

Francisco Carpintero

**LIBERTAD
Y
DERECHO**

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

FRANCISCO CARPINTERO

LIBERTAD Y DERECHO

Primera edición: 1999
DR © 1999
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz 10 y 12, Col. Doctores
México, 06720, D.F.

ISBN 968 6236-06-6

Impreso en México
Print in Mexico

FRANCISCO CARPINTERO

LIBERTAD Y DERECHO

Primera edición: 1999
DR © 1999
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz 10 y 12, Col. Doctores
México, 06720, D.F.

ISBN 968 6236-06-6

Impreso en México
Print in Mexico

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| Prólogo..... | 9 |
| I. LIBERTAD Y DERECHO..... | 11 |
| A) <i>La tradición heredada: un camino aporético</i>..... | 12 |
| 1. La Ilustración y su concepto de libertad..... | 12 |
| 2. El derecho como condición de la persona..... | 20 |
| 3. Personalidad y Realidad en el derecho..... | 25 |
| 4. Problemas del contractualismo..... | 31 |
| B) <i>Derechos humanos, libertad y justicia</i>..... | 36 |
| 1. Una comprobación primera: la anómala situación del ciudadano actual..... | 37 |
| 2. Hegel: La libertad del vacío..... | 40 |
| 3. El Derecho y la Fuerza..... | 44 |
| 3.1. Una primera explicación realista..... | 45 |
| 3.2. Matizaciones oportunas..... | 47 |
| 3.3. Debilidades de los derechos..... | 49 |
| 3.4. El remedio del consenso ideal..... | 50 |
| 4. La trascendencia o la apertura a lo que 'es'..... | 53 |
| C) <i>El derecho también como una condición de la realidad</i>..... | 56 |
| 1. Las situaciones humanas..... | 58 |
| 2. Cuando el título último funciona directamente como causa jurídica..... | 64 |

| | |
|--|------------|
| 2. 1. Relación directa e indirecta en el derecho..... | 64 |
| 2. 2. Derecho Penal y el resto del derecho..... | 69 |
| 2. 3. Es preferible no admitir reduccionismos en la Teoría del derecho..... | 74 |
| 3. La distinción entre lo empírico y lo real..... | 76 |
| 4. Una alusión a los bienes..... | 82 |
| 5. Un fundamento más de la relación jurídica..... | 83 |
| 6. Lo mutable y lo inmutable..... | 89 |
| D) Otras reflexiones sobre libertad y derecho..... | 91 |
| 1. La realización de lo existente..... | 91 |
| 2. El subjetivismo jurídico..... | 95 |
| 3. Derechos subjetivos y bienes constantes..... | 97 |
| 4. Libertad jurídica..... | 101 |
| II. PERSONA Y 'OFFICIUM': DERECHOS Y COMPETENCIAS..... | 107 |
| A) Vaguedades sobre la Persona Jurídica..... | 109 |
| B) Persona jurídica, derechos subjetivos y 'Bienes Constantes'..... | 117 |
| C) 'Persona', normalidad y libertad..... | 128 |
| D) Persona humana y persona jurídica..... | 140 |
| E) Aporías de la Modernidad..... | 148 |
| III. DOS HORAS DE TEORÍA DEL DERECHO..... | 161 |
| A) La Teoría del Derecho como planteamiento sencillo y convincente..... | 162 |
| B) ¿Qué es Teoría del Derecho? Problemas convergentes..... | 165 |

| | |
|---|------------|
| 1. Las bases primeras del nuevo método..... | 166 |
| 2. La segunda mitad del siglo XIX..... | 173 |
| 3. Un objeto cierto y verificable..... | 180 |
| 4. Problemas humanos..... | 183 |
| 4. 1. La lucha por la secularización del derecho..... | 184 |
| 4. 2. La fe en el progreso..... | 190 |
| 5. Un resultado inesperado..... | 192 |
| C) <i>¿Una Ética sin deberes?</i>..... | 195 |
| 1. No se entendieron sobre lo que era el deber jurídico..... | 198 |
| 2. Validez y vigencia jurídicas: asignaturas pendientes..... | 202 |
| 3. Problemas de la racionalidad instantánea..... | 206 |
| 4. Ninguna norma se crea 'gratis'..... | 217 |
| 5. El deber no casa con la teoría del Derecho usual..... | 220 |
| IV. <i>¿HAY QUE ADMITIR LA “FALACIA NATURALISTA”?</i>..... | 225 |
| A) <i>Un planteamiento del tema</i>..... | 225 |
| B) <i>Este tema se enturbia en la Modernidad</i>..... | 227 |
| C) <i>¿Qué podemos hacer?</i>..... | 238 |
| 1. Unas observaciones por delante..... | 242 |
| 2. Las trampas del lenguaje y la importancia de las razones..... | 248 |
| 3. ¿Qué hacemos con los principios?..... | 255 |

PRÓLOGO

La ideología liberal nos ha acostumbrado a considerar el Derecho ante todo como un orden coercitivo que limita la libertad de las personas. De hecho, las teorías generales del Derecho de que disponemos, así como los tratados de filosofía del Derecho más al uso hasta hace poco tiempo, insisten en la coercibilidad como el factor decisivo en la definición del Derecho: un correlato necesario desde la visión liberal-penalista de los hechos y relaciones jurídicas. Por este camino, la libertad jurídica queda reducida bien a aquellas conductas que no han sido objeto de regulación, bien a aquellas otras que están expresamente permitidas mediante declaraciones legales expresas: los derechos humanos han jugado un papel importante desde la II Guerra Mundial en la apertura jurídica de nuevas y antiguas libertades. Nadie duda de la importancia de que determinados derechos queden expresamente proclamados en las leyes, pero se insinúa la preocupación (nacida desde el seno de la experiencia jurídica, más que desde la lectura de obras teóricas sobre el Derecho) de que hasta qué punto la libertad jurídica no se dilata mucho más alto y profundamente, de modo que además de poseer la naturaleza residual y negativa que ante todo le otorga la tradición contemporánea, consista también en actuaciones o competencias de índole más positiva, surgidas no necesariamente desde el reconocimiento o desde concesiones legales, sino desde la naturaleza y finalidad de las mismas relaciones jurídicas. De forma que las competencias y libertades, más que aparecer como mordiscos normativos hechos a un conjunto coercitivo, se presenten ante todo como libertades que nos acompañan en nuestra vida cotidiana, surgidas desde ella misma.

Naturalmente, la empresa de presentar así una fuerte dimensión de nuestra vida en el Derecho implica reconsiderar el bagaje teórico que nos han legado las teorías generales del Derecho, hechas normalmente en el siglo pasado por penalistas alemanes. El autor de estas páginas no es penalista, sino filósofo del Derecho que siempre se ha sentido atraído por la jurisprudencia de naturaleza romanista. El trabajo de estos últimos treinta años, preparando clases para sus alumnos o redactando escritos dirigidos más bien a la comunidad universitaria, le ha obligado a reflexionar sobre las

categorías y nociones básicas cotidianas, y por ende a diferenciar entre el Derecho penal y el resto del Derecho, que no reviste esta pretensión sancionadora ni preventiva. De este modo, propone que consideremos de forma distinta los derechos subjetivos, los derechos recogidos en las declaraciones de derechos, las competencias que todos poseemos en nuestro vivir cotidiano, y otros derechos que nos acompañan a todas partes y que no son explicables desde las categorías anteriores. Propone volver a valorar los *officia* de la ciencia del Derecho romanista, no tanto para encontrarnos encorsetados en las exigencias que derivan de las situaciones concretas (una cosificación que volvería odioso el Derecho) como para observar y poder explicar en el plano jurídico competencias que resultan desde la naturaleza misma de lo que nos ocupa. Porque si es importante disponer de libertades que resultan desde declaraciones legales, no es menos trascendente disponer de garantías de la libertad personal y colectiva que resultan desde la observación de lo que tenemos que hacer. Porque las relaciones que nos vinculan a los hombres son frecuentemente la mejor garantía de que disponemos frente a la prepotencia.

Jerez de la Frontera, diecinueve de marzo de 1999

I. LIBERTAD Y DERECHO

No constituye un exceso de originalidad criticar hoy el individualismo contemporáneo ni aludir a la crisis a que tal mentalidad ha llevado a la convivencia actual. Aunque no falta quien entiende que la crisis del Estado se debe precisamente a lo contrario, al exceso de actividad solidaria, propia del Estado de bienestar. Yo pienso que estamos en una situación tan especialmente sincrética que más que tal, debiera ser calificada de contradictoria. Las contradicciones son buenas con frecuencia, porque el ser humano las necesita; pero resultan distorsionantes cuando no responden a nuestra realidad paradójica.

Las reacciones de cada cual cuando oye hablar de libertad y derecho son ciertamente distintas. Quizá aquello en lo que la mayoría piensa hoy cuando se plantea este tema es en los modos cómo el Derecho (entendido como legislación y actividad administrativa) debe respetar el arbitrio de las personas o los derechos humanos. Por este camino la relación entre libertad y derecho es fundamentalmente negativa, y se reduce a la búsqueda de aquellos cauces a través de los cuales debe quedar asegurada la libertad individual frente a la posible prepotencia del Estado. Es lógico que la noción de libertad más apreciada sea la que se ha dado en llamar libertad negativa, y el nombre de sir Isaiah Berlin es suficientemente evocador a este respecto. Normalmente este tipo de consideraciones se concreta en teorías acerca de la naturaleza del Estado, de los derechos humanos, etc., teorías en las que se pretende derivar desde la naturaleza que cada cual atribuye a lo público o a la persona humana, los límites de la actuación estatal. No sería exagerado decir que buena parte de las teorías políticas contemporáneas son fundamentalmente teorías acerca de los límites del poder público. La obra clásica de Wilhelm von Humboldt, *Ideas para un ensayo que determine los límites de la actuación del Estado*¹ expresaba ejemplarmente esta mentalidad.

¹ *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*. Fue publicada póstumamente, en Breslau, 1851.

Nosotros estamos ante una herencia muy compleja que nos ha legado la modernidad y la edad contemporánea, que aún no hemos asumido. Aunque existen diversas declaraciones de derechos sociales y culturales, hoy domina todavía la idea, sentida y explicitada, a tenor de la cual el fundamento primero de toda convivencia política y de cualquier orden jurídico posible no puede ser otro que las libertades del individuo. Si antes aludía a Berlin a propósito de la libertad negativa, ahora, al hablar de libertades, es preciso mencionar a Nino, entre otros. Así, el principio sistemático de toda ciencia jurídica sería la libertad individual, que constituiría tanto el fundamento inicial del razonamiento jurídico como su meta final. Aludiré a esta posibilidad, a saber, si es posible la ciencia del derecho tomando como principio supremo o único a la persona, en el sentido kantiano del término.²

Quiero precisar quienes serán fundamentalmente los interlocutores con los que discutiré. Hay una línea de pensamiento que discurre, con altibajos, desde el siglo xvii hasta nuestros días: la tradición liberal en que cristalizó buena parte de la Escuela del Derecho natural moderno y que constituye el modo de pensar más extendido aún hoy. Dentro de esta escuela concedo atención especial a los discípulos de Kant, porque ellos fueron los que mejor perfilaron y depuraron las tesis contenidas en la dinámica propia de este movimiento. Ello, sin perjuicio de que aluda a ideas que están en el ambiente, como en el aire, y que son difíciles de atribuir a un autor concreto y conocido. Dejo, por tanto, de lado a otras corrientes filosóficas y éticas que discurren por los siglos xix y xx. Y si aludo a autores de los siglos xviii y xix es porque ellos son los padres de la criatura: prefiero entenderme con los fundadores que no con epígonos.

A) La tradición heredada: un camino aporético

1. La Ilustración y su concepto de libertad

En su “Ensayo sobre ilustración, libertad e igualdad”,³ Johann Christian G. Schaumann nos informa de que “Es un hecho que una gran parte de los hombres se han sacudido lo que ellos entienden como las ataduras que

² Sobre la noción de ‘persona’ en este contexto, vid. mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la ‘persona jurídica’*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” (Madrid) IV (1987) págs. 477-522.

³ *Versuch über Aufklärung, Freyheit und Gleichheit*. Halle, 1793.

proviene del sentimiento, de la costumbre, de la autoridad de la antigüedad, y se mueven a la luz de la ilustración; es un hecho que una no pequeña parte de los hombres desea prescindir de los vínculos de las leyes positivas, de la autoridad, para vivir bajo la antorcha de la ilustración, según leyes naturales que ellos se hayan dado a sí mismos”.⁴ Según un autor al que Schaumann cita, pero cuyo nombre no proporciona, la Ilustración no es otra cosa que el esfuerzo del espíritu por someter todas las ideas, todas las opiniones y, en general, todo aquello que tiene influjo sobre la Humanidad, bajo los principios de una doctrina jurídica racional.⁵

Schaumann nos sitúa ante una tesis bien conocida para cualquier estudioso de la historia del pensamiento jurídico, a saber, el carácter revolucionario que adoptó la modernidad en el derecho, con el consiguiente rechazo de la *jurisprudencia* anterior al siglo xvii. En el lugar de esta Jurisprudencia repudiada, los ilustrados situaron una nueva Ciencia Jurídica, a la que llamaron Derecho natural, que habría de fundamentarse en la libertad e igualdad de los individuos: “Existen dos ideas actualmente –prosigue Schaumann– que han hecho que la ilustración política se convierta en un objeto de interés y atención generales, es decir, la libertad y la igualdad. Que todos los hombres son originariamente iguales, no son hechos únicamente enseñados en los tratados de Derecho natural, sino que un pueblo grande y excelente los ha hecho la base de su constitución”.⁶ La igualdad y la libertad que proclamaron los ilustrados como la base y fundamento de toda la ciencia jurídica no son dos realidades distintas o complementarias:

⁴ “Es ist ein Thatsache, dass ein sehr grosser Theil der Menschen sich von –von ihnen sogenannten– Hängelbände des Gefühls, der Gewohnheit, der Auctorität des Althertums losgemacht hat, um bey der Lichte der Aufklärung seinen Weg sich wandeln; es ist Thatsache, dass ein nicht kleinerer Theil der Menschen, sich seinen bisherigen, an dem Bande positiver Gesetze ihn leitende, Führern zu entziehen, um zu den Fahnen der Aufklärung, und nach selbstgegebenen, natürlichen Gesetzen zu leben”. *Versuch...*, cit., pág. 14.

⁵ “Aufklärung, sagt er, ist nicht anders, als die Bemühung des menschliches Geistes, alle Gegenstände der Ideenwelt, alle menschliche Meynungen und ihre Resultate, und alles, was auf Menschheit Einfluss hat, nach Principien einer reinen Vernunftlehre zu Beförderung des Nützlichen ins Licht zu setzen”. *Versuch...*, cit., pág. 18.

⁶ “Es sind zur Zeit vornehmlich zwey Ideen, welche die politische Aufklärung zu einem Gegenstände der allgemeinen Aufmerksamkeit, und des allgemeinen Interesse gemacht hat—Freyheit und Gleichheit (liberté et égalité). Dass ein jeder Mensch ursprünglich frey, dass alle Menschen ursprünglich gleich sind, wird nicht mehr allein in die Systemen des Naturrechtes gelehrt und bewiesen; sondern ein grosses, vorzügliches Volk hat Freyheit und Gleichheit zur Basis seiner Verfassung gemacht”. *Versuch...*, cit., pág. 31.

constituyen una única realidad, la igual libertad de todos los hombres. El acento carga pues sobre la libertad del individuo. Sólo muy tardíamente Johann Paul Anselm Feuerbach pretendió hacer de la igualdad la noción dominante.⁷

Los modernos concibieron a la libertad como el hecho (normativo) consistente en que ningún hombre depende de otro hombre *naturalmente*. Dado que ningún sujeto mantiene naturalmente (esto es, en el estado de naturaleza) una relación con otro sujeto, todos ellos son igualmente independientes. La *comprobación* de la independencia mutua –de la que se sigue la igualdad– vuelve ociosa la demostración de este postulado. Argumentaron que si alguien pretende hacerse obedecer por otro ha de alegar un privilegio (*privilegium o Vorrecht*), y una vez que ha sido postulada la igualdad natural de los hombres, tal pretensión cae por su base. En consecuencia, el estado moral natural del hombre, explicaba E. C. Wieland, consiste en una completa independencia de la voluntad de otros hombres, ya que la libertad consiste en la independencia de las voluntades de otros.⁸ De este modo, la libertad es una realidad que nace del individuo y termina en el mismo individuo: la libertad afirmada por el iusnaturalismo moderno no exige ni implica ninguna referencia a algo que esté situado fuera del sujeto, sino que se disuelve en las voluntades de los individuos. En este sentido, Schaumann nos explica que el hombre ha recibido de la naturaleza aquellas facultades que posibilitan la libertad, es decir: a) una facultad de querer (*ein Willensvermögen*); b) una facultad de obrar y, c) su facultad de querer permanece en una relación de causalidad con su facultad de obrar, de modo que le es posible considerar a sus decisiones como la causa de sus conductas.⁹ En la voluntad y por medio de la voluntad le es dada al hombre la libertad; mediante ella, el yo propio del hombre se convierte en un yo autónomo (de modo que le

⁷ En su obra *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, ERFURT, 1798, hace alusiones esporádicas a esta tesis.

⁸ “Was aber den natürlichen moralischen Zustand des Menschen betrifft: so schliesst derselbe eine vollkommne Unabhängigkeit von dem Willen anderer Menschen ein... Den die Freiheit besteht in die Unabhängigkeit von dem Willen anderer Menschen”. *Cfr. Versuch über die natürliche Gleichheit der Menschen*. Leipzig, 1782, § 17.

⁹ “Der Mensch hat von der Natur die Vermögen empfangen, welche zur Möglichkeit der Freyheit erforderlich sind. Er hat 1) ein Willensvermögen, sich für oder wider etwas zu bestimmen (sich zu entschliessen); 2) ein Handlungsvermögen; 3) sein Willensvermögen steht im Causalverhältniss mit seinem Handlungsvermögen, d.h. es ist ihm möglich, seine Entschlüsse zu Ursachen von Thaten zu erheben”. *Versuch..*, cit., pág. 62.

es posible la decisión) y, a través de ella, puede orientar sus fuerzas intelectuales y corporales hacia su sentido. Mediante la voluntad el hombre llega a ser él mismo, su propio señor y dueño, y en la voluntad nos es dada la facultad de disponer de todo lo que está en nosotros y junto a nosotros. La voluntad es el paraíso del hombre, el carácter propio y peculiar de la humanidad.¹⁰

Estas declaraciones podrían quedar incompletas si el mismo Schaumann (en quien me limito a ejemplificar el movimiento que llega a su máxima expresión con los discípulos de Kant) no explicara que la libertad o voluntad consiste en hacer lo que el sujeto quiere, esto es, en el uso del arbitrio. Efectivamente, siempre cabría la posibilidad de pensar que la voluntad es una potencia por la que el hombre puede decidirse o no decidirse, pero la decisión debe estar encaminada necesariamente al cumplimiento de la ley moral, como parecía indicar Kant. Se trataría —podríamos pensar— de la posibilidad permanente de hacer o no hacer el bien, de modo que el bien a realizar apareciera como una realidad externa a la voluntad misma del sujeto. Pero esto no es así en la Filosofía moral dominante de hecho en la edad moderna: la voluntad a que aluden estos autores no está determinada a perseguir ningún bien fuera de ella misma; ella, es decir, la misma imposibilidad de su determinación heterónoma, es para sí misma su propio bien. Por esta razón Schaumann explica que “la libertad es la facultad de hacer lo que se quiere. También aquel Estado (*Zustand*) que está determinado por la libertad, es decir, el estado en el que el hombre tiene la facultad de hacer lo que quiere, es llamado libertad”.¹¹

¹⁰ “In dem Willen und durch den Willen ist also dem Menschen Freyheit gegeben. Vermittelst derselben wird das eigentliche Ich des Menschen zu selbstthätigen Ich (wird es dem Menschen möglich, sich zu bestimmen) und vermögend, die (geistigen und körperlichen) Kräfte nach seine Sinne zu richten. Durch den Willen wird dem Mensch Er selbst, sein eigner Herr, und in dem Willen ist ihm das Vermögen, selbst zu disponieren. Der Wille ist des Menschen Himmelreich, der Menschheit eigenthümlicher Character”. *Versuch...*, cit., pág. 63. Estas ideas no son en modo alguno originales de Schaumann. La superioridad del arbitrio, llamado ‘voluntad’, sobre cualquier otra potencia humana es una idea extendida y difusa a lo largo de la segunda mitad del siglo xvi, que encontré en sede jurídica la quizá su primera y mejor exposición en la obra del jesuita Lessius. Este ambiente intelectual hizo posible que Descartes escribiera con toda naturalidad que “Sólo la voluntad o la libertad de albedrío la siento en mí tan grande, que no concibo idea de otra más amplia y extensa: de suerte que es ella principalmente la que me hace saber que estoy hecho a imagen y semejanza de Dios”. Cfr. *Meditaciones metafísicas*. Trad. de M. García Morente. Espasa-Calpe. México, 1982, pág. 152.

¹¹ “Freyheit ist das Vermögen, zu thun, was man will. Auch durch Freyheit bestimmte Zustand, d.h. der Zustand in welchem man das Vermögen hat, zu thun, was man will, wird Freyheit genannt”. *Versuch...*, cit., pág. 8.

Esta explicación acerca del hombre y su libertad reposa sobre lo que Pufendorf llamaba la situación 'natural' del hombre, a saber, la consideración del ser humano en el estado de naturaleza, *status naturae*. Esta noción (la del 'status naturae') viene explicada profusamente en el *Corpus Juris Civilis* al comienzo del Digesto y la Instituta, y cuando el derecho justiniano se enseñó en Europa, a partir del siglo xi, rápidamente cundió la idea de que "según el derecho natural todos somos igualmente libres". El terreno se encontraba preparado para entender esta tesis porque San Isidoro de Sevilla habló de este 'estado' del hombre y siguiendo la tradición lo caracterizó por la 'communis omnium possessio' y la 'omnium una libertas', y las "Etimologías" de San Isidoro fueron uno de los libros más estudiados en el tránsito desde el bajo imperio a la baja edad media. Además, en la cuenca mediterránea siempre ha existido la idea consistente en que según la 'primera constitución de las cosas', todos éramos igualmente libres y nada pertenecía a nadie en particular, como reconocemos en diversos diálogos platónicos y en las disputas que mantiene Aristóteles con algún sofista. Fue lógico que la baja edad media se poblara de manuscritos que describían la formación de las sociedades políticas mediante un contrato concluido entre los hombres libres que vivían en el estado de naturaleza, según mostró Otto von Gierke en la parte de su "Deutsches Recht" destinada al estudio de las teorías políticas medievales. La falta de modestia de Gierke, quien afirmó ante un auditorio inglés que su penoso estudio entre legajos y manuscritos tardaría al menos un siglo en ser superado, motivó que Carlyle publicara algún tiempo después una obra bastante más extensa sobre el pensamiento jurídico medieval. Atger, Gough y otros continuaron desempolvando el contractualismo político de la edad media, y hoy estamos ya ante tópicos consagrados. Sin embargo, la categoría del estado de naturaleza como principio constructor de teorías políticas no está asociada entre nosotros a la baja edad media, sino a la edad moderna ¿por qué ha sucedido esto?

Los siglos que transcurren entre el xii y el xv abundaron en movimientos que afirmaban la igualdad de los hombres y la maldad de las propiedades y de las *jurisdictiones*: baste recordar a los cátaros, valdenses, los seguidores de Huss o Wycliff, o algunos sectores de los franciscanos. Pero eran movimientos prematuros. Cuando se rompió la unidad en la imagen de hombre europeo, Lutero o Calvino tuvieron éxito donde otros no lo habían tenido. Desde las aparentemente inocuas críticas de los humanistas a los *jurisprudentes* del *Jus Commune*, a los que reprochaban su mal latín,

su estilo literario bárbaro, su falta de conocimientos poéticos e históricos, etc., se escondía algo más que amor por la Filología y la Historia. Porque aquellos humanistas despreciaban el casuismo y la complicación de la *jurisprudencia*, que para ellos no era sino muestra de falta de calidad humana o moral. Propusieron –tal como reconocemos expresamente en Guillermo Budeo y Luis Vives– volver a las leyes verdaderas y buenas que habían sido escritas en tablas de bronce. Pero no nos precipitemos: si en un primer momento rechazaron la ciencia jurídica bajomedieval en nombre de la recuperación del Derecho de Roma, poco después ya estaban rechazando el Derecho romano en nombre del Derecho de la razón.¹²

El nuevo derecho racional que había de acabar con el Antiguo Régimen fue llamado Derecho Natural. El primer jurista que se sirvió sistemáticamente de este tópico en el contexto del *Jus Civile Romanorum* fue Andrés de Exea, en su “*Liber Factorum Unus*”, publicado hacia 1540. El primer autor que concedió autonomía jurídica a las figuras del *status naturae* y a la libertad propia del individuo aislado en tal estado, fue Fernando Vázquez de Menchaca, miembro del Consejo de Castilla bajo Felipe II, que publicó sus “*Controversias ilustres*” en Venecia, en 1559. Si unos individuos libres deciden asociarse, proclamaba Fernando Vázquez, tal asociación no puede tener otro fin que proteger sus derechos naturales (*iura naturalia*), que están pisoteados hoy por todo el mundo. Vázquez recogía estas nociones del Derecho romano, y se apoyó especialmente en el § 1,2,11 de la *Instituta*, conocido en la jerga de aquella época como el ‘*Sed naturalia*’ porque comenzaba indicando: “*Sed naturalia quidem iura semper firma et immutabilia permanent*”.¹³

En la época confusa que discurre desde 1559 a 1625 (fecha de la publicación del “*De jure belli ac pacis*” de Grocio), unos y otros hablaron mucho del Derecho natural. Unos para afirmarlo, y la mayor parte para prevenir sus peligros, y ahí están las obras de Joachim Hopper, el Cardenal Bolognettus, François Conan, Gregorius Tholosanus, etc. Ya algo tarde, en el siglo xvii, Hermann Conring y Hugo de Roy se opusieron igualmente a las pretensiones del nuevo saber totalizante sobre el derecho. El “*De jure belli ac pacis*” de Hugo Grocio supuso la presentación en sociedad de la

¹² Vid. mi estudio ‘*Mos italicus*’, ‘*mos gallicus*’ y el *Humanismo racionalista*, en “*Jus Commune*” (Frankfurt/Main) VI (1977) págs. 135 y ss.

¹³ Vid. mi estudio *Del derecho natural al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Salamanca, 1977, págs. 135-190.

nueva mentalidad, y Samuel Pufendorf le dio el espaldarazo decisivo con la publicación del “De jure naturae et gentium libri octo” en 1659. Estas obras ‘iusnaturalistas’ tienen en común (y esto es lo que fundamentalmente distingue al nuevo Derecho Natural del *jus naturale romanista*) considerar al ser humano naturalmente, esto es, al margen de cualquier relación o vínculo contraído *posteriormente*: cosa que fue posible mediante el uso de la figura del estado de naturaleza. A los tratadistas del derecho natural moderno les resultaba evidente que naturalmente ningún hombre puede disponer sobre la conducta de otro, ya que nadie dispone de un *privilegium* innato para hacer esto, pues precisamente, según el Derecho natural, todos somos igualmente libres. Esta mentalidad llenó buena parte del siglo xvii, y fue lanzada al siglo xix por los discípulos de Kant, *Die Kantianer*, que arrollaron la cultura centroeuropea en el cambio de siglos. Savigny introdujo esta categoría de la *juristische Person* kantiana en el seno del Derecho privado, según mostró Hans Kieffner,¹⁴ y hoy es patrimonio nuestro indiscutido. Ciertamente, palideció durante el siglo xix y la primera mitad del siglo xx, pero la necesidad de luchar contra los totalitarismos provocó que a partir de 1946, Occidente haya insistido en los derechos humanos individuales al modo (parece que no hay otro) del siglo xvii.

Es lógica nuestra situación moral y jurídica, si consideramos estos condicionantes históricos. Por esto, nuestra época entiende que toda relación jurídica ha de ser entendida al modo de Savigny, como la relación de persona a persona regulada por el derecho, esto es, como las relaciones que pueden entablar entre sí los portadores de sendos derechos subjetivos de libertad, según ha mostrado convincentemente Alejandro Guzmán.¹⁵ Consecuentemente, el único punto de arranque de nuestras consideraciones prácticas son las voluntades de los individuos: ya no cuentan las exigencias reales de las situaciones (*officia*) en las que nos encontremos. Es más, tendemos a pensar que toda doctrina de la justicia ha de comenzar por el reconocimiento de una pluralidad de sujetos <parlantes> situados en un plano de simetría, de forma que las garantías de la justicia han de ir orientadas ante todo a hacer posible la ausencia de prepotencia, pues, como entiende Karl Larenz, sólo hay una opción: o fundamentar la relación jurí-

¹⁴ Vid. *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, en “Philosophie und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert”. Ed. por Blüdnorn-Ritter. Frankfurt/Main, 1969, págs. 3-26.

¹⁵ Vid. *La influencia de la filosofía en el derecho, con especial alusión al concepto de relación jurídica*, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social” (1995) págs. 139-167.

dica sobre la cooperación, o sobre el forzamiento inhumano de la voluntad ajena.¹⁶ En este contexto, ¿qué es libertad del derecho?

El siglo xx ha dado varias respuestas a esta pregunta. Según unos, la libertad sería aquella zona de nuestra conducta que no está sometida a normación; porque pertenece a la entraña del Liberalismo en el derecho entender toda manifestación jurídica como perteneciente al Derecho Penal, de modo que las normas jurídicas ante todo constriñen, según la expresión de Pufendorf: "Ius seu libertas, lex constringit", en la que solamente seguía a su maestro más importante, Hobbes. El derecho aparece así desvalorizado (Cotta alude frecuentemente a la *svalutazione* del derecho en estas concepciones) porque aparece solamente en el cuadro de una concepción radicalmente conflictiva de la existencia humana.¹⁷

Según otros, la libertad en el derecho estaría representada por las capacidades de hacer que expresamente nos otorgan las leyes, capacidades a las que llamamos derechos subjetivos. Pero la mentalidad más nuestra, la más actual, entiende que la manifestación más original y primaria de la libertad en el derecho está constituida por los derechos humanos, que son vistos a modo de cotos de seguridad y libertad personales frente al poder público.¹⁸ Fue lógica la superioridad moral con que aparecía el marxismo, como en general las corrientes de izquierdas, hace solamente veinte años: Porque frente a la visión estrecha y mezquina de unos individuos que afirman su arbitrio frente o contra la comunidad, las izquierdas mostraron la libertad de forma más positiva, como una cooperación común en lo que nos concierne a todos.

Si nos atenemos a esta última caracterización de la libertad, el investigador intuye que estamos cayendo en un dilema. Todos sabemos que, tal como lo expone Aristóteles, el dilema es aquella figura retórica que consiste en saber proponer una pregunta o estado de hechos de tal forma que, se conteste lo que se conteste, el que contesta sale perdiendo. Realmente, ¿es necesario quedar atrapados en el dilema de tener que optar entre las izquierdas y los liberales? No es cuestión de buscar ahora algo así como

¹⁶ *Derecho justo. Fundamento de Ética jurídica*. Madrid, 1985, págs. 55-56.

¹⁷ Vid., por ejemplo, COTTA, *La violenza e il diritto*, en "Diritto, persona, mondo umano". Torino, 1989, pág. 90.

¹⁸ OLLERO solía insistir en este punto. Vid., por ejemplo, *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía*, en "Revista de Estudios Políticos" 33 (1983) pág. 107, o *Para una teoría 'jurídica' de los derechos humanos*, en "Revista de estudios Políticos" 35 (1983) pág. 106.

una *via media*: esta empresa sería estéril desde este planteamiento dilemático. Es preciso abordar esta tarea desde un ángulo nuevo, no incluido en los términos del dilema, y prefiero llevar el tema a un campo distinto, a saber, el de las relaciones entre el Derecho en general, y esa rama suya tan específica que es el Derecho penal. Realmente, uno de los grandes temas que late bajo estas líneas es el de saber si todo el derecho ha de poder quedar reducido necesariamente a Derecho penal. Todos sabemos que el derecho, o es derecho positivo, o no lo es. Todos sabemos igualmente que la posibilidad de ejercer coacción para cumplir de algún modo lo que dispone el derecho es necesaria. Pero no parece que esto implique que la totalidad del derecho haya de quedar bajo el esquema heurístico propio del Derecho penal.

2. El derecho como condición de la persona

Si volvemos a las consideraciones iniciales, tenemos una explicación de la realidad moral y jurídica a tenor de la cual el derecho consistiría en una proyección, en el mundo externo, de la libertad o arbitrio –ambos términos, *Freiheit* y *Willkühr* fueron usados indistintamente– que posee cada persona. En un primer momento, que en los tratados del Derecho natural moderno recibe el nombre de Derecho natural absoluto, el derecho o *ius* sólo puede consistir en libertad de cada individuo, una libertad que como explica Pufendorf, debe ser entendida “ad analogiam spatii”,¹⁹ es decir, como un círculo que opera a modo de coto privado de su voluntad. La manifestación primaria y fundamental del derecho es, por tanto, una cualidad moral de libertad,²⁰ algo así como un derecho subjetivo de libertad en general, que más tarde fue designada como *Freiheit überhaupt* o *Lex permissiva originaria*. En la segunda parte de estos tratados de derecho natural, que ya posee menor pureza metafísica, se estudia el derecho natural hipotético, que es llamado así porque sus autores parten desde la hipótesis del hombre coexistiendo con otros hombres; en este punto el derecho aparece más bien como una coordinación de las libertades individuales

¹⁹ “Sic v.g. libertas pro statu concipitur ad analogia spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae”. *De iure naturae et gentium libri octo*. Francofurti et Lipsiae, 1759 (Reproducción de ed. Minerva Frankfurt/Main, 1967), Libro I, cap. I, § 11, pág. 11 de esta edición.

²⁰ Vid. *Ibidem* y L.I, cap. I, § XVI, pág. 16.

que tiende a que cada individuo conserve la esfera de libertad (*Frèiheitssphäre*) más amplia posible. Cada hombre o persona es una esfera de libertad *ad analogiam spatii* cuyo derecho primordial es mantener a los demás lejos de él. Ya no diferenciaban entre deber y derecho: parecía estar diluida la idea de que el único deber posible era la defensa del propio derecho de libertad, que era condición imprescindible para la realización del plan de vida que cada cual quisiera para sí mismo.

En consecuencia, el derecho —considerado naturalmente, como expresaban Pufendorf o Wolff, o *metafísicamente*, como explicaban Kant y sus discípulos— sólo surge y se fundamenta en las personas. Pufendorf es consciente de estar introduciendo una noción de persona que es nueva en la historia. Hasta entonces, explica este mismo autor, el término ‘persona’ hacía referencia al *munus publicum* más o menos estereotipado que cada cual ejerce en la vida: marido, padre, ciudadano, etc. Pufendorf propone una noción nueva de persona: es aquel ser que no reconoce superior porque no está sometido a ninguna ley,²¹ de forma que la misma noción de ley natural, si por ella entendemos una realidad normativa que se nos impone a modo de derecho, es contradictoria consigo misma.²² El hombre, considerado naturalmente, sólo posee derechos que únicamente pueden ser manifestaciones de la libertad inmotivada heterónomamente.

Cosa distinta era la Moral. Explica Pufendorf que después de Hobbes, el derecho o *ius* sólo puede ser entendido como libertad personal. Pero la moral es preferentemente constrictiva de la libertad individual, incluso desde el punto de vista del uso normal del idioma. Es lógico que derecho y

²¹ Niega la noción entonces usual de persona en *op. cit.*, L.I, cap. I, § XVI. En el L.I, cap. I, § XIX escribe que “Respiciunt illae vel Personas vel res, et utraque vel proprias vel alienas. Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum). Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda, aut tanquam vis seipsum invitum ad quid adstringendi... sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involuit negationem impedimenti ex alia quadam potestate superiore provenientis”.

²² En *op. cit.*, L.I, cap. VI, § III, pág. 89 de esta ed. escribe “Denique iuris vocabulum uti cum lege saepe idem significat, ubi cum primis pro complexu legum ponitur; ita cavendum, ne pro lege id accipiamus, quando hoc vel illud lege divina faciendi ius esse dicitur, putemus, idem lege divina praeceptum... inde usus loquendi fert, ut quae legis alicuius specie non interduntur, ex illa lege eadem agendi ius esse dicatur, igitur in hoc quidem significato ius ad libertatem pertinet: lex vero vinculum aliquod notat, quo libertas naturalis constringitur”. La misma tesis la reitera más extensamente en el L. II, cap. II, pág. 156 de esta edición.

moral se disocian. Esta disociación la observamos ejemplarmente, un siglo más tarde, en Kant, que en su *Sittenlehre* otorga a la Moral una naturaleza preferentemente heterónoma²³ y en cambio, en la *Rechtslehre* sigue los carriles expuestos al referirnos al Derecho natural moderno.²⁴ Al ser el derecho una cualidad personal, una expansión de mi voluntad en torno a mi persona, el estudioso del Derecho natural o de la metafísica del derecho sólo debe tener en cuenta la voluntad o arbitrio del individuo, y deben serles indiferentes las realidades externas o extrañas a esta voluntad así entendida.

Una vez que se hubieron perfilado aún más los conceptos, el iusnaturalismo tardío entendió que el derecho no es algo que se produzca desde la realidad externa al sujeto. No es una cualidad de las acciones, explicaba Schaumann, sino que es una cualidad del sujeto, de la persona. Esta cualidad de la persona recibe el nombre de habilitación (*Berechtigung*), y puesto que la persona está habilitada para actuar, sin más motivos, el derecho (*ius*) es una “posibilidad moral de actuación”.²⁵

El adjetivo moral añadido a la expresión posibilidad de actuación puede inducir a confusión si no tenemos en cuenta el contexto doctrinal en que escriben los autores de esta época. Pufendorf, a fin de recalcar que el *ius* consiste exclusivamente en una prerrogativa de cada hombre para usar inmotivadamente su voluntad, había acuñado definitivamente la expresión ‘cualidad moral’ (*qualitas moralis*) para referirse a la *facultas* o libertas en que se manifiesta originariamente el derecho. Así diferenciaba la posibilidad moral de la simple capacidad física a que Hobbes parecía haber dejado reducida la libertad. Posibilidad o capacidad moral era, pues, el

²³ Vid., por ejemplo, mi estudio *Las canas de Kant*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” (Madrid) XI (1994) págs. 434-466.

²⁴ Richard SAAGE observa que Kant evitó cuidadosamente en su *Rechtslehre* el término ‘heteronomía’ para referirse al Derecho: “Die sorgfältig und sicherlich bewusste Vermeidung der Termini Heteronomie und heteronom in der Rechtslehre...”. *Besitzindividualistischen Perpektiven der politischen Theorie Kants*, en “Neue Politische Literatur”, 2 (1972) pág. 182.

