esquema del que ya disponemos determina tanto la búsqueda de soluciones a los problemas que se nos presentan como el reconocimiento de algunos hechos como problemáticos. Pero estos datos, que son permanentes, y que por esto mismo tienen un cierto carácter como objetual, necesitan de un foyer que determine su fundamento y alcance en el conjunto de lo que ya sabemos.

En realidad, son los problemas los que mandan en la elección de estas síntesis, y la comunidad científica adopta una de ellas por su capacidad para resolver problemas. Es cierto que la síntesis o esquema, una vez que ha sido expuesta con rigor, es estudiada como por sí misma, pero la comunidad científica no la adoptó en un inicio solamente por su pureza formal, sino más bien atendiendo a consideraciones más pragmáticas. El tema es que estas síntesis, una vez instaladas en la afectividad de los miembros de la comunidad científica, determinan *ab initio* qué problemas han de ser admitidos ante el tribunal de la ciencia, y qué problemas son absurdos en tanto que problemas.

La ‘clave de la ciencia de la jurisprudencia’ –por usar la expresión de John Austin- no es entenderla como un conjunto de normas, sino como la resolución de necesidades humanas cambiantes y no cambiantes de acuerdo con es esquema categorial dentro del que ya vivimos.

dimensiones del hombre que portan en sí buena parte de los criterios de las síntesis materiales jurídicas. Desde el hecho de que la vida social demanda más de lo que permiten hacer los cauces ofrecidos por la instancia pública, lo lógico –desde el punto de vista de la lógica de lo cotidiano- hubiera sido que la Administración hubiera retomado la cooperación rota con sus ciudadanos. Pero ya advertí al comienzo de este estudio que esta síntesis que está en la base del poder del Estado no admite determinaciones que le lleguen desde el exterior de ella misma: el Estado quiere arreglar a la sociedad, es decir, él a sí mismo, por sí mismo.

Desde el hecho de que la vida social demanda más de lo que permiten hacer los cauces ofrecidos por la instancia pública, lo lógico –desde el punto de vista de la lógica de lo cotidiano- hubiera sido que la Administración hubiera retomado la cooperación rota con sus ciudadanos. Pero esta síntesis que está en la base del poder del Estado no admite determinaciones que le lleguen desde el exterior de ella misma: el Estado quiere arreglar a la sociedad, es decir, él a sí mismo, por sí mismo.

Las discusiones sobre esta insuficiencia de las libertades están planteadas hoy, en sus términos más corrientes, en la oposición doctrinal entre la libertad negativa y la libertad positiva. El autor que más distinguido en tiempos recientes en la campaña por defender la libertad negativa frente a la positiva ha sido Isaiah Berlin³¹⁸. Berlin, en su defensa de la libertad simplemente individual, habla de los pusilánimes que viven “La tendencia a circunscribir, a confiar y a limitar para determinar el ámbito de lo que puede preguntarse y de lo que puede creerse”. Indica que esto ya no es un signo distintivo de los antiguos reaccionarios, ya que estas personas, no sólo persiguen a la ciencia, sino que persiguen por la ciencia o, al menos, en su nombre³¹⁹. (Parece que, hablando así, se cura en salud frente a cualquier crítica posible). Él no vincula a la libertad con la democracia: “No hay una necesaria conexión entre la libertad individual y el gobierno democrático. La respuesta a la pregunta ‘quien me gobierna’ es lógicamente diferente a la pregunta ‘en qué medida interviene en mí el gobierno’³²⁰. “La conexión que hay entre la democracia y la libertad individual es mucho más débil de lo que les parece a

³¹⁸ . Es lógico hasta cierto punto que un autor inglés piense de este modo. Passerin destaca los orígenes ingleses de nuestro sistema jurídico. Vid. *La dottrina dello Stato*, cit., pág. 284.

³¹⁹ . *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. B. Urrutia- J. Bayón-N. Rodríguez Salmones, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pág. 101.

³²⁰ . *Cuatro ensayos...*, cit., pág. 200.

muchos defensores de ambas”³²¹. Una cosa queda clara en sus páginas: él considera que el verdadero enemigo de la libertad es la libertad positiva³²², es decir, el ser libre “para llevar una forma prescrita de vida”. Este descaro es tan fuerte que esta declaración difícilmente puede parecer sincera. Todos llevamos formas de vida prescritas, y compruebo, especialmente entre mis alumnos, que conforme más creen en los derechos individuales de libertad, en mayor medida la masa es precisamente eso, un agregado que baila al compás que marca la simple moral positiva vigente en el momento.

Berlin critica al ciudadano promedio, pero tampoco deja bienparados a quienes quieren innovar: “Lo que esta época necesita no es (como oímos a menudo) más fe, una dirección más severa o una organización más científica. Sino, por el contrario, menos ardor mesiánico, más escepticismo culto”³²³. No está claro en el mundo en el que está pensando, pues los ‘escépticos cultos’ se vuelven extraordinariamente activos cuando les llega el momento de adueñarse de las cadenas televisivas o de las Universidades. Por otra parte, al existir una pluralidad de paradigmas para las conductas individuales, el escepticismo no debe ser tomado como una tesis, sino como una actitud o metatesis que ha de vivir fuera de las reglas concretas que cada escéptico establece. Parafraseando a Böckenförde se podría decir que estas personas viven en un Estado de Derecho que ellas no tienen principios para fundamentar.

Berlin reitera que hay personas que temen no ser reconocidas socialmente si usan solamente su libertad personal (negativa), y que por esto buscan un grupo que les otorgue un status que de otra forma no tendrían³²⁴: “Lo que quieren aquellos que están dispuestos a cambiar su propia libertad de acción individual, y la de otros, por el status de su grupo y su propio status dentro de ese grupo, no es simplemente una entrega de su libertad en aras de la seguridad y de un puesto asegurado en una jerarquía armónica en la que todos los hombres y todas las clases saben el puesto que les corresponde; tales

³²¹ . *Cuatro ensayos...*, cit., *ibídem*.

³²² . “El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi vida, puede ser tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y, quizá, históricamente, más antiguo. Pero no es el deseo de la misma cosa. En efecto, es tan diferente que ha llevado en último término al gran conflicto ideológico que domina nuestro mundo. Pues 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 la que los defensores de la idea de la libertad ‘negativa’ consideran como algo que, a veces, no es mejor que el disfraz engañoso en pro de una brutal tiranía”. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, cit., pág. 200.

³²³ . *Cuatro ensayos...*, cit., pág. 104.