²⁵ “Der im Sittengesetz liegende Grund der moralischen Möglichkeit einer Handlung heisst Berechtigung: und die Folge dieser Berechtigung für die Person, ein Recht (*ius*), oder die moralische Möglichkeit, nach Naturtrieben zu handeln. Anmerkung 1: Fast alle Philosophen und Juristen, welche die Erörterung des Begriffes des Rechts (im naturrechtlichen Sinne) beschäftigt hat, haben das Object des Begriffes von einem Rechte in den Beschaffenheit der Handlungen gesucht, und nicht, wie doch nothwendig ist, in eine Beschaffenheit (*facultas*) des handelnden Subjects (der Person)”. *Wissenschaftliches Naturrecht*. Halle, 1792, § 140.

derecho de cada cual a usar libremente de su voluntad, sin más límites que los marcados en el Derecho natural hipotético, a saber, no molestar la esfera de libertad de los otros hombres. En modo alguno puede entenderse la cualidad moral a que ellos aluden como los autores del siglo XIX entendieron el derecho subjetivo, es decir, como una capacidad de actuar apoyada o reconocida expresamente por una ley preexistente. Ley y derecho eran términos antitéticos desde Hobbes y Pufendorf, porque la ley siempre constriñe la libertad, y el derecho es libertad.²⁶ Pero era preciso añadirle a la facultad el adjetivo moral para diferenciarla de la simple potencia física. Por esta razón los últimos iusnaturalistas, kantianos, usan el verbo *dürfen* para describir el derecho: un derecho concreto es un *ich darf*, es decir, un a mí me está permitido o a mí me es lícito jurídicamente. Pero esta permisión o licitud no se refiere en modo alguno a una coincidencia con una ley objetiva preexistente que otorgara derecho a actuar así. Sucedió en realidad que se planteó un delicado problema terminológico: ‘Yo puedo’, en alemán, se dice *ich kan*, pero el verbo *können* designa el poder meramente físico, como cuando se dice ‘yo puedo levantar un saco de 50 kilos’, y hubiera sido inexacto dejar reducido al derecho a un poder físico, de modo que el poder del que pudiera efectivamente imponer su opción fuera el criterio último de la justicia. Por este motivo, los iusnaturalistas usaron el verbo *dürfen* (me es lícito), pero en un contexto confuso, porque no existe ninguna ley jurídica superior al individuo concreto que otorgue ese ‘*ich darf*’ en que consiste el derecho. Solamente J. A. Brückner explicó, ya tardíamente, que el derecho consiste en una *lex permissiva originaria* que habilita para obrar, de modo que todo derecho es originariamente una facultad, libertad o habilitación.²⁷

La Jurisprudencia anterior había tenido a la vista, en el momento de calcular la juridicidad o antijuridicidad de un acto, las consecuencias personales y sociales de ese acto. Esas consecuencias quedaban fijadas y previstas de una forma más o menos rígida en la noción de ‘persona jurídica’ concreta en la que se subsumiera tal acto. Pufendorf rechazó la noción de ‘persona’ existente, y únicamente aceptó la posibilidad de actuar

²⁶ Sobre esta faceta de la doctrina de Pufendorf, vid. mi estudio, *El cambio decisivo en la ‘jurisprudencia’: Samuel Pufendorf y la teoría de la ‘cualidad moral’ en la Modernidad*, en “Justitia” I (Buenos Aires) págs. 361-383.

²⁷ Vid. *Essay sur la nature et l’origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du droit*. Leipzig, 1810, §§ 145-155.

inmotivadamente, según la propia voluntad. Theodor Schmalz, uno de los kantianos más lúcidos, escribía sobre este punto que “Nosotros entendemos por libertad aquella potencia o facultad nuestra que es independiente de lo que es exterior a nosotros, y que nos permite a nosotros mismos ser la primera causa operativa de nuestros actos... Éstos tienen su valor o su falta de valor en sí mismos, sin necesidad de apreciar sus consecuencias; por esto, tales actos son buenos o malos en sí, y nuestro juicio sobre su moralidad no depende para nada de lo que ellos producen (*sie wirken*), que nos indica la experiencia... Pues la moralidad es aquella propiedad de los comportamientos libres, de modo que éstos pueden ser juzgados como buenos o malos en sí mismos, sin prestar en absoluto ninguna atención a sus consecuencias”.²⁸ Karl Christian Kohlschütter explicitaba algo más el trasfondo emocional de esta tesis cuando escribía que todos nosotros somos perfectamente conscientes de que existe una posibilidad o forma de actuar (*Handlungsweise*) que en sí y por sí (*an und für sich*) es buena y jurídica para nosotros, sin que tengamos que prestar en absoluto ninguna atención a las consecuencias que surjan o se originen de tal comportamiento; a tal acto no le podemos negar nuestra aprobación y aplauso (*Beifall*), es más, nuestro respeto y admiración (*Verehrung und Bewunderung*), aún cuando con él produzcamos las consecuencias más dañosas incluso para el propio sujeto que actúa.²⁹ Este no-consecuencialismo moral impregnó toda la Modernidad jurídica desde que Pufendorf creó el nuevo concepto de persona, que Kant llamó persona jurídica o *juristische Person*.³⁰

Como resumen de esta propuesta moderna, puede servir lo que indica Trigeaud: “El derecho expresa una simple potencia (*Macht*) de querer que

²⁸ “Denn was verstehen wir anders unter Freyheit, als das Vermögen unabhängig von allem ausser uns, die erste Ursache unserer Handlungen zu seyn... Haben wir ihre Werthe oder Unwerthe in sich selbst ohne Rücksicht auf ihre Folgen. Sie sind an sich gute oder böse, und unser Urtheil, was sie sind, hängt gar nicht als von der Erfahrung dessen, was sie wirken... Denn Moralität ist gerade jene Eigenschaft des freyen Handlungen, dass sie an sich ohne alle Rücksicht auf ihre Folgen als gut oder böse beurtheilt werden können”. *Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers. Ein Commentar über das reine Natur und natürliche Staatsrecht*. Königsberg, 1798, pág. 2.

²⁹ “Denn wir sind ja alle bewusst, dass es eine Handlungsweise für uns gebe, welche an und für sich, ohne alle Rücksicht auf die Folgen, welche aus ihr entstehen, gut und recht ist; denn wir unser Beifall, ja unsere Verehrung und Bewunderung nicht versagen können, wenn auch die schädlichsten Wirkungen für den Handelnde aus ihre entstehen sollen”. *Vorlesungen über der Begriff der Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1798, pág. 28.

³⁰ Vid mi estudio *La independencia y autonomía del individuo*., cit., págs. 498 y ss.

se adapta a las condiciones fijadas por la legalidad racional”.³¹ O, desde otro punto de vista, puede ser descrito como lo hace Alvaro d’Ors: como el “sistema de normas impuestas por la autoridad del poder legislativo para enunciar unos derechos subjetivos que debe defender el poder de la autoridad judicial de los tribunales civiles, en su función general de administrar justicia”.³² Este es el punto de partida de las consideraciones jurídicas y políticas actuales. Nos indica Massini 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 político. 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”.³³

3. Personalidad y Realidad en el derecho

Considerar que el bien supremo del hombre consiste en la ausencia de cualquier heteronomía, y que la libertad así entendida ha de ser el fundamento de todo orden jurídico legítimo posible, condujo a una consideración del ser humano que lo contemplaba como un individuo aislado, independiente frente a todos los demás y ‘por ello’, autónomo. ¿Es posible hacer justicia desde este único presupuesto? Me parece que no exagero si afirmo que no estamos estrictamente ante un problema de ideologías concurrentes, sino más bien ante el viejo tema de si un planteamiento así es viable o no.³⁴ Fue operativo históricamente en un plano preferentemente

³¹ *Philosophie juridique européenne*. Bordeaux, 1990, pág. 144.

³² *Elementos de derecho privado romano*. 3ª ed. Pamplona, 1992, pág. 22.

³³ *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Buenos Aires, 1994, pág. 13.

³⁴ Sergio COTTA suele contraponer el ‘yo’ absoluto propio de los iusnaturalistas modernos al ‘nosotros’ igualmente absoluto que presenta al derecho como producto de la voluntad general y que es propio de los positivismos más al uso, como el de Kelsen. Vid. por ejemplo su estudio *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, en “Diritto, persona, mondo umano”. Torino, 1989, págs. 95-121. Si para los primeros el derecho no es más que el conjunto de los derechos subjetivos del individuo (Dernburg, por ejemplo), para

político-público porque la insistencia en la libertad individual tuvo la virtualidad de acabar con las desigualdades jurídicas propias del Antiguo Régimen. Los socialismos pretendieron además acabar con las desigualdades económicas y en general de todo tipo ¿Qué queda ahora, o para qué sirve actualmente esta mentalidad?

Lo que permanece aún hoy es un punto de partida inestable para la ciencia jurídica, que logra mantenerse en buena medida sobre ficciones. Ciertamente, hay bastante de verdad en la tesis del respeto a las esferas de libertad ajenas: esta situación de mutua independencia se produce cuando de algún modo nos relacionamos con personas con las que no nos une ningún vínculo propiamente jurídico. Tal cosa sucede, por ejemplo, cuando andamos por la calle: nos cruzamos con muchas personas que no conocemos, y a las que debemos respetar. Aquí sí se aplica casi literalmente la abstención (*Enthaltung*) de que hablaban los kantianos como el criterio máximo de la justicia. Algo parecido sucede con esa rama tan interesante del derecho que constituye el Derecho penal: las normas de este derecho

los segundos el derecho subjetivo no es más que el poder expresamente otorgado por las leyes, como mantiene Kelsen. En el primer caso el *prius* jurídico serían los derechos del individuo, y en el segundo los derechos de los individuos no existirían. Me parece que es inútil intentar buscar una *via media* en este planteamiento, y que carece igualmente de utilidad tratar de explicarlo desde estos términos así expuestos. El problema que veo es que tales actitudes opuestas pueden responder a la lógica de las ideas, por lo que son pedagógicas, pero no responden a la lógica de la vida cotidiana, es decir, a lo que observamos diariamente en los bufetes de los abogados, de los notarios o en la actividad de los jueces de los juzgados y audiencias. Porque si contraponemos una consideración absoluta (el 'yo' como fuente de todos los derechos) a otra consideración absoluta (la voluntad del grupo político como origen del derecho) entramos en la típica trampa de las consideraciones absolutas, campos abonados para todo tipo de discusiones doctrinales porque todo lo que se diga será 'interesante'. Por el contrario, la vida del día a día no procede según estos talantes absolutos. Porque en la praxis rutinaria de un juzgado vemos pretensiones fundamentadas y no fundamentadas, reflexiones inteligentes o arbitrarias: El observador reconoce cuando el juzgador debe recortar la libertad de una persona y cuando este recorte es arbitrario o improcedente, y por ello expone sus observaciones, no siempre compartidas por todos, el simple hecho (que no es tan simple) de poder argumentar en el derecho, partiendo desde las normas existentes, ya implica la posibilidad de toda una Ontología jurídica que dispone de diversos puntos de arranque de las consideraciones, que a veces arrancarán desde las normas positivadas, a veces desde argumentos de oportunidad, de lógica, de equidad, etc. Lo único cierto es que las facultades expresamente otorgadas por las leyes coexisten —y como tales aparecen— con muchas facultades que requieren una declaración posterior sobre su juridicidad. Y que las reflexiones que interpretan la Constitución, y aquellas otras que se basan en el fraude de ley, etc., aparecen todas como *originarias*, al margen normalmente de potestades absolutas del Estado o de los individuos.

te reprimir lo que es fuerte, sino, al contrario, encauzar y fortalecer lo que es débil por disperso e indeterminado.³⁷

Pero somos herederos de la modernidad, y los hombres de finales del siglo xx no tenemos otras palancas para llevar adelante nuestro razonamiento práctico que el tópico de la igual libertad. Seguimos empeñados todavía hoy en considerar que todo posible derecho que corresponde a un hombre es una condición de la personalidad. Ciertamente, todo derecho o deber es una dimensión humana, porque los animales no pueden poseer derechos o deberes en el sentido estricto de estas palabras. Se podría decir que la humanidad es el título último de los derechos. Pero en la Jurisprudencia, fuera de los casos del Derecho penal normalmente, la humanidad se supone necesariamente pero es escasamente operativa: supuesto ese *título* último fundamentante, es necesario tener en cuenta la causa por la que existe o no debe existir un derecho, o se incurre en un abuso de ese derecho, o hasta donde alcanza ese derecho, etc.: yo no puedo decir que la Universidad de Cádiz debe comprar libros para mi departamento porque soy un ser humano igual a los demás: deberé alegar causas jurídicas más concretas.

Los autores de los siglos xvii y xviii hablaron del Derecho natural y de la naturaleza humana para hacer posible esa igualdad y libertad. El tema se ha complicado hoy porque hablar de la naturaleza humana parece un dato metafísico poco acorde con los tiempos filosóficos que corren. Y, además, la expresión Derecho natural, con la carga emocional y teológica que conlleva el término naturaleza (¿por qué es normativo lo natural?) tampoco se adecúa a la filosofía moral más en boga. Esto motiva que ambas expresiones –naturaleza del hombre y Derecho natural– estén hoy desprestigiadas, y en su lugar se utiliza otra terminología que cumple su misma función. Temo que así seguimos arrojando sombras sobre la oscuridad. Como no poseemos de hecho otro patrimonio universitario que la herencia moderna, la teoría académica que se desarrolla en las universidades americanas y europeas sigue hablando con los tópicos del siglo xviii. El acento se ha desplazado últimamente hacia la igualdad: en un buen sector de la Ética contemporánea la igualdad completa sería el criterio supremo de la justicia: basta leer las diatribas de Habermas contra Gadamer. La perfecta simetría de las partes en la conclusión del pacto o en el diálogo garantiza-

³⁷ Vid. J. CHOZA, *Manual de Antropología filosófica*. Madrid, 1988, págs. 219-220.

ría la justicia posible. La justicia sigue siendo considerada una condición de la persona, es decir, de su igual libertad, sin que se pueda apreciar un progreso serio sobre la Ilustración: han cambiado los procedimientos, pero los planteamientos son los mismos y casi todo se ha resuelto en un mero cambio terminológico.

La reducción operada tiene un doble escalón: en un primer momento aparecen misteriosas igualdades de un ser del que no se sabe nada, porque los defensores usuales de los Derechos Humanos se resisten (como en un nominalismo hobbesiano) a admitir que el ser humano es algo más que una esencia parlante;³⁸ y en un segundo momento, como no solamente desconocen al ser humano como tal, sino también a *las cosas* a través de las cuales se relaciona con los otros seres humanos, desconocen lo que es el hombre cuando se relaciona con los demás. En otras palabras, no existe la realidad ajena a un discurso que se limita a priori a las exigencias de la igualdad y de la libertad individual. Es un problema de prejuicios con el que cualquier persona que reflexione sobre el derecho ha de enfrentarse hoy. Me parece que no podemos decir ‘hablemos y pongámonos de acuerdo’. Hay que hablar sobre algo y ese algo sobre lo que se habla no sólo limita las posibilidades del discurso (como pareció entender Radbruch) sino que posibilita y hace creíble ese mismo discurso. Algo sobre esto dejé escrito en “Derecho y ontología jurídica”.³⁹ En definitiva, lo que vincula en derecho, o justicia, no son tanto las exigencias de la libertad igual de los que dialogan o pactan como otras consideraciones que exceden esta reducida pragmática lingüística.

³⁸ Los defensores de la condición de persona del hombre han sido fundamentalmente, durante estos últimos años, Javier Hervada, Jean-Marc Trigeaud e Ilva-Myriam Hoyos. El derecho, sin embargo, fuera del Derecho penal no suele medirse según las exigencias de las personas humanas: Las simples y débiles *relationes* jurídicas no pueden aspirar a tanto.

Quizá lo más sensato que he leído sobre este tema es lo que explicaba James Lorimer, al defender a Hegel de la acusación de panteísmo: “The correct view of the matter probably is, that God is no a Person, but ‘the’ person-personality itself; whereas man is a person in virtue of his limited realization of personality”. *The Elements of Law*. 2ª ed. Edimburgh, 1880, pág. 21.

Sin embargo, estos autores plantean un interesante problema: si en el diseño de la sociedad continuamente en desarrollo hemos de conceder más atención a lo que el hombre demanda, más allá de las estrategias comerciales propias del capitalismo y de las técnicas de dominación del Estado.

³⁹ Vid., por ejemplo, págs. 37-45.

Note el lector que anda en juego un tema algo delicado. Cuando una persona se relaciona con otra persona surge una ‘relación’ –prácticamente transcripción literal del latín *relatio*. Esta nueva relación es como una tercera realidad que no se relaciona gran cosa con las dos personas que están en cada extremo de ella, porque normalmente, en Derecho civil (no así en el Derecho penal), las personas no nos relacionamos unas con otras directamente, sino mediadas por alguna ‘cosa’. Todo esto puede sonar heterodoxo o provocador, porque es una tendencia antigua del derecho el afán de modelar sus relaciones sobre lo que ‘es’ el hombre, siguiendo el propósito del dicho romano: “*Ius causa hominum constitutum*”. Pero las cosas en el derecho, esto es, las relaciones jurídicas, no se suelen referir a la naturaleza del hombre, como recalca vigorosamente Alvaro d’Ors, sino a su conducta, y más concretamente a los efectos *reales* de esas conductas.⁴⁰ Esto es, el derecho no contempla personas que se relacionan, sino a compradores, vendedores, prestamistas, padres, esposas, etc. Las exigencias de la sensibilidad y afectividad humanas encuentran un cierto lugar en estas ‘cosas’ o relaciones, y los juristas romanos echaron mano de la *humanitas* o la *pietas* para introducir consideraciones de equidad que mitigaban las frecuentemente duras exigencias de cada instituto jurídico. Las referencias a las personalidades de los inmersos en una relación jurídica, son también frecuentes, y tenemos esos ‘Ventilbegriffe’ como es la exigencia de buena fe en el tráfico jurídico. Pero si lector observa su vida cotidiana, comprobará la normalmente poca relevancia de la *pietas*, la *humanitas* o la *bona fides* en el decurso de sus relaciones jurídicas: en los gastos más normales, como es pagar las facturas del agua, teléfono, energía eléctrica, comunidad de vecinos, colegios de los niños, plazos de la hipoteca de la casa, etc., el derecho solamente exige que efectivamente paguemos. Y lo mismo sucede en prácticamente todas las relaciones jurídicas de las que somos protagonistas, activa o pasivamente. Es decir, esa *humanidad* que juega una función decisiva en la vida familiar y en definitiva en lo que es más importante en nuestra vida, por lo general se encuentra ausente o no tiene relevancia en la vida jurídica. Lo lamento sinceramente, pero me limito a registrar la *realidad* extrema del derecho en circunstancias normales.

⁴⁰ Vid., por ejemplo, el capítulo preliminar de *Una introducción al estudio del derecho*. Madrid, 1963, §§ 1-51.

4. *Problemas del contractualismo*

Ante este planteamiento 'personalista' de la Filosofía práctica moderna, el jurista vio reducida su tarea a buscar los límites de la libertad de cada cual a fin de que las libertades de todos pudieran coexistir en un orden externo que hiciera posible la máxima libertad individual posible. Esta ha sido históricamente la misión que la mentalidad liberal ha asignado a la ciencia del derecho. Se trataba de buscar un punto óptimo de restricción de las voluntades en el que la esfera de libertad de cada hombre fuera lo más amplia posible.⁴¹ Ésta era quizá la única solución coherente y viable con los postulados antropológicos e ideológicos liberales-illustrados.

Sin embargo, este planteamiento teóricamente coherente se derrumbó en la primera crisis de la ideología liberal, cuando esta teoría filosófico-jurídica fue acusada en el primer tercio del siglo XIX de fomentar el egoísmo individual, de modo que, como expusieron tantos autores, los ilustrados sólo habrían pretendido una sociedad formada por egoístas juiciosos o razonables: el *vernünftige Egoismus*.⁴² Las tendencias socialistas que estallan en este siglo acaban completando la crítica, y el Estado-policía liberal acabó convirtiéndose en un Estado de bienestar pero sin abandonar su base intelectual.⁴³ Con estos cambios se ha producido históricamente un desfase

⁴¹ Esta mentalidad considera a las instituciones en general (también las jurídicas) como males menores. El sentimiento de la opresión generada por las instituciones alcanzó su cima en los años '70 de este siglo, cuando se produjo lo que describe Ballesteros: "Me refiero a los autores representantes de la llamada 'izquierda freudiana', así como a los portavoces de la reciente 'antipsiquiatría'. En todos ellos se parte del principio de que 'todo lo que dura resulta duro' y, por consiguiente, la principal tarea 'contracultural' consiste en luchar contra las instituciones que encarnan, como decíamos, el espíritu de la permanencia, y muy especialmente contra la institución familiar, que pasa a ser considerada como la institución representativa por antonomasia de la sociedad, base y fundamento de todas las otras formas de represión... Desde esta perspectiva, el derecho no puede aparecer de otra forma que como represión, a no ser que, vaciándose enteramente de su estructura y contenidos propios, se convierta en expresión de pretendidos derechos a la satisfacción de los deseos e impulsos del inconsciente humano". *Sobre el sentido del derecho*, cit., págs. 132-133.

⁴² Vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Actas, Madrid, 1993, págs. 65-81.

⁴³ Esta situación contradictoria provoca paradojas difícilmente conciliables desde una lógica de lo vital, porque como indica Ollero, "La acentuación de la dimensión estatal de lo jurídico lleva a presentarlo como instrumento 'represivo', como uso -más o menos legítimo- de la fuerza, contraponiéndolo al hombre. El derecho deja de ser una manifesta-

entre las finalidades a conseguir y los medios teóricos o universitarios de que disponemos para alcanzarlas: hemos reclamado unos fines humanos más solidarios de la convivencia política, pero la base filosófica y antropológica de las teorías dominantes hoy siguen insistiendo en los individuos libres. Los individuos son, por definición, aislados e independientes: si prescindiéramos de estas dos últimas notas las teorías más en boga no sabrían siquiera cómo explicar la inteligencia actual de la libertad del hombre, desde sus propios presupuestos. De esta forma se produce la situación, que parece contradictoria vitalmente, de pretender una sociedad solidaria partiendo desde unas personas en las que fundamentalmente se ha postulado el aislamiento.⁴⁴

Por este camino entramos en el campo de los chantajes históricos: se impone académicamente la solución dilemática de postular o individuos libres en una sociedad permisiva, o una especie de libertad positiva que nos llevaría a una convivencia más o menos de naturaleza socialista o fascista en la que las personas quedarían colectivamente al servicio de metas comunitarias según la discreción del gobernante.⁴⁵ Estos eran los planteamientos que hacían Nino y Bobbio. Pero el dilema lo llevamos todos dentro: una consecuencia de nuestra formación liberal. Naturalmente, siempre cabe la posibilidad intelectual (que da origen a una teoría) de intentar cuadrar el círculo: cómo permanecer siendo libres en una sociedad fuertemente intervenida. Rawls intenta esta cuadratura en su “Teoría de la justicia”, y le ha salido una espléndida teoría *académica* que poco tiene que ver con nuestra vida. Entonces la gente se queja de que en la Universidad

ción de la existencia humana, una manifestación de la capacidad humana de imprimir un ‘sentido’ al mundo que le rodea, para aparecer como su enemigo; un enemigo imprescindible y, por tanto, tolerable”. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*. Madrid, 1982, pág. 37.

⁴⁴ La raíz del problema la denuncia OLLERO: “la pervivencia de los esquemas racionalistas de la modernidad (la tragedia del hombre contemporáneo es verse condenado a seguir siendo ‘moderno’ cuando todo en su entorno denuncia el agotamiento de la capacidad creadora de la racionalidad moderna)...”. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, cit., pág. 34.

⁴⁵ Javier HERVADA explica que “Tengo la impresión de que el pensamiento político actual se ha encerrado –en su concepción del Estado y de sus funciones– en una vía muerta y que la práctica política, de consumo con la filosofía social, está dando muestras de una notable falta de imaginación y de inventiva. Me parece que ambos, pese al esfuerzo para modernizar sus concepciones y opciones, son epígonos de una dialéctica histórica, inaugurada en el siglo XVIII y hoy caduca: o individualismo o colectivismo”. *Escritos de derecho natural*. Pamplona, 1986, pág. 350.

se enseñen tantas cosas tan abstrusas, y de que la Filosofía no sirva para la vida real.

Es preciso reconocer, sin embargo, que aunque existan varias señales de crisis, de momento estas teorías funcionan: es un problema de psicología de masas y de satisfacción de intereses. La actividad asistencial que desarrolla el Estado contemporáneo favorece a un amplio sector de la población, y así se ganan votos; y con la insistencia más o menos oficial en la libertad individual se crea la ilusión colectiva de la libertad, se halagan los oídos de los votantes. El problema ha comenzado cuando se han mostrado los efectos vitales y humanos de la contradicción: no es posible que funcionen instituciones sociales partiendo desde individuos narcisistas.

De la mano de esta contradicción hemos ido directamente hacia la situación existencial de *contingencia* del ciudadano actual, como denunciaba Hegel, porque el hombre actual se decide a actuar en la sociedad por unos motivos u otros a través de una ponderación insuficiente de esos motivos, esto es, sin motivos suficientes en cualquier caso, y queda en manos de la contingencia, al margen de la Inteligencia. La Filosofía crítica alemana del siglo xx ha ampliado esta crítica hegeliana, porque Horkheimer, Adorno o Fromm insisten en que las estrategias comerciales de la sociedad capitalista han anulado la política, que ha quedado suplantada por las técnicas multinacionales de ganar dinero. Uno de los aspectos más relevantes de esta situación de falta de puntos de referencia para la conducta personal en sociedad se manifiesta en la doctrina contractualista porque, como es obvio, unos individuos libres e iguales no pueden quedar lícitamente obligados si no es prestando voluntariamente su consentimiento, esto es, pactando. Esta dirección única de la Ciencia jurídica —que queda reducida a conocer lo pactado— la captó rápida y lúcidamente Samuel Pufendorf.⁴⁶ No en vano este alemán, que publicó en la segunda mitad del siglo xvii, fue el primer tratadista del Derecho natural moderno que pudo las teorías aún excesivamente sincréticas de Hugo Grocio y que domesticó a Hobbes para ponerlo al servicio de las ideas liberales en el derecho.

Si hacemos caso de esta vertiente del pensamiento liberal, la tarea del gobernante político y jurídico es respetar el arbitrio (*Willkühr*) de las personas para que éstas pacten libremente eligiendo así cada cual el régimen de vida que a él le parece más adecuado. Estamos ante un planteamiento

⁴⁶ Vid. mi estudio *Voluntarismo y contractualismo: Una visión sucinta de la Escuela del Derecho natural*, en "Persona y Derecho" XIII (1985) págs. 82 y ss.

didáctico y pedagógico, porque es sencillo y convincente, ya que la simetría de las diversas personalidades –todas eligiendo igualmente su plan de vida, como personas adultas– hace que (por así decir) entre por los ojos. Según la terminología de Bobbio, esta sería una sociedad permisiva o liberal, a la que sólo podemos oponer una sociedad perfeccionista o autoritaria, en la que los gobernantes impondrán a los ciudadanos las ideas morales y de todo tipo que posean los detentadores del poder. Naturalmente, si reconocemos que cada ser humano está maduro para determinar por sí mismo el estilo de vida que quiere elegir, hemos de optar por la primera propuesta, porque la segunda opción presupone la inmadurez continua de las personas, que necesitarían de un líder clarividente que decida por ellas. No entraré en un debate así planteado, que reposa en definitiva sobre un sofisma básico, como es la oposición excluyente entre una sociedad o permisiva o autoritaria. Ahora solamente quiero aludir a una consecuencia entre otras de este planteamiento que reduce el derecho a pactos.

El problema se sitúa ante todo en que por este camino dejamos reducido el derecho a la fuerza, o las fuerzas socialmente dominantes, que se expresan y hacen realidad sus pretensiones mediante los pactos. Los pactos tienen una función muy importante en la vida política y jurídica, pero también tienen sus límites, porque conducen a funciones y consecuencias indeseadas e indeseables. El derecho de pactos tiene amplia autonomía, y debe tenerla, pero no se puede dejar reducido todo el derecho a una cascada de pactos convenidos entre los individuos, porque destruiríamos la libertad y la justicia. Sucede que normalmente el pacto no es más que un forcejeo, en el que impone su voluntad, total o parcialmente, el más fuerte: por este motivo el Derecho del trabajo es un *ius cogens* en el que la autonomía de la voluntad está extraordinariamente recortada: existe demasiada diferencia entre las partes que contratan.

La exposición más lúcida del punto de vista liberal es la que encuentro en John Stuart Mill, que se pregunta “¿Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde comienza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? Cada uno recibir su debida parte si tiene lo que más particularmente le interesa”.⁴⁷ Pero, claro, precisamente el problema estriba en saber qué es aquello que particularmente interesa a cada cual. Mill responde escribiendo que “A la individualidad debe co-

⁴⁷ *Sobre la libertad*. Trad. de P. de Azcárate. Barcelona, 1984, pág. 119.

rresponder la parte de la vida en la que el individuo es el principal interesado; a la sociedad, aquella en la que ella misma está principalmente interesada".⁴⁸ Esta declaración es algo así como indicarle a un empresario que debe disminuir los gastos y aumentar las ventas. Stuart prosigue: "aunque la sociedad no esté fundada sobre un contrato a fin de deducir obligaciones sociales de él, todo el que recibe la protección de la sociedad debe una compensación por este beneficio; y el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses que, por expresa declaración o por tácito entendimiento deben ser considerados como derechos".⁴⁹

Stuart Mill sigue la visión propia de la época, que expresaron ejemplarmente Theodor Schmalz y Wilhelm Traugott Krug cuando diseñaron la sociedad política sobre los moldes del derecho de sociedades privadas.⁵⁰ Porque lo que expone el inglés está muy ajustado a lo que reclaman los estatutos de la sociedad de Puerto Banús, o de cualquier otro club privado: las partes fundacionales convienen libremente en lo que será y no será obligatorio, y la jurisprudencia posterior añadirá —cuando se produzcan colisiones de intereses— nuevos derechos y obligaciones. Pero una entidad así poco tiene que ver con una sociedad política.

Expresado más precisamente: ¿cómo podemos saber qué intereses deben ser convertidos en derechos? Stuart Mill se remite a una declaración expresa o a un tácito entendimiento. Pero esto no supone más que consagrar la fuerza como criterio del derecho, aunque esa fuerza se exprese por mayoría de votos. Las votaciones civilizan algo la fuerza, y con frecuencia la superan porque constituyen ellas el criterio mismo de la justicia. Pero no pueden ser el único criterio. Y es que una cosa son los intereses, y otra los derechos o los deberes: a veces deben coincidir, y entonces tiene razón Jhering, y a veces deben quedar enfrentados de modo que el derecho domine al interés de la parte más fuerte en el diálogo.

Este problema se manifestó en la redacción de la constitución republicana francesa. Un sector de los constituyentes franceses de 1789 fue consciente del peligro que implicaba la doctrina democrática de Rousseau, y

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Op. cit.*, pág. 120.

⁵⁰ Vid. mi estudio *La Cabeza de Jano. La teoría jurídico-política de la escuela kantiana*. Universidad de Cádiz, 1989, págs. 155-183.

por esta razón prefirieron determinar en una lista concreta los “Derechos del hombre y del ciudadano”. Algo parecido sucedió después de la II Guerra Mundial, cuando se publicó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pero, ¿constituyen los derechos humanos esa barrera que nos asegura la justicia frente a la posible prepotencia de la mayoría? Temo que no, o por lo menos no adecuadamente,⁵¹ y a este tema aludiré, más adelante, recordando consideraciones que ya he expuesto en otros estudios.⁵² Si los derechos humanos, a través de su adecuada protección jurisdiccional, constituyeran una garantía eficaz y suficiente para el derecho, estarían de sobra estas páginas, porque la libertad en el derecho se desgranaría en tantas libertades concretas como recogen cada uno de los derechos que cada Estado ha reconocido a través de su Constitución, jurisprudencia de los tribunales, etc. Sucede más bien que si las cosas funcionan, mejor o peor, si la justicia se realiza –mejor o peor– día a día en los juzgados y audiencias, eso sucede no tanto porque se respeten o se dejen de respetar los derechos humanos sino porque los jueces tienen una cierta voluntad de hacer justicia, combinada con la prudencia. El afán de hacer justicia determina el factor subjetivo indispensable en el juzgador; la prudencia proporciona la medida objetiva, casi siempre bastante opinable, pero objetiva. El hecho de que la mayor parte de las soluciones jurídicas sean simplemente opinables hace que mucha gente quede descontenta. Pero ello no mengua la relativa objetividad que podemos alcanzar en los asuntos propiamente humanos. En otras palabras: si las cosas funcionan, siempre cojeando, es porque los juristas, aunque se proclamen positivistas, etc., son cripto-prudenciales. Y es que a Aristóteles se le pueden criticar muchos puntos concretos; pero en los fundamentos de su filosofía práctica dijo cosas tan llanamente sencillas que no pueden ser ignoradas, aunque se presuma académicamente de lo contrario.

B) *Derechos Humanos, Libertad y Justicia*

Indicaba que nuestro patrimonio actual es el mismo de la modernidad. Ya no utilizamos por lo general exactamente la misma terminología del siglo XVIII, pero seguimos considerando al binomio igualdad-libertad como

⁵¹ A este tema dedicó Andrés OLLERO parte de su literatura filosófico-jurídica. Vid. por ejemplo, *Para una teoría 'jurídica' de los derechos humanos*, ya citado.

⁵² Vid. *Derecho y ontología jurídica*. Actas, Madrid, 1993, págs. 61-71.

el punto de referencia sistemático de toda construcción jurídica.⁵³ Este es precisamente el problema: si este planteamiento, que se expresa normalmente en la figura de los derechos humanos, es suficiente y coherente.

1. *Una comprobación primera: La situación anómala del ciudadano actual*

Supone una contradicción vital que a cada ciudadano se le insista en que es libre, que el punto de partida y de llegada de toda construcción jurídica y política es él en cuanto libre, que la única categoría legitimadora de sus deberes son los pactos que él concluye libremente y que, al mismo tiempo, se le fuerce a participar en empresas colectivas tales como el sostenimiento de la seguridad social, la defensa y reivindicación de los derechos de la mujer o la erradicación de la pobreza. Es decir, referido a estos últimos temas -nuestros deberes jurídicos y políticos- queda en pie el problema del deber jurídico (en el sentido estricto de la palabra), o de la faceta normativa de todo el derecho: un problema que nuestra cultura no ha resuelto. Podría decirse, como hace Scarpelli, que las leyes no crean un deber, sino una obligación; pero entonces tendría razón Marcuse cuando afirma que en Kant el Derecho positivo no es más que el látigo del rebaño. Sucede que los hombres reclamamos criterios racionales por los que *debamos* obedecer. El ciudadano contemporáneo se encuentra sometido a una creciente heteronomía, a una planificación de su vida en la que de hecho él no participa, y quiere saber las razones o motivos por los que ha de obedecer en cada caso concreto: no me refiero ahora a la legitimidad del poder, y a su consecuente capacidad para dictar leyes, sino a las razones que existen 'en cada caso' para exigir obediencia a las disposiciones de gobierno. El tema de la legitimidad del poder es una realidad que corresponde ser analizada por la política, y el problema de la justicia de cada ley, decreto, etc., es un problema preferentemente jurídico que no queda resuelto sin más desde la política: todo gobierno muy legítimo puede dictar disposiciones injustas, y si existe una legitimidad en lo que concierne al origen, también ha de existir una legitimidad posterior en lo que hace a la administración cotidiana de la *res publica*. No en vano los escolásticos distinguieron entre la

⁵³ Vid. mi estudio *Igualdad y simetría: La selección de los derechos*, en Javier SALDAÑA (ed.) "Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica". UNAM, México, D.F. 1997, págs. 61-89.

justicia 'quoad originem' y la 'justitia quoad administrationem'. Bierling intentó resolver este problema manteniendo que todos tenemos el deber de obedecer las leyes porque todos hemos prestado nuestro consentimiento. Pero esto supone entrar demasiado descaradamente por el camino de las ficciones.⁵⁴

Nos encontramos con dos realidades que son ciertas: una, que el hombre es libre. La otra, que todos nacemos y vivimos bajo obligaciones que normalmente ni conocemos previamente, ni hemos pactado. Como ambas tesis son verdaderas y contradictorias al mismo tiempo, se impone matizar.

He aludido a que la mentalidad dominante nos inculca a todos que la vida política y jurídica ha de ser construida sobre nuestros derechos. Pero esta expresión tan radical de autonomía, fragmentada en tantas libertades como derechos existen, se opone en buena medida a las necesidades de la vida social, que nos fuerzan continuamente a participar en empresas colectivas públicas y *privadas* para las que no se nos ha pedido nuestro consentimiento. Además, la máquina legislativa lleva anualmente varios kilos de papel con normas públicas al bufete más modesto; y el ciudadano normal ni sospecha de su existencia. Una consecuencia de esta contradicción entre la educación recibida y las exigencias del Estado contemporáneo es la existencia permanente de una situación existencial y vital esquizofrénica, ya que el ciudadano está desgarrado por la tensión producida por la educación que ha recibido –sus derechos, centrados en su autonomía– y las exigencias morales y jurídicas que implica cualquier forma de convivencia.⁵⁵

Efectivamente, la ideología de los derechos o libertades, en la que insisten los políticos, profesores, etc., es un fiel trasunto de la falta de unidad vital de nuestra sociedad: de una parte se fomenta la autonomía personal, y de otro lado el Estado interviene en medida creciente en la vida personal sin pedir permiso. El tema se complica algo más, y a ello aludiré en las páginas siguientes, porque en definitiva el fin en sí mismo que se supone

⁵⁴ Sobre la actitud de Bierling y de otros autores del siglo pasado que mantienen la 'Anerkennungstheorie' como fundamento del deber de obedecer las leyes, vid. la exposición y crítica de Kelsen en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen, 1923, 2. Auf., págs. 346-350.

⁵⁵ Sobre estas dos lógicas distintas, vid. Alejandro Llano, *La nueva sensibilidad*. Madrid, 1988, pág. 24.

que es cada persona acaba en la práctica en un fin para sí mismo,⁵⁶ como denunciaron tantos debedores de la modernidad jurídica en los comienzos del siglo pasado. Algo de esto dejé expuesto en “La Cabeza de Jano” y en “Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa”. De este modo el ciudadano contempla sin poderlo entender –no tiene explicación, de hecho– el problema de por qué su vida se rige por principios contrapuestos. Serna destaca en este punto lo que Bruno Romano llama el conflicto neurótico entre la necesidad del mundo y su negación por la subjetividad moderna. El autor italiano mantiene que este conflicto provoca una verdadera neurosis porque, de una parte, el hombre moderno experimenta la necesidad de volverse hacia el mundo, pero, de otra parte, permanece el impulso de la negación de él, ya que el mundo es el ámbito en el que sucumbe la voluntad de disponibilidad que caracteriza nuestra subjetividad.⁵⁷

Por este camino se produce la situación existencial contradictoria que consiste en que la educación recibida lleva a buscar el máximo lucro individual, hecho que cualquiera puede comprobar examinando los móviles del trabajo cotidiano de buena parte de los profesionales que conoce. En cambio, lo que pudiéramos llamar la moral política insiste cada vez más en la solidaridad nacional e internacional. Se podría decir que formamos en un primer momento a seres egoístas que, más tarde, se ven forzados a prestar su colaboración para empresas solidarias. De esta forma se produce una ruptura en la vida de los ciudadanos que Hegel, que captó el problema en su crítica a la modernidad, llamó *Entzweiung* o *Zerrissenheit*, es decir, desdoblamiento o desgarrón. Después, una vez que el problema se deja sentir, la opinión pública se queja de que los servicios públicos no funcionan: ¿pueden funcionar unos servicios solidarios cuando sus integrantes –necesariamente personas concretas– han sido formadas insolidariamente? Una aporía interesante.

⁵⁶ Trigeaud nos explica gráficamente que “La personne n’est pas le sujet froid et sceptique qui calcule et décompose les rouages d’un autre nature-horloge; elle est le sujet qui pâtit et qui s’abîme dans l’exaltation narcissique de son moi”. *Philosophie juridique européen*, cit., 1990, pág. 142.

⁵⁷ Vid. SERNA, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. Pamplona, 1990, pág. 271.

2. Hegel: La libertad del vacío

En este contexto, la realidad humana queda reducida a unas esferas de libertad: las manidas *Freiheitssphären* que llegan a causar el tedio del investigador cuando estudia a los discípulos de Kant. Pero no quedemos presos en el encanto de las palabras: la libertad que entraña esta ideología no es tanto la afirmación decidida de unas libertades concretas como postular la ausencia de cualquier deber.⁵⁸ Estamos ante lo que Hegel llamaba la libertad del vacío, que sólo se presenta cuando, ante la falta de metas humanas, se erige al arbitrio, al capricho o a la simple terquedad (como se aprecia más claramente en las personas más limitadas) en las metas supremas de la actuación práctica.⁵⁹

La mentalidad que hace posible el Estado es reacia a admitir libertades demasiado concretas u operativas en el plano público: limitarían demasiado eficazmente el poder de los detentadores del poder del Estado. De hecho, para seguir su destino, esta mentalidad vuelve las espaldas a los hombres y los deja abandonados a la pura contingencia, ahora bastante controlada en la sociedad capitalista desarrollada. Hegel hablaba de *contingencia* porque cada sujeto, determinado a actuar por su capricho, se decide en su actuación por los mismos motivos por los que podría decirse de forma distinta o incluso contradictoria: en cualquier caso, sin un fundamento objetivo.⁶⁰ Cuando el individuo es intuitivamente consciente de la

⁵⁸ La unidimensionalidad que encarnan los derechos humanos así entendidos vuelve imposible la convivencia. OLLERO explica que “El planteamiento liberal de los derechos es fiel a este origen. Los derechos se conciben típicamente como poseídos por, o propiedad de, como ‘una especie de propiedad moral de los individuos’ en cuanto tales. Esta visión de los derechos, que excluye toda auténtica coexistencia, desintegra el intento de ‘ajustamiento’ que sirve de núcleo a cualquier realidad jurídica. Pone en marcha una tarea muy distinta: lograr una coincidencia sin conflicto entre individuos autopropietarios ilimitados en su acción”. *Para una teoría ‘jurídica’ de los derechos humanos*, cit., págs. 106-107.

⁵⁹ Vid. *Principios de la Filosofía del derecho o Derecho natural y Ciencia política*. Trad. de J. L. Verma. Buenos aires, 1975, §§ 5 y 15.

⁶⁰ “De acuerdo con esta determinación, la libertad de la voluntad es arbitrio, en el cual están incluidos tanto la libre reflexión que abstrae de todo como la dependencia del contenido y materia dados, interior y exteriormente. Dado que este contenido, necesario en sí como fin, es determinado al mismo tiempo como posible frente a aquella reflexión, el arbitrio es la forma en que la contingencia se presenta en cuanto voluntad... Puesto que tengo la posibilidad de determinarme de tal manera o de tal otra, es decir, puesto que puedo elegir, tengo arbitrio, lo que comúnmente se llama libertad... la elección se basa por consiguiente en la indeterminación del yo y en la determinación de un conte-

falta de dirección de su actuación, de su contingencia,⁶¹ cuestiona el sentido de su comportamiento, y ante la ausencia de razones que motiven su actividad, sólo le queda la satisfacción de las diversas facetas de su instinto (el ser para sí sensible o intelectual) como móvil personal. Me parece que es una vuelta al instinto poco concorde con las exigencias de una cultura desarrollada: volver a una sociedad pre-romana supone una fuerte regresión cultural. Paradójicamente, esta situación se produce tras dos milenios y medio de cultura conocida, y en nombre precisamente de las conquistas históricas de la dignidad de la persona. Cotta alude también a este problema —¿quién puede dejar de evocarlo al tratar del derecho?— cuando indica que “Ciertamente el sujeto puede quedar cerrado a la comprobación de la pura y simple co-presencia de pretensiones y verdades subjetivas, pero advertirá entonces, no sólo el mortal conflicto empírico entre el yo y el otro (hipótesis de Hobbes y Spinoza), sino la recíproca reducción a la categoría de ‘cosa’. Se llegará así a un retroceso respecto a la lograda conciencia de la igualdad, en la capacidad de pretender cada uno según su propia verdad. Y se caerá en la paradoja, tan bien expuesta por Kierkegaard, según la cual ‘el yo con sus esfuerzos para ser sí mismo, termina exactamente en lo contrario, llegando a ser ningún yo’ ”.⁶²

La edad contemporánea no tolera mucha libertad, y opta por el permisivismo, que es aquella actitud moral y jurídica en la que el hombre aislado, a falta de realidades que trasciendan su arbitrio, considera que el fin único posible del ordenamiento jurídico es el respeto a su voluntad, a su esfera de libertad. En este planteamiento hay mucho de verdad y mucho de falacia, y la verdad patente parece justificar lo que no tiene razón. El mal llamado permisivismo tuvo su origen doctrinal en la doctrina jurídico-

nido. La voluntad no es, pues, libre a causa de este contenido... Ninguno de los contenidos le corresponde, en ninguno se tiene verdaderamente a sí misma. En el arbitrio el contenido no está determinado por la naturaleza de mi voluntad, sino por la contingencia. Dependo por lo tanto de ese contenido, y ésta es la contradicción que reside en el arbitrio”. Cfr. *Principios de la Filosofía del derecho...*, cit., § 15.

⁶¹ A este respecto, SERNA abunda en una conocida tesis de Sergio COTTA y escribe que “si lo natural es lo fáctico, lo dado, y no lo tendencial, el mundo de la naturaleza —y la sociedad misma— son portadores de una realidad hueca, determinada en su actividad por el juego de fuerzas de un sistema que impone un orden totalmente externo y extrínseco. Cuando se impone una regulación a seres que carecen por completo de tendencia alguna, que están privados de cualquier dinamismo, desaparece, como ha observado Spaemann, la diferencia entre movimiento natural y violento”. *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, cit., pág. 123.

⁶² *El derecho en la existencia humana*, cit., págs. 45-46.

política kantiana, remozada por 'Los Kantianos' en el cambio del siglo XVIII a XIX y por los neokantianos de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Estas corrientes venían a mantener (con demasiadas lagunas e incoherencias) una tesis aceptable, a saber: que era tarea del ordenamiento jurídico positivo hacer posible el respeto a la autonomía ética de cada ser humano, de modo que el derecho poseyera una función instrumental respecto al plan personal de vida que cada cual quisiera trazarse. Pero las tesis de los discípulos de Kant (y la misma doctrina jurídica kantiana, plagada de aporías) condujo a que la separación entre Derecho y moral típica del Estado contemporáneo se hiciera realidad sobre la base de negar la objetividad de la moral.⁶³ Este no era el propósito de Kant, que no contempló la autonomía del derecho como un correlato de la subjetividad de la moral —cosa por otra parte que él no mantuvo. Pero lo cierto históricamente es que los alemanes especialmente afirmaron la independencia del derecho frente a la moral mediante la insistencia en el carácter 'personal' y subjetivo de ésta. En su afán por crear el Estado secularizado no llegaron a entender que el derecho o crece desde el suelo nutricio de la moral, o acaba en simple prepotencia. No es que cada precepto jurídico haya de recoger un precepto moral substantivo: a veces sí será así, y por eso existen leyes que ordenan pagar una cantidad de dinero a los parados, o que aporten más a la Hacienda Pública los que tienen más dinero. Pero normalmente el derecho debe simplemente desarrollar preceptos formales de la moral, que él llena de contenidos concretos. Así, Tomás de Aquino hablaba de que el Derecho positivo-humano se sigue de la ley natural por conclusión o determinación: por conclusión, positivando un precepto moral, como es el que ordena no robar a otras personas; por determinación, desarrollando las órdenes de la ley natural que imperan buscar el bien de todos de modo que el gobierno no sea para provecho de los gobernantes, sino para el de todos.⁶⁴ Pero nuestros abuelos liberales buscaron hacer del derecho un mundo autónomo estrictamente autorreferencial, que no tuviera que pedir prestados sus fundamentos a otros órdenes normativos, y perdieron de vista que el ser humano es unitario y que no puede escindirse en dos esferas distintas, una jurídica y otra moral. Porque tan incierto es que moral y derecho hayan de ir fusionados, de modo que cualquier exigencia moral se

⁶³ Aludí a este tema en la parte que titulé "La formación del pensamiento jurídico contemporáneo", en *Una introducción a la ciencia jurídica*. Civitas. Madrid, 1988.

⁶⁴ Vid. *Suma teológica*, I-II, q.

convierta automáticamente en una exigencia jurídica (como ha sucedido históricamente en comunidades protestantes fundamentalistas, y hoy sucede en buena medida en los regímenes fundamentalistas musulmanes), como que moral y derecho hayan de ir 'separados': una cosa es distinguir entre el derecho y la moral, y otra cosa ya muy distinta es separarlos. En cualquier caso, el permisivismo avanza en la medida en que decae la cultura, la filosofía práctica,⁶⁵ por más que sólo en España se editen cada año más de cincuenta mil títulos. Y es que una cosa es la vertiente propiamente humana de la cultura (*praxis, agere*) y otra son los logros técnicos o poéticos, también en el terreno de las Humanidades.

No simplifiquemos, sin embargo: el problema existe 'hoy' porque tiene motivos históricos para estar planteado. Tras las experiencias traumatizantes de los Estados totalitarios o fundamentalistas, las críticas de Isaiah Berlin a la libertad positiva tienen un fundamento de peso. El espectáculo deprimente de los disciplinados ciudadanos soviéticos en las Olimpiadas de Moscú hace añorar vehementemente una fiesta desmelenada de un campus norteamericano. Es lógico que muchas personas quieran distinguir entre los dominios de las ocurrencias ideológicas, y lo son las exigencias propiamente jurídicas. Pero entramos otra vez en el campo de los chantajes históricos: ante el miedo a una imposición totalitaria, optamos por separar moral y Derecho entendiendo que aquella es realidad personal de cada uno, y ésta cosa intersubjetivamente vinculante. Pero hay que desechar las situaciones de chantaje: no se puede erigir el abuso, que debe ser considerado siempre una excepción, en regla general.

Ante el miedo al abuso se opta por lo que describe Hegel: la afirmación de la voluntad del individuo que se afirma a sí mismo mediante un acto de voluntad, contiene solamente, o se reduce, a la pura indeterminación del arbitrio, puesto que la libertad así entendida consiste y se agota en la ausencia de cualquier deber. A este momento de la libertad (que debe darse necesariamente en toda vida humana) lo llama Hegel libertad negativa o

⁶⁵ Andrés OLLERO denuncia que "La dimensión represiva del derecho desarticula la mutua implicación derecho-deber. Tener un derecho no supone asumir deber alguno, sino más bien estar facultado para imponerlo al otro; no expresa una libertad coexistencialmente ajustada, sino exclusiva y excluyente. Cuando se abandona la actitud individualista, el cambio es sólo aparente: Tenemos derecho a hacer lo que nos parezca en aquellos campos residuales (amplios o no) que han quedado libres de deberes impuestos por el Estado. En ambos casos, tener un derecho es poder verse libre de los otros, y no usar de la libertad para ser más humanos". *Para una teoría 'jurídica' de los derechos humanos*, cit., pág. 110.

libertad del vacío (más normalmente designada por él como libertad *abstracta*), ya que esta libertad no quiere nada positivo, sino únicamente la ausencia de cualquier deber real. Cuando esta libertad del vacío se manifiesta en la vida real –prosigue Hegel– sólo persigue el vacío en la sociedad, es decir, la aniquilación de cualquier institución que comporte un deber, una exigencia de actuación. También reclama la eliminación de cualquier hombre sospechoso de querer algo positivo, ya que lo positivo, es decir, cualquier meta que debamos realizar, acarrea inmediatamente una particularización, una determinación y por ello una limitación de esta libertad vacía. Por este motivo esta libertad negativa necesita destruir inmediatamente toda obligación, toda institución, todo orden, pues únicamente de esta manera llega ella a afirmar su existencia.⁶⁶

Si la expresamos en tono positivo, parece que lo más a que llega esta libertad negativa es a postular la igualdad ante la ley.

3. El Derecho y la Fuerza

El cauce que propone la mentalidad de las libertades consiste en definitiva, omitiendo algún paso intermedio, en resolver las cuestiones propias de la Filosofía práctica mediante el uso omnipresente de la figura del pacto.⁶⁷ Los autores clásicos hablaron de libertades reales o empíricas; los

⁶⁶ Escribe HEGEL que “La voluntad contiene el elemento de la pura indeterminación o de la pura reflexión del yo en sí mismo... Observación: se está entonces ante la libertad negativa o libertad del entendimiento. Es la libertad del vacío. Elevada a figura real... se manifiesta en el fanatismo religioso de la pura contemplación hindú; vuelta hacia la realidad, se manifiesta en el fanatismo que se traduce en la destrucción de todo orden social existente, y en la expulsión de todo individuo sospechoso de pretender un orden... Únicamente destruyendo algo tiene esta voluntad negativa el sentimiento de su existencia. Cree querer una situación positiva, por ejemplo, la igualdad universal o una vida religiosa universal, pero de hecho no quiere una realidad positiva, pues ésta acarrea inmediatamente un orden, una particularización... cuya aniquilación necesita esta libertad negativa para llegar a su existencia”. *Principios de filosofía del derecho...*, cit., § 5.

⁶⁷ Referido a los siglos xvii-xviii, destaque este hecho en *Voluntarismo y contractualismo: Una visión sucinta de la escuela del Derecho natural*, en “Persona y Derecho” XIII (1985). MONTORO destaca que aún hoy “desde los supuestos individualistas, racionalistas y voluntaristas de la ideología liberal –que parte del dogma de que todos los hombres son iguales y libres, y titulares de unos derechos naturales, originarios e inalienables, situando a todos los hombres en un plano más abstracto que real, de igualdad, desde el cual están llamados a entenderse, a relacionarse para convivir pacífica y libremente– la idea de pacto es elevada a la condición de categoría fundamental de la vida pública y privada”. *Ideologías y fuentes del derecho*. Murcia, 1984, pág. 75.

autores contemporáneos, más escarmentados, hablan de consensos ideales. Todos ellos plantean problemas.

3.1. Una primera explicación realista

Las teorías actuales que estudian este tema se resisten, como es lógico, a concluir que todo el problema de la justicia se resuelve en una cuestión de fuerza, de modo que la mayoría impone su punto de vista, sus intereses, etc. Por esta razón han aparecido en estos últimos veinte años diversas teorías sobre la racionalidad práctica que desdeñan el consenso real en nombre de un consenso ideal o no-empírico, 'contrafáctico'; en definitiva, en nombre del *verdadero* consenso. Yo pienso, a la vista de esta imposición del verdadero consenso, que estos teóricos de la ética piensan que los que votan o pactan no saben descubrir la verdad o la justicia, y que por ello es necesario imponerles la auténtica racionalidad consensuada (*¿?*). Todos los inquisidores que han existido en la historia han entendido que ellos representaban la auténtica verdad ante la que cualquier ser racional hubiera debido ceder si hubiera sido lo suficientemente inteligente, honesto, etc., para reconocerla.⁶⁸

Aquí tenemos encerrados dos problemas distintos aunque vitalmente conexos: cómo el pacto lleva a la prevalencia de la fuerza, y qué criterios hay que buscar en sede de Filosofía del derecho para evitar esta imposición brutal. Adelanto que nuestra época no ha logrado resolver este tema teóricamente, porque si bien los pactos llevan al dominio del más fuerte, la mentalidad que defendieron los Estado capitalistas durante los años de la Guerra Fría insistió tanto en las libertades individuales que el derecho sólo ha podido ser entendido —a raíz de esta propaganda— como formado por pactos entre individuos libres. Así hemos llegado a la situación paradójica de reclamar incuestionablemente una ética necesariamente 'dialógica', basada ante todo en el consenso de los individuos, pero un consenso que no puede ser libre porque ha de estar guiado por unos intereses guardianes: la teoría política de la postguerra quiere evitar tanto las

⁶⁸ Andrés OLLERO ha insistido reiteradamente en el peligro de despotismo que encierran buena parte de las propuestas éticas actuales —también las que se autodenominan éticas 'dialógicas'—, porque propugnan imponer una racionalidad 'verdadera' o crítica. El problema se desplaza a quienes tienen las cabezas que representan esta racionalidad crítica o verdadera.

situaciones de hecho que se dan cotidianamente en todas partes como que se vuelva a repetir la subida de Hitler al poder, que sucedió impecablemente desde el punto de vista democrático. Por estos motivos, desde los años '50 hemos visto proliferar todo tipo de teorías que insisten en el 'verdadero consenso' al modo de Rousseau, quien también distinguía entre los resultados de la votación empírica o real (que daba origen a la simple *volonté de tous*) y el contenido de lo que siempre es bueno y justo, al que llamó *volonté générale*. Jürgen Habermas ha popularizado, especialmente en el continente europeo, la distinción entre el consenso fáctico y el consenso contrafáctico: este último es tal por estar guiado por unos intereses emancipadores más o menos eternos. En la mayor parte del mundo domina (académicamente) la teoría de John Rawls, quien pretende –al modo kantiano– situar unas anteojeras necesarias para cualquier teoría político-jurídica posible. Ahora sólo quiero mencionar una explicación que me parece más realista, y que personifico en Werner Maihofer.

Este autor explica que la racionalidad de la decisión jurídica no es cuestión del entendimiento o razón de un sujeto trascendental, en el sentido kantiano de la expresión. Sino que tal legitimación surge de un proceso institucional, argumentativo y dialógico en el que además del poder legislativo, participan también los poderes judicial y ejecutivo. A través de este diálogo surge lo que Maihoffer llama la decisión práctica, que crea un consenso intersubjetivo en el que la mayoría asegura tanto la verdad de nuestro conocimiento (también las cuestiones de hecho se deciden por consenso) como la justicia de los problemas jurídicos.⁶⁹ Son bastantes los autores que argumentan de forma parecida. Resumiendo, podríamos decir lo que indica M. A. Rodilla a propósito de Buchanan: “la legitimidad de un sistema de normas e instituciones descansaría así en su mera capacidad para ganarse el asentimiento fáctico”.⁷⁰

Esta explicación de la realidad posee buena parte de verdad: sin principio democrático o aceptación popular no puede haber convivencia política. La aceptación es la base y el fundamento legitimante último de buena parte del ordenamiento jurídico. Pero cosa distinta son las cuestiones que podríamos calificar más propiamente como jurídicas: no podemos meter

⁶⁹ *Die Legitimation des Staates aus der Funktion des Rechts*, en “Archiv für Recht und Sozial Philosophie”. Beiheft n. 15, 1981, pág. 20.

⁷⁰ *Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” (1985), pág. 251.

indiscriminadamente en un mismo saco a la política y al derecho, por mucho que presenten facetas y sectores comunes y complementarios. Muchas cuestiones jurídicas han de decidirse según lo que realmente sea derecho positivo o esté positivado. Además, aún en las cuestiones estrictamente políticas siempre aparecerá en pie la objeción de Schmitt: “El Parlamento es ‘verdadero’ en la medida en que la ‘discusión’ pública tiene en él un sentido especial y no significa simplemente regateo (*bargain*). Quien designa a todo tipo de regateo y compromiso como parlamentarismo y a todo lo otro como dictadura, evita lo que es propiamente el problema”.⁷¹ Efectivamente, algunas personas expresan algo así como “Esto es lo menos malo”, pero una argumentación tal, ¿constituye una actitud permanente ante la política? Schmitt indicaba: “nadie estará tan desprovisto de pretensiones que se contentará con un ‘Qué, si no’ como fundamento o para disculpar de una verdad moral”.⁷²

3.2. *Matizaciones oportunas*

Las bases constitucionales o políticas de la convivencia se resuelven en buena medida en una cuestión de equilibrio o ajuste de intereses, como vio claramente Gustav Radbruch: pero la fuerza de la mayoría no se puede extender a todos los planos de la convivencia, y por esto el mismo Radbruch hubo de dar marcha atrás en 1946. Como nunca llueve a gusto de todos, es obvio que en cierto modo toda forma de convivencia política es siempre en algunas de sus facetas una forma de dominación. Aunque algunos temas básicos de la convivencia se determinan por lo que hay y es, creo —sin embargo— que no puede erigirse indiscriminadamente a la fuerza en el criterio básico para hacer derecho. La ideología de las libertades, que centra la justicia en la expansión de las voluntades parece, sin embargo, que lleva a este resultado último. Norbert Hoerster nos indica en este sentido que “La pregunta anteriormente planteada en el sentido de si alguien... tiene el derecho de imponer sus normas a otro, fue formulada de manera poco clara. Si derecho ha de ser entendido en el sentido técnico del llamado derecho subjetivo (es decir, un derecho a algo al que corresponde un

⁷¹ *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles*. Hamburg, 1940, pág. 55.

⁷² “So anspruchlos wird doch wohl niemand sein, daß er mit einem ‘Was, sonst?’ einige Grundlage oder keine moralische Wahrheit für erwiesen hielte”. *Positionen und Begriffe...*, cit., pág. 54.

deber de la otra parte), la respuesta es no, ya que desde mi punto de vista subjetivista no puede existir un derecho de este tipo en el sentido de pre o suprapositivo... Pero si con derecho se quiere tan sólo significar que alguien puede hacer algo determinado... entonces naturalmente, la respuesta es sí".⁷³ De esta forma los derechos en la praxis actual quedan reducidos al poder o fuerza que de hecho tiene cada sujeto para imponer sus pretensiones. Por ello, Hoerster es consecuente cuando afirma que "quien habrá de imponerse aquí es, en realidad, una cuestión de poder".⁷⁴

En efecto, las partes que intervienen en un pacto defienden sus intereses; quien se impondrá es, por tanto, una cuestión de fuerza.⁷⁵ Un pacto es siempre el resultado de un forcejeo, y podríamos compararlo con un pulso. Esto ocurre y es patente, por ejemplo, en el mundo laboral: los empleados defienden sus intereses y recurren a la huelga; el empresario tomará represalias; cuenta el contexto económico-político, que determina en buena medida lo que pueden exigir de hecho unos y otros. Es posible que ambas partes aleguen argumentos: se tratan de razones para apoyar la causa propia, que son escasamente objetivas porque no se alegrarían si perjudicaran. Como apreciamos, Hoerster es preciso cuando reduce la praxis política actual a poder.

Martin Kriele indica a este respecto que la debilidad del principio del consenso (real) radica en el intento de deducir el Derecho y la moral desde el cálculo de los intereses individuales. La teoría del consenso, explica Kriele, es sólo una variante de las teorías utilitaristas, es decir, del racionalismo que todo lo reduce a un cálculo sobre los intereses en juego. La imposibilidad de fundamentar la justicia sobre esta base fue ya evidente en los clásicos del individualismo utilitarista. Este individualismo encontró su criterio máximo en la fórmula que Bentham propuso como criterio rector de la Ética: la mayor felicidad posible para el mayor número. Una fórmula que, sin ser pervertida, concluye Kriele, se prestó en su aplicación normal a justificar el genocidio de las minorías, como fue el caso de los indios norteamericanos.⁷⁶ Es obvio que cuando se reduce la

⁷³ *Ética jurídica sin metafísica*, en E. GARZÓN, 'Derecho y Filosofía'. Barcelona, 1985, pág. 129.

⁷⁴ *Ética jurídica...*, cit., pág. 130

⁷⁵ TRIGEAUD suele ocuparse de este tema, destacando la imposibilidad de un pacto o consenso ideal. Vid., por ejemplo, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*. Bordeaux, 1990, pág. 346.

⁷⁶ Cfr. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen, 1979, págs. 55-56.

justicia de las normas a un mero acuerdo fáctico conforme a los intereses reales y a la composición de fuerzas de hecho existentes en un grupo social, este intento no es capaz de dar cuenta de la dimensión moral involucrada en la existencia misma de las normas e instituciones sociales.

3.3. Debilidades de los derechos

Según alegan muchos, la mayoría que detenta el poder encuentra siempre como límite de la imposición de sus intereses los derechos y libertades que vienen recogidos en las declaraciones de derechos humanos. El respeto a estas libertades constituiría la defensa invulnerable de las minorías que, parapetadas tras ellas, estarían a salvo de la arbitrariedad. En este sentido, nuestro conocido Ronald Dworkin entiende que “la institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, ya que representa la promesa que la mayoría hace a la minoría acerca de que la dignidad e igualdad de ésta ser respetada. Cuanto más violentas sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser este gesto para que el derecho funcione”.⁷⁷ Dworkin tiene mucha razón: cuando se produce un conflicto realmente violento, incluso la comunidad internacional debe intervenir. Y como la comunidad internacional a veces logra intervenir eficazmente, es preciso reconocer que las declaraciones de derechos logran cierta eficacia. No perdamos de vista que no estoy cuestionando la justicia de los derechos básicos (¿quién puede poner en duda el derecho a no ser discriminado?), sino su eficacia como límite de la prepotencia del poder, esto es, su capacidad para crear derecho cotidianamente.

En tal caso la actitud de Dworkin me parece algo naïv, en parte porque vemos que en la práctica cotidiana la aceptación política de los derechos humanos es altamente selectiva: muchos gobernantes alegan los derechos que le interesan a ellos, y dejan en la sombra las restantes libertades de los ciudadanos. El tema es complicado porque existen bastantes declaraciones de derechos redactadas al filo de propósitos muy distintos: baste pensar en la incluso profunda oposición que existe entre la declaración universal de 1948, que es marcadamente individualista, y las declaraciones de derechos sociales, que han surgido de hecho en oposición no pacífica a algunas vertientes de la declaración de 1948. Este hecho hace posible que distintos gobernantes puedan seguir actuaciones políticas muy

⁷⁷ *Los derechos en serio*. Trad. de M. Guastavino. Barcelona, 1984, pág. 303.

diversas (incluso opuestas en temas concretos) siendo muy fieles a los derechos humanos. Por otra parte, la experiencia demuestra que la protección real que los derechos otorgan es muy relativa. Las libertades están protegidas de forma muy general y formal, como es propio de cualquier ley, y cualquier gobernante dispone cotidianamente de los resortes administrativos y políticos suficientes para desconocer eficazmente los derechos de las minorías. Lo que realmente cuenta es el funcionamiento honesto día a día de la administración pública, y este funcionamiento suele estar alejado del espíritu de individualidad propio de los derechos. Lo que quizá se consigue realmente con la firma de los protocolos en los que se positivizan las declaraciones de derechos, es lo que Benito de Castro y Alberto Montoro llaman el efecto autocomplacencia:⁷⁸ una vez cumplidos los trámites formales quedan libres las manos para llevar el agua al propio molino. Si cualquier lector piensa en la política de acceso a los puestos de la administración pública, la de subvenciones a empresas de cualquier naturaleza, los criterios para conceder becas y ayudas, la política informativa desde los medios que dependen del poder, quizá esté de acuerdo con lo que expongo.

3.4. *El remedio del consenso ideal*

Hoy ya casi nadie discute que el pacto es cuestión de fuerza. Por este motivo se han desarrollado en las dos últimas décadas varias explicaciones acerca de cómo debe ser el consenso. El inicio del problema radica en la falta de igualdad: en la vida real los hombres no somos iguales, y esto determina situaciones de prepotencia. Podríamos sentar una primera tesis: si tenemos que pactar es porque somos desiguales. Si no fuera así, nos dejaríamos llevar por lo que disponen las leyes, o la costumbre, o los usos sociales, o las opiniones autorizadas. Desigualdad, fuerza, poder, son el alma de todo pacto, esto es, de toda solución consensuada. No sería inexacto afirmar que el consenso es la figura intermedia entre el acuerdo tácito y la pelea abierta.

Hablar de un acuerdo que no es real, esto es, que no hace posible un equilibrio entre los intereses desiguales de las partes en conflicto, parece

⁷⁸ Vid. DE CASTRO, *La crisis de la Declaración Universal de 1948*, en 'Persona y Derecho' 25 (1991) pág. 19. MONTORO, *Razones y límites de la legitimación democrática del derecho*. Murcia, 1979, pág. 62.

que es abusar de las palabras. De hecho, en ámbitos académicos, acostumbrados a la terminología del consenso ideal o del consenso contrafáctico, suele suceder que se pregunte en tono de broma de si los acuerdos que se tomarán serán reales o ideales. El consenso ideal es el que impone el jefe. Se puede ver que hablar de un consenso ideal es como aludir a bicicletas que no pueden tener ruedas o barcos que no pueden navegar, para evitar los peligros reales de la circulación o de la navegación. Añadiendo el adjetivo ideal se quieren evitar los peligros inherentes a todo acuerdo. Lo que cabe cuestionarse es por qué se sigue hablando de acuerdo o consenso.

La figura del consenso tiene ahora un amplio prestigio. Además de las razones más pragmáticas que alegué anteriormente, en los ámbitos universitarios, una vez que el siglo xx hizo propio un sector de la filosofía analítica, de modo que el mundo entero, es decir, el universo humano es el resultado de una comunicación lingüísticamente compartida, el protagonismo lo alcanza la socialización del lenguaje que destaca cuando hablamos de verdad compartida. Toda la realidad ha de ser el resultado de un acuerdo socialmente o colectivamente logrado: el resultado de un diálogo que se renueva incesantemente en la historia. El antónimo del diálogo es el discurso monológico, el que realiza una sola persona: el verdadero enemigo de la ética actual es el discurso monológico.

Hay que conciliar académicamente dos opuestos: el consenso, que nace desde la desigualdad, y la igualdad de las partes en el diálogo. Esta simetría de los parlantes es el criterio máximo de justicia, el que hace que el diálogo sea justo: hoy no se concibe una justicia posible sin igualdad. El diálogo entre iguales constituye la médula de cualquier consenso ideal. La igualdad se hace posible únicamente en el diálogo, ya que la excluye por definición el razonamiento monológico. Es decir, es preciso lograr mediante el diálogo (que por definición postula la igualdad) el consenso. Pero ciertamente, un consenso así no existe ni puede existir, porque un consenso ideal es una figura contradictoria consigo misma. Pero tampoco se puede prescindir del prestigio de la palabra consenso. Entonces se procede a hablar de un consenso que no debe ser empírico, y que por esto tampoco es realmente un consenso. Pienso, además, que la expresión consenso ideal, o consenso no-empírico, o contrafáctico, etc., es peligrosa para la filosofía política, porque es una puerta siempre abierta para justificar cualquier despotismo. No sirve como figura heurística teóricamente porque no lo es prácticamente. En la práctica, siempre una cabeza pensante, que coincidirá con el que sea el más fuerte, decidirá el verdadero consen-

so, aquello que realmente nos conviene de acuerdo con la justicia. Y si el acuerdo empírico suele llevar anexo el peligro de la imposición de la fuerza, el acuerdo ideal lleva necesariamente la imposición de la propia opinión. No faltará quien mantenga que el consenso ideal es un marco heurístico necesario hoy: pero un marco tal, que necesariamente lleva a una imposición subjetiva en nombre del diálogo, es un mal recurso filosófico. Además, las figuras del consenso ideal siempre entrañan el peligro de desvalorizar el consenso efectivamente logrado, como ya indicó Juan José Gil Cremades hace años: no olvidemos que las reglas constitucionales y un cierto sector de la legislación política encuentran buena parte de su legitimidad en el asenso en su creación.

¿Qué ha sucedido para que cometamos el disparate de hablar de un diálogo no-empírico? Parece que el punto último del problema se sitúa en que ha cambiado nuestro concepto del Parlamento. Carl Schmitt nos informa, aclarando una parte del problema, que los clásicos del liberalismo político vieron en la discusión parlamentaria, con plena convicción, un medio que sanaría las corrupciones, y también un valor moral en la discusión misma. El representante típico de esta fe en el Parlamento fue Guizot, un liberal de los tiempos de Luis Felipe: el Parlamento era para él el lugar donde la verdad y la justicia serían encontradas del modo más seguro a través de la discusión pública mediante argumentos y contraargumentos. Pero —aclaraba Schmitt en 1926— hoy ha cambiado la base de nuestra visión del parlamentarismo, y la fe en la en la publicidad de la discusión nos parece cosa anticuada. Lo que corresponde preguntarse es qué tipo de nuevas argumentaciones hemos de crear que proporcionen al Parlamento un nuevo fundamento espiritual.⁷⁹ Es de temer que no haya nuevos fundamentos espirituales, y que las tesis sobre el consenso ideal sólo certifiquen la defunción de la racionalidad que los liberales atribuyeron a las discusiones parlamentarias, que no son nunca ideales —ni nada que se les parezca.

Parece, más bien, que los teóricos del parlamentarismo carecen de arres-tos para afrontar la verdad, y que las remisiones a los consensos contrafácticos e ideales son sólo cortinas de humo académico que permiten seguir manteniendo las propias posturas cuando ya han fracasado las bases sociales que las harían posibles. La moderna democracia de masas —añade Schmitt— ha convertido las discusiones parlamentarias en formali-

⁷⁹ Vid. *Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Demokratie*. Hamburg, 1926, pág. 53.

dades vacías: las normas que disponen la independencia de los diputados y la publicidad de las sesiones vienen a ser inútiles.⁸⁰ La vinculación de los diputados a sus partidos hace que las discusiones se resuelvan en simple *Verhandeln* o *bargain*.⁸¹ Pero este hecho, ¿es realmente tan malo como para tener que inventar la figura de un consenso ideal? Veamos: el paso desde el ideal a la norma concreta implica una primera positivación, pero el segundo paso desde la norma concreta al caso o solución concreta implica igualmente otra positivación, que no todos tienen en cuenta. El acuerdo que resulta del *bargain* puede ser, ciertamente, el resultado de un forcejeo, y así es normalmente. Pero la fuerza es aquí una fuente del derecho porque es la instancia que lleva a la norma —aún sin positivarse— a las circunstancias concretas, y salvo casos extremos no disponemos los hombres de otra instancia que nos ayude a mejorar el acuerdo efectivamente logrado. Precisamente porque hay un sacrificio real de nuestros intereses y pretensiones legítimas, el acuerdo tiene un valor del que no disponen otros criterios más *ideales*.

Pero si dejamos la discusión en estos términos, nada hemos adelantado, porque no tiene sentido discutir cuando el acuerdo es válido y cuando no es válido según las reglas de los acuerdos: podemos hacer especulaciones acerca de la igualdad ‘trascendental’ que nunca debe quedar anulada, etc., pero estas cosas más parecen juegos retóricos que no aproximaciones a la vida real. Lo que nos indica que si conseguimos relativa justicia (cosa que, desde luego, realmente existe a veces) es porque no siempre estamos empeñados en igualdades trascendentales. Es cuestión de examinar nuestra propia vida para descubrir esa tercera salida, más allá de acuerdos fácticos y contrafácticos, que poco o nada se relaciona con las reglas de los acuerdos ideales.

4. *La trascendencia o la apertura a lo que ‘es’*

Sergio Cotta se ha ocupado reiteradamente de lo que él llama la ‘subjetividad pura’ para mostrar cómo el más peligroso enemigo del ser humano es su propia subjetividad. En los sistemas éticos actuales se pretende una trascendencia de las normas éticas respecto al individuo, pero estas nor-

⁸⁰ Vid. *Die Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Demokratie*, cit., pág. 53.

⁸¹ Vid. Schmitt, *op. cit.*, pág. 55.

mas han de ser inmanentes a la humanidad,⁸² de forma que se produce la paradoja de un 'nosotros queremos' que no se trasciende a sí mismo, ni por tanto a los hombres. Este es gran fallo que las cuantificaciones: la encuesta sociológica nos muestra números y tantos por ciento, pero desde estos tantos por ciento no brota ningún *deber*, porque yo no puedo decir que "Como fuma el 64% de mis compañeros, yo también tengo derecho a fumar". Un atentado contra la propia salud puede disculparse por la debilidad de carácter, pero no fundamentarse de este modo. Más problemático aún sería tratar de imponer un deber desde este tipo de comprobaciones, como al decirle a un estudiante: "como fuma el 64% de tus compañeros, tú tienes el deber de fumar". La mayoría o el 'nosotros queremos' siempre presenta esta debilidad: los representantes del *nosotros* no se trascienden a sí mismos. Los ensayos para encontrar un consenso ideal no son más que tentativas de dar un carácter trascendente o absoluto al querer contingente, aunque las diferencias entre Habermas y Rawls, por ejemplo, son demasiado amplias como para meter a los dos autores en el mismo cajón.

El 'yo quiero' y el 'nosotros queremos' precisan de una trascendencia que origine un *deber*. Según Cotta, si admitimos la trascendencia, el nosotros no se constituye en términos de relativa superioridad sobre el yo, sino en términos de común inferioridad respecto a la trascendencia.⁸³ Resulta entonces que la libertad del juicio del nosotros o del yo requiere un *juicio sobre la libertad*, un juicio sobre la decisión o el propio juicio:⁸⁴ esto es, yo puedo ejercer como juez porque soy persona sometida al derecho, ya se trate de un derecho establecido y formulado, ya de un derecho que he de extraer de mi propia hombría de bien, puesto que como indican Aristóteles y Tomás de Aquino, hay personas que son como la justicia animada. En cualquier caso, puedo juzgar gracias a las reglas que me trascienden. "En resumen, la libertad no tiene más remedio que aceptar ser juzgada, de otro modo no podría constituirse como libertad, sino precisamente en su opuesto: la necesidad".⁸⁵ No hay soberanía o dominio 'propia-mente humano', no al menos sobre otras personas.

La universalidad perdida es buscada, en el final del proceso secularizador que representamos hoy en el 'nosotros pensamos o sentimos'. Aparte de

⁸² Vid., por ejemplo, *Itinerarios humanos del derecho*. Trad. De J. Ballesteros. Pamplona, 1974, pág. 48.

⁸³ *Itinerarios humanos del derecho*, cit., pág. 50.

⁸⁴ *Itinerarios humanos del derecho*, cit., pág. 51.

⁸⁵ COTTA, *ibidem*.

que tal *nosotros* no conlleva ninguna garantía de trascendencia, en un primer momento tal universalidad entra forzosamente en crisis por el reconocimiento de los condicionantes de nación, continente, clase o grupo. Finalmente conocer y juzgar significan en la decisión puramente individual –aunque sea colectiva– la consumación de la totalidad existencial: soy yo, en mi concreta individualidad existencial, el que doy significado al mundo, el que hago que éste exista. Este proceso ha ido acompañado siempre de una ‘objetivización’ (*Gegenständigkeit*) total de las cosas,⁸⁶ que se presentan a modo de simples instrumentos en manos del género humano. Me entenderá bien la persona que ha sido objeto de una violencia institucionalizada socialmente, porque ha sido doblegada por el poder económico, político y de la magistratura. Entenderá bien esto la persona que forma parte de un grupo discriminado porque no forma parte del ‘nosotros’ dominante. Una persona o un grupo irresponsable (¿y cómo existirá responsabilidad si la fuente última de la decisión es la propia voluntad?) es necesariamente despótico.⁸⁷ No es lo mismo libertad y creación: Cristo no nos dijo que la irresponsabilidad ante los demás, el autodomínio (*Selbstbeherrschung*), nos haría libres. De forma más sencilla concluyó solamente que “La verdad os hará libres” (Jn. 8, 32).

Más bien parece que el objeto de la conciencia antecede a la conciencia, que mi propio yo ‘es’ anterior a la autoconciencia. El proceso que nosotros desarrollamos cotidianamente para ser conscientes de nuestras vivencias y controlarlas, no es inmediato ni rápido: es la trama misma de la vida. La autoconciencia es en primer lugar conocimiento y no creación de lo que somos.⁸⁸ Cotta explica que es necesario abandonar la ilusión de mantener: ‘el yo es en la medida en que es por sí mismo’, y que es necesario mantener: ‘El yo es en la medida en que es en *relación*’, porque fuera de la relación no existe identidad humana.⁸⁹

⁸⁶ Vid. COTTA, *Itinerarios humanos del derecho*, cit., págs. 62-63.

⁸⁷ COTTA escribe que “La primacía de la conciencia ... 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 ¿cómo puede ser comunicable esa totalidad, si es totalizante sólo en mí y por mí en la irrepitibilidad de mi existencia?”. *Itinerarios humanos del derecho*, cit., pág. 63.

⁸⁸ COTTA, *Itinerarios humanos del derecho*, cit., pág. 67.

⁸⁹ *Ibidem*.