³²⁴ . *Cuatro ensayos...*, cit., págs. 229-230.

personas están dispuestas a cambiar el penoso privilegio de decidir –‘el peso de la libertad’- por la paz, la comodidad y la relativa innecesariedad de tener que pensar que lleva consigo una estructura autoritaria o totalitaria”³²⁵. “Aunque quizá no me den libertad ‘negativa’ los que pertenecen a mi propia sociedad, ellos son, sin embargo, miembros de mi propio grupo, me entienden, como yo los entiendo a ellos, y este entendimiento crea en mí la sensación de ser alguien en el mundo”³²⁶.

La crítica de Habermas es similar a la de Berlin, y se apoya en definitiva en este mismo sentimiento cuando mantiene que para la identidad de un colectivo sólo es importante un determinado fragmento de la cultura y del sistema de acción³²⁷. ¿Qué pretende Habermas: que únicamente puedan actuar los que forman el gobierno en nombre de la ‘unidad de acción’ que ha de superar los ‘fragmentos de la cultura’? La experiencia muestra que ningún grupo en absoluto, aunque se proclame liberal (esto último suele consistir en una cuestión de palabras) está libre de la influencia decisiva de un sector de la cultura existente; nuestra sociedad está fragmentada vitalmente, como se comprueba en los distintos grupos de emisoras de televisión, de radio y prensa escrita. De hecho, Habermas se sitúa sobre unas bases filosóficas extraordinariamente discutibles –y discutidas de hecho- y no puede pretender para sí esa universalidad de la que él quiere hacer gala y que deniega a sus adversarios.

Al llegar a este punto nos encontramos ante una falacia de extraordinaria importancia en la cultura actual. Algunos mantienen que frente a las entidades intermedias que sólo vivirían desde un segmento de la cultura, las éticas actuales de base dialógica se dirigen expresamente a la totalidad de la población, con independencia de su credo o de la ‘moral comprensiva’ que viva cada ciudadano. (Rawls, no haciendo gala de un espíritu amplio, estableció que todas las morales comprensivas están equivocadas³²⁸). La seguridad con que se han movido los empiristas en el siglo XX, con su relativismo moral, ha hecho que las éticas dialógicas y neocontractualistas, se presenten con la garantía de la universalidad, es decir, con la exigencia de ser válidas

³²⁵ . *Cuatro ensayos...*, cit., pág. 230.

³²⁶ . *Cuatro ensayos...*, cit., pág. 228.

³²⁷ . Vid. *La reconstrucción del materialismo histórico*, trad. de J. Nicolás Muñiz y R. García Cotarelo, Taurus, Madrid, 1981, pág. 26.

³²⁸ . Este autor escribe que “Se afirman o profesan muchas doctrinas comprensivas razonables, y no todas pueden ser verdaderas (en realidad, ninguna de ellas puede ser verdadera)”. *Liberalismo político...*, cit., pág. 76.

para todos los ciudadanos. Sus autores entienden que ellos proponen unos cauces procedimentales que todo ser racional ha de aceptar.

Frente a esta pretendida universalidad, es preciso hacer algunas objeciones. La primera y más obvia consiste en dejar claro que la doctrina ética de Habermas –entre otros que se podrían mencionar- sólo puede ser válida para alguien que parta desde bases estrictamente empiristas. Desde el momento en que el profesor *reconoce* que la cosa de la docencia le impone el deber objetivo de explicar con claridad, el profesor no puede aceptar el empirismo ni, por tanto, este tipo de constructos –como el propuesto por Habermas- que tratan de explicar la génesis de lo que genera un deber personal o social³²⁹. En un segundo momento comprobamos que las ideas que están en las bases de las construcciones de estos sistemas éticos con pretensiones universales no son ideas neutras que pueda compartir cualquier ciudadano: además del axioma inicial de la igualdad, estas teorías contienen reglas intermedias que funcionan al modo de algoritmos para el desarrollo lógico de sus axiomas, y con frecuencia tales reglas son discutibles. Si el empeño de sus autores es llegar a conclusiones a las que no pueda resistirse ningún ser racional, hay que indicar que sólo llegan a conclusiones parciales que no están en condiciones de dar cuenta de un orden jurídico: a falta de un método propiamente jurídico, estos constructos cumplen una función de placebo. Por el hecho de que Habermas o Rawls traten de proyectar literariamente sus teorías sobre el conjunto de la sociedad, no ganan en universalidad: sus explicaciones permanecen de hecho en el interior de un sector de la cultura existente.

Siempre estará presente un problema eterno de la ciencia, que es el que se suscita al comprobar que estos filósofos no se ven a sí mismos como enjuiciados, sino como los legisladores de las reglas racionales que ha de seguir cualquier tribunal³³⁰. Parecen no tener en cuenta lo que hoy es una comprobación universal de la teoría sobre la ciencia: que el sujeto observante es invariablemente modificado –en forma muy variada- por el objeto observado y, simultáneamente, lo observado es modificado

³²⁹ . Esta observación no tendrá valor para un discípulo de Habermas porque esta persona indicará que son las reglas del diálogo ideal las que imponen objetivamente el deber del profesor de impartir una docencia inteligible; dejemos a cada cual con sus ilusiones, que este tema ya lo traté en los capítulos anteriores.

³³⁰ . Incurren en el reproche de Kierkegaard: “Ante todo hay que tener aquí las precauciones que emplean los médicos, de no tomar nunca el pulso sin haberse asegurado de que no es el propio pulso el que toman, en lugar del pulso del paciente; es decir, hay que guardarse de que el movimiento que se descubre no sea el que aporta el observador a la observación”. *El concepto de la angustia...*, cit., pág. 91.

asimismo por lo que el observador aporta con su presencia. Dicho de otra forma: no se puede establecer una frontera imprecisa entre el ‘sujeto egocéntrico’ y el ‘sujeto’ epistémico³³¹, en parte porque siempre el observador que describe aporta su ‘metafísica implícita’ y porque, de igual manera, el objeto sólo aparentemente observado suele perder su condición pasiva para entrar a formar parte activa en las ideas científicas del investigador. Pero esta observación no inhibe a estos filósofos: ellos dilatan su modo de pensar y se comportan como los revolucionarios antiguos que no cuestionaban su actitud revolucionaria, sino que exigían perentoriamente a los demás conciudadanos que adoptaran sus puntos de vista, aunque fuera coactivamente³³². Pocas páginas más llenas de sincero amor por la humanidad que las de Robespierre: pero a su época se la llamó, por los mismos revolucionarios, la del Terror.

He hecho un inciso: volvamos al tema principal de las manos de algunos autores de derecho constitucional cuando tratan de las sociedades intermedias. Es patente que ha de saltar ante la vista una extrañeza, a saber, que pasar desde el plano de la filosofía del derecho al plano de otros saberes jurídicos más concretos implica perder algo del tono universal del discurso para depender de argumentos que están más apegados a consideraciones que pueden parecer de simple oportunidad. Pero en la política domina la concreción: Aristóteles fue examinando las instituciones políticas griegas concretas al tratar estos temas porque su instinto para la biología -la biología humana en este caso- le mostraba que los discursos de tono general llevaban hacia la aporía que vimos en Kant, que no era capaz de dar razón de las individuaciones, en este caso de las individualidades personales.