Para salir de este solipsismo o ipseidad no basta con ‘entregarse’ a los demás. A veces, y sólo a veces, esto será real en la Moral, pero no suele serlo en derecho. No basta con ocupar una posición excéntrica respecto de sí mismo y actuar como contexto de los otros, porque el otro puede también rechazarme en actitud defensiva y acabar por someterme; cosa lógica, porque la *philautia* o *selbstliebe* (el ‘selfish’ inglés) que lleva a despreocuparse por el prójimo es algo tan condenable que sólo conoce una actitud peor: la del que se ocupa mucho por su prójimo. Los puentes que nos unen en el derecho a las otras personas son ‘las cosas’. En el plano, algo diverso, de la Moral, cuentan también los sentimientos, pero de forma distinta. Toda ‘cosa’ supone un bien común a conseguir, como sucede en la docencia entre mis alumnos y yo: Estamos vinculados por la misma realidad aunque desde puntos de vista distintos, y en definitiva es el profesor el que tiene que estar agradecido a sus alumnos. Porque la juridicidad supone no obedecer a una persona qua persona, sino que el profesor obedece a sus alumnos, el teniente al capitán, el vendedor al comprador. Si alguien se ve forzado a obedecer a otro hombre qua hombre, entonces ha entrado en el plano de la prepotencia, del arbitrio personal. Naturalmente, estas consideraciones no las puede entender quien ve su trabajo ante todo como medio para ganar dinero o influencias: es preciso hacer la misma advertencia que Aristóteles en su “Retórica” cuando escribe que ha expuesto cosas razonables, pero que todo depende de con quien se hable.

C) *El Derecho también como una condición de la realidad*

He aludido a la posibilidad de una sociedad liberal, tolerante, en la que todos los individuos tendrían la imposibilidad de hacer realidad su propio estilo de vida, y a la posibilidad también de una sociedad autoritaria en la que un sector de la población imponga a los demás sus propias opciones morales. Indicaba que este es un planteamiento didáctico y pedagógico porque es sencillo y convincente, y expuesto de la mano de Bobbio y Nino, su éxito puede hacer estragos entre los alumnos de nuestras facultades, especialmente en los primeros cursos. Sucede, como ya indicaba, que –a pesar de su pedagogía– parece no responder a la realidad humana, y de hecho ya han aparecido elementos de juicio suficientes para dudar de su exclusividad. Porque el problema de todo planteamiento de un problema está en la imposición de su exclusividad, y ahí es donde quieren llegar diversos académicos. En el libro de Teórica que nos proporcionaban en los

años 70 en el Ejército, se definía al terreno como 'El mejor aliado del soldado', y en él se enseñaba que el general que lograba imponer su terreno, tenía ganada la batalla. Y esta es una pretensión común a militares y algunos universitarios: elegir en exclusiva el terreno sobre el que tendrá lugar la discusión.

Como no observo la vida universitaria a través de prismas militares, no aspiro a imponer mi terreno para la discusión. Más bien entiendo que cada problema conlleva su propio planteamiento, y lo que va bien a uno, no sirve para otro, de modo que si en unos momentos es importante seguir mi arbitrio (y esto es realmente así), en otros momentos compruebo que la humanidad, o la justicia, es esa senda por la que todos transitan y nadie se distingue. Es cuestión de momentos, no de sectores físicos o estadísticos.

La libertad de arbitrio está presente en el derecho, en sus diversas dimensiones: a veces creando reglas generales, a veces como un bien constante, en ocasiones originando normas particulares, y siempre como uno de los bienes supremos al que de una forma u otra tiende el saber jurisprudencial. Pero observamos demasiados problemas para hacer de la libertad individual el punto de arranque de las consideraciones jurídicas. Parece que, como sucede en todos los temas fundamentales, estamos ante una vertiente del ser humano que es necesaria pero insuficiente si se la toma aisladamente.

Este es un tema espinoso porque el último fundamento por el que existe el derecho es por el hecho de que el hombre es persona, es algo más que una simple cosa. De hecho, en el lenguaje cotidiano, las expresiones persona y ser humano suelen ser idénticas. Además, muchos derechos y deberes del hombre no se desprenden desde objetividades ajenas a las personas, sino que son directamente derechos y deberes de la personalidad. Pero el saber jurídico, llamado con precisión jurisprudencia, y más confusamente Ciencia del derecho o Ciencia jurídica, no se limita a las violaciones de los derechos de la personalidad en el sentido en que ahora consideramos la palabra persona. Sucede más bien que hoy el término persona es equívoco: de un lado posee un sentido que es a la vez filosófico y jurídico, y por este hecho decimos que la persona tiene derechos. Pero de otra parte persona designa en derecho otra realidad parcialmente distinta. Y procede analizarla someramente para no perdernos en equívocos.

1. *Las situaciones humanas*

Una primera comprobación nos muestra que los seres humanos vivimos de hecho en el contexto de unas situaciones determinadas, situaciones que no se limitan a ningún ámbito determinado de la personalidad sino que abarcan casi todo lo que es el hombre. Así, vemos que hay personas que tienen hijos, y otras que no; lógicamente los deberes o derechos de unos y otros son distintos. Si proseguimos atendiendo a la realidad, observaremos magistrados, sepultureros, notarios, patronos de barco o profesores de universidad. Todas estas personas, por el hecho de tener esa profesión tienen facultades y deberes muy distintos.

La modernidad jurídica no pudo dar cuenta de esta diversidad de derechos y obligaciones. Los modernos (y bajo este rótulo comprendo tanto a la mayor parte de los autores del siglo XVIII como a bastantes de finales del siglo XX) sólo conocen hombres iguales, sin rostro, que son como puntos en un espacio geométrico plano al que llamaban estado de naturaleza, que hoy designan como 'posición original' o de otras formas similares. Y se esfuerzan en buscar un equilibrio en las colisiones de sus intereses. Por el contrario, cuando examino la realidad jurídica tal como se manifiesta cotidianamente, compruebo que el simple hecho de desempeñar una profesión implica necesariamente una desigualdad tanto en las competencias que posee cada persona como en aquello que tiene obligación de hacer. Y que alegar la libertad de los individuos sirve de mucho en algunas ocasiones, y de nada en otras: lo que indica que es un dato necesario pero incompleto.

Una aproximación inicial muestra que lo que es justo o injusto (esto es, exigible) viene determinado por hechos objetivos en los que la libertad del arbitrio apenas cuenta. Ciertamente, buena parte de las personas elige voluntariamente su profesión, su esposa o marido, y está además el campo del Derecho de contratos: pero lo más adecuado que se puede decir sobre este uso de la libertad es la expresión que Octavio Paz emplea a propósito del amor: "a la fatalidad por la libertad". En una primera captación de lo que es justo, muy intuitiva y por ello difícil de argumentar, vemos que a un enfermo no se le puede forzar a realizar una actividad que agravaría su dolencia, o que es necesario (moralmente) que la mujer trabajadora disponga de un cierto tiempo para dar a luz y atender a su hijo. Estos datos guardan poca relación con la libertad de arbitrio: es necesario respetar al enfermo y a la madre trabajadora no porque estas personas deseen que se

respete su arbitrio, sino por el dato objetivo de la enfermedad o del parto. Este dato objetivo es el fundamento de su exigencia o derecho. Porque, por lo demás, todos podemos querer muchas cosas a las que realmente no tenemos derecho.

Si ampliamos el campo de observación, vemos que todos los hombres se encuentran en unas situaciones —muy diversas, y de muy distinta naturaleza— desde las que se originan para ellos deberes y facultades para cumplir esos deberes. Un marido, un profesor o un vendedor de helados están obligados a unas conductas muy concretas, de modo que si no existieran esas obligaciones desaparecería la profesión misma o el status jurídico propio. Es decir, desde las instituciones de marido, de profesor o de vendedor de helados podemos conocer lo que en justicia podemos exigir a esos profesionales y lo que ellos pueden demandar a la sociedad. La razón última de por qué existen esos derechos y obligaciones está en la razón de ser de esas instituciones: si una institución sólo existe para el provecho de alguien, entonces es injusta, opresora. Esta última consideración nos lleva al tema del bien jurídico: Para que el conjunto de facultades y deberes que constituyen una institución esté fundamentado suficientemente, es preciso que tal institución busque un bien para toda la comunidad o para todos los de la comunidad: el punto primero de referencia de buena parte de las consideraciones jurídicas es un bien, diverso en cada caso, que es tal porque beneficia a todos, por más que ocasionalmente pueda molestar los intereses, las opiniones o el arbitrio de unas personas determinadas.⁹⁰ Un tema complejo, ciertamente. Nosotros, en este momento de la exposición, sólo comprobamos que existen diversas situaciones en las que nos encontramos en nuestra vida cotidiana que determinan nuestros ámbitos de derechos y deberes, situaciones que eran llamadas personas u *officia* en la terminología jurídica pre-moderna.

Como vemos, lo que es justo o injusto no es algo añadido a la realidad por una instancia extraña, ajena a ella misma, como sería el recurso al

⁹⁰ Los juristas bajomedievales exigían que la ley había de ser general, y algunos de ellos discutían acerca de si una ley dada para los comerciantes, que solamente representaban un cinco por ciento de la población, por ejemplo, era general o no. No nos podemos plantear el tema de la *generalidad* de la ley en estos términos: las leyes sobre el Rey de España afectan a una sola persona, pero 'se refieren' a todo el Estado. Lo que habría que discutir, en todo caso, es qué quiere decir la frase 'bueno para todos o para toda la comunidad', en donde la categoría de la generalidad juega una función distinta a la de la simple capacidad estadística.

Derecho natural o a una misteriosa justicia. La justicia o injusticia suele venir indicada por la realidad misma, y se concreta en las exigencias reales que implica cada situación humana. Por esta razón Inciarte escribe que “El deber-ser aparece como incluido en el ser, pero el ser en el que está incluido el deber-ser no es un ser dado inerte, que sólo pudiera ser constatado desde fuera, sino que es aquel ser del que Aristóteles dice que en los seres vivos consiste en vivir, y en los seres vivos racionales en vivir conforme a la razón, es decir, en praxis, en actuar racional”.⁹¹ Como indico, el arbitrio no juega función exclusiva en la determinación de lo justo. Al derecho no le interesa (a no ser muy marginalmente y en casos excepcionales) que alguien haya querido ser o no padre del hijo que ya tiene: las penas por hijos abandonados son buena muestra de ello. El derecho parte *del hecho* de ser padre, hijo, profesor, etc., y determina aquello que es exigible a cada uno con la ayuda de un esquema estereotipado, ajustado a cada situación o institución. Es decir, no contempla tanto personas concretas como cuadros típicos o personas jurídicas (en la terminología romanista) que otorgan competencias y deberes a cualquier individuo en cada situación tipificada: cualquiera puede ser padre, cualquiera puede ser profesor. Quizá éste sea el significado más profundo del principio de igualdad ante el derecho.

Hablo de situaciones objetivas al margen de la voluntad. ¿Dónde queda la libertad personal? Friedrich Julius Stahl pretendió resolver el problema teológicamente explicando que el orden social existente es querido directamente por Dios.⁹² Me parece que es una explicación que no convence ni siquiera a un creyente. En un plano más secularizado, François Geny, cuando todavía era iusnaturalista, entendía que la naturaleza de las cosas, es decir, los elementos de hecho de toda organización jurídica (por usar sus propias palabras) llevan en sí mismos las condiciones de su equilibrio y descubren, por así decir, la norma que los debe regir.⁹³ Pero me parece que

⁹¹ *Sobre la verdad práctica*, en “El reto del positivismo lógico”. Madrid, 1974, pág. 175.

⁹² Vid. su *Philosophie des Rechts*. 5. Auf., Tübingen, 1878, vol. II, pág. 328.

⁹³ GENY escribía que “La nature des choses, envisagée comme source (lato sensu) du droit positif, repose sur ce postulat, que les rapports de la vie sociale, ou plus généralement, les éléments de faite de toute organisation juridique (du moins possible) portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir”. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*. París, 1954, vol. II, § 159.

el orden social, lejos de venir ordenado directamente por Dios, o de responder a un orden natural, ha sido creado en buena medida por relaciones históricas de fuerzas entre los grupos políticos, ideológicos, económicos, etc., es decir, por la fuerza de aquellos grupos que crean la historia. Además, interviene el azar, tanto en plano colectivo como individual, como muchas personas experimentan amargamente. Si es así la realidad social, ¿podemos considerar que esta realidad determina las normas para discernir lo justo de lo injusto? Porque más bien parece que la conciencia de que el orden social existente es el resultado de un juego de fuerzas que se han producido contingentemente en la historia, debería llevarnos a pensar que los hombres concretos nos encontramos forzados por la realidad, de forma que desde estos presupuestos no habría lugar para hablar de deberes en el sentido propio de la palabra. Podríamos decir que el disconforme, el que no ha logrado imponer su punto de vista o sus intereses, es una persona doblegada por la fuerza, pero no sometida a deberes. ¿Dónde queda la dimensión moral de nuestras instituciones?

Una observación previa: es inútil querer contestar a esta pregunta a través de consideraciones de naturaleza abstracta, general, como aquellas que establecían el dilema de o Estado perfeccionista o Estado liberal. Por lo general es una pérdida de tiempo pretender hablar de la moral, de sus notas y caracteres. La moral, así, en general, no existe exactamente: existen únicamente una multitud de conductas concretas que vienen exigidas para conseguir unos bienes (o evitar unos males) para nosotros mismos o para los demás.⁹⁴ Con frecuencia, cuando hablamos de la Moral, de la Ética o del Derecho, abstraemos de forma excesiva, y el parlante o el investigador corren el peligro de manejar unas palabras que, a fuer de generales son vacías, proteicas, de modo que cada cual les asigna el contenido que él quiere. Se incurre frecuentemente en un solipsismo que da lugar a las discusiones doctrinales, cuajadas de aporías y sinsentidos. Y esta misma ob-

⁹⁴ John AUSTIN mantiene que corresponde a la naturaleza de la verdad ser siempre concreta, aunque nosotros la expresemos en términos generales: "Seeing that a true theory is a 'compendium' of particular truths, it is necessarily true applied to particular cases. The terms of the theory are general and abstract, or the particular truths which the theory implies would not be abbreviated or condensed. But, unless it be true of particulars, and, therefore true in practice, it has not 'truth' at all. 'Truth' is always particular, though language is commonly general... Unless the terms of a theory can be resolved into particular truth, the theory is mere jargon: a coil of those senseless abstractions which often ensnare the instructed". *Lectures on Jurisprudence or the Philosophie of Positive Law*. 5ª ed. London, 1911, vol. I, pág. 115.

servación puede extenderse a otros términos que se usan a veces de forma demasiado genérica, tales como razón o naturaleza humana.

Vemos, pues, cómo diversos autores del siglo pasado fueron conscientes de la dificultad que apuntaba antes, la de la falta de libertad moral en la creación de nuestras instituciones; y parece que si no existe libertad en la creación, no hay moralidad posible. Por esta razón, algunos investigadores dejaron de hablar de lo debido en justicia (que implica una fuerte carga moral) y la doctrina alemana acuñó un término en su lugar con el que pretendía designar la necesidad de adecuar la estructura conceptual a lo que demandaba lo existente. Este término fue el de *Zweckmässigkeit*, que no es posible traducirlo literalmente: si acaso, como adecuación al fin, esto es, la necesidad (¿física, lógica, moral?) de adecuar nuestra conducta a lo que pretendemos.⁹⁵ Aludo a este término porque aún hoy sigue siendo empleado profusamente, aunque no siempre se le use explícitamente: basta leer a Bobbio, Lumia o Scarpelli, por citar sólo a la doctrina italiana. Con él, en realidad, se hace referencia tanto a la necesidad de obedecer las leyes que no son injustas como a la necesidad de acomodarse a la disciplina del campo de exterminio de Auschwitz. Aunque, como suele suceder con las palabras altisonantes, parece que designa algo moralmente valioso: La retórica que contextualiza los términos es capaz de producir milagros entre algunos lectores.

Existen muchas situaciones injustas, y Auschwitz sería un caso extremo de ellas. Pero, recordando el brocardo inglés que reza “Hard cases make bad law”, es mejor considerar las situaciones corrientes y usuales de la vida, evitando los casos extremos. Si tenemos en cuenta las situaciones normales de nuestra vida, pensar que ellas nos fuerzan pero no nos obligan supondría desconocer dimensiones constitutivas del ser-ahí específicamente humano. Una vez que vivimos en una misma sociedad –nos guste o no, nos esforcemos o no por cambiarla– la única actitud humana es la de actuar según lo requieran las situaciones en las que realmente estamos inmersos. Ya indiqué que sobre estos temas fundamentales sirven de poco

⁹⁵ La noción de “adecuación al fin” ha tenido dos sentidos en la historia. En la filosofía premoderna la adecuación al fin determinaba la racionalidad de lo decidido, y de ahí las insistentes declaraciones de Tomás de Aquino indicando que la ratio legis le llega a una disposición por su finalidad. Pero no este el sentido que le dieron los autores alemanes de los siglos XIX y XX, que seguían a Kant. Para estos últimos, la *Zweckmässigkeit* designa la ‘plenitud de sentido’ que Kant pretendía alcanzar en cada proposición concreta mediante su inserción en la plenitud o totalidad sistemática de las ideas.

las argumentaciones abstractas, que se prestan a muchas discusiones. Pero si abandonamos el plano abstracto, todos estamos de acuerdo en que si contratamos a un profesional para que trabaje en nuestra casa, no hacemos eso para que el tal profesional nos cuente la historia posiblemente triste de su vida, de sus frustraciones, de las injusticias que han cometido con él, y ello justifique un trabajo de mala calidad y unos honorarios desorbitados. Al contrario, cualquiera exige que el trabajador realice un trabajo correcto y cobre unos honorarios razonables actualmente. Estamos ante un caso importante de lo que podríamos llamar la falacia de la racionalidad descolocada.

Es decir, cada situación o cada institución persigue un bien humano peculiar suyo, esto es, que ella hace posible, y hablando en términos imprecisos podríamos decir que existen tantas instituciones como bienes se trata de conseguir, o males hay a evitar. En cambio, el pensamiento moderno, que rechazó la casuística como método jurídico, entendió que toda la realidad humana podía ser reducida a un solo bien. Los ilustrados lanzaron la tesis del principio único y evidente, y los románticos —en oposición a los ilustrados— hablaron del ideal: pero unos y otros prosiguieron, a estos fines, el mismo discurso. Hoy estamos en condiciones de entender al filo de la praxis histórica que la ideología del bien único es resultado de un espejismo colectivo. La vida humana no puede ser reducida a un ideal, como si toda nuestra vida girara en torno a un único tema porque planteara una sola incógnita. Más bien parece que en el derecho han de existir tantos ideales como bienes concretos ha de proteger la comunidad: desde la estabilidad de las familias hasta evitar la falsificación de las condecoraciones civiles. Estamos antes diversos bienes importantes, distintos y a veces opuestos entre sí, que no siempre poseen una jerarquía estable: uno es el bien en tiempo de exámenes, y otro es el bien en tiempo de vacaciones.⁹⁶

Abundando en esta idea, vemos cómo el derecho no se puede entender tampoco desde consideraciones abstractas que parten de nociones tales como la libertad de la persona o de las exigencias de la naturaleza humana. Ya indiqué que hay derechos que se fundamentan inmediatamente en la personalidad humana pero, en lo demás —aunque la realidad de la persona subyazca a toda relación jurídica posible— es mejor tratar de evitar estas expresiones tan vaporosas y vacías, que no suelen expresar nada concreto

⁹⁶ Vid., por ejemplo, OLLERO, *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid, 1989, págs. 216-217.

y por este motivo tampoco llevan a una solución determinada. Lo mismo sucede con los conceptos tan generales de Estado de derecho o Sociedad democrática, etc., que cualquiera puede rellenar con contenidos diversos.

2. Cuando el título funciona directamente como causa jurídica

Todo lo aludido hasta ahora no encuentra explicación en la rama del Derecho que conocemos como Derecho penal, que es el sector del derecho que aparece como más básico, elemental, en el que todos piensan cuando se imaginan un problema jurídico. Pero es una zona del derecho francamente singular, muy distinta del resto del derecho, y merece unas aclaraciones aparte.

2.1. Relación directa e indirecta en el derecho

Si el hombre puede ser sujeto de derechos y obligaciones, ello se debe a que es persona en un sentido del término que rebasa y fundamenta el simplemente jurídico. La personalidad humana está presente en todas las manifestaciones del derecho: un animal nunca puede ser sujeto de ninguna relación jurídica. Pero en la mayor parte de las relaciones y situaciones con relevancia jurídica el hombre no se relaciona con otro hombre *directamente*, sino mediado por una cosa: de ahí la relativa razón del antiguo dicho romanista que expresa que el hombre sólo es relevante en el derecho por referencia a las cosas.⁹⁷ El Derecho penal, en cambio, contempla algunas de las relaciones que mantienen entre sí las personas directamente: se trata de derechos y prerrogativas ante todo personales que el derecho juzga conveniente proteger castigando las conductas contrarias porque entiende que nadie puede hacer daño a otra persona, sea en su persona física, sea en su patrimonio. Es decir, lo que diferencia *prima facie* al Derecho penal del resto del derecho, estriba en que las relaciones que contempla el Derecho penal son relaciones personales entre las personas, mientras que el resto del derecho considera relaciones entre seres humanos que están

⁹⁷ Aún Thomas ERSKINE HOLLAND, de ordinario tan opuesto a John Austin, manifestaba que "The serie of elements into which a Right may be resolved is therefore: the persone entitled -The Object- The Act of Forberegance- The Person Obliged. The precedent analysis of the nature of a right implies the ideas of 'Person', 'Thing', and 'Act'. These are permanents phaenomena of a right; its statical elements". *The Elements of Jurisprudence*. Oxford, 1924, 13ª ed., págs. 92 y 93.

mediadas por otra cosa distinta a la de las personalidades de los protagonistas de la relación jurídica ¿Cómo debe entenderse esta diferencia?

El Derecho en su totalidad consta un conjunto de normas y reglas establecidas por la sociedad, por los jueces, por la costumbre o por los particulares que delimitan posibilidades de hacer, derechos, competencias, deberes. El derecho es poco dado a entrar en cuestiones personales (a no ser que alguien entienda que todo lo que le afecta a él es cuestión personal suya), porque regula las competencias y deberes desde un ángulo preferentemente *real*: la palabra real viene del latín *res*, que significa cosa. Ante el derecho tiene la consideración de cosa todo aquello que puede influir en la creación, modificación, etc. de relaciones y situaciones jurídicas, sean actos voluntarios de las partes, sean eventos involuntarios. La normación jurídica atiende lo que compete a cada cual desde el punto de vista de la cosa que se halla en juego, esto es, preferentemente desde el punto de vista de la situación real de ser vendedor o comprador de un bien mueble o inmueble, de ser médico o estudiante de universidad, de haber trabajado tantas horas según una determinada cualificación profesional.

El Derecho penal, por contra, no atiende tanto a las facetas reales de los problemas, como a consideraciones ante todo personales, porque castiga⁹⁸ los daños que una persona puede (directamente) hacer a otra y en la medida en que autor ha querido hacer esos daños. Ciertamente, con frecuencia los daños no se producen sobre la persona física del injuriado, sino sobre su honor, su libertad o su patrimonio. Esto es indiferente: lo que cuenta es que alguien ha hecho daño a otro, a otros, o a la sociedad. Desde luego, siempre que se incumple el derecho rompiendo una expectativa ajena (pensemos en el incumplimiento de un contrato), se origina un daño a otro u otros. Pero hay ciertas conductas que bien originan daños directamente en las personas de los demás (una paliza, un insulto) o bien denotan especial malicia, inhumanidad o indignidad, y éstas son las que recoge el Derecho penal. Expresándome así nos introducimos en una argumentación problemática, porque ¿dónde estaría esa línea que delimitaría lo que corresponde

⁹⁸ El Derecho penal no “da a cada uno lo suyo” en el sentido romanista de la expresión: “*Ius suum cuique tribuere*”, sino que castiga: Es un *posterius* que no repara ni rehabilita el hecho producido. Si prescindieramos de la noción de castigo, no entenderíamos nada o casi nada en el Derecho penal. Ciertamente, los penalistas más mentales rechazan esta noción –que implica responsabilidad propiamente moral–, pero la mentalidad del pueblo que sostiene las cátedras del Derecho penal o las manifestaciones de los políticos cuando hablan de algún atentado terrorista serían ininteligibles al margen de la idea de castigo.

juzgar al Derecho penal y lo que corresponde enjuiciar mediante un juicio civil? Tal línea la determina contingente e históricamente la comunidad jurídica: actualmente entendemos que si una persona incumple un contrato ha de haber un juicio civil para determinar la indemnización que la parte que ha incumplido debe pagar a la otra parte contratante: y nada más. Sin embargo, hace siglos se entendía que en el caso de incumplimiento de contrato debía haber dos juicios: uno civil, para determinar la indemnización, y otro penal, para castigar al que había incumplido.

El carácter preferentemente personal de las relaciones penales provoca serios problemas en la explicación teórica de esta rama del derecho. Todos sabemos para qué sirve matricularse en la universidad, comprar un coche o alquilar un apartamento: esto es, sabemos que son conductas típicas que constituyen como fines en sí, porque al derecho no le interesa el motivo último por el que alguien se matricula en la Facultad de Derecho o alquila un apartamento. Como el objeto de estas relaciones jurídicas está relativamente determinado, porque todos conocemos las finalidades estereotipadas de la matrícula universitaria o de la compra de un coche, en caso de conflicto el juzgador dispone de criterios objetivos o reales para decidir: por ejemplo, es de sentido común que nadie puede alterar lo que no es suyo, y en consecuencia el arrendatario de un piso no puede hacer obras en él, a menos que cuente con el consentimiento expreso del dueño. Incluso si surgen discrepancias sobre cuánto debe el arrendatario al arrendador, el juez dispone de elementos objetivos para calcular: el valor de ese piso en el mercado actual.⁹⁹ En cambio el Derecho penal no dispone de estas cosas intermedias que permiten calcular: ¿cuánto debe costar el insulto que un hombre a hecho a otro? Tan arbitrario o discrecional es decir mil como cien mil pesetas, o un día como cien días de cárcel, porque las personalidades humanas no tienen valor jurídico: simplemente han de ser respetadas, fomentadas, etc., y su carácter de infinitud determina la incalculabilidad de las lesiones que se les pueda hacer. No podemos calcular manejando factores inconmensurables.

Otro de estos problemas consiste en que los penalistas no saben para qué sirve el Derecho penal. Milenariamente se ha entendido que su fin es castigar conductas que la sociedad no tolera: así pensaban, entre otros,

⁹⁹ Estos ejemplos dan pie para hablar fluidamente sobre el criterio del *medium rei*. Acerca de las dificultades que puede plantear este criterio objetivista, vid. R. L. Vigo, *Las causas del derecho*. Buenos Aires, 1983, pág. 80.

Aristóteles y Kant. Según Tomás de Aquino la función de la cárcel es quitar de la circulación a los indeseables. En el siglo XIX, bajo la influencia de teorías behavioristas del comportamiento humano, un sector de los especialistas del Derecho penal mantuvieron que la finalidad de esta rama del derecho no era castigar a nadie, sino rehabilitar o reeducar al delincuente. Pero otros entendieron que este Derecho persigue desanimar el cometer delitos. Los entendidos, durante estos dos últimos siglos, no concuerdan al responder sobre la función del Derecho penal. Cosa que no sucede, evidentemente, con el resto del derecho.

Lo más específico del Derecho penal es suponer un mundo de personas clausuradas, completas o perfectas en sí mismas. Este sector del derecho supone que cada persona está completa, en lo que es y hace, y en su patrimonio. No promociona ni fomenta, a diferencia del resto del derecho, que existe para que las personas lleguen a ser lo que aún no son. El único delito que presenta una cierta vertiente positiva es el de denegación de auxilios, que es considerada una conducta criminal. Lógicamente, el Derecho penal únicamente reclama una actitud general de abstención (*Enthaltung*) ante lo que los demás son y tienen, haciendo posible una libertad simplemente negativa: libertad frente o contra los demás. Las libertades positivas, como son las libertades para casarse, comprar, etc., le resultan ajenas. El Derecho penal sólo pretende, en estos temas, que nadie sea molestado en el uso libre de lo que ya posee, sea su patrimonio o su arbitrio, pero no se ocupa de si ha de haber adopciones o préstamos hipotecarios. Por ello, presenta una cara ante todo negativa o defensiva de lo que ya tiene cada persona, y defiende sus cosas desde el punto de vista de los atributos de la personalidad.

El Derecho penal se ha convertido en la manifestación primaria y fundamental del derecho en estos dos últimos siglos, gracias al predominio de las ideas liberales-iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII. La corriente liberal moderna que culmina en Kant ha postulado que el derecho básico de las personas es una libertad general originaria (*lex permissiva originaria*): esto lo proclamó con toda claridad Samuel Pufendorf, hacia 1659. John Locke le añadió poco después a este primer derecho una segunda cualidad moral o atributo de la persona, que fue el de poseer propiedades, sin ninguna limitación: las ideas liberales en el derecho a lo largo de la Ilustración, postularon que el *quantum* de las propiedades que podía poseer cada individuo estaba indeterminado. Así llegó un sector de la doctrina ilustrada progresista (la liberal) a las puertas de la edad contemporánea: entendiendo que existen dos derechos naturales del hombre (atributos de

la persona o cualidades morales de la persona) que pueden peligrar si no son defendidos con la fuerza conjunta de toda la sociedad. Estos derechos eran la libertad individual y las propiedades particulares. Efectivamente, los autores modernos contemplaban en sus libros dos posibles estados del hombre: en el primero, que ellos llamaban Derecho natural absoluto, estudiaban al individuo aislado, pues ellos entendían que el Derecho natural en sí mismo solamente considera a cada persona; pero este individuo posee libertad y propiedades, y su seguridad en el ejercicio de ambos derechos puede peligrar en este estado de naturaleza. Para conjurar los peligros en el disfrute del libre arbitrio y propiedades, los tratadistas del Derecho natural moderno contemplaban en la segunda parte de sus libros el otro estado del ser humano, al que llamaron Derecho natural hipotético, porque estudiaban al hombre desde la hipótesis (no natural) de vivir en sociedad.

La sociedad civil les parecía necesaria para que fueran respetados los derechos a la propiedad y a la libertad, y tal sociedad civil había de ser concluida mediante un pacto por el que los individuos, libremente, decidían sacrificar parte de su libertad a fin de llevar una vida más cómoda y segura. Naturalmente, nadie ha conocido nunca uno de estos pactos constitutivos del poder político. Pufendorf, Locke, etc., hablaron sin más de ellos, como si realmente hubieran existido. Un siglo más tarde, Immanuel Kant estableció que la idea del pacto constitutivo de la sociedad para defender los derechos naturales del hombre era una exigencia de la razón, de modo que tal pacto había de ser concluido, y debía ser forzado a entrar en sociedad todo individuo que no quisiera hacerlo. Las obligaciones de los individuos –así como las garantías de sus derechos– reposaban sobre una base contractual: el pacto que había originado el poder político, y si este pacto no había existido nunca entonces era necesario postular que tal origen contractual de la sociedad civil era una exigencia necesaria de la razón práctica. A este Estado así constituido lo llamaron los alemanes del siglo xviii *Rechtsstaat*, esto es, Estado de Derecho, porque su función era defender los derechos naturales del hombre que peligran en el estado de naturaleza. Tal como historié en “La Cabeza de Jano”, los liberales alemanes entendieron que el Estado es una *societas assecutoria perpetua* de estos derechos naturales. Más adelante, durante el siglo xix, la expresión Estado de Derecho perdió este sentido y adquirió el que tiene ahora.

2.2. *Derecho penal y el resto del Derecho*

Al Derecho que no es Derecho penal lo llamaremos Derecho civil por razones de conveniencia momentánea, para no recargar el análisis. El Derecho civil se caracteriza ante todo por ofrecer cauces de colaboración, de forma que el que quiera trabajar en la administración pública, o celebrar contratos, o matricularse en la facultad, etc., respaldado por un reconocimiento social, sabe lo que tiene que hacer, ya que el derecho exige determinados requisitos bien para obtener seguridad, bien para cuidar que una parte no ejerza prepotencia sobre otra.

Cualquiera tiene serios reparos en llamar Derecho civil a todo el derecho que no es Derecho penal o sancionador, y ahora es procedente, antes de seguir adelante, hacer una distinción de las distintas manifestaciones del derecho desde algunos aspectos concretos. Porque lo que estoy llamando Derecho civil, esto es el conjunto del derecho que no es Derecho penal, no se presenta como un bloque unitario que pueda ser contrapuesto sin más al Derecho penal. Al contrario, hay que distinguir en él diversos tipos de normas desde el punto de vista que ahora nos ocupa.

En primer lugar, existen muchas normas jurídicas simplemente arbitrarias o convencionales; son las que podríamos caracterizar como normas o reglas de los juegos, que no llevan en sí un valor de justicia concreto, pero existen porque son necesarias a fin de que cada cual sepa lo que tiene que hacer o lo que le corresponde: de ahí que en España sea obligatorio que la circulación rodada siga el lado derecho de la calzada o que los cambios en las propiedades inmobiliarias sean inscritos en el Registro de la Propiedad, si es que queremos que tengan efectos frente a terceros. Este tipo de normas jurídicas, precisamente por causa de su carácter arbitrario, han de ser interpretadas muy literalmente.

En segundo lugar estarían las normas de construcción, que son aquellas partes de todo ordenamiento jurídico que crean o construyen organismos o entidades. Todo el Derecho administrativo, por ejemplo, es una inmensa empresa constructora, a cuyo lado palidecen las empresas de construcción más importantes que hacen casas, puentes y todo tipo de obras públicas. Lógicamente tal sector del derecho es especialmente extenso, aún considerando solamente su manifestación puramente legal: la tarea de estructurar el trabajo de tres millones de funcionarios, arbitrando al mismo tiempo todo tipo de funciones y competencias, procesos y recursos, es obra superior a la de la construcción de las pirámides egipcias o mexicanas. El ori-

gen de las normas de esta rama del derecho es también relativamente arbitrario, y de hecho cada ministro que llega al poder suele innovar según su criterio. Por este motivo, la interpretación de sus normas ha de ser también ajustada a la letra. Buena parte del derecho más moderno, frecuentemente hecho a remolque de los cambios tecnológicos, ha de ser encuadrado en este tipo de derecho constructor: tal sucede con buena parte del Derecho mercantil más reciente.

Y en tercer lugar existen normas que constituyen *ius cogens* o derecho simplemente obligatorio, ya que existe ante todo por razones que entendemos que son de justicia: buena parte de los preceptos del Código Civil no son exactamente reglas del juego ni normas de construcción: constituyen limitaciones al arbitrio de los particulares para evitar abusos. Algunos autores llaman también a este *ius cogens* Derecho público en razón de que los particulares no pueden disponer gran cosa sobre él, y si lo hacen, el juez normalmente debe declarar inválidas las cláusulas o condiciones que atentan contra lo dispuesto en estas leyes. Este sector del derecho no se compone tanto de normas como de reglas, porque los juristas no lo vivencian tanto como órdenes o mandatos del legislador como criterios un tanto intemporales que están ahí y que han de regular unas relaciones humanas cambiantes. Para entender mejor la especificidad de esta rama del derecho, pensemos en el Derecho romano: el Derecho político, administrativo, etc., de Roma, no nos interesa hoy como juristas: sólo reviste interés para los historiadores. El Derecho privado romano, en cambio, sigue constituyendo la espina dorsal de nuestro Derecho privado, y ha cambiado poco en el curso de dos mil años.

Si volvemos al tema anterior, que es la distinción entre el Derecho penal y el Derecho que no es penal (que he llamado provisionalmente Derecho civil), vemos que esta última vertiente del derecho permite hacer, pero la palabra *permisión* o *licitud* tiene en ella un sentido distinto al del Derecho penal. Porque en el Derecho penal opera el principio que indica que “Todo lo no expresamente prohibido está permitido”, y por razones de seguridad jurídica está prohibido el uso de la analogía. El Derecho civil también permite, pero no solamente permite hacer, sino que hace posible *construir*, esto es, crear matrimonios, tutelas y adopciones, puestos de trabajo y empresas, contratos especiales, etc., y la regla penalista que indica que todo lo no prohibido está permitido, no encuentra aplicación en el Derecho civil. Consecuentemente, las normas no-penales no prohíben ni disuaden: más bien se presentan a modo de imperativos hipotéticos que

indican algo así como “si quieres comprar un bien inmueble, tienes que hacer esto”. No se compone, pues, de imperativos categóricos, como sí sucede con el Derecho penal, sino ante todo de imperativos hipotéticos. Esta rama del derecho solamente establece requisitos para crear nuevas relaciones jurídicas, y opera a modo de caja de herramientas al servicio de los fines más diversos. Aunque bien es verdad que la gente vivencia la declaración de nulidad de un acto jurídico como una penalización: pero eso es tan poco correcto como decir que el árbitro castigó al equipo de fútbol “pitando el final del partido”.

Mientras en el Derecho penal es fundamental el ejercicio de la coacción, o al menos la posibilidad de su ejercicio (que llamamos coercibilidad), en el Derecho civil la coercibilidad no se presenta tan de *prima facie*. Porque las normas penales tratan de impedir unas conductas determinadas, sea directamente, sea disuadiendo: Y para esto es necesario ante todo la fuerza. El Derecho civil, en cambio, trata de crear nuevas relaciones humanas, haciéndolas posibles mediante la observancia de un cauce prescrito que les otorga un reconocimiento social objetivo y necesario, de modo que todos han de respetarlas. Aquí es necesaria también la coercibilidad, pero aparece muy en segundo plano, sólo cuando una persona se opone a la ejecución de una sentencia judicial. Veamos esto con algo más de detalle.

Si se produce una discrepancia en el derecho civil, las partes acuden a los jueces. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre los hechos o sobre la relevancia jurídica de estos hechos, habrá un juicio civil, y el juez dictará sentencia, atribuyendo un bien a una de las partes, u ordenando una indemnización. Los juicios civiles acaban en este punto: En todo caso, la parte perdedora puede recurrir esa sentencia ante un juez administrativamente superior, y se vuelve a repetir el proceso indicado. El proceso Penal es muy distinto. Alguien se querrela, o la policía denuncia el caso. Es la policía (la Fuerza Pública) la que colabora en la investigación de los hechos y se los ofrece al juez instructor del proceso. El juez o el jurado declararán si el inculpado es *inocente* o *culpable* (que son nociones ante todo morales, basadas en la voluntariedad), e impondrán la pena. La pena propia del Derecho penal tiene siempre una naturaleza coactiva: privación de libertad o de dinero. La fuerza está presente desde el primer momento, porque los delincuentes no se suelen entregar voluntariamente a la policía o a los jueces, y tampoco suelen aceptar de grado cumplir las penas. En cualquier caso, el culpable sabe desde el primer momento que le espera una penalidad impuesta coactivamente. Por contra, el juicio civil

no tiene este carácter: El juez declara que el matrimonio o el contrato carece de valor, que el inquilino debe abandonar la vivienda, o que la indemnización por el incumplimiento del contrato asciende a tantas pesetas. La fuerza solamente opera ocasionalmente al final de todo, mediante la Policía Judicial, si alguna de las partes se resiste a cumplir el dictamen judicial.

El profesor Lon F. Fuller publicó un gran libro de reflexión sobre el derecho¹⁰⁰ en el que distinguía entre lo que él llamaba moral de obligación y moral de aspiración. El Derecho penal es al ámbito de la moral de obligación, ya que este derecho castiga conductas que consideramos de algún modo malas moralmente: no sería comprensible que añadiéramos al Código penal conductas que no conllevaran este carácter. Los términos de delito y pecado están estrechamente unidos en cualquier sociedad, porque todas las personas vivencian un ataque grave contra la moral (un atentado terrorista, un asesinato, un engaño para sacar dinero) como un delito que ha de ser castigado por la sociedad. Podríamos decir que por exigencias insuprimibles de la naturaleza humana, los hombres exigimos que la mayor parte de las inmoralidades¹⁰¹ graves sean consideradas punibles jurídicamente. Por esta razón el proceso penal tiene un cierto carácter infamante que acarrea vergüenza pública (al menos para los que no han perdido la vergüenza).