El tema tiene envidia porque, además de las dificultades propiamente epistemológicas, tropieza con las nociones más básicas de la teoría política que se impusieron desde el siglo XVII. En efecto, la facilidad que desarrolló la Modernidad

³³¹ . Así Polaino-Lorente, *Antropología e investigación...*, cit., pág. 74.

³³² . Pero si todos los que escribimos sobre la teoría o la filosofía del derecho tenemos las mismas pretensiones, ¿a qué viene esta crítica? Además, es necesario que toda comunicación esté sesgada según la personalidad del que expone, porque uno es el contexto de producción, que se sustenta sobre el mundo social y personal del que habla, y otro el concepto de recepción, que es la perspectiva particular del lector de una obra. Al ser necesaria esta disfunción, carece de sentido insistir en la subjetividad de cada autor o en las perspectivas de su lector. Pero este problema lo situaría más bien en el carácter epigonal de algunos autores de estudios sobre nuestros temas. Así sucede que los de una escuela han de mantener la inexistencia de la capacidad cognoscitiva ontológica del hombre, mientras que los de la escuela contraria han de insistir en los fundamentos metafísicos del derecho, entendiendo por metafísica algo tan inasequible como el orden nouménico inmutable de lo racional. Un espíritu libre está condenado a ser ignorado porque los oyentes o lectores que ya saben lo que buscan aún antes de leer, y el autor es a veces víctima no tanto de sus propios prejuicios como de los prejuicios ajenos.

para negar las cosas determinadas –agrupadas bajo la denominación de ‘sustancias’– sigue vigente hoy (al menos de hecho) para negar las realidades más concretas que no pueden ser deducidas desde la noción del poder político genérico. La idea moderna de Unidad ha hecho estragos, y lo normal es pensar en un solo poder, una sola sociedad, una sola clase de ciudadanos uniformemente cincelados por la Constitución. Desde esta *forma mentis*, no tiene sentido suponer divididos a los ciudadanos en grupos en el interior del poder común, y sólo se tolera este hecho bajo la sospecha de que esos grupos pretenden hacer realidad intereses que no pueden ser explicados racionalmente desde la unidad o totalidad de la sociedad.

Este modo de pensar deja en nota a pié de página los fines de los individuos, ya que sus representantes entienden que las posibilidades para tener fines son de por sí formales y negativas. Esta actitud plantea problemas humanos, porque las libertades o las posibilidades de hacer de cada ciudadano no se presentan de una manera formal o vacía. Por contra, aparece la realidad de lo que explica Feyerabend: “Hay muchas visiones, y cada una de ellas ha engendrado culturas con *resultados* y con *conocimientos* que guían y dan contenido a las vidas de mucha gente. Cualquier daño a un conocimiento de este tipo significa un daño personal a la gente implicada. El hecho de que nuestros intelectuales de tendencia científica hablen de desilusiones y de un progreso glorioso que las elimina no cambia esta situación; sólo revela la falta de respeto que muestran los intelectuales por las formas de vivir diferentes a las suyas”³³³. Aludí antes al hecho de que estas éticas de pretensiones tan universales suelen multiplicar a un individuo abstracto por sí mismo, existente sólo en la mente de cada autor. Feyerabend, más tajantemente, explica que “¿Podemos continuar siguiendo el ejemplo de nuestros intelectuales, cuando sabemos que ellos acostumbran a reemplazar los temas humanos por simples modelos de sí mismos?”³³⁴

Ahondemos en las raíces vitales de los modos de pervivencia de estas ideas. La experiencia muestra, sociológicamente, que los que atacan a los grupos en nombre de la universalidad de la cultura³³⁵ son normalmente liberales de izquierda, a quienes les

³³³ . *Adiós a la razón*, trad. José R. de Rivera, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 14.

³³⁴ . *Adiós a la razón*, cit., pág. 16. Continúa indicando: “Por modelos de sí mismos complejos e inútiles ... ¿Podemos continuar aceptando sus proposiciones y sus visiones del mundo que no incorporan a los seres humanos y sí sus caricaturas teóricas de las que han sido eliminadas la parte más importante de las vidas humanas, su subjetividad?”. *Adiós a la razón*, págs. 16-17.

³³⁵ . No es creíble la asepsia valorativa de estos ‘liberales’. A ellos se les pueden aplicar las palabras de Polaino-Lorente, que apuntan al plano más general de los problemas metódicos en las

resultan antipáticos los grupos excepto si esos grupos están compuestos por personas de izquierdas: nunca se ha visto que un liberal de izquierdas ataque a los sindicatos que dependen de los partidos socialistas o al conjunto de las Universidades del Estado³³⁶. Una persona con espíritu realmente liberal no tendría problemas en criticar a la enseñanza gestionada directamente por la Administración contrastándola con la mejor calidad de la enseñanza de otros centros educativos. Ingenuamente se podría pensar que una comparación es un recurso dialéctico válido para todos los que argumentan; pero nunca se ha visto, al menos en el tema educativo, que un liberal de este tipo quiera aprender comparando, y esto indica que lo que faltan son espíritus liberales que quieran vivir individualizadamente el ‘escepticismo culto’ al que aludía Berlin. La razón de estos hechos reside en que ellos ya tienen sus propios grupos. En efecto, los liberales de este corte no suelen tener problemas para componer sus propias agrupaciones. Tomemos como ejemplo el caso de Denis Diderot; este hombre malvivía en París dedicado, entre otras cosas, a componer homilías para clérigos poco imaginativos. Su fortuna cambió cuando publicó sus “Pensamientos”; esta obra no es exactamente una obra clásica porque no merece este rango; sí es ilustrativa sobre los sentimientos religiosos de un sector de los filósofos del siglo XVIII porque se enfrenta a la fe cristiana mediante ironías. A los pocos meses de su publicación, Diderot fue recibido festivamente en los salones de París, y antes de dos años estaba nombrado miembro de la Imperial Academia de Ciencias de San Petersburgo. Le fue posible ponerse al frente de la dirección de La Enciclopedia una vez que la abandonó d’Alembert y, a pesar de la ausencia de una doctrina filosófica determinada, fue saludado como uno de los pensadores del Iluminismo. No le hizo falta asociarse a ningún grupo concreto: su grupo, ampliamente internacional, ya existía de forma tan difusa como eficaz. En esta misma línea de expresar pensamientos odiosos -según los términos de Parijs- el investigador observa cómo los liberales de izquierda han tenido y tienen una muy

ciencias sociales: “Llegados a este punto, estamos en condiciones de preguntarnos acerca del papel que le corresponde al observador de los hechos sociales. El observador ocupa una posición concreta desde la que observa, lo que significa que toda observación de lo social implica una perspectiva relativa. El observador forma parte de lo que observa, porque la misma observación es ya una relación entre el observador y lo que observa, a lo que no se puede hurtar el propio observador. Esa relación implica una asignación de sentido, es decir, un significado y una intencionalidad que son relevantes en la explicación o narración comprensiva que ofrece el observador. A ello se añade, por parte del observador, la selección de los hechos que estudia, los conceptos o categorías empleadas para su análisis, y los objetivos que se haya propuesto”. *Antropología e investigación...*, cit., págs. 83-84.

³³⁶ . Estos intelectuales tampoco denuncia la violación permanente de muchos derechos humanos básicos en regímenes políticos como el de Cuba.

especial facilidad para coordinarse y ayudarse: los muchos medios que hay en Europa que llevan inequívocamente su cuño es la mejor muestra de ello. Poco importa que un país sea más o menos conservador o liberal: los grandes medios, salvo excepciones, están en sus manos; frecuentemente los han conseguido mediante ingenierías legales creadas por los suyos cuando han estado en el poder³³⁷. Entre estas personas se hace realidad la denuncia de Böckenförde: “La libertad de conciencia, garantizada en este marco, protege precisamente a aquel que no necesita de su protección porque él, de todos modos, está conforme con el modo de pensar dominante”³³⁸.

Ahora, el Estado, como situación de privilegio cuya posición está cuestionada permanentemente por su falta de eficacia, ha pasado a posiciones defensivas, y los nuevos conservadores son las izquierdas que ven en las estructuras públicas el modo de vida que mejor les va a ellos. Las izquierdas actuales que defienden al Estado, tienden a concebir su poder en términos de facticidad ya constituida normativamente, y exigen un fundamento expreso para que alguna actividad deje de ser gestionada por la Administración y pase a ser gestionada por los ciudadanos: siguen la regla del *Beati possidentes!* Frente a ellos, los defensores del Estado mínimo alegan los derechos de la sociedad. En unos y otros parece ausente la visión más propiamente jurídica, que no habla en términos de facticidad consolidada ni de simple limitación del poder, sino de necesidades que han de ser resueltas *socialmente* de la forma más racional posible. No sirve Rawls, que desconoce la universalidad de cada persona; tampoco sirve Buchanan, que ignora las funciones propiamente normativas de las mediaciones sociales.

Ya indiqué que ahora, el Estado, como situación de privilegio cuya posición está cuestionada permanentemente por su falta de eficacia, ha pasado a posiciones defensivas, y los nuevos conservadores son las izquierdas que ven en las estructuras

³³⁷ .La praxis política incurre así en lo que denunciaba Hanna Arendt cuando rozaba este tema: “Esta esperanza es del todo utópica si por política se entiende –cosa que generalmente ocurre– una relación entre dominadores y dominados. Bajo este punto de vista, en lugar de una abolición de lo político <Arendt se refiere a los antiguos Estados socialistas> obtendríamos una forma despótica de dominación ampliada hasta lo monstruoso, en la cual el abismo entre dominadores y dominados tomaría unas proporciones tan gigantescas ...

Tal carácter despótico no se altera por el hecho de que en este régimen mundial <ahora se refiere a todos los Estado modernos> no pueda señalarse a ninguna persona, a ningún déspota, ya que la dominación burocrática, la dominación a través del anonimato de las oficinas, no es menos despótica porque ‘nadie’ la ejerza. Al contrario, es todavía más temible, porque no hay nadie que pueda hablar con este Nadie ni protestar ante él”. *¿Qué es la política?*, cit., pág. 50.

³³⁸ . *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Requejo Pagés-Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993, pág. 59.

públicas su *modus vivendi*. Las izquierdas actuales que defienden al Estado, tienden a concebir su poder en términos de facticidad ya constituida, y exigen un fundamento expreso para que alguna actividad deje de ser gestionada por la Administración y pase a ser gestionada por los ciudadanos: siguen la regla del *Beati possidentes!* Frente a ellos, los defensores del Estado mínimo alegan los derechos de la sociedad. En unos y otros parece ausente la visión más propiamente jurídica, que no habla en términos de facticidad consolidada ni de simple limitación del poder, sino de necesidades personales que han de ser resueltas *socialmente* de la forma más racional posible.

Tenemos fuertes grupos de influencia que normalmente han conseguido sus capacidades de actuación a través de sus relaciones con el poder político: ¿Existe en Francia un grupo de presión mayor que el compuesto por los liberales que se agrupan en torno a “Le Monde”? Estos liberales hablan de libertad individual al modo de Berlin. “Sin embargo –escribe Böckenförde–, ¿basta con esto para el *homme situé* del siglo XX, situado entre múltiples dependencias sociales? ¿Y qué sucede con la garantía estatal de la libertad frente al poder social y su creación, que se produce precisamente como consecuencia de la garantía delimitadora de los derechos fundamentales liberales, es decir, a partir de la diferente realización de la libertad por parte de los titulares individuales de derechos fundamentales y que pueden cuestionar para otros muchos individuos la posibilidad de realización de la libertad de estos derechos?”³³⁹ “Los derechos no tienen aquí primariamente el carácter de derechos de defensa del individuo con respecto al Estado para el aseguramiento de un ámbito de libertades individuales y sociales en el que los individuos, desde el punto de vista jurídico, puedan actuar a su arbitrio, sino el carácter de principios objetivos para la ordenación de los ámbitos vitales protegidos por ellos”³⁴⁰. Esto sólo es posible desde una concepción que declara a la libertad misma como un ‘instituto’, como un dato objetivo que se realiza y despliega (sólo) en la configuración jurídica pormenorizada así como en la adaptación de ideas ordenadoras y circunstancias³⁴¹.

³³⁹ . *Escritos...*, cit., pág. 52.

³⁴⁰ . *Escritos...*, cit., pág. 53.

³⁴¹ . Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pág. 53. Continúa indicando que “La libertad individual requiere de las circunstancias vitales garantizadas institucionalmente ... Esta concepción “parte de la libertad como instituto” que se le opone “en forma objetivada”, según la peculiaridad del correspondiente ámbito vital, como “algo dado y configurado” ... Con ello la garantía de los derechos fundamentales reciben un sentido y contenido básicamente distinto al de la teoría libertad de los derechos fundamentales”. *Escritos...*, cit., pág. 53.