El Derecho no-penal tiene un carácter distinto: la diferencia comienza en la misma terminología, porque los problemas civiles se substancian a través de un juicio, no de un proceso. Una persona que pierde un *pleito* podrá ser considerada imprevisora, desinformada, mal asesorada, que ha tenido mala suerte, etc., pero en principio no queda afectada por la infamia. Sucede que el derecho civil es ámbito de lo que Fuller llama la moral de aspiración, que tiende a que cada sujeto se perfeccione indefinidamente, y por esto no se limita a defender a las personas sino que crea *entidades* que sirven a su perfeccionamiento, tales como editoriales, teatros, conservatorios de música, o crea *instituciones*, como son los diversos tipos de compraventas, seguros, matrimonios y demás figuras jurídicas: realidades impensables desde el punto de vista de la simple defensa de las propiedades y de la libertad de cada persona.¹⁰² Una falta contra este tipo de moral

¹⁰⁰ *La Moral del derecho*. Trad. de F. NAVARRO. México D. F., 1967.

¹⁰¹ Uso la palabra 'Moral' como sinónima del arte de desarrollar la Humanidad que cada hombre porta en sí, o que debe respetar en los demás.

¹⁰² KANT no hubiera entendido esto porque él estableció como norma suprema y única de su 'Metaphysik des Rechtes' el respeto de los arbitrios individuales entendidos como

puede ser calificada de imperfección o de otras formas similares, pero no de delito o pecado, o proceder contra la obligación, según la terminología de Fuller. Como es lógico, el Derecho penal se compone de imperativos categóricos, porque está prohibido *incondicionalmente* estafar, asesinar, falsificar. El Derecho civil se compone preferentemente de imperativos hipotéticos porque ofrece cauces para que el que quiera, los use por el motivo que él juzgue conveniente.

Ambos tipos de moral, que fundamentan estos dos sectores del derecho, son muy distintas, ya que todas las personas entienden o pueden entender sobre la moral de obligación o pecado. En el Derecho penal interesa ante todo la *quaestio facti*, sobre la que puede decidir cualquier persona mentalmente sana, y de ahí que —si se trata de faltas mayores, que se llaman delitos— pueda decidir un jurado compuesto por personas no especialmente entendidas en derecho; se le reserva al juez solamente la capacidad de imponer la pena, dentro del máximo y mínimo que establecen las leyes para cada delito. Cualquier persona puede entender en procesos penales porque es relativamente fácil saber lo que no hemos de hacer. En cambio no es pensable un jurado en los juicios civiles: el Derecho civil es mucho más complejo, accesible en principio únicamente a los expertos.

Pero, ¿podemos hablar de moral de aspiración o de obligación en un momento histórico como el nuestro, en el que la misma palabra moral ha perdido su prestigio? Es difícil ahora mentar este término, y lo que él representa, y por esto un sector de los tratadistas del Derecho penal ha buscado eliminar el carácter moral de las normas del Derecho penal. Un camino corriente ha consistido, en un primer momento lógico, no presentar las normas penales como prohibiciones y consiguientes castigos, sino como juicios *hipotéticos* que se expresarían como: “El que haga esto será castigado con la pena tal”, de forma que “Si quieres evitar tal pena, no realices tal acción”. Así garantizarían la asepsia moral de los códigos penales. En tal caso, al condenado le corresponde una pena porque se le *imputa* un hecho previsto por el derecho. O bien se dice que a una persona se le ha imputado una norma penal. Pero esta explicación parece escasamente convincente si la contrastamos con la realidad. Porque en las previsiones pe-

‘esferas de libertad’ o *Freiheitssphären*: Así sería posible que cada ser humano fuera respetado hasta constituir un ‘Fin en sí mismo’ (*Selbstzweck*), porque cada persona ha de asumir autónomamente el mundo moral constituido. Consecuentemente, él estableció que el único supuesto que vuelve justo el cobro de impuestos es el peligro de la patria.

nales juega una función genética imprescindible la imputación, *Zurechnnung*, pero en un sentido y con un alcance y requisitos muy distintos al del Derecho civil. Para el penalista sólo puede existir falta o delito si existe voluntariedad en la acción delictiva; si no es así no existe falta o delito: una acción se imputa penalmente a una persona porque ella ha querido libremente con su voluntad. Si falla la voluntariedad no habrá responsabilidad propiamente penal, porque nuestras convicciones morales universales (al menos en Occidente) exigen que no se pueda imputar penalmente a alguien un delito del cual él no sea personalmente responsable: una consecuencia del carácter de pecado que —a pesar de las opiniones de los penalistas más modernos— siguen marcando a los delitos y en general al Derecho penal. Por la misma razón, no cabe sustitución personal: en el Derecho civil es perfectamente posible que una persona pague una deuda por otra o que uno haga un trabajo por otro; en cambio, es inadmisibles en el Derecho penal que alguien cumpla una pena por otro.

Notemos que responsabilidad no es lo mismo que autoría o culpabilidad. Es típico del Derecho civil que todas las personas sean responsables, en unos momentos u otros, de hechos de los que ellos no son culpables, ni siquiera autores: todos hemos de pagar impuestos, hacer el servicio militar o cumplir los deberes que nos imponen otras muchas ramas del derecho. Además, todo el que incurre en una relación jurídica, por ejemplo firmando un contrato, se hace responsable del cumplimiento y de los efectos de muchas normas jurídicas de las que el ciudadano normal no suele tener la más remota idea cuando concluye el contrato. Es responsable por lo que está haciendo o por lo que le está ocurriendo, pero no es el autor porque los hechos no se pueden imputar a su voluntad libre.

2.3. *Es preferible no admitir reduccionismos en la Teoría del Derecho*

¿Podemos considerar al Derecho penal como la única manifestación posible del derecho, o al menos como la manifestación jurídica primaria o más básica, sobre la que ha de teorizar el filósofo del derecho? Es difícil contestar a esta pregunta, pero entre el Derecho penal y el Derecho civil propiamente dicho existen demasiadas diferencias como para agrupar ambas ramas del derecho en una única consideración. El Derecho penal protege directa e inmediatamente los derechos de la personalidad, dentro de los cuales se incluyen los Derechos Humanos más básicos. El Derecho civil no se interesa apenas por las personalidades, sino por las cosas (rela-

ciones) en las que están involucradas las personalidades: por ello, este Derecho no se ocupa de mí, sino de mis compraventas, arrendamientos, derechos y deberes como marido o padre de familia, etc. Estas diferencias parecen obvias (y quizá lo son), pero hoy, de hecho, es difícil separar la Teoría General del Derecho de los moldes y esquemas penalistas, porque bajo la influencia de la reflexión jurídica de los siglos XVIII y XIX, seguimos entendiendo al Estado como un *Rechtsstaat* cuya función es castigar los atentados contra los derechos del hombre. El mejor exponente de esta visión penalista del derecho que erige las categorías penalistas en los cánones hermeneúticos universales de todo derecho posible, ha sido Hans Kelsen. Las corrientes que llamamos Positivismo Jurídico se caracterizan ante todo por su fundamento penalista.

Pero ya pasaron los siglos XVIII y XIX, en los que la reflexión jurídica, demasiado sometida a condicionantes ideológicos, hubo de adoptar el camino del *Rechtsstaat* que llevaba hacia un Estado gendarme. Ahora es momento de reemprender la meditación sobre el derecho y volver a plantear esquemas más amplios que intenten explicar todas las manifestaciones jurídicas.

Alguien puede preguntar que desde qué sector o dimensión del derecho hemos de partir para analizar y comprender la vida jurídica. Es un tema complejo, porque cualquiera entiende que sus derechos más básicos (a la vida, a su libertad) componen un dato inicial de cualquier estudio. Pero también comprende cualquier estudioso que los sectores del derecho que no se componen de imperativos categóricos, sino que preferentemente ofrecen cauces al servicio de la colaboración social y del perfeccionamiento de todas las personas, constituyen igualmente manifestaciones del derecho no reductibles a las categorías del Derecho penal. Parece que el derecho en general no puede ser definido, porque nunca se nos muestra de una forma unitaria: su comprensión no queda agotada por el estudio de las leyes dictadas por el Estado, ni por la comprensión de la ciencia jurídica, ni tampoco se identifica sin residuos con las medidas políticas que toman los gobernantes, ni se puede detener en la consideración de los derechos fundamentales de las personas.

Lo que cabalmente habría que cuestionar es si puede existir un *Quid jus*. La Ilustración simplificó enormemente este problema y cada teórico ilustrado propuso un *principium unicum* para explicar el derecho y la vida jurídica. Samuel Pufendorf propuso la “*qualitas moralis libertatis ad analogiam spatii... que est velut maxime sui diffusiva*”. Un camino que un

siglo más tarde repitió Immanuel Kant, aunque con más matizaciones. Thomas Hobbes había postulado la *securitas* como la *lex máxima* de la razón que había de acabar con la inseguridad personal que originaba el ejercicio del *ius naturale*. Algunos años después de Pufendorf, John Locke propuso una mixtura de libertad personal y de protección de las propiedades; hoy existe cierto consenso en que el *principium unicum* que propuso Locke fue el de la protección y aumento de las riquezas buscando la defensa del repartimiento de las propiedades existente. Casi por los mismos años que Locke, Christian Thomasius habló del “*vivere diuturne et foelicissime*” como regla última del Derecho natural. Hume, en cambio, consideró unas pasiones del hombre a las que concedió especial importancia: un pensamiento parecido al de los materialistas franceses de su época, tales como Helvetius, d’Holbach o Condorcet.

Al jurista debe escandalizarle el espectáculo discordante que nos ofreció la Ilustración. La existencia de tantos primeros principios para explicar el constitutivo esencial y necesario del derecho es posiblemente la mejor prueba de la falta de adherencia a la realidad, esto es, de capacidad científica, de este tipo de teorías monistas o unitarias.

3. *La distinción entre lo empírico y lo real*

Sin embargo, la realidad existente dista en muchos puntos de ser satisfactoria. Este hecho ha motivado históricamente la aparición de utopías en las que el escritor utópico pretende superar la situación existente. Incluso una corriente influyente del pensamiento norteamericano propone el método utópico como el remedio más eficaz para superar los males presentes: Skinner ha hecho bastante en este sentido. Me parece que el error comienza cuando se confunde lo empírico con lo real y, por este motivo, se construyen teorías intelectuales de espaldas a la realidad para rechazar o mejorar lo realmente existente. De una forma muy imprecisa diría que existen dos talantes vitales ante el problema de mejorar lo presente: uno es el que se lanza por la utopía, y otro es el que parte desde lo que existe. Descarto la utopía porque no veo cómo se puede normar eficazmente lo real desde unos postulados que son manifiestamente irreales. Comprendo que existan pensadores utópicos, porque el sueño por lo ideal es una constante humana, como vemos desde Platón; pero el exceso de teoría que conlleva necesariamente la utopía la hace forzosamente demasiado inhumana, y quizá nuestro mayor cuidado con respecto a las utopías sea precavernos

frente a ellas. Cuando no existía experiencia sobre este tema, a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, muchos dejaron volar la imaginación por los campos de lo ideal. El fracaso de los experimentos utópicos no ha sido resultado de un fallo simplemente técnico, o de falta de unos líderes adecuados: es que el exceso de teoría se revela como una mala teoría.

En cambio, si partimos desde lo que hay, Max Weber nos hace notar que en todas las construcciones teleológicas racionales operamos con conceptos típico-ideales que poco tienen que ver con la relación entre hecho y ley física.¹⁰³ La ley física expresa simplemente una normalidad que no es normativa, y su transgresión se vivencia como una mera excepción: no sucede esto en las cosas humanas. El mismo Weber nos indica que “sobre el plano del conocimiento de los acontecimientos reales, esta reelaboración racional opera exclusivamente como construcción conceptual típico-ideal: nosotros confrontamos la acción efectiva con aquella que pueda haber guiado al actor y que nosotros intentamos descubrir... Pero en ningún modo llevamos a cabo un análisis psicológico de la personalidad con ayuda de algún instrumento particular, sino que efectuamos un análisis de la situación objetivamente dada con la ayuda de nuestro saber nomológico. Por consiguiente, la interpretación se resuelve aquí en el saber general de que nosotros podemos actuar conforme a fines, en otros términos: que podemos actuar sobre la base de las diversas posibilidades de desarrollo futuro que cada acción (u omisión) posible podría tener”.¹⁰⁴

Dicho en un tono más asequible para una persona no iniciada en teoría sociológica: una cosa es un hecho y otra es una acción humana. La diferencia entre uno y otra reside en el carácter teleológico de la acción, que siempre es interpretada sobre el patrón de un concepto típico-ideal, y en la que cuentan poco los elementos que provienen de las particularidades individuales. Incluso el sociólogo, cuando habla de realidad o de situación real, no la refiere a lo que empíricamente existe, sino a un tipo ideal de acción que funciona a modo de esquema interpretativo de lo dado. Pero en

¹⁰³ “... en todos los casos, la relación que tales construcciones teleológicas racionales tienen con la realidad elaborada por las ciencias de la experiencia no es, por supuesto, la misma que hay entre ‘leyes naturales’ y ‘constelación’, sino que es solamente una relación con un concepto típico-ideal que sirve para facilitar la interpretación empíricamente válida: los hechos dados son comparados con una posibilidad de interpretación, con un esquema interpretativo”. *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales*. Trad. de J. M. García Blanco. Madrid, 1985, pág. 156.

¹⁰⁴ *El problema de la irracionalidad...*, cit., pág. 155.

tal caso se nos podría acusar de idealidad, de no tener en cuenta la realidad sino unos ideales que son distintos de los hechos que muestra la experiencia. Sin embargo, un reproche así carecería de fundamento, porque no abandono el plano de la realidad para lanzarme por el terreno de la idealidad utópica. El problema es antiguo, y se centra en la noción de acción humana, que poco tiene que ver con la de simple hecho. El hecho es aquello que no da razón de su comparecencia ante nosotros; una acción es aquel acto que es necesariamente responsable, porque la acción tiene un sentido. Si tenemos en cuenta el sentido objetivo de cualquier acción, como hace notar Weber, comprendemos que no hace falta ser un pensador con ideales o recurrir a determinadas filosofías morales para saber cómo el mecánico debe reparar correctamente la rueda pinchada del auto. La determinación de cómo el mecánico debe reparar bien el pinchazo, y la exigencia de que haga bien esta cosa, no nos la proporciona ninguna instancia extraña a la cotidianidad. Si dejamos que las cosas hablen por sí mismas, normalmente la determinación de lo que está bien se desprende desde el sentido objetivo o típico de cualquier acción humana. Platón, en su diálogo “El Sofista” reparó, con su habitual contundencia, en este hecho cuando lanza a Teeteto a hablar con el Extranjero:

“Extranjero: ¿Qué podríamos proponer como fácil de conocer y pequeño, pero cuya definición no sea inferior a la de lo más grande? La persona que pesca con una caña, por ejemplo, ¿no es algo conocido por todos y no digno de mayor interés?

Teeteto: Así es.

Extranjero: Creo, no obstante, que el camino y la definición que a ella conduzcan serán beneficiosos para lo que deseamos.

Teeteto: Estaría bien.

Extranjero: Bien, comencemos por él, y de este modo. Dime: ¿sostendremos que él posee una técnica o que, si carece de ella, tiene alguna otra capacidad?

Teeteto: No carece de técnica, sin duda.

Extranjero: Pero, en realidad, hay dos formas que incluyen a la totalidad de las técnicas”.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Cito según la versión de M^a Isabel Santa Cruz, Álvaro Vallejo Campos y Néstor Luis Cordero. Gredos, Madrid, 1988, 218e-219a.

A Platón le resultaba evidente que estas dos formas¹⁰⁶ (que van adquiriendo caras distintas según el momento de la indagación racional), se configuran de modos distintos, uno más público, y otro más callado, y que este último no apresa —o impide que sea apresado— mediante razonamientos o acciones lo que describe la primera forma, que trata simplemente del modo externo cómo hacemos las cosas. Es decir, de un lado hay que situar cuanto hacemos abiertamente: Es la lucha Y de otro, lo que hacemos a escondidas: es la caza¹⁰⁷. Después de tratar de diversas formas de analizar la realidad, concluye la que nos interesa: “Extranjero: Entre las divisiones que antes mencionamos, algunas consistían en separar lo mejor de lo peor...”¹⁰⁸. Efectivamente, lo mejor y lo peor se suelen desprender *ipso facto*, sin necesidad de esquemas utópicos o irreales, desde el mismo objeto que estudiamos, aunque la persona que no entienda que en nuestra actuación práctica hemos de optar normalmente entre lo mejor y lo peor, y quiera situar en su lugar la opción dilemática entre lo bueno-malo, incurre en un reduccionismo que le lleva a oponer ‘realidad-ficción’.¹⁰⁹

Sucede que normalmente, y de forma inconsciente, funcionamos todos con conceptos normativos: Por ello, cuando se dice que el profesor de Filosofía del derecho ha dado una clase aburrida, los estudiantes no se limitan a registrar un hecho, sino que están además emitiendo una valoración. Por esta razón, Elisabeth Anscombe distinguía entre hechos brutos y hechos institucionales, y A. MacIntyre explica en su ensayo “Tras la virtud” cómo las acciones que pueden parecer más cotidianas y por ello menos precisadas de significación expresa, tienen, sin embargo, un sentido institucionalizado: tal cosa sucede cuando uno se acerca a la barra de la cafetería universitaria, o al sentarse los miembros de la familia para la comida del mediodía.

Podríamos decir que la misma realidad nos presenta dos vertientes, una empírica (pensemos en el padre que maltrata a sus hijos), y otra real: el

¹⁰⁶ La intuición de la doble forma ha estado presente en casi todos los grandes pensadores. Hegel escribía: “... los individuos que componen la multitud encierran un doble momento: el extremo de la *individualidad* que sabe y quiere *por sí*, y el extremo de la *universalidad* que sabe y quiere lo substancial. Sólo alcanzan por tanto el derecho de ambas partes si existen como personas privadas y como personas substanciales”. *Principios de Filosofía del derecho...*, cit., § 264. Las intensidades son de Hegel.

¹⁰⁷ Vid. *op. cit.*, 219e.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, 226d.

¹⁰⁹ Vid. LLOMPART, *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*. Frankfurt am Main, 1976, págs. 145-147.

padre normal. Un padre normal representa algo más que una realidad simplemente estadística o usual: la normalidad como padre es normativa, y por este motivo si el padre no se comporta con normalidad debe intervenir el juez para quitarle la patria potestad. En este punto corremos el peligro de que las palabras nos engañen. Porque una cosa es lo normal, y otra es lo usual, lo corriente o lo ordinario. Las estadísticas sirven para conocer qué es lo ordinario o usual, pero no siempre nos muestran lo que es lo normal. El mismo lenguaje cotidiano nos muestra las diferencias implícitas entre una noción y otra: lo contrario de ordinario o usual es extraordinario, que a veces funciona incluso como un elogio. Lo opuesto a normal es anormal, que ordinariamente se toma por un insulto. De hecho, ordinario o usual es sinónimo de vulgar, y todos deseamos estar rodeados de personas normales, pero huimos de los hombres vulgares. Es decir, lo ordinario, usual o vulgar no siempre coincide con lo normal, por más que las palabras se asemejen. Lo realmente importante es que la normalidad es nuestro único criterio: un padre ideal no existe. Si una persona se encuentra mal, puede aspirar sólo a ser una persona normal, y esto es lo que intenta un médico traumatólogo o un médico psiquiatra. Dentro de la normalidad puede aspirar a mejorar, potenciando sus facetas positivas y encauzando las negativas. Puede suceder incluso que esa persona aspire a la santidad, pero la santidad necesariamente pasa por la normalidad: si no es así, estamos en presencia de un loco, actual o en potencia. Por usar una expresión de la Psiquiatría alemana del siglo pasado: la actitud correcta es la de la *Erhöhung der vorgegebenen Daseins*, esto es, la elevación de lo real empírico al plano de lo real correcto, elevar aquello que nos encontramos (*vorgegebenen*) a lo que esa cosa puede dar de sí, sin forzarla en su naturaleza.

Alvaro d'Ors distingue entre Ciencias Sociales y Ciencias Humanas. Las Ciencias Sociales (en nuestro caso el mejor ejemplo de éstas sería la Sociología del Derecho) registran hechos y regularidades entre los hechos. Las Ciencias Humanas, en cambio, son siempre interpretativas, esto es, no reduplican la realidad observada en los papeles de los académicos, sino que operan de otra forma. Esto no es nada misterioso: la Medicina es también una ciencia humana, y los mapas de Anatomía que podemos observar en cualquier facultad de Medicina muestran una parte del cuerpo humano con todos sus músculos. Obviamente, estos mapas no describen al hombre empírico –por así llamarlo– que, tras muchos años de estar sentado ante una mesa, presenta una falta de musculatura que le aleja de esas descrip-

ciones. El hombre verdaderamente real —el que debe ser, ya que sería deseable que todos fuéramos así— es el hombre de los dibujos que estudian los de Anatomía. Posiblemente este ejemplo de los mapas anatómicos sea demasiado fácil, y muchos estarían en su derecho de preguntar que donde se encuentran tales descripciones normativas y jurídicas de la vida humana. Sí existen realmente esas descripciones: la legislación que conocemos sobre los abogados, ¿qué tipo de abogado contempla? ¿El abogado que acepta todos los casos que conoce en su bufete, que pasa honorarios desproporcionados, que lleva años sin estudiar ni profundizar en las cuestiones civiles administrativas, fiscales, etc? No, desde luego. Sí existe, por el contrario, la figura del buen abogado según los criterios del “anständig und billig” que proporcionaba Carl Schmitt.¹¹⁰

Es decir, el jurista, que no es un reformador social (porque tal función no le corresponde al abogado, el juez o el notario) dispone de tipos ideales o modelos para el enjuiciamiento. Pero ¿qué sucede en los casos en los que la injusticia está institucionalizada? Este es también un problema jurídico, pero no es un problema de los juristas en cuanto tales. Si un jurista se indigna ante la situación de muchos habitantes de Chiapas puede intervenir en mítines, escribir en la prensa, etc. Es decir, puede hacer lo que haría cualquier otro ciudadano en su situación. Hablar así, ¿no implica cinismo? No, si los que trabajan en el derecho tienen la misma sensibilidad y hombría de bien que otras personas. Porque el jurista no puede pretender mucho más, y de hecho, en bastantes situaciones geográficas e históricas, nos daríamos por contentos si los diferentes estamentos que trabajan en los temas jurídicos cumplieran pulcramente sus funciones.

Esta distinción entre lo real y lo que simplemente nos manifiesta la realidad, ¿puede suscitar sonrisas por la posible actitud ingenua que implica? Piense el lector que un político corrupto, ejerciendo como legislador, se verá obligado a condenar el tráfico de influencias mediante modificaciones en el Derecho penal; que el profesor que ayuda descaradamente a sus amigos en la provisión de plazas académicas, publicaciones, etc., ha de elaborar teorías sobre la justicia basadas en la imparcialidad; que el diputado o senador que usa habitualmente de los servicios de las prostitutas, condenará enérgicamente la pornografía infantil y otros temas conexos. Y si real es un estrato de la realidad, igualmente real lo es el otro. Se

¹¹⁰ Vid. *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Tübingen, 1914, pág. 19, por ejemplo.

cumple al pie de la letra lo que denunciaba Hegel en el ‘Sistema de las necesidades’ propio de la Sociedad Civil: “Puesto que su finalidad es la satisfacción de la particularidad subjetiva, pero en la relación con las necesidades y libre arbitrio de los otros se hace valer la universalidad...”.¹¹¹

4. *Una alusión a los bienes*

He hablado de unas situaciones tipificadas u objetivas desde las que se derivan las normas jurídicas. Estas situaciones son resultado de las acciones de los hombres: poseen una intencionalidad, no han surgido de un juego de dados. Procede preguntarse por esa intencionalidad o sentido.

Si existe una institución es porque con ella se pretende conseguir un bien. Naturalmente, la pregunta inmediata es: un bien, ¿para quien? La falta de sentido social hace preciso que haya que ocuparse de estas cuestiones. Como no es momento de entrar más detalladamente en este tema,¹¹² podríamos decir que algo es un bien jurídico cuando es un bien para la comunidad o desde la comunidad. Una cosa es justa para mí solamente si es un bien para mí desde la perspectiva de la comunidad; si no es así, no estoy ante algo que para mí es bueno, sino ante una cosa que me aprovecha. El mismo lenguaje ordinario distingue entre obtener un bien y aprovecharse. De este modo, lo que cobra protagonismo es el bien al que tiene una institución. Todo bien jurídico determina la existencia de una institución jurídica: de hecho, lo que llamamos una institución jurídica no es más que un conjunto de reglas que tienden a hacer posible y real un bien determinado. Lógicamente, el fundamento de la corrección en el uso de esas reglas, es ese bien que se quiere hacer realidad. En el momento de tocar el tema de la conducta correcta, el razonamiento se desliza insensiblemente hacia el bien protegido jurídicamente.

Estas observaciones presentan unas dimensiones molestas, ya que todo bien determina una heteronomía de la conducta individual, y hasta un cierto fastidio, porque resulta duro todo lo que dura: este es uno de los principales problemas de cualquier institución. Puede suceder que se considere que la libertad de arbitrio es el bien protegido, como sucede en bastantes ocasiones, pero también suele ocurrir que las exigencias propias del bien jurídico se opongan a las pretensiones del arbitrio de un individuo concre-

¹¹¹ *Principios de Filosofía del Derecho...*, cit., § 189, pág. 234 de esta edición.

¹¹² Vid, mi estudio *Derecho y ontología jurídica*, cit., págs. 199 y ss.

to: a muchos padres les molestan sus hijos pequeños, y a pesar de eso tienen el deber de educarlos.

Si una institución existe es porque consideramos que persigue un bien que se considera necesario: la necesidad la justifica. Obviamente, no se trata de una necesidad absoluta, física, sino moral, en el sentido que se dice es necesario que exista una Universidad en tal ciudad. Además, como los hombres vivimos en situaciones históricas cambiantes, las nuevas situaciones demandarán la creación de nuevas instituciones y la supresión de las ya sin finalidad. A veces nos encontramos con instituciones que sólo existen porque sirven a los intereses de algunos: este es un caso de opresión. O que tuvieron una función en la historia que ya ha cesado, pero se siguen manteniendo porque benefician a algunos: es el mismo supuesto que el anterior.

5. *Un fundamento más de la relación jurídica*

Todo hombre realiza su personalidad, y con ella su libertad, ante todo asumiendo las circunstancias históricas que le ha tocado vivir. Son estas circunstancias las que *determinan* (en el sentido hegeliano del término) sus competencias y deberes. Porque normalmente el deber no es anterior al derecho, ni éste anterior a aquel: existe una relación vital en la que se persigue hacer realidad un bien humano, que es la que crea y determina simultáneamente los deberes y los derechos. Por esta razón Hegel destaca que no existe enfrentamiento entre la autonomía y el deber, ya que “el hombre tiene derechos en la medida en que tiene deberes, y deberes en la medida en que tiene derechos”.¹¹³ Es posible que esto no sea literalmente cierto en todos los casos, porque existe ese peculiar ámbito vital de libertad que protegemos con la figura de los derechos subjetivos. Las situaciones a que nos lleva nuestra historia personal no agotan lo que podamos decir acerca de nuestra libertad en el derecho.¹¹⁴

¹¹³ *Introducción a la Filosofía del Derecho...*, cit., § 155.

¹¹⁴ El planteamiento general más correcto sigue siendo el de Sergio CORTA, que escribe: “Lo que el derecho establece como trascendente respecto a la voluntad-razón del individuo (incluso en los diversos individuos potencialmente en pugna) es la voluntad de este *nosotros*. Es decir, sobrepone a la *individualidad* una generalidad en la cual el individuo en su singularidad no es totalmente disuelto, aunque pase a formar parte de aquella generalidad que él mismo contribuye históricamente a formar.

Respecto a este nosotros, nunca del todo transparente para el individuo, éste tiene motivos para no aceptar incondicionalmente y *a priori* sus criterios valorativos y por tanto

Hablo de los derechos subjetivos porque además de los derechos de la personalidad que vienen protegidos en cualquier código de derecho penal, los hombres estimamos especialmente nuestra libertad de arbitrio. Si siempre y en todo caso se nos impusiera la necesidad, a veces fría, de las objetividades morales y jurídicas, cada persona podría sentirse como un insecto preso en una tela de araña. Por este motivo el derecho siempre ha reconocido de diversas formas la libertad de cada hombre creándole un ámbito reservado que se llama derecho subjetivo. Lo específico de este tipo de derechos es la irresponsabilidad: yo puedo hacer lo que quiera con mi televisor: usarlo o no, ver un canal u otro, y nadie puede exigirme responsabilidades. En este terreno del derecho lo único exigible es no molestar a los demás, la *Enthaltung* o Abstención de que hablaban los discípulos de Kant. Sucede que la libertad de arbitrio es un bien omnipresente, que reclamamos prácticamente bajo todas las circunstancias. Se encuadra bajo los que podemos llamar bienes constantes: la igualdad, la limpieza, la rapidez, etc., que son cualidades de los actos humanos que exigimos siempre. Aunque estos bienes constantes tienen una naturaleza en cierto modo residual, porque son recortables a tenor de las circunstancias: no puede exigir la misma limpieza un albañil que un bancario, ni la misma libertad un funcionario que un profesional liberal. Pero esta naturaleza residual no obsta a su condición de verdaderos derechos si no existe motivo realmente suficiente para su limitación.

Hay una figura parecida, con la que es preciso no confundir el derecho subjetivo: a veces existe una facultad o derecho cuando una persona se encuentra en una situación en la que debe ejercer unas competencias, normalmente según su criterio, para cumplir con sus obligaciones. El Derecho o competencia es en estos casos inseparable del deber; en este punto tenía razón Hegel, porque es el deber (el de perseguir un bien determina-

sus juicios. Incluso tiene motivos para no considerarlos como definitivos y plenamente adecuados, ya que en el *nosotros*, aparte del momento sim-pático se encuentra dialécticamente presente el momento anti-pático. Desde esta perspectiva, el juicio jurídico, precisamente porque el criterio que utiliza no es en realidad trascendente, permanece siempre como un juicio en *masse*. Pero no ya porque su objeto sea una masa –por el contrario, en el proceso todo imputado es considerado y valorado por sí mismo– son porque el criterio en el que se inspira es el de la masa”. Es lógica su conclusión: “También desde esta perspectiva el derecho (siempre insuficiente pero siempre ineliminable) refleja fielmente la íntima dualidad de la condición humana, según la cual la imperfección estructural va unida a la aspiración de un estado de perfección”. *Itinerarios humanos del derecho*, cit., págs. 48-49.

do) el que crea la competencia que se suele llamar derecho. Nos movemos en una situación concreta, por ejemplo, ser universitario, sea como alumno o profesor: la naturaleza de la situación crea y determina el alcance de las facultades de cada cual. El alumno tiene derecho a ser enseñado, y puede exigir en este sentido determinadas conductas de sus profesores. El profesor puede exigir determinadas conductas de sus alumnos, pero el profesor no puede exigir a sus alumnos que le laven su coche, porque esta exigencia queda fuera de la naturaleza de la relación vital-jurídica que los une. Vemos, pues, que se poseen competencias o se es incompetente, y esto no se calcula por pactos o convenios, sino por lo que demanda la naturaleza de la relación.

Lo que cada cual puede exigir, o ser exigido, no siempre está claro, porque interviene la discrecionalidad de cada uno; pero supondría demasiada superficialidad equiparar discrecionalidad con arbitrio. Un funcionario puede denegar una beca, por motivos que él aprecia discrecionalmente y que expone razonadamente; pero no puede denegarla arbitrariamente. La discreción es, por tanto, cosa distinta del arbitrio: más que con el quiero o no quiero se relaciona con la prudencia, y cualquiera puede incurrir en responsabilidad por imprudencia, cosa impensable en el arbitrio. Poseemos competencias más o menos discrecionales que constituyen simultáneamente nuestras libertades y nuestros deberes: por eso un profesor puede afirmar que él tiene derecho a dar las clases que tiene obligación de dar. Si no tuviera tal obligación, seguramente no podría alegar ese derecho. Una confusa intuición de la noción de oficio (del latín *officium*) hizo que en el siglo XIX se acuñaran frases como las de “no reconozco más derecho que el de cumplir con mi deber”, y otras por el estilo, que son ciertas sólo parcialmente. Y es que la situación o institución, que gira en torno a un bien, por ser el origen del Derecho, crea al mismo tiempo las competencias, que suelen ser deberes.¹¹⁵

Es decir, no siempre existe un derecho separado de un deber: ambas categorías se insertan en el marco de la competencia concreta de que se trate. En estos tres últimos siglos se ha escrito mucho de las libertades y derechos fundamentales, como la libertad de expresión. Pero sería complicado determinar hasta qué punto la libertad de expresión es una dilatación de la libertad originaria personal: en una primera aproximación al

¹¹⁵ Austin indicaba que Blackstone consideraba las competencias que surgen inmediatamente desde los officia, como ‘Derecho natural’. Vid. *Lectures...*, cit., pág. 701.

tema lo único que podemos afirmar es que todo hombre tiene derecho a expresarse porque cualquiera tiene derecho a recibir la verdad. El acento recae tanto sobre los derechos de las personas como sobre la objetividad de las cosas que son verdad: libertad de expresión no puede ser el derecho a decir lo que se quiera, porque entonces el que habla podría encontrarse justificadamente con una denuncia por falsedad o calumnia. Incluso podría pensarse que si las personas tienen derecho a expresar y recibir la verdad, esto se debe a que primero existe la verdad: entonces las personas estarían en función de lo que es verdad. Pero las personas nunca se encuentran en función de otra cosa, tal como expresaba el dicho romano: "Ius causa hominum constitutum". Si cualquiera tiene derecho a exigir la verdad, esto sucede porque la verdad es un bien *humano*, y ninguna persona puede romper en nombre de su propia voluntad lo que es de todos.

Esta última observación nos introduce en una dimensión de este problema que no ha sido aludida hasta ahora. Yo tengo derecho sobre lo que es mío: mi propia persona ante todo, con todos mis actos. Los escolásticos españoles del siglo xvi, que mantenían la doctrina tradicional entonces según la cual la propiedad privada estaba introducida por el Derecho de Gentes, que derogaba en este punto la *communis omnium possessio* que venía constituida por el Derecho natural, afirmaron, sin embargo, que el *dominium suorum actorum* era la primera exigencia del Derecho natural. Ciertamente, pero el resto del Derecho ya no se mueve en este campo tan, como si sólo pudiera disponer sobre las cosas porque esas cosas son mías. Quizá, más bien cuando las cosas sobre las que dispongo son exclusivamente mías, permanezco en un terreno extra-jurídico. El pensamiento romanista tendía a considerar las facultades como categorías omnipresentes en el derecho, pero no propiamente jurídicas. Incluso Hohfeld, muy lejano en el tiempo a Bartolo o Baldo, pero que trabajaba en los mismos asuntos, designaba a estas situaciones como privilegios.¹¹⁶ Es decir, a *sensu contrario*, si puedo disponer jurídicamente sobre algunas cosas, es ante todo porque esas cosas no son mías.

Efectivamente, el derecho cumple una doble función: de un lado hace que se respete cada personalidad y lo que ya es de cada personalidad, y para eso existe el Derecho penal, que solamente reclama una actitud general de *abstención* ante lo que los demás son y tienen. Pero de otra parte, el

¹¹⁶ *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires, 1992, págs. 45 y ss.

derecho es el arte de trazar puentes entre los hombres¹¹⁷ que vayan más allá de la simple abstención.¹¹⁸ Cada vez que el profesor actúa como tal, dando clases o corrigiendo exámenes, se inmiscuye en la vida de sus alumnos. Obviamente, dar clases no es una prerrogativa o privilegio que posea el profesor, del tipo de las que sí posee sobre las cosas que son exclusivamente suyas: porque como profesor, él responde de sus conductas, de forma que atentaría incluso contra las reglas del idioma decir que el profesor es libre para dar sus clases; ciertamente, él tiene derecho a darlas, pero no es libre para dar o no dar las clases que tiene obligación de dar. Lo que nos indica que estamos ante dos manifestaciones distintas del derecho.

¿Cuál es la relación que existe entre el profesor y sus alumnos? Evidentemente no es una relación *personal*, como si las solas personas del profesor o de los alumnos determinaran la necesidad y contenidos de esa docencia concreta. Profesor y alumnos están unidos por la relación real de la docencia-discencia, y desde el carácter real de esta relación (el adjetivo real proviene de *res*, cosa) se originan las competencias respectivas. Tene-

¹¹⁷ En cierto modo, COTTA alude a este tema al escribir que "No es difícil comprender cual es el tercer elemento del vivir conforme a derecho... Mientras la política se caracteriza por un movimiento centrípeto-agregativo, que origina la unidad más o menos compacta del grupo, el derecho se caracteriza por un dinamismo en sentido opuesto: del centro a la periferia. Tomaré un símil de la geometría: la regla es como una línea que une todos los puntos situados en el mismo plano y en la misma dirección. Dicho de otro modo, la actividad jurídica, el obrar conforme a reglas, hace que todo aquel que se adapte a la regla entre, como los demás, en una relación de sociabilidad abierta, ampliable, de manera potencialmente ilimitada". *¿Qué es el Derecho?* Trad. de J. J. Blasco, Madrid, 1993, págs. 86-87. Es una enseñanza bien conocida que Sergio COTTA que la política preferentemente unifica, mientras que el derecho preferentemente diversifica.

¹¹⁸ Al contraponer el derecho y la inocencia, nos indica Sergio COTTA: "Todo aquel pesado y complicado sistema de normas, de formas, y finalmente de sanciones y de penas, todo aquel sistema 'cerrado' ¿de qué sirve sino para permitir abrirnos? Toda aquella desconfianza, aquella servidumbre, aquella atención fatigosa, ¿para qué sirven sino para establecer *en cuanto sea posible* la 'fianza', la libertad, la facilidad cuyo valor nos hace sentir la imagen de la inocencia, presente pese a todo en nosotros? Cuando hemos establecido nuestros derechos y deberes recíprocos, volvemos a encontrar un cierto grado de 'fianza'; al amparo de las leyes y de las penas volvemos a encontrar un cierto grado de libertad y de facilidad y una posibilidad de apertura hacia los otros, incluso hacia los extraños.

Con la desconfianza el derecho asegura por tanto la 'fianza', con la servidumbre la libertad, con el esfuerzo la facilidad, demostrando así que está al servicio de la inocencia, demostrando que su fin es la inocencia. Si el derecho no es una imposible técnica 'de la' amabilidad, es sin embargo, una técnica 'para' la amabilidad". *Itinerarios humanos del derecho*, cit., págs. 134-135.

mos competencias porque alumnos y profesores estamos inmersos en algo que es nuestro, en plural, como es la docencia de la Filosofía del Derecho: el adjetivo nuestro determina la alteridad específicamente jurídica en estos casos. Si la docencia fuera un atributo personal del profesor, él no tendría por qué dar sus clases: la genialidad de Picasso era un atributo personal de él, y por este mismo hecho, Picasso no estaba obligado <jurídicamente> a pintar o a dejar de hacerlo. Ciertamente, Picasso era *dominus suorum actionum*, y por esto podía hacer lo que quisiera: pero por esto mismo, no podía ser forzado jurídicamente.

La vivencia del derecho nace desde un bien que es nuestro, que no es mío o tuyo, y que al ser nuestro es de todos los concernidos: por este motivo, todos podemos hablar sobre política, que es cosa *nuestra*, y nadie debe hablar sobre la vida privada de los demás, porque entonces será tachado de chismoso o entrometido. La docencia que desempeña el profesor no es cosa suya, sino asunto común entre él y sus alumnos. El profesor responde por la docencia, no por lo que él sea: estamos en un terreno relativamente objetivo, no personal. Hablo de objetivo porque un tribunal puede evaluar con cierta precisión si los alumnos de un profesor concreto saben o no Geografía.

La estructura del bien jurídico determina el alcance de la competencia jurídica. En las facultades que van más allá de los simples derechos subjetivos, estas facultades vienen concretadas y determinadas en su alcance por el bien jurídico que las hace existir. Cuando alguien, porque conviene a su interés o porque él se cree libre, desliga sus competencias de esa fundamentación —y circunscripción, al mismo tiempo— entonces actúa arbitrariamente e incurre en la figura del abuso del derecho. No existen derechos absolutos, y esta falta de absolutez no existe tanto porque los derechos están limitados (¿?) como porque están fundamentados: el fundamento del derecho determina el alcance del mismo. Claro que si se parte del postulado de que los derechos son absolutos, entonces es preciso en un segundo momento declarar sus limitaciones. El problema es que entonces no sólo no quedan claras cuales son esas limitaciones sino que, con el tiempo, se acaba cuestionando el derecho mismo, como enseña la experiencia. Tal cosa sucedió con el derecho de propiedad en el siglo pasado.

Frente al concepto de derecho, tal como lo diseñaron los modernos y subió a la legislación en el siglo pasado, es preferible el concepto romanista de *jurisdictio*, que indica que la relación jurídica existe porque sirve a un fin. Cristo le dijo a Pilato: “No tendrías poder sobre mí si no se te hubiera

dado desde lo alto” (Juan 19, 10-14), y Pilato buscó inmediatamente liberar a Cristo, porque entendía muy bien lo que Él le estaba diciendo. En cambio, es posible que hoy, si aludimos al origen del poder de un cargo, éste pensara ante todo en el acto administrativo que se lo ha otorgado: Buena parte de los que tienen cargos piensan en su poder como una especie de poder en general, sólo limitado en un Estado de Derecho por los derechos de los que están (por definición) *frente* a él. Este planteamiento no es enteramente correcto, porque no responde bien a la realidad jurídica: podrá responder bien a determinadas realidades, pero éste no es el supuesto que contempla el derecho. Hablando en términos jurídicos, no existe el poder, sino los poderes, tantos como cosas hay que hacer. La necesidad de hacer esas cosas justifica la existencia de esos poderes y su alcance, porque un poder, o nace ya limitado por sí mismo, o es simple prepotencia a-jurídica.

6. *Lo mutable y lo inmutable*

No todos los criterios sobre la justicia que nos proporciona la normalidad social provienen de circunstancias históricas y variables. La realidad social que interesa al jurista está compuesta por dos órdenes de exigencias: las que son siempre así y no pueden ser de otra forma, y las que varían con el tiempo de acuerdo con el convenio de los hombres. Sucede lo mismo que con las demás cosas humanas: porque el fuego arde igual en Grecia que en Persia, pero con otros temas no es así.

Con respecto a las primeras, comprendemos que nunca puede ser admisible un militar pacifista, un magistrado que no pretenda hacer justicia o un médico que no se preocupe por la salud de sus pacientes. Ya aludí a que todas las profesiones presentan unas exigencias específicas que, de no ser obligatorias para sus titulares, harían desaparecer la profesión misma. Lo mismo se puede decir de la mayor parte de las instituciones jurídicas, que tienen una razón de existir que determinan lo que se puede hacer. Sin embargo, los modos o cauces que los hombres han encontrado para hacer realidad su dignidad y su humanidad, han variado en la historia: el derecho de familia ya no se entiende por lo general como lo entendieron los romanos. Pero este tema nos introduciría en el de la historicidad general del derecho, que ahora es mejor dejar de lado. Además, existen muchas concreciones que no afectan al meollo de los bienes jurídicos: las regulaciones administrativas y políticas que determinan las condiciones sociales,

económicas, etc., de los jueces, abogados o notarios no tienen por qué permanecer fijas en la historia.

La historicidad viene de la mano del cambio de las circunstancias. En estos dos últimos siglos, que han sido de fuerte progreso técnico, ha habido que crear figuras jurídicas nuevas. Pero el cambio no es arbitrario: siempre habrá un bien a proteger, y si el bien sale perjudicado con un cambio legislativo o jurisprudencial, entonces ese nuevo derecho está mal hecho. Si con una reforma del Código de Circulación baja la seguridad en el tráfico, hay que concluir que tal reforma es regresiva, nociva; aunque nuestra mentalidad, moldeada todavía en parte por la idea de que lo nuevo es lo mejor, es reacia a admitir que lo más nuevo pueda suponer un retroceso cultural. Además, también varían los gustos de los hombres, su talante ante la vida: este cambio determina igualmente otro cambio en las instituciones. Pero el hombre debe cuidarse de vivir peor: el crecimiento del sentimiento de la individualidad ha sido imparable desde el siglo xvi hasta hoy. Pero si un individualismo excesivo lleva a descuidar las instituciones que nos permiten vivir bien, entonces convendría revisar, al margen de doctrinarismos, en donde reside el bien de las personas.

Nos encontramos ante un tema complejo, porque por lo general no tenemos a mano criterios absolutos para medir la corrección de la variabilidad de las instituciones. “La razón práctica –nos indica Inciarte–, en continuo proceso de enderezamiento, no conoce razón, sino razones. La decisión teórica es directa: se ve o no se ve... La decisión práctica es indirecta: salvo en casos extremos, para todo hay argumentos en pro y en contra. El enderezamiento de la razón práctica se opera sopesando las ventajas y los inconvenientes, pasando de las unas a los otros y del pro y en contra de una posibilidad al pro y el contra de otra. Y, salvo casos extremos, es ella misma –la razón práctica como querer razonante– la que inclina la balanza, más que las razones aducidas. Porque la alternativa fundamental en la moral no es la del bien y el mal. Esta es más bien la alternativa extrema. La alternativa fundamental es la de lo mejor y lo peor”.¹¹⁹ Es la voluntad como razón práctica la que con frecuencia lleva la voz cantante en el cambio histórico de las instituciones. Descartado el peligro de un relativismo arbitrario, queda el otro peligro que describe también Inciarte: “En una palabra, el peligro es entonces considerar al Estado o, en general, al estado existente de cosas en una comunidad histórica determinada, como

¹¹⁹ *Sobre la verdad práctica*, cit., págs. 212-213.

la norma suprema de moralidad que hay que hacer observar y guardar por todos los medios. Por esto, no resulta sorprendente que los intentos de aumentar la virtud y la felicidad por vía del Estado... han surtido tantas veces el efecto contrario: el aumento del dolor y la debilitación de las reservas morales del individuo".¹²⁰

D) Otras reflexiones sobre Libertad y Derecho

1. La realización de lo existente

Anteriormente aludí al hecho normativo de que cada persona ha de asumir el momento histórico y vital concreto que le ha tocado vivir. Este deber no está claro, y muchos experimentan más una sensación de forzamiento o doblegamiento que no un deber moral. Muchos hombres experimentan un cierto desgarrón en su vida porque por una parte vivencian aquello que querrían ser y de otro lado está lo que la vida concreta les determina a ser. El problema es complejo, más en la sociedad capitalista de hoy, y quizá lo que más destaca en él es la sensación que viven muchas personas de no estar realizando su propia vida, sino que como indica Agnes Heller, el sujeto, en la vida cotidiana, se siente objetivado o se pierde en un proceso en el que se produce un desdoblamiento de su personalidad, ya que él llega a ser exterior a él mismo porque sus capacidades, puestas al servicio de empresas externas a él, comienzan a vivir una vida propia, independiente de él.¹²¹ Con frecuencia la realidad es aún peor. No le faltaba cierta razón a Carlos Marx cuando reconocía que el resultado del trabajo se alza hostil y extraño (*fremd und feinlich*) contra el propio trabajador: muchas personas trabajan al servicio de su propia alienación.¹²² El conjunto de la obra de la Escuela de Frankfurt pretende hacernos conscientes de esta objetivación y alienación del hombre, y mantiene que aunque pueda proclamarse —como de hecho se hace— la soberanía del hombre sobre el mundo y las cosas, tal afirmación es la mayor falacia de nuestra Antropología. Porque el hombre actual es, de hecho, más un sometido, un sujeta-

¹²⁰ *Sobre la verdad práctica*, cit., págs. 192-193.

¹²¹ Cfr. *Sociología de la vida cotidiana*. Trad. de J.F. Ivars y E. Pérez Nadal. Barcelona, 1977, pág. 96.

¹²² Vid. *Marx-Engels Werke*. Institut für Marxismus-Leninismus. Berlin, 1958, vol. I, pág. 512.

do, que no un sujeto. Más aún, es un ser en cierta medida construido por diversas estrategias, fundamentalmente (hoy) las económicas.

Todo esto es cierto, y el problema es cómo conjugar la dignidad y la libertad con la necesidad. Queda abierto el problema de cómo modificar la sociedad existente para hacerla más humana: una persona con sensibilidad no puede encontrarse a gusto aplastada entre el Estado y el mercado, como los hombres del siglo xv tampoco podían estar conformes con el régimen feudal que todavía entonces existía en Centroeuropa. Cada época histórica plantea sus propios problemas, y sería imposible siquiera diseñar intelectualmente la sociedad realmente humana. Esto último lo intentaron los pensadores utópicos, y fracasaron porque un exceso de teoría es una mala teoría. El tema es que ahora nos encontramos mal, y los hombres, me atrevería a decir, siempre se han sentido mal: ninguna novedad. Lo que permanece es tanto el esfuerzo por mejorar lo existente como el deber de convivir.

Precisamente, el fallo de la teoría moderna ha estado en haber sustituido la convivencia por la coexistencia. Así se lo reprocharon los románticos al pensamiento ilustrado en lo que llamaron en su día 'La revuelta del corazón contra la razón', y de ahí brotaron violentamente los movimientos socialistas del siglo pasado. Si la libertad se concibe al modo de la tradición liberal moderna y contemporánea, entonces los términos libertad y realidad —es decir, arbitrio y derecho— son irreconciliables. Pero si dejamos de lado la visión liberal del problema, que preferentemente conduce al rechazo de lo positivo, de lo existente (como cualquiera observa especialmente en un plano personal), las relaciones entre persona y realidad no son tanto de imposición como de acogimiento. Es cuestión de ejercer la libertad. Sergio Cotta nos indica que un sitio que no es libre, es decir, un hombre no-libre, no está en condiciones de acoger, por lo que para instalarse en tal sitio es preciso *requisarlo*. Por este hecho la persona que no ejercita su libertad y se limita a permanecer a la defensiva, no acoge, sino que sufre la necesidad que le es impuesta. La sensatez debiera enseñarnos a todos, prosigue Cotta, que es preciso que nos restituyamos la dignidad, es decir, la libertad a nuestros actos. Pensemos que lo que distingue a la conciencia del instinto es que la primera es libre, por lo que puede acoger la necesidad que le es impuesta. La conciencia, por tanto, no se limita a sufrir al otro, sino que va a su encuentro, discierne y finalmente valora aquellos actos en los que ella se expresa.¹²³

¹²³ Cfr. *Itinerarios humanos del derecho*, cit., págs. 69-70.

Todo hombre está condicionado. En una primera aproximación al problema, todos somos conscientes de nuestros condicionantes biológicos: no tenemos alas para volar como los pájaros. Además, los condicionantes afectan a los planos social, profesional, económico, político, etc. Pero lo que cabe plantearse es: ¿Se trata de factores condicionantes, limitantes, o se trata más bien de factores posibilitantes? Si uso mi inteligencia y no caigo en una actitud depresiva (las depresiones colectivas son muy frecuentes, como destacó Nietzsche, quien observaba en “Menschliches, Allzumenschliches” que es raro que una persona concreta caiga demente, pero que lo normal en todas las épocas es la demencia colectiva), soy consciente de que me tengo a mí mismo, tal como soy. Es preferible que nos restituyamos la dignidad y la sensatez, como indicaba Cotta. Naturalmente, estas observaciones sirven para la vida cotidiana, normal, que es la que contemplamos siempre, porque hay situaciones de injusticia extrema en las que cualquier ser humano ve impedida la realización de su humanidad. Pero no es lícito confundir esos casos extremos con la desigualdad cotidiana en la que todos trabajamos y vivimos. Recordemos otra vez el viejo dicho anglosajón que expresa que los casos extremos hacen mal derecho.

En cambio, el afán de autonomía que se concreta en la resistencia a la determinación de la voluntad desde una instancia externa, suele llevar a que un hombre quede preso de su voluntad abstracta, como la llama Hegel, que es irracional porque normalmente está determinada por impulsos irracionales, y se concreta en la arbitrariedad, en el capricho, en la terquedad. Por esta razón explica este filósofo que “el deber puede aparecer como limitación solamente frente a la subjetividad indeterminada o la libertad abstracta y frente al impulso natural. Pero el individuo encuentra en el deber más bien su liberación, ya sea frente a los impulsos naturales, ya frente a la subjetividad indeterminada”.¹²⁴

Son dos temas algo distintos: la resistencia frente a la realidad, en principio heterónoma, y la resistencia instintiva al esfuerzo impuesto. Distintos, pero se presentan unidos en la praxis vital personal. Con respecto al primero, diría, repitiendo la frase de Hegel, que “nadie puede salirse de su propia piel”, aunque todos podemos hacernos intelectualmente la ilusión de que somos libres. Hablo de ilusión porque normalmente la persona que rechaza la realidad en nombre de sus propias ideas o sentimientos no suele ser consciente de sus condicionantes emocionales e ideológicos: todos

¹²⁴ *Principios...*, cit., § 149.

nosotros somos fundamentalmente el resultado y el producto de diversas tradiciones que discurren paralelas en nuestra sociedad,¹²⁵ y tan tradicional y tan epígono es el hombre de talante conservador como el que sitúa en sus antípodas en nombre de la emancipación o de la liberación del género humano, siempre de la mano de las morales positivas, como las llamaba John Austin. Puestos a optar, la dignidad enseña que es preferible ser uno mismo que no un simple seguidor de una tradición conservadora, o más moderna. Pero como las ideas que están en el aire, en el ambiente, y penetran como por porosidad en el ser humano, es difícil que alguien advierta que lo que vivencia como lo más íntimo de su personalidad, que él cree su individualidad irrepetible, es tan sólo un calco de lo que ya ha sido escrito y difundido desde hace tiempo.¹²⁶ Por lo que hace al segundo tema, es fácil advertir que un deber –el que sea– nos saca de la cárcel de nuestro propio yo y nos abre a los demás. La experiencia demuestra que las personas que pueden hacer lo que quieren porque su egotismo fundado en sus recursos les permiten evadirse de las incomodidades impuestas, suelen acabar mal, en manos de un médico en el mejor de los casos.¹²⁷

En esta unión de la subjetividad del individuo con la objetividad de la exigencia práctica es donde el hombre hace real su libertad, porque la libertad, más que un punto de partida suele ser un resultado, porque nuestra vida al filo de la praxis no sigue una dirección unívoca, como los ríos, que siempre van a parar al mar: cuenta más el reflujo de nuestros actos en nosotros que no el flujo de la aparente línea recta. De ahí las diatribas de Hegel reclamando la figura del círculo como la representación más adecuada para la vida humana.¹²⁸ De este modo, aunque toda persona viva en tensión porque de un lado posee su yo –lo que corresponde al *bourgeois*–

¹²⁵ Si queremos usar el locus de naturaleza humana, sobre los distintos grados de ‘naturalidad’, vid. Vigo, *Las causas del derecho*, cit., págs. 81-85.

¹²⁶ Franz KAFKA denunciaba a su modo este hecho cuando reprochaba a su padre: “En el fondo, la fe que guiaba tu vida consistía en el hecho de que tú creías en la incondicional certeza de las opiniones de determinada clase social judía, y por lo tanto, puesto que esas opiniones en esencia te pertenecían, te creías a ti mismo”. *Carta al padre*. Trad. de J. Rottner. Barcelona, 1995, pág. 91.

¹²⁷ La razón última de este hecho la indica COTTA: “la vida cotidiana, vivida subjetivamente, no se corresponde del todo con las profundas necesidades del hombre”. *¿Qué es el derecho?* cit., pág. 48.

¹²⁸ “Se ha representado con razón la infinitud con la figura del círculo, pues la línea recta va siempre más allá y señala la mala infinitud, meramente negativa, que, al contrario de la verdadera infinitud, no tiene retorno sobre sí”. *Principios de Filosofía del derecho...*, cit., § 22.

de otro lado es un *citoyen*, que posee un yo solidario capaz de penetrar en las exigencias prácticas que hacen que efectivamente ejerza su libertad. Al colaborar en estas exigencias, el sujeto trasciende su subjetividad y se une a un esfuerzo que en la medida en que perfecciona a la especie, a la comunidad en la que él vive, perfecciona a los demás y se perfecciona a sí mismo. De ahí que la ordenación social, orientada más o menos a perseguir bienes concretos, sea una condición de la libertad. Por eso se ha dicho a veces (frecuentemente fuera de contexto) que la libertad consiste en obedecer a las leyes.

2. *El subjetivismo jurídico*

Los condicionantes históricos nos fuerzan a que cuando hablamos de libertad referida al derecho, haya que tocar la figura del derecho subjetivo, que sería la categoría jurídica en la que más claramente se expresa la libertad humana. Esos condicionantes históricos a que aludo ya los conocemos: la Modernidad redujo toda manifestación legítima del derecho a un conjunto de expresiones de la libertad de la persona entendidas como derechos subjetivos, y hoy vivenciamos esta libertad como lo más constitutivo de nuestra dignidad. Pero es preciso afrontar el tema sin complejos, y para ello hay que reconocer ante todo que una cosa es la mentalidad individualista en el derecho, y otra es la figura del derecho subjetivo. Porque si rechazo la falta de sentido de la realidad que es inherente al subjetivismo, no por esto rechazo o minusvaloro la noción de esta manifestación del derecho que es cada derecho subjetivo.

El tratamiento del problema se ha vuelto hoy muy enrevesado porque más o menos conscientemente cualquier persona actual hace arrancar sus vivencias y razonamientos desde la idea de una libertad en general originaria, de forma que vivencia cualquier norma como una constricción de esa libertad suya. Las ideas de Kant, trivializadas, han contribuido a popularizar incluso en las universidades esta forma de sentir. Así, por ejemplo, Charles Fried nos indica que “No conozco una norma de valor más allá del hombre, ni conozco nada más valioso en el hombre que su capacidad de reflexionar sobre cómo debería ser su vida, y actuar conforme a la conclusión de esas reflexiones. Esto es una síntesis sencilla de lo que quiso decir Kant cuando llamó al hombre un ser moral y definió la naturaleza moral como libre y racional”.¹²⁹ Estoy de acuerdo con la primera parte de

¹²⁹ *¿Es posible la libertad?*, en “Libertad, igualdad, derecho”. Trad. de G. Valverde. Barcelona, 1988, pág. 96.

la tesis: si escribo estas páginas es porque pienso en la libertad personal del hombre, que pasa necesariamente a través de su libertad. Pero, en la medida en que creo conocer la obra kantiana, me parece que atribuye a Kant una tesis que él no expresó tan sencillamente.

El tema, como indico, es espinoso porque hoy toda persona vivencia ante todo su libertad. Kant acuñó muy matizadamente la fórmula según la cual toda persona es un fin en sí misma (la tesis del *Selbstzweck*), pero el entendimiento que ya sus discípulos más inmediatos dieron al *Selbstzweck* a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo siguiente marca la diferencia entre una persona inteligente y otras que no saben matizar,¹³⁰ y el problema es si el entendimiento vulgar de la tesis del autofin es viable. Me parece que si examinamos más de cerca este problema nos encontraremos ante una aporía, resultado de un planteamiento insuficiente del problema. La vida personal y por lo tanto la vida jurídica se componen de muchos problemas muy concretos en los que la afirmación del hombre como fin en sí mismo no encuentra aplicación. Esta tesis puede ser interesante si la referimos a algunas libertades fundamentales del individuo (de conciencia, de pensamiento, etc.) o si la proyectamos al conjunto de la vida de un hombre (un conjunto al que no alcanza el derecho, siempre atento a cosas concretas), pero no suele encontrar aplicación en la multitud de instituciones jurídicas que componen el derecho y al filo de las cuales se desarrolla nuestra vida cotidiana. ¿Por qué, entonces, tantos libros y teorías que la recogen? Yo pienso que aquí sucede algo parecido a lo que hace posible los *reality shows*: un problema real y cotidiano como el que nos ocupa hoy a usted y a mí no le interesa a nadie. Pero algo complejo y morbosos que posiblemente nunca nos ocurrirá en la vida ni a usted, lector, ni a mí, apasiona al gran público. Un libro de teoría de la Moral y de la Justicia que se ocupe de nuestra vida (que es necesariamente vida cotidiana) interesa poco al público, incluso al universitario. Pero un libro que haga declaraciones épatantes acerca de la dignidad del hombre puede conseguir que se constituya toda una asignatura en torno a sus tesis: es interesante, aunque sirva de poco a la práctica cotidiana de los miles de abogados, notarios o jueces que trabajan en Europa o América, que se ocupan de temas muy concretos. Y la mayor parte de estos temas, el *Selbstzweck* o mi libertad originaria o mi libertad en general, ni entra ni deja de entrar.

¹³⁰ Sobre la turbamulta de los kantianos en esta época, vid. *La Cabeza de Jano*, cit., págs. 43 y ss. y 224 y ss.

¿Pero acaso el fin total del derecho no debe ser el de hacer posible que cada ser humano lleva a cabo su estilo de vida? Este no es el planteamiento del derecho, que nunca aparece –salvo breves declaraciones constitucionales– como un todo global o unitario. El ordenamiento jurídico de cada Estado no ha sido diseñado coherentemente por una sola mente que persiguiera ante todo una finalidad: más bien se compone de un aluvión de normas legales y jurisprudenciales de épocas, regímenes políticos e ideologías distintas. Además, los puntos realmente terminales de cada norma jurídica normalmente nada tienen que ver con fines únicos o supremos, y por esto es un disparate decir que el derecho ha componer un Sistema, si por tal cosa entendemos una realidad compleja regida por un único principio rector.¹³¹ Las normas jurídicas que habilitan para sacar agua de un canal para regar determinadas fincas, no se relacionan con las normas jurídicas que regulan la tutela o que protegen contra falsificaciones en documentos públicos.

3. *Derechos subjetivos y bienes constantes*

Desde hace tiempo se viene entendiendo que allí donde existe una posibilidad de hacer, reconocida o respaldada por el derecho, hay un derecho subjetivo. No parece que esta forma de ver las cosas ayude a analizar la realidad, porque quedan metidas en el mismo saco cosas tan distintas como el poder arbitrario (derecho) que yo tengo sobre mi televisor como el derecho a dar mis clases. No se pueden equiparar ambas realidades porque yo puedo hacer lo que quiera con mi aparato de televisión, sin responder ante nadie; pero no soy tan irresponsable por lo que haga con mi docencia: la libertad de cátedra no es un coto para mi arbitrio. Es decir, no todo derecho es un derecho subjetivo, porque parece que lo específico del derecho subjetivo es la irresponsabilidad.

A veces se piensa que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido: el ámbito de los derechos sería el de la permisión negativa. En esta visión de los derechos hay parte de verdad, porque en el inmenso campo de las normas penales sí rige el principio de que todo lo que no está

¹³¹ COTTA nos indica que “La profunda exigencia humana de constituir relaciones de cooperación independientes de la relación política de conciudadanos, y la posibilidad de realizarlas que el derecho ofrece, permiten desvelar las insuficiencias de las modernas teorías jurídicas, que acostumbra a reducir el derecho al ordenamiento jurídico de un pueblo o de una comunidad”. *¿Qué es el derecho?*, cit., pág. 80.

prohibido está permitido. Pero los penalistas alemanes del siglo pasado que elaboraron filosofías del derecho o Teorías Generales del Derecho nos han hecho un flaco servicio al filtrar todo el mundo jurídico por el estrecho prisma de las categorías de su disciplina. Porque podemos observar que una simple y triste ausencia de norma no parece fundamento suficiente para crear un verdadero derecho: Laporta indica que sólo existe un derecho cuando existe positivamente una norma o deber para los otros de abstenerse de interferir en las acciones emprendidas en el ámbito de lo no regulado.¹³² Efectivamente, la simple ausencia de normas no crea sin más verdaderos derechos: es más bien el ámbito de lo no-jurídico, lo que no regula expresamente el derecho. De hecho, cuando un sector de la vida humana se normativiza mucho, la gente se siente crispada, y las cosas funcionan peor. Este ámbito no jurídico es también un ámbito de libertad: hay que poner límites al derecho, y no sólo en el sentido en que suele decir esto Alvaro d'Ors. Carbonnier nos previene: "Los juristas dogmáticos piensan que todo es derecho, que el derecho tiene vocación para estar en todas partes, para envolverlo todo y para sostener, como un dios, todo el universo habitado. Hay en el derecho dogmático, a la vez, un ideal y un postulado de panjurismo".¹³³

Si superamos estas dificultades, el derecho subjetivo existe como una categoría jurídica reconocible. Todos los hombres poseen unos ámbitos de actuación en los que en principio pueden actuar con plena libertad porque no han de dar cuenta a nadie de su actuación. Digo 'en principio' para prevenir la ilusión del mito del derecho absoluto: ningún derecho es absoluto porque nadie puede hacer con su televisor lo que quiera: si el volumen del aparato es demasiado alto se quejarán con razón los vecinos. El uso de los derechos subjetivos encuentra un límite típico para ellos: no molestar o no interferir en la vida de los demás. En esta dimensión de lo jurídico sí es lícita la categoría de las esferas de libertad de que hablaban los kantianos: Y una esfera, como todo cuerpo geométrico, está limitada por la ubicuidad.

¹³² Vid. *Sobre el concepto de derecho humano*, en "Doxa" 4 (1987) pág. 24.

¹³³ *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*. Trad. de J.L. Díez-Picazo. Madrid, 1974, pág. 33. El estudio de Alejandro Guzmán, *La influencia de la filosofía en el derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica*, cit., está destinado en buena medida a mostrar —muy convincentemente— cómo la relación jurídica es ante todo (al menos, fuera del Derecho Penal) una relación entre una persona y una cosa, no relaciones entre los todos los humanos existentes, en el caso de los *iura in rem*.

Como observamos, se trata en cierto modo de una libertad negativa. En un primer momento, es negativa porque el sujeto no posee normalmente o frecuentemente un título o causa jurídica definida para hacer lo que tiene derecho a hacer: ni en la Constitución ni en otras leyes que yo conozca se dice algo así como que todos los ciudadanos tienen derecho a usar sombrero. En un segundo momento, también parece una libertad negativa porque con mucha frecuencia se trata de una libertad residual: el derecho recorta esta libertad de arbitrio siempre que lo considera conveniente para el bien público. Así, mientras que antiguamente se podía fumar en todos los lugares en los que no estuviera expresamente prohibido, hoy la situación para los fumadores es casi la inversa.

Los derechos subjetivos han inspirado fuertes recelos a lo largo de los dos últimos siglos: la exageración de la modernidad, que redujo toda manifestación del derecho a derechos subjetivos individuales, normalmente de arbitrio, ha conducido por motivos pendulares a la actitud opuesta. Así, Augusto Comte captó a su modo el carácter normal de oficio de los derechos y, en plena reacción contra la modernidad, sustituyó la noción de derecho por la de función social.¹³⁴ En general, los institucionalistas del tipo de Duguit o Romano también fueron reacios a admitir la existencia misma de esta realidad. Las filosofías totalitarias de todo tipo los han negado, por supuesto, y ahí están Karl Larenz y Julius Binder. Hoy, cuando hay un cierto renacimiento de una concepción de la jurisprudencia de naturaleza prudencial, algunos también los niegan porque no conciben un derecho al margen de las competencias del *officium*.¹³⁵

Bien está denunciar los abusos, pero es preciso precaverse de irritaciones que enturbien la mirada. Es más realista Jesús Ballesteros cuando escribe que "Este ámbito de libertad ha sido designado por I. Berlin... como libertad negativa, en cuanto su característica fundamental estribaría en la exclusión de toda injerencia ajena. Parece que sería mejor calificarla como libertad reservada o exclusiva, por cuanto puede implicar una importante actividad por parte del sujeto de la misma".¹³⁶ Efectivamente, el arbitrio es una gran cosa: todos nos encontramos incómodos cuando se nos regla-

¹³⁴ Esta idea aparece intermitentemente, y no siempre de forma muy clara, en los tres últimos volúmenes de su obra. Vid. la edición de París de 1839. Concreta algo más en el capítulo 48 del vol. IV.

¹³⁵ Vid., por ejemplo, a Schouppé, *La concepción realista del derecho*, en 'Persona y Derecho' 11 (1984), págs. 623-625.

¹³⁶ *Postmodernidad: resistencia o decadencia*. Madrid, 1989, pág. 55.

menta demasiado nuestra vida. Y la normativización creciente que hace el Estado de prácticamente todas las esferas de la vida humana degrada la calidad de vida. Por lo que se refiere a la libertad del arbitrio, tan generosamente recortada por los poderes públicos contemporáneos, creo que la única actitud humanista es la de mantener que tal libertad únicamente puede ser recortada cuando esa disminución concreta sea necesaria para aumentar la libertad.

Sucede que el arbitrio es uno de esos bienes que podemos llamar bienes constantes, porque se exigen siempre y en todas partes. La comodidad, la seguridad, la limpieza, la no-discriminación, la rapidez, constituyen bienes constantes, tan válidos en un banco, como en una empresa de construcción de puentes, como en la administración pública. La constancia de estos bienes ha contribuido poderosamente a fortalecer la ideología de los derechos, en el marco de una cierta mentalidad juricista: en muchos organismos existen comisiones para la no-discriminación por motivos raciales, como sucede allí donde conviven diversas etnias, como en los EE.UU. Es lógico que el trabajador esté preocupado porque no se le discrimine, por no trabajar en condiciones de higiene poco humanas. Por este motivo, toda persona entra en un organismo con la idea de que debe defender sus derechos. Esto es cierto: pero estos bienes constantes que dan fundamento para exigir ciertos derechos normalmente no se relacionan con el núcleo de la actividad que se está realizando, que sí es la instancia que proporciona de forma positiva y más o menos medida las competencias a las que realmente se tiene derecho. Es decir, un profesor de universidad puede exigir limpieza, no-discriminación, etc. Pero sus derechos o competencias *qua* profesor de universidad se mueven al margen de estos bienes constantes, porque surgen desde la naturaleza social de la actividad que está realizando. Y entonces se produce la paradoja de que la naturaleza de la actividad que se realiza recorta y concreta el alcance de los derechos a estos bienes constantes: un bancario puede exigir mucha mayor limpieza que un minero, y un funcionario del Ministerio de Educación puede hacer valer su derecho a la no-discriminación en mucha mayor medida que un militar: el Estado Mayor sirio no puede ser tan estulto como para admitir en su academia de oficiales a personas pro sionistas.

4. Libertad jurídica

Si vuelvo a ideas anteriores, la libertad surge desde el *nosotros*, no desde el mío, tuyo. La libertad del yo, entendida al modo moderno como una *lex permissiva originaria*, es un bien jurídico más a proteger, ciertamente uno de los más relevantes. Pero todo bien propiamente jurídico implica una alteridad que no se desprende sin más desde el yo o el tú. Estos pronombres personales (tú, yo) designan ante todo ámbitos de exclusión, que evidentemente no unen, y por el contrario el derecho es ante todo el arte de saber trazar vínculos entre los hombres.

La libertad psicológica o personal es cosa distinta de la libertad jurídica. Chozza nos indica que hay muchas formas de vivenciar la libertad, aunque todas arrancan de la vivencia de encontrarse existiendo. La libertad se vivencia inicialmente como inquietud de libertad o libertad tendencial, y posteriormente en conexión con o en función de las diversas determinaciones particulares de índole biopsicológica o cultural. Es decir, en un segundo momento, la libertad se vivencia en conexión con el trabajo, con lo que el sujeto quiere ser en el orden social-profesional; en relación con el amor, respecto del núcleo social-familiar; en relación con la comunidad política, según las vinculaciones que el sujeto decida mantener con ella; en relación con los principios morales y religiosos, a tenor de las determinaciones que el sujeto quiera concretar. “Y en función de todas esas posibilidades el sujeto puede ejercer su libertad de formas positivas, como son las de autohegemonía, autarquía, autointerpretación, autodeterminación o autodestinación”.¹³⁷ En cualquier caso, también en el plano personal o moral, la libertad aparece normalmente como un concepto (una realidad) que podemos llamar relacional: porque la libertad la ejercemos respecto de realidades diversas. También la libertad jurídica posee una estructura relacional, aunque algo distinta.

El problema se sitúa en cómo entender el ‘nosotros’ al que aludía anteriormente. Por una tendencia simétrico-pendular del ser humano, podríamos pensar que, excluido el yo, el nosotros ha de ser entendido como la primera persona del plural, al modo como los alemanes afines al nacional-socialismo exclaman el ‘wir Deutschen’: “Nosotros, los alemanes...” Obviamente no se trata de esto. El atrincheramiento en un grupo suele denotar falta de fortaleza personal, una debilidad individual que sólo encuentra

¹³⁷ *Manual de Antropología filosófica*, cit., pág. 378.

remedio en el desvaimiento de las personalidades que no saben sustentarse a sí mismas. El nosotros propiamente jurídico designa más bien ese fondo de verdad que existe en la afirmación que Platón pone en boca de Sócrates: “El bien, cuando se manifiesta, es común a todos”. Porque en un primer momento, observamos que las cosas buenas son buenas para todos: los palacios de Venecia suelen ser propiedades privadas, pero ellos ennoblecen a todos los que los contemplan, y más a los que habitan la ciudad. El pueblo de Tepezale (Puebla, República Mexicana) está reconstruyendo su templo: ¿intereses de los católicos que viven en el pueblo? No lo parece: esa iglesia es un bien común. El derecho a hacer, o la competencia (más restringidamente) surge frecuentemente sólo desde el nosotros.¹³⁸ Como profesor me concierne la docencia, y por eso tengo competencias, lo mismo que mis alumnos: hay un bien común –la docencia– cuya *comunidad* nos otorga título o causa para decidir con fuerza jurídica.

Con la política es distinto. En términos políticos existe un nosotros que no es tanto una multitud de bienes concretos como una multitud de personas. Ciertamente, la gestión política implica la prosecución de una utilidad que incluye diversos bienes reales; pero la política abarca una capacidad de exigir obediencia que no reposa tanto sobre las cosas como sobre las personas. Porque mientras que el derecho es el gobierno de las personas desde las cosas, la política tiene un carácter más personal-subjetivo, aunque buena parte de la política se canaliza a través del derecho, y entonces el gobernante gobierna a las personas a través de las cosas, al margen de pactos y juramentos de naturaleza personal.¹³⁹ Así, mientras que el derecho presenta una dimensión preferentemente objetiva (y Tomás de Aquino dedicó un artículo entero al *medium rei* para distinguir el medio que es propio del derecho del medio que pertenece a la moralidad), la política aparece reposando más sobre las voluntades libres.

¹³⁸ Este nosotros implica el reconocimiento de todos por igual. Explica КОТТА que “El otro es igual al yo en la capacidad de intentar la obligatoriedad de la regla fundada sobre la verdad común. A través de la serie de reconocimientos expresados, el yo-sujeto se comprende, y su propia acción viene a ser situada en el ámbito de una relación intersubjetiva de carácter paritario: un yo-sujeto entre otros yo-sujetos”. *El derecho en la existencia humana*, cit., pág. 50.

¹³⁹ Las relaciones políticas se han fundamentado, hasta la aparición del Estado, en vínculos personales, normalmente juramentos. Aún hoy, los funcionarios del Estado español hemos de prestar un juramento o promesa para entrar a desempeñar nuestros cargos, y en todos los estados los soldados han de ‘jurar la bandera’.

El derecho, de todos modos, tiene también mucho de personal. La persona jurídica, desde el punto de vista de su contenido es preferentemente real, y por este rasero medimos las competencias de cada cual. Pero desde el punto de vista de su origen y fundamento, las personas jurídicas expresan facetas fundamentales de la dignidad humana: podemos renunciar a una herencia, pero no a la condición de heredero. Porque la persona jurídica no es la simple suma de los derechos y deberes de un ser humano considerado como profesional, heredero o marido, sino que cada una de ellas es una *conditio personarum*. Aquí observamos la superioridad ética y humana del derecho sobre la sociología: esta ciencia última solamente conoce roles personales, que más que como derechos o manifestaciones de la personalidad, aparecen como hechos para el hombre. Las capacidades de ser padre o profesional pueden aparecer, ciertamente, como cargas, pero son mucho más que eso: por esta razón las personas son necesarias, en el doble sentido de que no pueden ser renunciadas (ni siquiera por el propio interesado), y de que todos tenemos derecho a ellas. Únicamente una especie de muerte civil o *capitis diminutio* podría separarnos de ellas.

Persona humana y persona jurídica no son realidades antitéticas, ni tampoco la expresión persona humana ha de llevar necesariamente una carga valorativa,¹⁴⁰ como si un individuo pudiera ‘ser persona más o menos’. El individuo no ha de ser un dato inauténtico, puramente estadístico, como parecía entenderlo Marcel al oponer su noción a la de persona. Hemos de tener en cuenta los dos sentidos que históricamente ha adquirido la palabra persona, ya que ambos poseen carta de naturaleza prescrita a su favor, a pesar de que ello puede plantearnos problemas de entendimiento o comunicación, como si dijéramos que ‘una persona puede sostener varias personas’. Porque si es correcto usar la expresión persona en el Derecho civil, igualmente correcto es usarla en el Derecho penal y en muchas dimensiones del Derecho que no es penal pero que han de tener presente la noción de persona en el sentido más moderno. La consideración sociológica, ciertamente, opone ambas nociones de persona porque tiende a diluir al individuo en sus *roles* sociales: pero, afortunadamente, las ciencias humanas son normativas y no sociológicas. Siempre el individuo podrá asumir, recrear o crear sus personas, sus propias personas, y estas últimas matizaciones escapan a las consideraciones sociológicas.

¹⁴⁰ Vid. COTTA, *Persona*, en “Diritto, Persona, Mondo humano”, cit., págs. 67-69.

Este es un tema que se presta a malentendidos desde que se irrumpieron las corrientes personalistas en la filosofía política, porque algunos creen que rechazado el individualismo, hemos de ir bien a un ‘societarismo’, bien a una actitud comunitarista. Explica Sergio Cotta que han existido tres líneas filosófico-culturales contrastantes a este propósito: la individualista, la que él llama societarista y la comunitarista.¹⁴¹ El individualismo considera a la persona como una realidad completa en sí, protagonista de toda actividad teórica y práctica, de modo que los hombres se unen por simpatía (Adam Smith), o por utilidad social (Bentham): en cualquier caso es la persona la que da origen y forma a las relaciones sociales según su iniciativa autónoma.¹⁴² El ‘societarismo’ que nace en violenta reacción contra el individualismo anterior ha asumido históricamente las formas de Rousseau, Hegel y Marx, aparte de otras variantes. Esta corriente filosófica tan imprecisamente caracterizada viene a entender que el individuo ha de acomodarse a lo que demandan de él instancias superiores, como la sociedad, o la naturaleza, o las exigencias de la producción. Cotta se refiere únicamente a Rousseau, Hegel y Marx,¹⁴³ pero podríamos incluir en este grupo a los materialistas francófonos del siglo XVIII como Helvetius, Condorcet o d’Holbach. Por el contrario, el comunitarismo trata de superar las dos posiciones anteriores y no concibe al individuo ni como egocéntrico y utilitarista ni como plasmado por la sociedad y conformado a ella, sino que atribuye a la ‘persona’ un origen más alto del social-sociológico, una relación interpersonal a la que da el nombre de ‘comunidad’. Esta estaría compuesta de personas, mientras que la sociedad de los individualistas o de los ‘societaristas’ estaría compuesta por individuos. Queda abierto qué se puede entender por persona en este último sentido.¹⁴⁴

Una vez que es rechazado el individualismo y el autor en cuestión no es marxista o no cree en la íntegra construcción social de la realidad porque entiende que las personas aportan algo ‘suyo’ a las relaciones interpersonales, se suele entender que sigue una actitud comunitarista –lo que no es mi caso. Actualmente, en Europa, insisten en la persona como fundamento de toda relación jurídica, Jean-Marc Trigeaud en Burdeos, y Javier Hervada en Navarra. Pero el autor de estas líneas tiende a pensar

¹⁴¹ Vid. *Persona*, cit., págs. 77 y ss.