Añade Böckenförde que “Dado que las personas son distintas en cuanto a su disposición natural, intereses, energías y antecedentes sociales, la acción de la libertad jurídica, igual para todos, conduce necesariamente a diversos resultados y desigualdades. La libertad jurídica, igual para todos, engendra, si se realiza, una desigualdad social. No se puede querer anular este resultado diverso de la libertad sin que la libertad misma, como oportunidad real de desarrollo para el individuo, se anule”³⁴². En efecto, las cristalizaciones históricas a que ha llevado el ejercicio de la libertad, hacen posible la desigualdad que está en la base de la negación de la libertad. Este hecho lo observamos ante todo en las formaciones económicas, que posiblemente debieron su nacimiento a personalidades especialmente fuertes y arriesgadas pero que, generaciones más tarde, están en manos de consejos de administración en los que se aprecia mejor el deseo de poder y de ganancias que no el de fortaleza o riesgo. Según Böckenförde el Estado está obligado a intervenir en el curso de las conductas sociales, a la permanente relativización de las desigualdades sociales siempre renovadas en la sociedad, y además, a la dirección (global) del desarrollo y de las libertades sociales como bases (sociales) de la libertad para todos. Y ello, ciertamente, no para allanar la libertad del individuo y de una sociedad libre, sino para acometer socialmente ambas a la vista de los datos y tendencias de desarrollo económicas y sociales, esto es, desde la función de conservación y garantía de la libertad individual y de una sociedad libre³⁴³.

La batalla por el control de la sociedad parece estar entablada ante todo en la dirección de los *media*. Este mismo publicista alemán indica que sobre esta base no sólo se ha desarrollado una organización de la comunicación intelectual y especializada que pone a disposición de sus beneficiados una gran dosis de posibilidades de formación e información; sino que del mismo modo –paralelamente al ámbito socio-económico- se han realizado procesos de formación y extensión a través de los cuales el campo abierto de la comunicación, de la libertad de opinión, de prensa y el derecho a ser informado han sido y seguirán siendo poseídos en medida creciente por grandes empresas e instituciones de entes periodísticos, estatales y de *mass media*³⁴⁴. Parece –apostillo ahora a Böckenförde- que el derecho de prensa se ha convertido en derecho de presa. Instrumentos conseguidos mediante obras de ingeniería legales puestas al servicio de las

³⁴² . *Escritos...*, cit., pág. 86.

³⁴³ . *Escritos...*, cit., pág. 70.

³⁴⁴ . *Escritos...*, cit., pág. 87-88.

corrientes políticas más influyentes, han determinado que las cadenas de televisión o que los centros de enseñanza hayan quedado como presas de intereses concretos. Hablar de los *media* públicos como propiedades públicas es una triste ironía: “Los entes jurídico-públicos de televisión y radio no representan por el contrario ningún contrapeso, más bien se integran en este proceso de formación y extensión de poder, y aún lo refuerzan. Dado que el número de estos entes y el acceso a su posición de emisor es necesariamente limitado, y en lugar de una concurrencia abierta, si bien sólo a medias, existe un ámbito asegurado de emisores y consumidores respectivamente, el disfrute de posiciones de decisión y de emisión en estos entes, supone, a la vez, el mantenimiento de firmes posiciones mediáticas de poder”³⁴⁵.

Berlin mantiene la exclusividad moral de los derechos individuales, y la tesis más básica de su argumentación es la que mantiene que la libertad de que disfruta cada cual puede ser independiente del régimen político en el poder: si somos gobernados por un déspota liberal –mantiene expresamente³⁴⁶– que nos *permita* tener un coto personal de actuación, nuestras libertades quedarán igualmente respetadas³⁴⁷. ¿Ha existido alguna

³⁴⁵ . Bockenförde, *Escritos...*, cit., pág. 88. Esta autor muestra sus reservas ante sus propias propuestas: “Las soluciones que hasta ahora se han expuesto para hacer frente a este proceso en modo alguno han conducido a unas propuestas de soluciones convincentes y apenas probables. El intento de ofrecer un remedio a través de la limitación legal de la tirada o de la cuota de mercado de determinados impresos periodísticos entra rápidamente en conflicto con la libertad de prensa ... La exigencia de libertad interna de prensa, prescindiendo de los problemas constitutivos que ello suscita, no aporta ninguna solución, sino sólo un desplazamiento del problema: el poder para determinar la dirección y el contenido de un órgano de prensa no altera su carácter de posición mediata de poder por el hecho de que en lugar de estar en manos de un editor, esté en las del consejo (directivo) de redacción. ¿Quién decide sobre el acceso de redactores nuevos y quizá sobre la orientación política distinta?”. *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., págs. 93-94.

³⁴⁶ . Berlin mantiene la extraña tesis de que las libertades de los ciudadanos son independientes de las formas políticas. Él escribe: “La libertad, tomada en este sentido, se refiere al ámbito que haya de tener el control, y no a su origen. De la misma manera que una democracia puede, de hecho, privar al ciudadano de muchas libertades que pudiera tener en otro tipo de sociedad, igualmente se puede concebir perfectamente que un déspota liberal *permita* a sus súbditos una gran medida de libertad personal”. *Cuatro ensayos...*, cit., pág. 199. Esta mentalidad que encarna Berlin, en lugar de reconocer la dimensión pública de la profesión, profesionaliza la política en nombre de un sector de la libertad.

La intensidad en el verbo ‘permitir’ la he introducido yo. Si un ‘déspota liberal’ me *permite* tener libertad, esta concesión, permiso, licencia o tolerancia sólo indica que ese déspota no me considera a mí una persona con mi estatuto pleno de ciudadano. Seré un ciudadano de segunda clase, dominado por la clase política que designe el ‘déspota liberal’.

³⁴⁷ . Victoria Camps se ocupa de esta tesis tan discutible cuando escribe que “Preguntémos, pues: ¿Qué lección obtenemos de las reticencias de Berlin con respecto a su segundo concepto de libertad? En primer lugar, que igualdad y libertad no son compatibles en todos los sentidos de ambos términos. Hay una igualdad sin la cual el derecho a la libertad es una falacia. A esa igualdad se la ha llamado ‘igualdad de oportunidades’. Pero hay otra igualdad, impuesta, dominante, que impide el desarrollo de la libertad. Sin una cierta desigualdad, o mejor, sin ‘diferencias’, el derecho a la libertad es asimismo falaz. Diríase que Berlin entiende inviable la libertad positiva en la medida en que quiere hacerla subsidiaria de la igualdad, es decir, de una idea equivocada de igualdad. Porque la igualdad de

vez un déspota liberal, o el concepto de déspota puede incluir de algún modo el adjetivo liberal? Berlin agota demasiado sus argumentaciones y tiene que ignorar que “El fundamento del Estado constitucional es doble: la soberanía del pueblo y la dignidad hombre. En la historia de las ideas, la soberanía popular y la dignidad del hombre fueron concebidas y ‘organizadas’, la mayoría de las veces, en forma separada”³⁴⁸.

Estudiemos más directamente la mentalidad que representa Berlin. Él propone como modelo humano un ciudadano universal comprometido únicamente con su realización personal libre. Existe demasiado romanticismo en esta evocación porque un tipo así de hombre no existe³⁴⁹. Hace tiempo sí existía una cierta homogeneidad de los ciudadanos en cada Estado: existían burgueses, socialistas o comunistas, y esta pluralidad entorpece hablar abiertamente de unidad; pero la facilidad con que aquellos hombres fueron reclutados –y se dejaron reclutar- para la Primera y la Segunda Guerra Mundial, nos enseña a ser precavidos. Han cambiado los tiempos y, con ellos, las formas de hacerse efectiva la libertad. Ya no existen liberales o comunistas, no al menos en el sentido de antes; hemos perdido la mayor parte del radicalismo político, que ha sido sustituido por visiones de la realidad más pragmáticas. La teoría liberal de antaño se dirigía –teóricamente- a un ciudadano cincelado por la Constitución. Hoy ya no podemos pretender esta exigencia, porque ya no sirven los tambores de 1914 o de 1939. Nuestro ciudadano ‘constitucional’ es distinto: no podemos –de hecho- reconocer la antigua uniformidad ciudadana.

No podemos pensar una sociedad con ciudadanos que poseen solamente libertades negativas, circunscritas sólo al ámbito del desarrollo individual: cada persona tiene el deber de participar activamente en la promoción de los bienes sociales, sin limitarse a desarrollar un plan de vida solamente suyo³⁵⁰. Si alguien no trata de decidir por sí también en el plano público, serán otros los que decidan por él también en el

finés, si éstos no son muy abstractos, coarta y no maximiza las potencialidades humanas”. *Ética, retórica, política*, Alianza, Madrid, 1990, pág. 65.

³⁴⁸ . Häberle, *La libertad fundamental...*, cit., pág. 293.

³⁴⁹ . Un hecho que expresa Peter Häberle: “Cuando no obstante se afirma el carácter de regla y de principio de los derechos fundamentales, esto no significa que ellos no estén privados de límites. El ‘principio de distribución’ (*Verteilungsprinzip*) encuentra su base en la absolutización de la posición jurídica del individuo y en el concepto de la libertad como derecho individual, en la discutible suposición de que un individuo ‘autónomo’, autosuficiente, aislado de la comunidad, no inserto en ella ni en su Derecho, y para el cual la comunidad posee un carácter instrumental...”. *La libertad fundamental...*, cit., pág. 89.

³⁵⁰ . Así, Häberle, *La libertad fundamental...*, cit., pág. 92.

plano personal. Häberle escribe que “Esta concepción desconoce que el individuo y la comunidad poseen un valor propio <el valor propiamente social del individuo mismo>, que se realiza de manera óptima por medio de la recíproca correlación; ella ignora que el individuo es desde siempre parte de la comunidad y ‘del derecho’, que el individuo necesita de la comunidad para el pleno desarrollo de su personalidad y que, a la inversa, la comunidad está ordenada en función de esta personalidad que se desarrolla libremente³⁵¹. Es una comprobación que MacIntyre expone de forma más rotunda: “La experiencia moral contemporánea tiene un carácter paradójico. Cada uno de nosotros está acostumbrado a verse a sí mismo como un agente moral autónomo. Intentando proteger la autonomía ... aspiramos a no ser manipulados por los demás; buscando encarnar nuestros principios y posturas en el mundo práctico, no hallamos maneras de hacerlo excepto dirigiendo a los demás en modos de relaciones fuertemente manipuladoras”³⁵².

Un ciudadano debe reclamar su libertad para interferir en las vidas de los demás, del mismo modo que los demás están interfiriendo constantemente en la suya: no se puede perder de vista que una elección subjetiva es una elección sobre la naturaleza de lo colectivo. No podemos pensar una sociedad con ciudadanos que poseen solamente libertades negativas, circunscritas al ámbito del desarrollo individual: cada persona tiene el deber de participar activamente en la promoción de los bienes sociales, sin limitarse a desarrollar un plan de vida solamente suyo³⁵³, y ha de saber que aunque se haga la ilusión de perseguir esta privacidad influirá en el conjunto de la sociedad. Si alguien no trata de decidir por sí también en el plano público, serán otros los que decidan por él también en el plano personal. Häberle escribe que “Esta concepción desconoce que el individuo y la comunidad poseen un valor propio <el valor propiamente social del individuo mismo>, que se realiza de manera óptima por medio de la recíproca correlación; ella ignora que el individuo es desde siempre parte de la comunidad y ‘del derecho’, que el individuo necesita de la comunidad para el pleno desarrollo de su personalidad y que, a la inversa, la comunidad está ordenada en función de esta personalidad que se desarrolla libremente³⁵⁴. Es una comprobación que MacIntyre

³⁵¹ . *La libertad fundamental...*, cit., pág. 104.

³⁵² . *Tras las virtudes*, cit., pág. 94.

³⁵³ . Así, Häberle, *La libertad fundamental...*, cit., pág. 92.

³⁵⁴ . *La libertad fundamental...*, cit., pág. 104.

expone de forma más rotunda: “La experiencia moral contemporánea tiene un carácter paradójico. Cada uno de nosotros está acostumbrado a verse a sí mismo como un agente moral autónomo. Intentando proteger la autonomía ... aspiramos a no ser manipulados por los demás; buscando encarnar nuestros principios y posturas en el mundo práctico, no hallamos maneras de hacerlo excepto dirigiendo a los demás en modos de relaciones fuertemente manipuladoras”³⁵⁵.

Podemos seguir varios caminos en esta línea argumentativa crítica. En un primer momento se podría alegar que es preciso, por razones de principios basados en la libertad de las personas, respetar la voluntad de los ciudadanos que –sobre bases políticas, morales, religiosas, filantrópicas o jurídicas- quieren crear asociaciones o sociedades³⁵⁶. También habría que admitir que las uniones intraestatales (las llamadas ‘sociedades intermedias’) han de existir necesariamente y, dado que la necesidad es el mayor criterio de la justicia, porque todos tenemos derecho a hacer lo que es necesario que tengamos que hacer, las sociedades no-políticas han de ser acogidas como realidades adecuadas a la justicia, porque los seres humanos necesitamos de ellas, y es más adecuado a la dignidad humana que sean sus propios protagonistas los que dirijan las gestiones de las necesidades a las que responde su formación. Seamos honestos: si no se reconoce la pluralidad de las disposiciones de los ciudadanos ante la resolución de temas que alcancen carácter social (y poco importa ahora que esos temas sean de índole religiosa o económica), los distintos vectores de las fuerzas operativas dentro de la única sociedad reaparecerán de formas poco claras, y emergerán de un modo especialmente repulsivo cuando, a falta de una oposición organizada, se presenten como los verdaderos representantes de la voluntad democrática.