¹⁴² Vid. Cotta, op. cit., *ibidem*.

¹⁴³ Cfr. op. cit., pág. 78.

¹⁴⁴ Vid. COTTA, op. cit., pág. 79.

que no todas las relaciones jurídicas se han de basar directamente en la personalidad humana, porque la mayor parte de las relaciones son justamente eso, débiles *relationes* que se originan y miden desde ‘circunstancias’ ajenas en principio a las personalidades. Lo que le parece realmente importante es que las instituciones jurídicas funcionen correctamente, no viciadas por un exceso de personalidad ni por un abuso de la voluntad individual.

Volviendo al tema anterior, indicaba que la libertad jurídica surge desde el nosotros y tiende por ello al nosotros: con esta afirmación no creo hacer un fácil juego de palabras, ni tampoco introducir una definición genética en la base de estas consideraciones. Esto es más bien un término último, como la tesis kantiana del *Selbstzweck*. El yo y el tú iniciales permanecen irreductibles –“el átomo irreductible de la voluntad individual”, como los representaba Allen–, más como bienes a proteger por vías penales que no a desarrollar *directamente* por caminos jurídicos: porque el niño que al comenzar a escribir pretende tener una letra personal, antes conseguirá tenerla fea que no personal. Porque la libertad, como hizo notar Jhering, no es tanto un punto de partida (*Freiheit*) como una liberación o meta final: *Befreiung*.¹⁴⁵ No veo cómo la personalidad humana puede ser realizada si prescindimos de los caminos oblicuos:¹⁴⁶ quizá el fundamento último de esta exigencia está en lo que Tomás de Aquino repite, que “la razón es verdadera en la medida en que *consonat* con las cosas”,¹⁴⁷ porque “no es lo mismo la *ratio veritatis* que la *ratio rationis*”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Vid. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, cit., pág. 87.

¹⁴⁶ Esta parece ser también la opinión de Kant. Nos dice Karl Jaspers que “Kant demuestra que este ‘fin último’, concebido como ‘la felicidad’ es algo imposible, porque cualquier forma de representarse la felicidad, concebida como autosuficiente, resulta siempre engañosa. La felicidad, entendida como encarnación definitiva en cualquiera de sus configuraciones mundanas, es no sólo inalcanzable fácticamente, sino también imposible de realizar sin contradicción: Cuando se quiere realizar, sólo se consigue lo contrario de lo que se busca”. *Conferencias y ensayos sobre la historia de la filosofía*. Trad. de R. Jimeno. Madrid, 1972, pág. 146.

¹⁴⁷ “Praeterea, lex habet rationem mensurae. Sed ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso”. *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3 ad 2. En I-II, q. 93, art. 1, escribe más precisamente: “Intellectus enim humanus est mensuratus a rebus, ut scilicet conceptus hominis non sit verus propter seipsum, sed dicitur verus ex hoc quod consonat rebus”.

¹⁴⁸ “Sed non est eadem ratio veritatis et rationis”. *Suma teológica*, I-II, q. 93, art. 1 ad 3.

II. PERSONA Y 'OFFICIUM': DERECHOS Y COMPETENCIAS¹

Estamos ahora, a finales del siglo xx, bajo la imposición sistemática de la categoría ético-jurídica de la 'persona', tal como la propuso la modernidad de la mano de Samuel Pufendorf, que llegó a su apogeo doctrinal en Kant y sus discípulos en la época que vive a caballo entre la Ilustración y el Romanticismo. Esta noción nueva de 'persona' se hizo realidad jurídica y doctrinal en el Derecho privado mediante la obra de Savigny:² fue el jurista que influyó decisivamente en la jurisprudencia europea de la edad contemporánea, hasta hoy. En el Derecho público, la mentalidad propia de la noción de la *juristische Person* kantiana se abrió paso con más dificultades, según la situación política de cada estado concreto. Desde 1946 es el fundamento de la mentalidad que hace posible el prestigio de la democracia.

Hoy entendemos bajo el término 'persona' únicamente el ser humano individual. Aunque los juristas hablen a veces de 'personas jurídicas' para referirse a entidades colectivas, la palabra 'persona', con lo que conlleva de respeto a la dignidad, etc., sólo se aplica por lo general al 'ser individual de naturaleza racional', por seguir la explicación de Boecio. Para

¹ Este artículo fue publicado, más extenso, en la "Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto" LXXIII (1996) págs. 3-59. El lector encontrará algunas reiteraciones con lo expuesto anteriormente.

² Algunos autores habían reparado en este hecho ya en el siglo pasado. William Markby nos explica que Lasalle entendía que "So it is well know that in Germany, Savigny, as the head of the historical school, is considered to be the most representative of the reactionary party, whereas his notions upon the subject of acquired rights are in reality revolutionary and subversive". *Elements of Law considered with reference to principles of General Jurisprudence*. Oxford, 1905, § 55. Alejandro Guzmán ha notar recientemente cómo la definición de Savigny de relación jurídica, como "una relación de persona a persona regulada por el derecho", supone verdaderamente un derecho subjetivo personal en cada extremo de esta relación. Vid. *La influencia de la filosofía del derecho con especial alusión al concepto de relación jurídica*, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social" (1995) págs. 139-167.

aclarar la terminología que usaré, y que no he creado yo, llamaré a este tipo de persona, ‘persona’ simplemente, o ‘persona ut persona’.³

Hasta el siglo XVI ambas nociones de persona, la filosófica y la jurídica, coexistieron amistosamente. Pero en la crisis que provocó el humanismo, hacia el 1500, en la que la ciencia del derecho existente hasta entonces quedó profundamente desprestigiada, la noción de persona jurídica fue desapareciendo paulatinamente de los tratados de derecho, y su lugar fue ocupado por la de persona en sentido ‘individual’. Esta nueva noción de persona fue imponiéndose durante las edades moderna y contemporánea,⁴ y podemos decir que hoy su prestigio ha anulado a la noción de persona en el sentido jurídico anterior. Este cambio en los contenidos de la misma palabra provocó el surgimiento de una ciencia jurídica de naturaleza distinta a la romanista, que llamamos racionalista o constructivista o simplemente moderna. La ciencia jurídica romanista quedaría, en cambio, como el saber jurídico prudencial, más propio de épocas pretéritas que no de los tiempos que corren.

Sin embargo, quiero hacer una precisión: la jurisprudencia prudencial ha existido históricamente, y también existe hoy, incluso cuando, a veces, el protagonista del razonamiento jurídico no la reconoce expresamente. Siempre que un jurista analiza un problema y ‘compone’ la naturaleza jurídica de ese caso, en un juego continuo y omniabarcante de datos empíricos, de valoraciones, y de normas aparentemente ya positivas, ese jurista está procediendo prudencialmente. El método fronético no se ha limitado a una cierta etapa histórica, ya pasada. La mayor parte de los juristas actuales trabajan hoy así, más de acuerdo con la prudencia que no con principios sistemáticos,⁵ aun cuando no reconozcan o impugnen expresamente

³ Bartolo de SASSOFERRATO, en el siglo XVI, ya escribía que “Pro solutione hujus contrarii distingue, secundum Guglielmum Ant. consideratur persona ut persona: et tunc una persona non potest sustinere vice plurium personarum. Aut consideretur persona respectu alicuius qualitatis, vel officii: et tunc aut officia invicem competiuntur, aut non. primo usu potest sustinere vice plurium”. *Corpus Juris Civilis, cum Commentariis Accursii...* ‘Reprint’ de O. Zeller, Osnabrück, 1965, de la ed. de Lyon de 1628. Se trata de una Additio de Bartolo a la glosa ‘a’ de Acursio al Digesto, L. I, tit. VII, ‘Si consul’.

⁴ Vid. mi estudio *La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la ‘persona jurídica’*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” IV. Nueva Época, (1987) págs. 477-522.

⁵ OLLERO insiste en este hecho: “Los juristas no hacen sino repetir, con mayor pulcritud y rigor técnico, la operación que día a día se produce en toda manifestación de vida jurídica. El juez o el ciudadano explicitan el derecho, hacen ‘ciencia’ jurídica a su pesar, de

este hecho en sus declaraciones programáticas. Viehweg y Esser hicieron un esfuerzo serio para hacernos ver que trabajamos con el mismo talante que el personaje de Molière cuando hablaba en prosa. Y es que nuestra jurisprudencia es operativa y útil, especialmente en el derecho privado, gracias a esta actitud 'cripto-prudencial' de tantos juristas.⁶

A) Vaguedades sobre la Persona Jurídica

La ciencia jurídica romanista dominante hasta la edad moderna, fuera la propia de los juristas romanos, fuera la creada por los juristas bajomedievales sobre los textos jurídicos romanos, se movía normalmente sobre una noción de 'persona' (de ahí el título del Digesto *De jure personarum*) que, en ocasiones, era el quicio de su *jurisprudencia*. Para entender mejor esta ciencia del derecho, pensemos que un hombre normal vive habitualmente con varias personas: es marido, es padre, es amigo, es profesional, es ciudadano, etc. Estas dimensiones fundamentales de la personalidad que pueden ser propias de cualquier ser humano fueron llamadas 'personas', de modo que 'un mismo hombre puede sostener varias personas': *Unus homo sustinere potest plures personas*,⁷ o como expresa Alvaro d'Ors, *homo homini persona*.⁸

La 'persona jurídica' era entendida, y es entendida también hoy, a modo de esquema estereotipado, con un contenido y perfiles más o menos fijos. Este planteamiento desagradaba a algunos juristas, porque ellos entienden

ahí la necesidad del apoyo del jurista". *Interpretación del derecho y positivismo legalista*. Madrid, 1982, pág. 86.

⁶ Como bien indica TRIGEAUD, "le droit 'artificiel', comme l'appelle Frosini, permet donc à une justice controle de s'exercer sans avoir à révéler les principes qui l'inspirent". *Essays de Philosophie du Droit*. Génova, 1987, pág. 231.

⁷ Este es un brocardo medieval de uso corriente. Aún lo emplea JOHN AUSTIN, en siglo XIX, cuando escribe que "But, instead of denoting 'men' (or human 'being'), it sometimes denotes the condition or status with which men are invested. And taking the term in this signification, every human being who has rights and duties bears a number of persons. 'Unus homo sustinere plures personas...'". *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. London, 5ª ed., 1911, vol. I, pág. 532. Las intensidades son de Austin. Cito a Austin porque este autor dedica mucha atención a esta noción de 'persona'. Lo mismo sucedía con Markby y Holland.

⁸ "La personalidad es múltiple para cada individuo humano, pues depende de las distintas relaciones y situaciones en que éste se halle; para cada hombre, otro hombre se presenta con una determinada personalidad -'homo homini persona', p.e., como hijo, conciudadano, cristiano, socio, cónyuge, etc." *Una introducción al estudio del derecho*. México, 1989, 7ª ed., pág. 54.

que al explicar así la realidad, algunos proponemos que los seres humanos asumamos las obligaciones sin que nuestra voluntad haya sido tenida en cuenta, y esto supone atropellar la dignidad del hombre, muy vinculada, desde el siglo xvii, a la voluntariedad de nuestros actos. En el tránsito desde el *status al contractus*, la dignidad aparece más bien reposando en este último, en la capacidad o libertad suficiente para contratar. Javier Hervada indica que “Una de las ideas más inconscientemente arraigadas –y, por eso, menos explícitamente puesta de relieve– es que los derechos y deberes se tienen en virtud del papel o rol que el hombre desarrolla en la vida social. El origen y fundamento de los derechos y deberes sería el *status* o estado social, o sea, en términos sociológicos más modernos, el rol social. Aparece aquí la condición social como origen de los derechos y deberes”.⁹ Hervada desaprueba esta fundamentación de los derechos y deberes porque entiende que “Esta separación entre *homo* y persona es la que ha servido de base para negar derechos elementales a grupos o clases de personas... o para reconocer grados de personalidad”.¹⁰ Lo mismo indicaba Joseph De Finance al escribir que “Indudablemente, el comportamiento humano puede ser examinado objetivamente, como la conducta de los animales o los procesos biológicos. Y desde este punto de vista es posible reconocer estructuras significativas que nos procuran una cierta comprensión. Sin embargo, esta comprensión ignora lo esencial, reducida a sus propios recursos. Ya que el hombre no es un ser volcado completamente hacia el exterior y, en consecuencia, aprehensible desde fuera”.¹¹

La tesis que está en la base de este problema así considerado, sería que al estudiar al ser humano desde el punto de vista de las objetividades sociales, estaríamos cosificando o reificando al hombre mismo, que pasaría de ser persona libre al estado de ‘cosa’. Este peligro sí puede existir en las obras de algunos sociólogos, como Ralf Dahrendorf, pero este no es nuestro caso. De hecho, el mismo De Finance añade que “Estos resultados <sociologistas> carecerían de sentido si no existiera en alguna parte un dato de conciencia que nos permitiese interpretarlos. Al menos no tendrían sentido para el que se interesa por el hombre en cuanto tal. La reflexión puede ser de muy distinta naturaleza. Existe una reflexión puramente psicológica que ilumina los ‘estados’ o los ‘hechos’ de la conciencia,

⁹ *Escritos de Derecho natural*. Pamplona, 1986, pág. 438.

¹⁰ *Op. cit.*, pág. 603.

¹¹ *Ensayo sobre el obrar humano*. Trad. de Albino Loma. Madrid, 1966, pág. 8.

permite describirlos, distinguirlos, seguir su concatenación. Pero existe otro tipo de reflexión o atención que sobrepasa este resultado en cierto sentido material, para tratar de aprehender la intención significativa que la anima. Esta reflexión se aplica más a la propia conciencia y a su estructura constitutiva que a los 'hechos de conciencia'¹².

Efectivamente, el derecho es una ciencia normativa, una ciencia humana más allá de la simple ciencia social, como sería la Sociología. La reflexión jurídica tiene una naturaleza distinta de la reflexión sociológica, por más que externamente a veces parezcan coincidir. Ciertamente, el hombre es 'persona propiamente humana, y en base a este hecho, los filósofos han entendido que su capacidad de *querer*, en cierto modo desvinculada de cualquier otro dato antropológico, es su potencia más elevada: así opinaban autores tan distintos como Duns Escoto o Descartes, y sólo podemos suscribir esta sentencia. El mismo Tomás de Aquino, que dedicó un artículo entero al problema de si la medición del *ius* constituye un *medium rei*, vacila continuamente entre entender si lo justo se determina por hacer lo que ya objetivamente es justo (factor real), o si lo justo se determina al actuar cada persona según el modo como actúa un hombre justo: la personalidad y la realidad están continuamente imbricadas en este problema, que parece insoluble, y el de Aquino llega a preguntarse, a la vista de sus propias vacilaciones, si no está incurriendo en *quaedam circulatio*, ya que afirma que lo justo se determina según datos personales pero que es justo aquel hombre que da a los demás su derecho.¹³ Quizá el resumen más exacto de la base de este problema es el que hace Cotta: El derecho "procede de la imperfección estructural del hombre".¹⁴

El derecho se ocupa normalmente de 'cosas', esto es, de *relationes* entre las personas. A veces se ocupa directamente de las personas, como cuando establece la libertad de pensamiento o cuando castiga un atentado contra la integridad física o patrimonial de una persona. En un tercer momento mucho más difuso, también se ocupa directamente de la personalidad humana cuando el legislador establece medidas encaminadas a prote-

¹² De Finance, op. cit., pág. 9.

¹³ "Videtur autem hic esse quoddam dubium. Nam si veritas intellectus practici determinatur in comparatione ad appetitum rectum, appetitus autem rectitudo determinatur per hoc quod consonat rationi verae... et sequitur quaedam circulatio in dictis determinationibus". In *decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*. Marietti. Roma, 1964, § 1131.

¹⁴ *¿Qué es el derecho?* Trad. de J. J. Blasco. Madrid, 1993, pág. 45.

ger o fomentar la libertad, dignidad, etc., de las personalidades: éste fue el caso de la legislación laboral contemporánea, que era impensable desde el punto de vista romanista acerca del *medium rei*, que solamente podía considerar el contrato de prestación de servicios tal como estaba recogido por los pandectistas del siglo pasado. Y este contrato así entendido nada implicaba acerca de la seguridad social o de las vacaciones pagadas.

Estamos ante un dilema, porque ya se responda a esta cuestión en un sentido u otro, lo que afirmemos será inadecuado desde el otro punto de vista. Pero ante el espectáculo contemporáneo acerca de cómo los derechos son entendidos al modo de los ‘derechos del hombre’ del siglo XVIII, como derechos absolutos, ilimitados, etc., creo que hoy hay que hacer especial hincapié en el criterio del *medium rei*, que, además, parece el más propiamente jurídico, porque el jurista no es un legislador en el sentido estricto de este término, ni un reformador social.¹⁵ El derecho parte desde el hombre y su dignidad y libertad, pero no siempre conduce directamente a la dignidad y libertad absolutas del ser humano. Joseph De Finance matiza que “La línea en la que se expresa la naturaleza del ser se descompone con frecuencia en actos o ‘acciones’ de detalle, aparentemente heterogéneos. O, si se prefiere, se puede considerar la acción en tanto que procede del fondo íntimo, substancial... personal del ser... No se debe olvidar nunca esta dualidad de puntos de vista”.¹⁶ Efectivamente, ha de existir una ‘dualidad de puntos de vista’, “sobre todo cuando se trata del obrar humano, cuya unidad superior se distribuye en diversos planos, y emplea categorías irreductibles”.¹⁷

Las categorías irreductibles del obrar humano, que se reflejan en las distintas y diversas instituciones jurídicas (¿qué tiene que ver la regulación de un contrato de compraventa de un inmueble con una adopción?), es una consecuencia de la superficialidad propia del derecho. Porque normalmente las relaciones jurídicas no afectan al hombre como tal, sino solamente a su ‘obrar’, como reitera Alvaro d’Ors: No se refieren a su naturaleza, sino a sus actuaciones. Hoy nos cuesta admitir este hecho, porque la mentalidad moderna (del siglo XVII) basó sus pretensiones de científicidad en la idea del ‘sistema’, que postula un *principium unicum* desde el que deduciríamos todos los institutos jurídicos, que poseerían de este modo un

¹⁵ Vid. HERVADA, *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Pamplona, 1989, vol. I, pág. 89.

¹⁶ *Ensayo sobre el obrar humano*, cit., pág. 11.

¹⁷ De FINANCE, *op. cit.*, págs. 11-12.

único origen, unas mismas leyes de desarrollo y una sola finalidad. Actualmente estamos todavía bajo este ensueño, como si la vida humana planteara una única cuestión que pudiera ser satisfecha con una sola respuesta. Por el contrario, es preciso volver a hablar de la multiplicidad de los bienes o valores humanos, que ocupan un lugar intermedio entre lo que muestra la empiria y los ideales olímpicos del *principium unicum*.¹⁸

Las cuestiones que se refieren a la naturaleza del hombre suelen escapar al derecho: el jurista, y en mucha mayor medida el político, han de remediar situaciones de prepotencia, pero cuando el jurista dictamina sobre la corrección de una inscripción registral no debe pensar especialmente en la felicidad humana.¹⁹ Al jurista no le preocupan esos problemas últimos porque él sabe, o por lo menos presupone o intuye, que las distintas tendencias humanas se refieren cada una de ellas a objetivos adecuados, y por esto en cada sistema jurídico existe todo un repertorio lo suficientemente amplio para ello, que abarca desde los valores biológico-vitales hasta los estéticos. Así, la mayoría de las personas pueden referir su autorrealización a una pluralidad de valores heterogéneos articulables entre sí por cada hombre.²⁰ Porque sabemos que ninguna acción es teleológicamente culminante.²¹

Volvamos al tema anterior: la categoría de persona jurídica implica, antes que otra cosa, objetividad en la génesis y medida de las competen-

¹⁸ Sobre este problema, vid. MASSINI, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Buenos Aires, 1994, págs. 73-75.

¹⁹ Sobre este 'plano medio' propio del derecho, que no se remonta a las alturas de la Ética ni de la Antropología, vid. HERVADA, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, cit., vol. I, pág. 90.

²⁰ Vid. J. CHOZA, *Manual de Antropología Filosófica*. Madrid, 1988, pág. 236.

²¹ La modernidad redujo 'el bien del hombre' a alguna cosa unitaria: La sociabilidad (Grocio), la 'libertas ad analogiam spatii' (Pufendorf, que en otros momentos también habla de la sociabilidad), la felicidad y la paz (Thomasius), el *Selbstzweck* que encarna cada hombre (Kant), etc. La filosofía del derecho alemana del siglo XIX siguió este mismo camino. Lógicamente, las propuestas de ética política llevan hoy este mismo sello: Unos intereses emancipadores iguales para todos los hombres y todos los asuntos (Habermas) o la igualdad, como hace Rawls. Sucede así que al teórico de la ética le resulta duro de entender lo que constituye algo evidente para el que se ocupa con el trabajo jurídico: Que las metas concretas son realmente distintas, y que aunque todas las metas pueden quedar sometidas eventualmente a un criterio superior, en modo alguno tienden todas ellas a una única exigencia. Massini, en *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, ed. cit., págs. 74-75, se refiere a este problema de la mano de De Finance. Ya había aludido a este tema en *De las estructuras justas a la virtud de la justicia*, en "Philosophica" (Valparaíso, Chile) 16 (1993) pág. 178.

cias, y toda objetividad acarrea necesariamente una cierta falta de voluntariedad en el surgimiento del deber. Tal es el caso de las relaciones de los hombres con Dios: Dios ha tenido la *intolerable cortesía* de amarnos y este hecho vincula a todo hombre, quiera él o no quiera. En un plano más laico, los padres tienen el deber de amar y educar a sus hijos: no sirve alegar que ya no los desean, o que nunca los desearon. Este tipo de obligaciones no puede ser interpretado bajo la categoría del contrato. Esto es, no vale decir: "Tú te has comprometido y por tanto..." La objetividad es, de este modo, una cualidad de las 'personas jurídicas' que se refiere simultáneamente tanto a la génesis como al contenido de las competencias, pero cumpliendo en ambos momentos una función distinta. El acto voluntario es requisito imprescindible en la imputabilidad penal, pero que no sucede por lo general tal cosa en el resto del derecho que no es Derecho penal.

Para determinar el alcance de los derechos y deberes según las exigencias más o menos reales de cada situación, Tomás de Aquino utilizó, siguiendo los pasos de Aristóteles, la expresión *medium rei*, resaltando así la 'medición real' de lo que hemos de hacer. Esta segunda faceta de la *persona jurídica*, que se refiere al cálculo o medición de lo que nos corresponde, es más compleja y no podemos pretender alcanzar con ella una objetividad pura y simple, como si el derecho fuera una ciencia exacta. Además, corremos el peligro de confundir lo que constituye el contenido del *officium* con los datos reales sobre los que ha de fundamentarse la decisión práctica, datos que no son tanto el contenido específico de la *conditio* como requisitos o condiciones *sine qua non*. John Austin se ocupó largamente de este tema y, en su opinión, el Derecho de cosas ha de ser estudiado antes que el Derecho de las personas,²² porque los *praecognoscenda* del Derecho de cosas son mucho más amplios que los *praecognoscenda* propios del Derecho de personas.²³ Creo interpretar correctamente el pensamiento de Austin si afirmo que es preciso atender antes el Derecho de cosas que no al Derecho de personas, porque "the phrase 'ius rem' denotes

²² "It is true, then, generally, that the matter of the law of things must be taken into consideration, before we can understand the rights, etc. which are elements of any given status. Whereas, the matter of any status need not to be taken into consideration, in order to any understanding of the Law of Things". *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 721.

²³ "Even the 'jus personarum', thought consisting mainly of the narrower positions and rules which modify the more general matter comprising the 'jus rerum', yet contains many positions, which must be anticipated before it is possible to explain the Law of Things. But the number of the *praecognoscenda* in the Law of Things is incomparably greater than the number of those in the Law of Persons". *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 728.

the 'compass' and not the subject of the right".²⁴ El derecho en general es el Derecho de cosas exceptuando el tratamiento jurídico de los *status, conditiones o personae*: "The Law of Things in short is the Law –the entire 'Corpus Juris' –?; minus certain portions of it affecting peculiar classes of persons".²⁵

Austin se enfrentaba expresamente a Kant, para quien el derecho es siempre una 'cualidad de las personas',²⁶ e indicaba que el término derecho siempre tiene que ver con el de 'subjetividad' en el sentido kantiano; pero la palabra derecho, *Recht*, en cuanto opuesta a *right*, también se relaciona con la objetividad que Kant contrapone a la subjetividad.²⁷ Quizá quiere expresar Austin que en la relación jurídica 'las cosas' se interponen necesariamente entre los seres humanos, y la naturaleza de las cosas interpuestas (aparentemente sólo 'objeto' de la relación jurídica) determina el alcance tanto del *right* como del *Recht*. De hecho, este mismo autor destaca que el término inglés 'duty' denota preferentemente aquello a lo que un hombre es obligado, y no 'la obligación misma'. Este término lo hemos recibido a través del francés 'devoir' y del italiano 'dovere' desde el término latino 'debere'. En consecuencia, es equivalente a 'id quod debitum est' antes que a obligatio.²⁸ Trigeaud nos indica que "se trata de llegar hasta los principios de justicia subyacentes <a cada situación>, desde los que podemos considerar que forman la naturaleza de la cosa jurídica estudiada cuando ellos indican la causa de su existencia y designan el fin al que tiende su dinamismo interior".²⁹

²⁴ *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 369.

²⁵ *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 683. En el vol. I de op. cit., pág. 69, ha indicado que "Seeing that 'all' rights are rights of persons, and seeing that things are merely 'subjects' of rights, it is clear that the genuine meaning of 'jus personarum et rerum' is not very happily rendered by rights of persons and things". Las intensidades son de Austin.

²⁶ *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 683. En el vol. I de op. cit., pág. 69, ha indicado que "Seeing that 'all' rights are rights of persons, and seeing that things are merely 'subjects' of rights, it is clear that the genuine meaning of 'jus personarum et rerum' is not very happily rendered by rights of persons and things". Las intensidades son de Austin.

²⁷ "the term 'Recht' as meaning as a 'right', must (they fancied) have something to do with the 'subjectivity' of Kant: An of course, the opposed 'Recht', which means law, must also (they fancied) have something to do with that 'Objetivism' which Kant contradistinguishes to subjectivity". *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 713.

²⁸ "The English 'duty'... rather denots 'that' to which a man is obliged, that the obligation itself. It is derived, brought the French 'devoir' (past. part.) and trought Italian 'dovere', from the Latin 'debere'. It is, therefore, equivalent to id quod debitum est, rather than obligatio". *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 452.

²⁹ *Philosophie juridique européenne*. Bordeaux, 1990, pág. 120.

Pero pienso que no podemos jugar fácilmente con un 'realismo' jurídico así entendido, porque Allen nos advierte que "It is impossible to scape that sir Paul Vinogradoff has called 'the ultimate atom' of the human individual will".³⁰

La objetividad a la que aludo se podía observar más claramente en el orden jurídico existente antes de la creación del Estado contemporáneo. El sometimiento al derecho era obligatorio para todas las personas de la comunidad política en la Baja Edad Media: Basta leer el *Polycraticus* de Juan de Salisbury, o esa pequeña joya que es la obra de Schmidt-Lilienberg sobre una faceta de las ideas políticas y jurídicas medievales.³¹ El 'príncipe' podía no quedar obligado al cumplimiento de las leyes que él mismo dictaba, y así surgió la figura del *princeps legibus solutus*. Pero quedaba vinculado al derecho: si Enrique VIII no pudo obtener la anulación de su matrimonio, ello se debió a que el Rey estaba tan sometido al derecho como cualquiera de sus súbditos, por más que no estuviera obligado por una cierta dimensión de sus propias leyes. Lo que indica que el gobernante tampoco estaba, sin más, desligado de su propia legislación: los autores escolásticos captaron a su modo esta distinción entre derecho y leyes, y como en la mayor parte de las leyes hay un fermento de justicia, que es vinculante para todos, dejaron establecido que el 'príncipe' estaba desligado de las solemnidades legales o *solemnitates iuris*, pero quedaba sometido a 'la fuerza directiva de la ley', es decir, al núcleo de justicia contenido en ella.³²

Y si esto es así, ello se debe en buena medida a que las exigencias fundamentales del ser humano son tan permanentes como las exigencias de los problemas que plantea el propio género humano. De este modo, la naturaleza, contenido, alcance, etc. de las personas jurídicas vienen dadas

³⁰ *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*. Oxford, 1931, pág. 164.

³¹ Vid. H.G. SCHMIDT-LILIENBERG, *Die Lehre von Tyrannenmord. Ein Kapitel aus der Rechtsphilosophie*. Reproducción de la editorial 'Scientia' de la edición de Tübingen de 1901.

³² OTTO VON GIERKE explicaba a este propósito que "Im sechszehnte und zum Theil auch noch im siebzehnte Jahrhundert bleibt die Ansicht lebendig, dass nicht der Wille, sondern die vernünftige Einsicht des Gesetzgeber die eigentliche rechtsphilosophische Kraft sei; dass das, was das Gesetz zum Recht mache, in der von Souverän vollzogenen formellen Konstatierung der Uebereinstimmung seines Inhalts mit der Idee der Gerechtigkeit liege". *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*. Reproducción de Scientia, 1981, de la 7ª edición alemana.

por la tipicidad de una expectativa³³ que no es siempre y en todos los momentos casual o convencional, aunque con frecuencia sí lo sea.

Si el lector queda extrañado ante tanta matización, debe hacerse cargo de la advertencia de Austin: "For all the perplexing quaestions which the science of jurisprudence presents, the notion of 'status' or 'condiction' is incomparably the most difficult".³⁴

B) *Persona Jurídica, Derechos subjetivos y 'Bienes Constantes'*

Si examinamos con detenimiento la estructura de la 'persona jurídica' veremos que es difícil hablar en ella de derechos o deberes aisladamente, porque en estos casos casi todo derecho es, a la vez, un deber, es decir, el cumplimiento de un deber: si un padre quiere para sus hijos una educación determinada, puede exigirla (creando un 'deber' a la sociedad) porque es su deber educar a sus hijos. Es decir, la génesis de un derecho suele ser un deber que existe simultáneamente con ese derecho, y existe ese deber porque ha de lograrse una finalidad institucionalmente prevista a través de la institución o persona jurídica que sea al caso.³⁵ No entiendo por qué motivos Paul Roubier deja reducidas estas situaciones a solamente cuatro: la incapacidad, la responsabilidad, el matrimonio y la filiación.³⁶

Así, por ejemplo, tengo derecho a dar mis clases, como profesor de universidad que soy, porque tengo el deber de darlas. Y recae sobre mí el deber de dar esas clases, porque soy profesor de universidad. Dado que trabajo como profesor de universidad, lo que yo pueda hacer lícitamente, exigiéndolo a través de un derecho, y lo que estoy obligado a hacer (mediante un *deber*), depende fundamentalmente de la finalidad de la institu-

³³ Obviamente, cada 'persona jurídica' propone y constituye un problema jurídico por sí sola. OLLERO nos dice en este sentido que "Por 'problema' entendemos aquí una abstracción generalizadora de las circunstancias concretas de la vida social, que sistematiza sus perfiles y lima sus aristas hasta elaborar un 'supuesto de hecho'". *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, cit., pág. 45.

³⁴ *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 351.

³⁵ JOSÉ LLOMPART distingue entre función y fin o finalidad. De un lado estaría el *Zweck* o *Zielsetzung*, también llamado *Aufgabe*, que aquellos que pretenden los hombres, de otro, la función, que es cuestión de la cosa misma: "immer Sache der 'Dinge' selbst". *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*. Berlín, 1993, pág. 43.

³⁶ *Droits subjectifs et situations juridiques*. París, 1963, págs. 10-16. Él argumenta en la pág. 15 que "ce sont autant de systèmes de pouvoirs de devoirs créés par la voie d'autorité en vue du bien commun". ¿Es que las demás objetividades en las que vivimos —como sería el caso de la Universidad— no constituyen bienes, en plural, igualmente comunes?

ción universitaria. Por estos motivos, el rector de la universidad puede exigirme (exigirme 'en derecho', 'lícitamente', 'legítimamente', o como queramos decirlo: esto es, creándome un *deber*), que investigue y que dé mis clases adecuadamente. Pero no puede exigirme del mismo modo que le asesore sobre sus inversiones en bolsa: la figura estereotipada³⁷ de la institución o persona (en este caso, la institución universitaria y la persona de profesor) determina, a veces con perfiles más o menos precisos, qué es lo se *debe*³⁸ hacer, esto es, las 'competencias' de cada cual.

Derechos y deberes no aparecen separadamente: se producen *uno actu* porque son expresión de la misma objetividad³⁹, y cualquiera sabe recono-

³⁷ La tipificación que opera continuamente el derecho resulta chocante a las personas con talante humanista. Nos indica COTTA que "Para juzgar mejor la distancia existente entre derecho e inocencia, quisiera antes que nada recordar una especialidad del lenguaje jurídico respecto al lenguaje común: el sustantivo posee la primacía sobre el verbo. En efecto, se dice: hacer una *cesión*, y no ceder; contraer una *deuda*, y no endeudarse; presentar una prueba, y no probar, etc. Naturalmente, el lenguaje jurídico también emplea verbos, pero éstos obtienen su significado técnico exacto del sustantivo. Del verbo se vuelve siempre al sustantivo.

Yo diría que esto se debe al hecho que el sustantivo posee una capacidad de cristalizar la tipicidad de la actividad que no tiene el verbo, porque éste expresa una más vasta pluralidad de posibilidades. El sustantivo se define netamente, el verbo es polisignificante; el sustantivo es más cerrado, el verbo más abierto. Esto no es más que un ejemplo, pequeño pero sintomático, de que el derecho exige que la acción sea lo más definida posible, que se manifieste típica, sin excepciones que no sean a su vez previstas y tipificadas, y que la acción venga encerrada en una forma dentro de la cual deba modelar la voluntad que la inspira.

El derecho por tanto tiende claramente hacia lo 'cerrado', en el sentido de *definido*. Es el dominio de la intención, de la voluntad, de la acción *formalizadas*. He aquí dos proposiciones que pueden escandalizar a los filósofos de lo 'abierto' y de la libertad, a los teólogos del amor, pero que ningún jurista, ni siquiera de los más antiformalistas (entre los que me encuentro) pondría en duda". *Itinerarios humanos del derecho*. Trad. De J. Ballesteros. Pamplona, 1974, págs. 130-131.

Por el contrario, Josef PIEPER nos dice, a propósito de las dificultades para describir lo que sea el amor, que "En realidad, la cosa es mucho más sencilla de lo que parece. En primer término, cuando se abandona el reino de los sustantivos y se entra en el de los verbos, resulta que la lengua alemana no es ni mucho menos 'tan' pobre". *El amor*. Trad. de R. Jimeno. Madrid, 1972, pág. 12. Este hecho no se reduce al idioma alemán.

³⁸ Uso el término 'deber' en el sentido que tantas veces lo ha estudiado Sergio COTTA, en contextos como el de arriba.

³⁹ Alejandro GUZMÁN explica que "El 'ius', en consecuencia, es un juicio que se emite sobre algo ya acontecido en la realidad, y por ello originalmente aparece como adjetivo. Una vez sustantivado, equivale a los juicios que se pueden emitir sobre lo real". *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos y los modernos derechos humanos*, en "Revista de Ciencias Sociales" (Valparaíso, Chile) 41 (1996) pág. 249.

cer en los casos concretos donde termina lo que tenemos el deber de hacer (*obligatio, duty, Pflicht*) y donde comienza la prepotencia.

De este modo, podemos hablar de una cierta objetividad de los contenidos materiales de la justicia, porque el fin institucionalmente previsto concreta lo que cada cual puede hacer o exigir justamente. Pero no lo determina o concreta absolutamente: ese momento de la vida de las normas jurídicas que se llama 'aplicación del derecho' es mucho más complejo que el hecho de imponer una medida a una cosa. En este punto, nuestra imaginación puede jugar nos una mala pasada, porque todos estamos acostumbrados a medir en metros, kilogramos, litros o arrobas, esto es, aplicando a las cosas medidas creadas por nosotros: pero las medidas para los comportamientos, actos y acciones humanas no son así, porque han de ser unas medidas de algún modo ya previamente 'medidas'. Porque las medidas, esto es las normas y principios, existen en función del hombre. Se entabla así una dialéctica singular: las instituciones existen para el hombre, pero el ser humano es demasiado proteico considerado al margen de sus determinaciones culturales.⁴⁰ Él necesita saturar su indeterminación existencial y crea instituciones en la historia en las que se realiza él mismo.⁴¹ Y estas instituciones sí poseen un perfil y contenido relativamente preciso, pero sólo si las observamos como en una fotografía instantánea.⁴²

Sin embargo, la terminología usada habitualmente puede inducirnos a observar la realidad desfiguradamente: por ejemplo, se habla de 'los derechos' de los profesores, de los derechos de los alumnos, etc., en el gobierno de las facultades. Me parece que esta terminología crea en principio tantos problemas como dificultades resuelve, porque ni los profesores ni los alumnos son personas que posean como un coto de arbitrariedad para hacer en los órganos de gobierno lo que ellos quieran, siempre que puedan

⁴⁰ Para esta última tesis más desarrollada, vid. Choza, *Manual de Antropología filosófica*, cit., pág. 141.

⁴¹ Trigeaud resume esta idea: "La personne ne devient pas ce qu'elle est comme acte d'exister relationnel qui s'épanoie à travers les modalités de l'existence concrète". *La fonction critique du concept de nature des choses*, en "Philosophie juridique européen". Roma-L'Aquila, 1988, pág. 235. OLLERO explica que 'lo natural' aparece más como una exigencia que no como un objeto acabado; no es un punto final, sino una propuesta que el hombre ha de cultivar". *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid, 1989, pág. 111.

⁴² Esta observación queda más matizada con la observación que hace Pedro SERNA sobre la diferencia entre historicidad e historicismo. Vid. *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. Pamplona, 1990, pág. 285.

físicamente. Siempre será legítima la discrecionalidad, guiada por la prudencia que se origina cuando somos conscientes de que estamos manipulando algo de valor, y que no es 'mío', sino 'nuestro'. Pero las categorías heredadas, *arbitrium*, *Willkühr*, *Freiheitssphären*, *utility*, pueden llevarnos a confundir la discrecionalidad con la arbitrariedad. ¿Dónde reside ante todo y fundamentalmente la línea divisoria entre una y otra?

Sin necesidad de entrar en explicaciones de naturaleza abstracta, esta distinción la podemos observar en el funcionamiento cotidiano de nuestros órganos de gobierno universitarios. Tales entidades están compuestas por diversas series de personas, que representan los distintos 'estamentos' de los que trabajan en la universidad.⁴³ Es necesario (en el sentido que Kant daba a esta palabra) que todos participen en las decisiones que afectan a la universidad, porque, de algún modo, éstas conciernen a todos. Las decisiones podrán ser calificadas de razonables o arbitrarias en la medida, fundamentalmente, en que ellas hagan realidad, o pretendan hacer realidad, el fin universitario.⁴⁴ A la vista de esta comprobación, me atrevería a decir que podría ser impugnada, por arbitraria, una resolución que tomaran los profesores en provecho suyo, lesionando la investigación o la docencia. Por el contrario, en principio siempre ser razonable, justo, o admisible aquel acuerdo que fomente los fines específicamente universitarios.