³⁵⁵ . *Tras las virtudes*, cit., pág. 94.

³⁵⁶ . Hayek indicaba que “En última instancia, las razones a favor de la libertad en materia de acción colectiva, son argumentos en pro de principios y en contra de conveniencias que, como más adelante veremos, equivalen a decir que sólo el juez y no el administrador pueden ordenar la coacción”. *Los fundamentos de la libertad*, trad. de J. V. Torrente, Unión Editorial. Madrid, 5ª ed., 1991, pág. 91.

Las ideas religiosas ocupan un papel destacado en este pluralismo que es preciso reconocer. Feyerabend explica, en tono exaltado, que “La miseria que constituye su hábitat natural fue preparada por grandes y vanidosos escritores, como Spinoza o Kant, que intentaron encajar a Dios y al Mundo en las distintas áreas de sus cerebros capaces de una actividad constante y desarrolladas en profundidad por hordas de intelectuales apoyados estatalmente. Sus denominadas filosofías han envenenado nuestras vidas y torcido nuestras almas. Ya es hora de eliminar esta enfermedad de entre nosotros y retornar a ideas más modestas pero también más abiertas. Ya es hora de volver a apreciar la más amplia perspectiva de las visiones religiosas del mundo”. *Adiós a la razón*, cit., pág. 101.

La Administración pública ha de reconocer el hecho incuestionable de la mayoría de edad de los ciudadanos. Las personas no pueden ser obligadas a ejercer sus actividades a través de autorizaciones o concesiones administrativas, ni mediante la figura humillante de las subvenciones -¿cómo entender que a los ciudadanos se les subvenciona con los medios que resultan de su propio esfuerzo?- sino dando a cada uno lo que es suyo³⁵⁷. La consideración del *homo ut homo* ha de ceder ante la de la *homo ut persona*, que era definido hace siglos como la del *homo in societate implicatus*. Al recuperar esta noción jurisprudencial no queda eliminado ninguno de los dos momentos de la libertad, el más negativo y el más propiamente positivo.

La argumentación pasa a un plano más positivo cuando Häberle indica que los ordenamientos objetivos se cristalizarían si no estuvieran enriquecidos por las fuerzas creativas individuales. Estas esferas de vida devienen ‘vida real’ sólo a través de la actividad de los individuos y de los grupos libres. Por medio de esta actividad, las esferas públicas encuentran el momento necesario de su actualización y le es comunicado el ‘plan vital’. Los ordenamientos objetivos dependen de la individualidad creativa de los individuos y de su espontaneidad. Merced a la garantía de los derechos fundamentales en su aspecto subjetivo, la fuerza creativa individual es por así decirlo, reconducida a su ‘objeto’³⁵⁸. Ésta es una idea que completa Polaino-Lorente cuando recuerda el carácter de emergencia o *Gestalt* de las mediaciones sociales e indica que las relaciones sociales no se identifican con la cultura, las estructuras sociales o la pretendida conciencia colectiva. Las relaciones sociales son ‘fenómenos emergentes’ que tienen propiedades específicas. Las relaciones constituyen emergencias entre las personas, no siempre previsibles en su nacimiento o en su desarrollo, que implican tipos determinados de interacciones porque “están medidas por ciertos valores, normas, metas y recursos, en un determinado contexto social simbólico y estructural. Con tales ‘flujos de acción recíproca’, las relaciones sociales se refuerzan, se debilitan, se actualizan o

³⁵⁷ . La figura de la libertad simplemente negativa, con la garantía de pequeños ámbitos de privacidad, se adapta especialmente bien al Estado integrado por funcionarios. Estas personas suelen hablar en tono plural: “Hemos conseguido...”, “Hemos logrado que nuestras universidades...”. ¿Llegan a ser conscientes de que están manejando a personas cuyas vidas y derechos no les pertenecen?

³⁵⁸ . *La libertad fundamental...*, cit., pág. 163. Una idea que completa Llano indicando que “El bien público de una comunidad política no es un a priori ideológico, pero tampoco el mero resultado de la acumulación de intereses privados. Remite a un pluralismo real de formaciones sociales, de empresas, grupos, cooperativas y asociaciones capaces de poner en circulación unos valores que permitan mutuas transferencias simbólicas –no meros intercambios- regidas por normas de solidaridad y reciprocidad vital”. *La nueva sensibilidad*, cit., pág. 65.

cambian en cada interacción”³⁵⁹. Quien trate de minimizar estas configuraciones emergentes está empobreciendo el conjunto de la sociedad.

En todo caso, la ‘originariedad’ de las condiciones de vida particulares ha de ser valorada positivamente por la Constitución y se impone como vinculante para los individuos y los reincluye³⁶⁰. Le lleva a pensar de este modo la comprobación de que el ciudadano no se realiza sólo en el Estado constitucional, sino esencialmente también en los grupos, que ‘determinan’ el pluralismo; en consecuencia, las libertades fundamentales deben ser consideradas cooperativas y corporativas. “Si es cierta la tesis de Heller, de que la libertad deba ser siempre organizada en la realidad social, entonces ello significa: una parte de esta ‘organización’ ocurre mediante la formación y la obra de los grupos, mediante el desarrollo de la individualidad en el grupo y, si es el caso, también contra los grupos ... En otros términos: la libertad social, en la constitución del pluralismo, es también, si bien no sólo ello, una libertad organizada por grupos; no es pensable, en efecto, una real libertad sin actividad de grupos; la realidad social de los derechos fundamentales se realiza en parte sólo a través del derecho de los grupos”³⁶¹.

Karl Mannheim trató ampliamente el tema de las minorías y, de acuerdo con lo que él conoció tan personal como amargamente en su patria, explicó que todo poder jurídico ha de consistir en una libertad o en una función³⁶², y la dificultad principal consiste en cómo entender las libertades; no sólo cómo entenderlas desde un punto de vista doctrinal, sino ante todo desde el ángulo sociológico, ya que él habla como sociólogo. De acuerdo con la terminología consolidada que expresa ‘esferas de libertad’ individuales, él explica que es fácil caracterizar así a las libertades, pero un tratamiento doctrinal tal de este tema permanecería más bien en el plano literario del que busca

³⁵⁹ . *Antropología e investigación...*, cit., pág. 82.

³⁶⁰ . *La libertad fundamental...*, cit., pág. 166

³⁶¹ . Vid. *La libertad fundamental...*, cit., pág. 252-253. Para entender la necesidad de esta concreción cultural de las libertades, no hay que perder el momento necesariamente institucional de toda forma de vida. Häberle indica que “Los derechos básicos viven en contextos supraindividuales. Se manifiestan como normas que hacen referencia a su ‘sustrato social’ (Kaufmann) ... Ellos constituyen un ‘elemento’ esencial del ordenamiento social en su conjunto. A causa de su función social, los derechos fundamentales se afirman como elementos constituyentes del sistema constitucional de valores. El reconocimiento de semejante función social presupone obviamente que se tenga bien presente la vinculación que subsiste entre el concepto de la libertad y el concepto de función social ... La libertad constitucional debe poseer un carácter ‘social’, en cuanto debe ser constante y cotidianamente actualizada en la vida social. De otro modo quedaría solamente una libertad formal”. *La libertad fundamental...*, cit., págs. 39-40.

³⁶² . Vid. *Libertad, poder y planificación democrática*, trad. M. Durán Gili, F. C. E., México D. F., 1982, pág. 63.

hacerse entender con facilidad. Ciertamente, siempre se puede suponer que la libertad consistiría en la suma de estas esferas de libertad pero, prosigue Mannheim, de esta forma seguirían actuando en un ámbito privado o no-público³⁶³. No basta la tolerancia ante las libertades de los individuos, es necesario un respeto de tipo más positivo que lleve desde la tolerancia hasta el apoyo positivo³⁶⁴. Este apoyo no puede limitarse al plano individual, es decir, a la ayuda a cada persona, sino que ha de estar dirigido también a los grupos, ya que jamás ha existido un solo individuo que pueda hacer realidad los ‘ajustes sociales’ que él necesita por sí solo³⁶⁵. Es tarea de toda democracia ‘integrar a los grupos’³⁶⁶, de forma que puedan salir a la luz las ‘fuerzas espontáneas y latentes’ de ellos³⁶⁷. No podemos renunciar a la idea de servicio público³⁶⁸ pero hay que precaverse frente a esta expresión porque el uso monótono del adjetivo público lleva a ignorar que en la sociedad actual existen diversos públicos³⁶⁹ y que lo que son bienes para cada uno de esos sectores sociales deben ser entendidos como verdaderos bienes³⁷⁰.

Van pasando los tiempos en los que el destino de buena parte de los derechos de las personas era el de ser ignorados para ser defendidos. Lo que ahora planteamos es cómo hacer realidad más positivamente algunos de los derechos básicos de los seres humanos. Concretamente, cuestionamos si es posible defender la vida de algunos derechos humanos sólo negativamente, desde la afirmación de su irrelevancia ante la esfera pública. Es posible que en este punto se haya producido un cierto paralogismo en el que la mentalidad jurídica puede caer fácilmente, porque así como las propiedades quedan suficientemente protegidas cuando el poder público se limita a hacer posible su

³⁶³ . Vid. *ibídem*.

³⁶⁴ . Vid. *ibídem*.

³⁶⁵ . Vid. *Libertad...*, cit., pág. 214.

³⁶⁶ . Vid. *Libertad...*, cit., pág. 219.

³⁶⁷ . Vid. *Libertad...*, cit., pág. 226.

³⁶⁸ . Así, Ariño en Ariño-Cuétara-Martínez López Muñiz, *El nuevo servicio público*, M. Pons, Madrid, 1997, págs. 22-23. En el mismo sentido Cuétara, op. cit., pág. 64-66.

³⁶⁹ . Así, Ariño, *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, M. Pons, Madrid, 1993, pág. 90.

³⁷⁰ . Indica Viola que si la característica propia de los agentes morales es la búsqueda de la imparcialidad del bien, éstos se sentirán atraídos hacia todos los lugares –y no sólo hacia las instancias oficiales- en los que exista un bien que querer y que realizar; la imparcialidad no debe entenderse en sentido reductivo o meramente negativo, sino en un sentido activo; esto conlleva respetar el bien de cada uno y cooperar para que los otros lo alcancen; por esta razón, el respeto a la búsqueda del bien requiere la apertura al bien universal, que no significa de ninguna manera un único bien para todos. Vid. *De la naturaleza...*, cit., pág. 261.

gestión libre y privada, la mentalidad dominante ha entendido históricamente que los patrimonios personales e internos de cada persona quedarían suficientemente seguros si el poder se abstenía de intervenir. Pero hay que objetar que así como la propiedad se defiende simplemente mediante la ausencia de confiscaciones, las personas no quedan protegidas mediante la sola afirmación de la vaciedad e irrelevancia pública de sus actuaciones o de sus convicciones³⁷¹. Eliminando buena parte de las notas de la humanidad, los principios del derecho público se dirigen hacia ese inexistente ciudadano neutro³⁷². Un problema que emerge ahora es –además del desconocimiento de la autonomía individual- que esa humanidad escamoteada ha de reaparecer necesariamente, y si ya ha sido excluida, aparecerá bajo formas oscuras. Porque quienes tratan de conjurar los peligros inherentes del vivir humano mediante las exclusiones que llevan a una sociedad aparentemente minimalista en lo ético, llegan en realidad a una sociedad cargada fuertemente de mediaciones morales, políticas y jurídicas. Una experiencia elemental, muy personal, lleva a hacer entender que las personas que más hablan de la tolerancia, de mentalidad abierta ante los demás, se irritan extraordinariamente cuando alguien no acepta alguna de las *licitudes* que ellos promueven.

³⁷¹ . Ésta fue la tesis de Kelsen, en polémica con Jellinek. Este último autor entendía que no están en el mismo plano las conductas que designamos con el término *können* que las que aludimos con el verbo *dürfen*. Kelsen unificó todas las conductas ‘que se pueden hacer’ bajo la denominación de ‘no prohibidas’.

³⁷² . Procediendo así llegamos a una nueva versión del asno de Buridan. Para mostrar los absurdos de la libertad entendida como *arbitrium merae indifferentiae*, Juan de Buridan mostró un perro (aunque después otros escolásticos cambiaron el perro por un asno) que, puesto ante dos montones de comida, acababa muriéndose de hambre porque no tenía motivos suficientes para decidirse por una comida u otra. Nosotros podemos hacer algo parecido: tomar como base un hecho empíricamente imposible –como sería el ciudadano sin ideas ni preferencias-, argüir después que pueden existir ciertas preferencias no manifestadas en la situación tal como ha sido descrita, y concluir finalmente que nuestro perro se inclinaría por comer *cualquiera* de los platos de comida; de lo que resultaría patente que las elecciones no necesitan normalmente de un motivo razonable.