En esta descripción de la génesis de las competencias jurídicas no juega una función decisiva la figura del 'derecho subjetivo' entendido como la intersección de la pretensión de una persona con una norma jurídica que le permite, según su arbitrio, exigir su pretensión ante los órganos del Estado. Cualquier hombre posee derechos de este tipo, de modo que queda a su arbitrio ejercerlos o no: de ahí que a veces se tome la parte por el todo y se afirme que todos los derechos son renunciables, lo que patentemente no es cierto. Yo puedo renunciar a derechos míos *personales*. Pero no puedo renunciar a los derechos institucionalmente fijados para poder realizar mi profesión: los derechos del cargo son irrenunciables. Porque lo específico

⁴³ No deja de ser interesante advertir que, tras ser proscritos los Estamentos a partir de la Revolución francesa, hoy usemos profusamente este término otra vez, al menos en las universidades españolas.

⁴⁴ La realidad es algo más compleja: además de las finalidades institucionales, todos los integrantes de la comunidad universitaria han de respetar lo que en otras ocasiones he llamado 'bienes constantes': sea cual sea nuestra situación, siempre exigiremos ausencia de discriminaciones, limpieza, la máxima libertad que permite nuestro trabajo, seguridad personal, etc. Estos son derechos que puede exigir cada persona, en grado diverso. Hago una alusión a este tema en las páginas siguientes.

del derecho subjetivo es la irresponsabilidad: ningún juez me puede pedir cuentas por lo que hago en mi tiempo libre. Al margen de estos comportamientos jurídicamente no-exigibles, de los que no hemos de dar cuenta, pero que protege y debe proteger el derecho para hacer realidad una vertiente de nuestra libertad y comodidad,⁴⁵ existen muchos otros que no son así, que son a los que me refiero ahora. Porque cuando nos situamos en otro plano del derecho, que es el de la 'persona' jurídica (también llamada *officium* en la terminología jurídica romanista) no aparece justificada esta irresponsabilidad en el ejercicio de los derechos: supondría atentar incluso contra las reglas de la gramática que yo dijera que uso de mi arbitrio libre (o tengo derecho) para dar o no dar las clases que tengo obligación de impartir. Desde luego, tengo derecho a dar mis clases, de modo que si alguien me lo impidiera, podría en última instancia recurrir a la fuerza pública para darlas realmente. Pero es patente que este derecho no puedo ejercitarlo o no ejercitarlo según mi arbitrio. Sí según mi discreción, y de ahí proviene la libertad en la docencia, conocida usualmente como 'libertad de cátedra'.

Es decir, cuando en el marco de un *officium* o *persona* ejercemos un derecho, o no lo ejercemos, somos responsables de nuestra actuación. Por este motivo, para referirnos a las potestades y deberes que todos tenemos dentro de nuestras personas jurídicas, quizá fuera preferible usar la palabra 'competencia', mejor que la de derecho. Pues la competencia suele indicar una conducta que es tanto un derecho como un deber, y cuyo contenido viene medido con cierta objetividad por lo que se espera de nosotros cuando estamos en una determinada situación jurídica. Una 'competencia' es más (o hace referencia en mayor medida) a una situación objetiva, que crea para el titular más unos derechos-deberes, que no un estado de arbitrariedad, que es lo propio del derecho subjetivo.⁴⁶

⁴⁵ HEGEL no entendía esta función de los derechos subjetivos, porque escribía que "Además del delito... es decir, además de la contingencia de la voluntad del mal, existen acciones legales y usos sociales de la propiedad que son permitidos y que ponen también al arbitrio personal en relación exterior con otros individuos y con instituciones públicas de fin común. Por este aspecto general las acciones privadas se convierten en una contingencia que escapa a mi poder y puede ocasionar u ocasiona daños e injusticias a otros". *Filosofía del derecho...*, cit., § 232.

⁴⁶ Paul ROUBIER indica que "A coté des droits subjectifs, il y a des situations objectives (incapacité, responsabilité, mariage, filiation, etc.), qui naissent aussi sur la base de règles juridiques, mais comportent souvent plus de charges que de droits véritables, et donc leurs titulaires ne peuvent, par ce motif, librement se désister". *Droits subjectifs et situations*

Esto no implica que no debemos postular que existen o que no deben existir los derechos subjetivos, como pretenden generalmente los positivistas sociologistas. Léon Duguit establecía una disyuntiva excluyente entre ‘el derecho individual y el derecho social’, como él los llamaba, de modo que la admisión del uno implicaba la exclusión del reconocimiento de la otra manifestación del derecho,⁴⁷ y esto no parece correcto, porque el derecho no posee una única cara, sino que incluso sus manifestaciones primeras e irreductibles son plurales. Ciertamente, Duguit no otorgaba beligerancia a una u otra concepción del derecho, porque, llevado por su instinto de jurista, él rechazaba tanto un derecho a favor de las personalidades como un derecho a favor del todo social,⁴⁸ y proclamaba la existencia de una ‘*règle de droit*’ objetiva e histórica, igual para todos. Él entendía que “estamos en camino de constituir una sociedad en la que la concepción metafísica del ‘derecho subjetivo’ quede excluida para ceder su lugar al ‘derecho objetivo’ que implica para cada uno la obligación moral de cumplir una cierta función, y el poder para hacer los actos que exige el cumplimiento de esta misión”,⁴⁹ es decir, que estamos llegando a un grado de cultura en el que desaparecerá tanto la prepotencia del Estado como el individualismo jurídico. En este contexto, la libertad personal únicamente puede consistir en el derecho que posee cada ser humano para llevar a cabo del modo más completo su actividad según la realización de la solidaridad social.⁵⁰

No es posible estar de acuerdo con esta visión del derecho,⁵¹ porque todos gozamos de muchos derechos subjetivos, tantos como conductas

juridiques, cit., pág. 2. Es difícil estar de acuerdo con esta apreciación, que esquematiza de tal modo la realidad.

⁴⁷ Vid., por ejemplo, *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'État*. París, 1922, págs. 3-5.

⁴⁸ Vid., por ejemplo, *op. cit.*, pág. 5.

⁴⁹ *Le droit social...*, cit., pág. 12.

⁵⁰ Vid. *op. cit.*, pág. 12. Sobre cómo entender esta tesis de DUGUIT, vid. Octavian IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. Bruxelles, 1978, págs. 12-13.

⁵¹ Al parecer, DUGUIT y estos otros captan a su modo el extraño status de los derechos subjetivos, que no eran considerados realidades exactamente jurídicas en la *jurisprudencia* romanista. A. GUZMÁN indica, en este sentido, que “Una facultad o una potestad pertenecen al mundo de los hechos. La etimología misma del término ‘facultas’ lo indica, viniendo, como viene, de ‘facilis’ (a través del arcaico ‘facul’) cuya base es, a su vez, el verbo ‘facere’=hacer. El adjetivo fácil sirve para denotar lo que se puede hacer; de modo que ‘facultad’, en último término, es el sustantivo abstracto de lo que se puede hacer, y viene a querer decir, por ende, la factibilidad”. *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos...*, cit., pág. 248.

podemos realizar sin que se nos pueda exigir una especial responsabilidad. Y han de ser valorados muy positivamente, como indica Jesús Ballesteros,⁵² porque crean unas zonas de libertad que son imprescindibles para que el hombre no acabe crispado, y para ejercer nuestro derecho a la libertad y a la autenticidad.⁵³ Pero resulta patente que el derecho subjetivo no puede ser erigido en la manifestación primaria y fundamental del derecho, como sí pretendieron los integrantes de la Escuela del Derecho Natural moderno. La categoría del derecho subjetivo es una especie del género derecho, imprescindible en la vida humana,⁵⁴ pero no es la manifestación exclusiva ni, quizá, la más importante del derecho:⁵⁵ En cierto modo es a-jurídica,⁵⁶ aunque este problema es demasiado complicado como para

⁵² Vid. *Postmodernidad: resistencia o decadencia*. Madrid, 1989, pág. 55.

⁵³ COTTA, tras aludir al carácter formalista y heterónomo del derecho, escribe que “en sentido inverso, el derecho se nos aparece tanto más cercano al sujeto jurídico cuanto más inmediata y espontánea sea su percepción, no como una regla, sino como aquello que el sujeto tiene o cree tener razón para pretender algo. Se trata de los derechos subjetivos: mi derecho a obrar, a poseer, a pensar, etc. Y de ejercitarlos libremente, sin ser obstaculizado por ningún otro sujeto, sea de carácter público o privado. En esta acepción, no cabe duda, el derecho se nos aparece, no ya como fuente de inautenticidad para el sujeto, sino como garantía para este último en sus personales manifestaciones en acto”. *El derecho en la existencia humana*. Pamplona, 1987, pág. 33.

⁵⁴ Alberto MONTORO destaca que “la idea del derecho subjetivo... constituye una categoría técnico-jurídica, una categoría metódica que introduce economía, simplicidad, claridad, rapidez y seguridad en el pensamiento jurídico, permitiéndonos comprender y expresar, como una totalidad de sentido, la significación y el alcance de un complejo de normas y de situaciones jurídicas. En tal sentido, la idea del derecho subjetivo cumple una serie de funciones pragmáticas tanto en el plano de la teoría como de la praxis jurídicas”. *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*. Murcia, 1983, pág. 97. Algo más adelante destaca que “Siendo verdad cuanto antecede, pensamos que el derecho subjetivo quizá sea algo más que un mero hábito del pensamiento, o que un concepto técnico-jurídico construido por la doctrina para la exposición sistemática, clara y segura del derecho vigente. En un plano más profundo que el meramente psico-sociológico que connota la idea de hábito mental, y el meramente técnico-jurídico propio de la construcción doctrinal, pensamos que la idea del derecho subjetivo constituye una categoría ontológica del derecho. Esto es, una estructura o forma fundamental del derecho de la misma naturaleza, significación y alcance que la de norma jurídica, relación jurídica, deber jurídico, etc.”

⁵⁵ Javier HERVADA se pregunta: “¿Luego existe el derecho subjetivo? Naturalmente que existe, pero no es un derecho en sentido primario; es una consecuencia del *ius*... La primacía de la índole de debido propio del *ius* tiene una importante consecuencia. La justicia – el hombre justo – no espera ni debe esperar a que el titular exija su derecho; no se ha de esperar a que el titular exija el respeto, la restitución, etc.” *Apuntes para una exposición del realismo clásico*, en “Persona y Derecho” 18 (1988) pág. 288-289.

⁵⁶ Los juristas del *ius commune* medieval, tenían ante la vista los textos romanos que

pretender ni siquiera aludir a él ahora. Ha hecho agotar muchos tinteros a lo largo de la historia: Acursio (en el siglo XII) lo entendió a modo de derecho, porque mantuvo que todo lo no prohibido se entiende ('naturalmente', o por Derecho natural) permitido.⁵⁷ En cambio, Pedro de Bellapertica adoptó la actitud contraria en el siglo XIII, y mantuvo que no basta la mera ausencia de una prohibición para constituir un verdadero derecho. En general, un sector del pensamiento romanista, que puede quedar representado en Bellapertica, ha tendido más bien a considerar que las 'facultades' no son categorías propiamente jurídicas.⁵⁸ De todos modos el

explican el 'Derecho natural' como un orden general de libertad del que está excluida cualquier 'jurisdicción' que sujete un hombre a otro. De ahí la figura de la *omnium una libertas* de que habla Isidoro DE SEVILLA, como el constitutivo fundamental del 'Derecho natural'. Sobre esta inteligencia del 'Derecho natural' me remito al estudio de Moritz VOIGT. Un estudio más preciso es el del A. Guzmán, *La igualdad natural de todos los hombres en el pensamiento jurídico romano de la época clásica*, en "Revista de Estudios Histórico-Jurídicos" (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile) XIV (1991), págs. 27-44. Este *ius naturale* habría sido derogado por el 'Derecho de gentes', que introdujo las propiedades, las guerras, las esclavitudes, el poder político, etc. Al sufrir tal derogación el Derecho natural, la 'libertad natural' de los hombres había sido aniquilada, *annihilata*, como suelen decir los juristas bajomedievales. Pero como la aniquilación de la libertad nunca puede ser completa, porque acabaríamos con el ser humano, estos juristas medievales mantuvieron que la única regla inderogable del derecho natural es aquella según la cual este derecho se puede derogar, pero nunca in sua totalitate. Vid. F. CARPINTERO, *El derecho natural laico de la Edad Media*, en 'Persona y Derecho', VIII (1981), págs. 240 y ss.

De este modo, esta libertad en cierto modo 'residual', porque, según las circunstancias puede ser exigida o puede lícitamente ser negada, fue llevada al terreno del 'fas', no del *ius*. En general, parece que esta Jurisprudencia entendió al fas como aquello que 'se puede' hacer siempre que no esté expresamente prohibido. Pedro DE BELLAPERTICA, en su *Lectura Institutionum* (Reproducción de A. Forni de la edición de 1536), en el § 11, págs. 120-121, hizo unas reflexiones muy interesantes en este sentido.

⁵⁷ Cuando se plantea el tema de la *naturalis libertas*, estatuida por el Derecho natural, ACURSIO escribía que "Tu dic quod libertas est facultas, id est, possibilitas a iure naturali concessa, quod potest facere quicquid vult, nisi vi, id est, iuregent. (quod propter necessitatibus hominum est inductum) vel iure scilicet prohibeatur". *Corpus Juris Civilis Justiniani, cum commentariis Acursii et alii...*, cit., glosa 'a' a L. I, tit. V, voz 'Libertas'.

⁵⁸ Este francés recogía la cuestión que en cierto modo había dejado abierta Isidoro DE SEVILLA: La distinción entre el *ius* y el *fas*, ejemplificada a propósito del problema de transitar por un campo que es propiedad ajena: Per agrum alienum ire, ¿es 'fas' o constituye un 'jus'? BELLAPERTICA escribe: "Ce n'est pas bien dict... libertas est naturalis facultas ejus; licet nisi vi id est aut per violentiam vel jure aliquo vel jure gentium vel jure civile prohibeatur... tunc dicit libertas est in his quae sunt facultatis". *Lectura Institutionum*, ed. cit., 'De Jure Personarum', § 11, págs. 120-121. En estas páginas se ocupa en separar concienzudamente el *ius* de la *naturalis facultas*. FRANCISCO DE VITORIA, normalmente fiel

tema es, como indico, demasiado complejo, quizá insoluble desde una perspectiva única.

Esta naturaleza de las competencias (fuentes *uno actu* de derechos y deberes), se ve algo desdibujada, y a veces es malentendida, quizá por falta de análisis. Porque por rígido, seco y duro que sea nuestro deber, siempre poseemos 'derechos': La situación en la que me encuentro no determina exhaustivamente todos mis derechos, ni todos mis deberes. Si uno examina atentamente la realidad cotidiana, más bien aprecia que existen unos derechos que nos acompañan 'a todas partes', que están omnipresentes. Así, el derecho al respeto, a la limpieza, a la libertad, a la no-discriminación, a la seguridad, a la rapidez, a la comodidad, etc. Estos derechos no necesitan de ningún título especial: los universitarios pueden exigir (jurídicamente) que las instalaciones universitarias estén limpias o sean seguras, aunque esta exigencia no venga recogida expresamente en los Estatutos de la Universidad o en otra ley especial. La libertad tiene una importancia especial dentro de estos bienes constantes, dada su especial dimensión antropológica. Todas las personas tienen derecho a exigir que en el ejercicio de sus competencias se les respete toda aquella libertad que no es necesario sacrificar por exigencias reales derivadas del *officium*.⁵⁹

Hablo de libertad o de limpieza, pero lo mismo podría decir de otras bastantes exigencias que no se circunscriben a esta o aquella situación, sino que son universalmente reclamadas por todos nosotros. Aparte de no tener un título expreso (lo que diferencia a esta categoría de los derechos subjetivos), estos derechos presentan otra peculiaridad: son recortables en el alcance de su exigencia según lo exija la actividad que desarrollamos.⁶⁰

al espíritu romanista, tendía a dejar las 'facultates' en el campo de la moral, no del derecho. Vid. J. J. MEGÍAS, *Propiedad y derecho natural en la historia: Una relación inestable*. Universidad de Cádiz, 1994, págs. 179-180.

⁵⁹ Sobre la necesidad de concretar los derechos, vid. SERNA, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, cit., págs. 157-160.

⁶⁰ Este hecho parecería opuesto a la igualdad de los ciudadanos exigida en todas las constituciones. No parece que sea así, porque el máximo criterio de justicia es la necesidad, y esta desigualdad es necesaria. Lo correcto sería mantener lo que expone OLLERO. "podríamos decir que no toda desigualdad implica una 'discriminación' en el sentido del art. 14 <de la Constitución española vigente>. Lo decisivo será que el trato aparezca suficientemente 'justificado'". *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., pág. 275. Estos bienes constantes se resienten en algún modo de su naturaleza de derechos subjetivos. A ellos se les pueden aplicar las palabras de Alejandro GUZMÁN: "la cuestión de los derechos subjetivos no es una cuestión de palabras. No da lo mismo decir que el dominio es un derecho, facultad o poder de usar, disponer y disfrutar de las cosas, que decir usar,

Como profesor de universidad, puedo exigir mucha limpieza en las instalaciones de mi trabajo, cosa que, evidentemente, no puede hacer un minero. Igualmente, exijo libertad investigadora y docente: otra cosa que, evidentemente, no puede exigirla en el mismo grado un militar, sometido necesariamente a una disciplina y jerarquía más estricta. A este tipo de derechos los podríamos llamar 'Bienes Constantes', en razón de estar omnipresentes precisamente porque no requieren de ningún título o causa concretos. O su título o causa es la personalidad humana genérica. Para ellos no he escrito las páginas anteriores, que aluden a las competencias que brotan desde la finalidad objetiva de tantas situaciones reales. En cambio, estos bienes constantes a que ahora aludo son 'derechos' en el doble sentido de la palabra: los podemos exigir jurídicamente y, si el interesado quiere, puede renunciar a ellos, cosa que no suele suceder con las competencias.⁶¹

Además de estos 'bienes constantes', todos gozamos de posibilidades de hacer o no hacer, creadas por las leyes. Porque la ley no es únicamente una realidad constrictiva, como pretendieron Hobbes y Pufendorf, sino que establece la viabilidad de muchas conductas que quedan a nuestra discreción y arbitrio ejercerlas o no. Por esta causa no puedo estar de acuerdo con la mentalidad simplista de algunos ilustrados que, en buena medida tras los pasos de Hobbes y Pufendorf, entendían que las leyes ante todo obligan o crean deberes. Es típico de la mentalidad liberal plantearse si el derecho es en sí mismo una cosa mala.⁶²

Si hago un inciso que rompe momentáneamente el orden expositivo, debo indicar que la ideología liberal únicamente puede admitir la noción del derecho como Derecho penal, suponiendo dos personas con sus voluntades libres en cada extremo de la relación jurídica,⁶³ y de ahí la visión

disfrutar y disponer las cosas son unos poderes de hecho que pueden ser discernidos como justos o injustos con recurso al derecho". *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos...*, cit., pág. 256.

⁶¹ Es difícil caracterizar a estos bienes constantes dentro de las tipologías usuales de los 'derechos'. Quizá a los que más se acercan es al grupo de los 'droits arbitraires' a que alude G. RIPERT en *La règle morale dans les obligations civiles*. París, 1949, § 100.

⁶² JOHN AUSTIN se interroga sobre este problema en la Lecture IV. Concluye que "Law, like medicine, is a preventive or remedy of 'evil'; and, if the world were free of evil, the notion and the name would be unknown". *Lectures...*, vol. I, pág. 142. Algunos años más tarde, William Markby mantenía que según los utilitaristas todo derecho es malo porque "It means that all coercion of one human being by another is immoral: that immorality is inherent in government and attaches to all its functions". *Elements of Law considered with reference to principles of General Jurisprudence*. Oxford, 1905 (6ª ed.), § 50.

⁶³ El interesante estudio de Alejandro GUZMÁN, *La influencia de la filosofía en el dere-*

restrictiva y negativa del hecho jurídico. Samuel Pufendorf fue el primer autor que dio viabilidad a facetas decisivas de la explicación política de Hobbes, porque se planteó expresamente al comienzo de su "De iure naturae et gentium libri octo" (1659) cual era la naturaleza de la *mensura juris*. Descartó la persona jurídica o *medium rei*, y en su lugar propuso una nueva noción de 'persona' siguiendo a su modo las trazas de Hobbes: habló de un *ius naturale* originario, entendido al modo de una *qualitas moralis libertatis* que correspondería a cada ser humano, porque éste es una *persona*. Esta libertad inicial debe ser entendida (según explica él) *ad analogiam spatii*, esto es, como un cerco o coto de arbitrio en torno a cada ser humano, que ha de ser lo más amplio posible: *quae est velut maxime sui difussiva*. Esta era la consideración 'natural' del hombre, estudiada en la primera parte de este tratado de 'Derecho natural', en la que estudia el 'Derecho natural absoluto', esto es, al hombre en cuanto que hombre puro, que es necesariamente el hombre aislado en el *status naturae*. Posteriormente, en la segunda parte del tratado de Derecho natural, estudia el 'Derecho natural hipotético', al que llama así porque está construido bajo la hipótesis del ser humano viviendo en sociedad. En este segundo momento aparece la 'lex' creada por los hombres, que *limita* el 'derecho natural' originario a la libertad por razones de seguridad, comodidad, etc. La ley es, pues, siempre una realidad 'constrictiva' (*lex constringit*, según repite él), porque siempre está considerada desde el punto de vista de su función penal. De forma muy lógica explica que es una 'contradictio in terminis' hablar de una *lex naturalis*.⁶⁴

Teniendo en cuenta la incomparable difusión de las obras de Pufendorf (que fue seguido en este punto decisivo muy de cerca por John Locke), comprendemos la lógica más íntima del Estado liberal que él diseñó por primera vez en la historia de una forma bastante completa: las *leges* o el Derecho positivo no son más que restricciones de la libertad inicial; todo el derecho creado por los hombres aparece con un carácter represivo, negativo y penalista,⁶⁵ y cada persona humana tendrá libertad en la medida

cho, con especial alusión al concepto de relación jurídica, cit., está dedicado a mostrar cómo la relación jurídica no-penalista no tiene por qué suponer necesariamente dos personas con voluntad libre en cada extremo de las relaciones jurídicas.

⁶⁴ Sobre estas tesis en PUFENDORF, vid. mi estudio *El cambio decisivo en la jurisprudencia: Samuel Pufendorf y la teoría de la 'cualidad moral'*, en "Justitia" (Buenos Aires) I (1997) págs. 361-383.

⁶⁵ Émile FAGUET nos indicaba en *Le libéralisme* (Paris, 1903, pág. 25) que "Cette

en que esté menos afectada por las normas jurídicas y conserve por tanto más cantidad de su libertad natural originaria.

Si vuelvo a tomar el pulso del discurso, vemos que el derecho tiene, pues, puntos de anclaje distintos: los derechos básicos de la personalidad, el arbitrio y otros bienes, campo por excelencia del derecho subjetivo, la personalidad humana,⁶⁶ la discrecionalidad que hacen posible muchas leyes, el deber u *officium*. Constituyen realidades no reductibles unas a otras. En consecuencia, tan inexacto sería decir que el ser humano parte desde una *lex permissiva originaria*, como que la noción primaria del derecho es la del deber. Cada una de estas categorías tiene su momento, y si aquellas que inciden más en la voluntad se presentan preferentemente como cualidades de la personalidad, las que se desprenden en mayor medida desde las objetividades tienden a aparecer como cualidades reales.

La mentalidad contemporánea, muy adherida y dependiente de la figura de los Derechos Humanos, que tienden a ser entendidos como derechos subjetivos, y no como ‘competencias’, no siempre matiza entre lo realmente exigible y lo personalmente exigible. Un atisbo de esta distinción se ve en el dicho conocido: ‘Se pueden renunciar los derechos de la persona, pero no los del cargo’. Pero a pesar de estas matizaciones espontáneas la confusión continúa en cierta medida, y siempre corremos el peligro de entender todos los ‘derechos’ bajo el patrón de los derechos subjetivos, o de estos bienes constantes, que también revisten la figura de un derecho subjetivo a cada uno de ellos.

C) ‘Persona’, Normalidad y Libertad

Indicaba que el derecho concreto, el *ius*, esto es, lo que es justo o razonable aquí y ahora, viene ya en cierto modo determinado o medido por las exigencias más o menos objetivas que se desprenden desde una situación. Matizo escribiendo ‘en cierto modo’ porque los juristas romanos, hombres

conception de l'État que je viens d'esquisser fera sourire de pitié certains philosophes qui ont, si je puis ainsi parler, la mystique administratif. Pour eux l'État n'est point un mal; ce n'est point un mal nécessaire, ce n'est point un mal salutaire...”

⁶⁶ La personalidad humana es el ámbito de los derechos más importantes, sean llamados derechos humanos o de otra forma. No parece correcto entender los derechos humanos al modo neokantiano, como ‘esferas de libertad’ (*Freiheitssphären*), de modo que sus virtualidades se manifestarían ante todo en la exteriorización del arbitrio propio y consiguiente limitación del arbitrio ajeno. Vid. OLLERO, *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía*, en “Revista de Estudios Políticos” 33 (1983) pág. 107.

especialmente perspicaces en estos temas, dejaron escrito que *jus oritur ex fácto*, es decir, que el conocimiento de lo que es justo comienza o principia desde el hecho: Solamente comienza desde...⁶⁷ Es lo que expresa Ballesteros cuando escribe que “el primado de lo dado sobre lo construido implica tan sólo la supremacía de la experiencia sobre la geometría, no que toda la realidad esté ya dada y sea, por tanto, previamente cognoscible”.⁶⁸ Porque el criterio del *medium rei*, sobre el que se asientan las personas jurídicas resulta insuficiente con frecuencia, como reconocía su máximo divulgador, Tomás de Aquino.⁶⁹

La ciencia del derecho no puede resignarse a ser el espejo de un conformismo a-crítico ante la realidad fenoménica que manifestamos los hombres. Existen muchas personas que procuran no pagar sus deudas cuando compran: pero no se puede decir de ellas que son los compradores ‘normales’, los que debe contemplar la legislación cuando regula los distintos tipos de compraventas. Y no se puede afirmar esto, aun cuando tales compradores sean mayoría numérica. No, la realidad o normalidad de una conducta no es exactamente, o siempre, el promedio estadístico: en cierto modo, la normalidad y la realidad de ‘algo’ (una persona, una institución jurídica funcionando *correctamente*) son la misma cosa. Choza explica que “El intelecto no se refiere a la realidad dada como a un nicho ecológico fuera del cual no pudiera subsistir. Al contrario, el intelecto eleva ‘lo dado’ al

⁶⁷ La actitud romanista es sobre la que teoriza Tomás de Aquino. Desde este punto de vista, romanista y tomista simultáneamente, Ollero explica que “Es preciso continuar delineando la ‘cosa justa’, porque ésta no se autodelimita acabadamente, sino que el enfrentamiento entre texto legal y circunstancias no naturales supone un gran margen de acción humana, que sólo puede encontrar apoyo ahora en la convención. ¿Una cosa es justa de dos modos; bien por su misma naturaleza, y en este caso se llama derecho natural, o bien por cierta convención entre los hombres, y entonces es derecho positivo”? Ahora es cuando el proceso de determinación del derecho va a llegar a su fin. Sólo ahora se configura con toda nitidez el *derecho*, que ya no es un principio abstracto, sino el fruto de una elaboración humana, racional y volitiva, que aprovecha una doble fuente ontológica de orientación: los principios recogidos en el texto legal (que remiten a una instancia valorativa previa, situada por Tomás en el mismo orden ‘natural’) y las circunstancias del caso concreto, aglutinadas en torno a su ‘núcleo natural”. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, cit., pág. 49.

⁶⁸ *Sobre el sentido del derecho*. Madrid, 1984, pag.46.

⁶⁹ “Dicit ergo primo, quod hoc, scilicet invenire medium, est difficile, maxime considerando singulas circunstancias in singularibus operabilibus. Quia non est facile determinandum qualiter sit faciendum et respectu quorum et in qualibus rebus et quantum tempus sit irascendum”. *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio* cit., 1964, § 379.

plano de la objetividad y desde él transforma lo real dado a beneficio de su constitución biopsíquica”.⁷⁰

Sucede que en los asuntos humanos no disponemos de criterios ideales que nos los suministre una misteriosa instancia situada por encima de nosotros. Lo más objetivo que tenemos a mano son los ‘primeros principios de la razón práctica’, o de la conciencia, o de la moral, que constituyen el fundamento imprescindible para toda convivencia, como bien explicó Georg Jellinek,⁷¹ aunque desde una base filosófica general distinta de la que estoy mostrando en estas explicaciones. No me convence la actitud fenomenista que muestra Jellinek en el tratamiento de este problema, una actitud que quedaría más matizada –más adherida a la realidad– con dos observaciones, entre otras posibles. Una, que la proporcionaba Carleton K. Allen a comienzos de siglo, a saber: que la moral no deja de ser tal por el hecho de que haya de ser recogida necesariamente por el derecho.⁷² Y la

⁷⁰ *Manual de Antropología filosófica*, cit., pág. 277.

⁷¹ JELLINEK entendía que las reglas y principios morales más elementales que hacen referencia al trato social, han de ser recogidos necesariamente por el derecho, y esto compone el ‘minimum ético’, *das ethische Minimum*. Concretamente, escribía que “Wenn wir nun bei einem historisch bestimmten Gesellschaftszustande nach den eines solches Zustandes möglich macht, so erhalten wir das Rechts dieser Gesellschaft. Das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum. Objectiv sind es die Erhaltungsbedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzminimum ethischer Normen, subjectiv ist es das Minimum sittlicher Lebensthätigung und Gesinnung, welches von den Gesellschaftsglieder gefordert wird’. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. Wien, 1878, pág. 42. Por lo demás, es bien conocido que el autor que más ha insistido en la necesaria base moral del derecho ha sido Georges Ripert.

⁷² Jellinek entendía que las reglas y principios morales más elementales que hacen referencia al trato social, han de ser recogidos necesariamente por el derecho, y esto compone el ‘minimum ético’, *das ethische Minimum*. Concretamente, escribía que “Wenn wir nun bei einem historisch bestimmten Gesellschaftszustande nach den eines solches Zustandes möglich macht, so erhalten wir das Rechts dieser Gesellschaft. Das Recht ist nichts anderes als das ethische Minimum. Objectiv sind es die Erhaltungsbedingungen der Gesellschaft, soweit sie vom menschlichen Willen abhängig sind, also das Existenzminimum ethischer Normen, subjectiv ist es das Minimum sittlicher Lebensthätigung und Gesinnung, welches von den Gesellschaftsglieder gefordert wird’. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, cit., pág. 42. Polemizando con Lundstedt, Allen escribía que “There is here a profound fallacy, one which has always been the vulnerable point of positivism as a system and as withheld from it any general acceptance. A moral principle does not cease to be moral because it is necessary. On the contrary, all the moral principles are, in a sense, necessities of existence. Doubtless there are anormal, amoral individuals, thought is questionable whether there are entirely amoral (sane) individuals, but it is clear that life without any moral criterion is as the best a

otra es que cuando los hombres hemos querido prescindir de esta 'moral mínima' o sustituir sus principios por otros, entonces es necesario que se rueden películas como 'Los gritos del silencio', o que se escriban libros como 'Archipiélago Gulag'.

La ventaja de esta relativa objetividad del contenido de cada 'persona' estaba, y es, en que el juzgador puede juzgar sobre puntos de referencia objetivos, a veces bastante claros.⁷³ En otras palabras, que el juzgador, juez o jurista, no está abandonado a su propia discrecionalidad, porque social y jurídicamente consta de un modo 'público' lo que se puede exigir a cada cual según la persona que encarna en cada situación concreta, que funciona a modo de un *munus publicum*. Teniendo en cuenta esta observación, podemos conseguir una cierta objetividad siguiendo el criterio de la 'normalidad': desempeña bien la función de padre, el que se comporta como un padre normal, o es buen comerciante el que actúa como un comerciante normal. Reparaba antes en que el adjetivo 'normal', en este contexto, no siempre coincide con lo estadísticamente más frecuente. Una cosa es lo normal y otra lo vulgar, y ambas categorías nos las muestran indistintamente los datos estadísticos. Podríamos decir que la categoría de la normalidad de la persona es normativa:⁷⁴ un padre no solamente puede ser (de hecho) un padre normal, sino que debe ser un padre normal. En caso contrario, presentada la denuncia, el juez le desposeerá de la patria potestad y la concederá a otro hombre que sí se comporte con 'normali-

miserable business, 'nasty, brutish, and short". *Legal duties and other Essays on Jurisprudence...*, cit., pág. 173.

⁷³ No cabe tanto optimismo como quizá se desprende de las líneas de arriba: Tomás de Aquino, quizá el teorizador más completo de esta *jurisprudencia*, explicaba que la prudencia dista mucho de llegar a resultados precisos, porque los hombres podemos apreciar, y apreciamos de hecho, bastantes 'justos medios' en un mismo problema. Escribía, en concreto, que "virtus moralis per modum naturae intendit pervenire ad medium. Sed quia medium non eodem modo invenitur in omnibus, ideo adinventio naturae, quod semper eodem modo operatur, ad hoc non sufficit, sed requiritur ratio prudentiae". *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 7.

⁷⁴ Aquí incide con especial fuerza jurídica y filosófica un viejo dato romanista. A. GUZMÁN nos recuerda que "Se ve así que es muy fácil dar a la palabra 'ius' un sentido subjetivo, porque con ella se opera una discriminación entre lo factible, facultado o posible de hacer o no hacer; pero los romanos y tampoco los medievales, no se dejaron llevar por tal facilidad ... lo que dijeron fue que el 'ius' es una palabra que expresa un juicio sobre lo hecho y, por ende, si es el caso, sobre lo factible o posible". *La doctrina iusnaturalista de los derechos innatos...*, cit., pág. 249. Efectivamente, el derecho o 'ius' no se crea sobre ningún vacío.

dad'. Es decir, la noción de padre o de amigo normal constituye un 'deber ser': en modo alguno es un simple dato fáctico.⁷⁵ MacIntyre también ha reparado más recientemente en la naturaleza normativa de buena parte de los conceptos que usamos,⁷⁶ basados normalmente en la realidad de la normalidad.

Nos situamos, pues, en el interior de 'lo que es'. La medición del derecho de cada cual (*ius*), lejos de seguir los carriles del conformismo simple con lo que 'ya es' socialmente, más bien consiste en la actividad crítica que normalmente realiza todo juzgador cada vez que crea o 'aplica' un precepto legal. Es decir, tiende a ser un arte de medir o calcular 'cosas', llamadas en lengua latina *res*, término del que se deriva el adjetivo *real*. Porque el jurista, que carece de un código minucioso, situado más allá de la historia, que le permita saber anticipadamente lo que está bien y lo que está mal en el derecho, ha de atender normalmente a los efectos *reales* de las conductas. Esto es lo que indica Alvaro d'Ors cuando escribe que "El estudio del derecho es un estudio de libros. Pertenece así a la aplicación literaria que se comprende bajo el rótulo de 'Humanidades'. No sólo porque toma los libros como materia de estudio, sino también porque aquellos se refieren directamente a la operación y no al ser, es decir, porque toman en consideración el obrar del hombre y no la naturaleza, la propiamente física o la metafísica. Así, todo estudio del derecho debe empezar por los efectos reales, y si se habla de la naturaleza de los actos debe ser a modo de inducción sintetizadora de la realidad estudiada".⁷⁷

La bondad o maldad que la resolución jurídica origina en la normalidad existente determina la calidad de la norma aplicable y, en última instancia, cuál será el verdadero contenido o significado de esa norma, que sólo entonces es 'descubierto' como judicial o aplicable. Aunque el jurista contemporáneo, siempre constreñido a mencionar artículos de leyes o sentencias, apenas se refiere al contenido de la norma, sino a la presentación externa de la norma general.

⁷⁵ William JAMES explicaba que esta normalidad supone, de algún modo, una cierta elevación de lo que encontramos sin más. Este autor utiliza una frase propia de la Psiquiatría alemana del siglo pasado: *Die Erhöhung des vorgegebenen Daseins*, y añadía: "¿Por qué no ha de ser la misión del pensamiento incrementar y elevar la existencia, en lugar de imitarla y reduplicarla?". *El significado de la verdad*. Trad. de L. Rodríguez Aranda. Buenos Aires, 1980, pág. 102.

⁷⁶ Vid. *Tras la virtud*. Trad. A. Valcárcel. Barcelona, 1987, pág. 84, entre otros lugares.

⁷⁷ *Una introducción al estudio del derecho*. Madrid, 1963, Capítulo preliminar.

Hablo de la realidad y de la normalidad, esto es, de ésta como criterio para reconocer aquella, porque un fuerte enemigo del arte de la justicia es lo que imprecisamente llamaría la idealidad, que tanto sufrimiento ha traído para el siglo xx, soportando utopías de izquierdas y de derechas. Los románticos del siglo pasado, cuando acuñaron la noción de *das Ideal* como meta única que guiaría nuestra vida sin alcanzarla nunca, nos hicieron un flaco favor, al menos a los que nos ocupamos con el derecho. Prefiero seguir los pasos de d'Ors cuando escribe que "lo jurídico es ante todo un ser y sólo secundariamente un deber ser. Quiero decir que no es un conjunto de normas excogitadas por el hombre, sino que es en primer lugar un cierto modo de ser de una conducta social, una cierta normalidad de esa conducta. Si podemos hablar de norma jurídica es precisamente porque la normalidad nos proporciona la norma".⁷⁸

La búsqueda de lo normal o lo 'real' bajo estos condicionantes concretos, aquí y ahora, constituye la labor del juzgador, y es ayudado por lo que socialmente se considera 'normal', por principios morales básicos según el ordenamiento jurídico, por la legislación en vigor, y por las estructuras necesarias de la relación jurídica que examina. En este último punto lleva cierta razón Hans Welzel cuando alude a las estructuras lógico-ontológicas que presenta cualquier institución jurídica. Porque podemos apreciar que en buena parte de nuestras instituciones jurídicas, especialmente las que pertenecen al derecho privado, existe tanto, y simultáneamente, un elemento convencional, variable históricamente, como una dimensión de esa situación, que es necesaria porque de no existir, no tendría ni razón de ser esa institución jurídica.⁷⁹ En consecuencia, no son suficientes enteramente los criterios de la normalidad o de las estructuras óntico-lógicas, óntico-axiológicas, lógico-ontológicas, etc., que presentan frecuentemente las relaciones jurídicas. Además de ellos, el legislador debe concretar en la historia muchos cabos que necesariamente quedan sueltos.

Reitero que la 'naturaleza de las cosas', o estas 'estructuras lógico-ontológicas' no son realidades que simplemente haya que conocer en el orden de lo que ya existe. Lo que llamamos 'naturaleza de las cosas' suele consistir en la tipicidad de una expectativa, y tal tipicidad es, en buena

⁷⁸ *Una introducción...*, cit., pág. 103.

⁷⁹ Alberto MONTORO se ocupa de estos dos sectores del contenido del derecho, y distingue entre 'los específicamente jurídicos' y los contenidos 'circunstanciales o accidentalmente jurídicos'. Vid. *Derecho y moral*, en "Anales de la Cátedra Francisco Suárez" (Granada) 28 (1988) pág. 81.

medida, obra de la libertad y convención humanas en la historia. Pero, del mismo modo que interviene la libertad en la creación de las nociones jurídicas, el ‘ser’ también impone sus exigencias al arbitrio, unas veces limitando, normalmente posibilitando y, siempre, estando presente. Precisamente, dediqué a este tema un pequeño capítulo de “Derecho y ontología jurídica”, capítulo que titulé ‘Las cosas, punto de encuentro de los hombres’.⁸⁰

Hay zonas del derecho más próximas a la convención histórica, dependientes de la moral positiva de cada momento, y hay otras zonas en las que se inserta con mayor fuerza esa vertiente del ser que difícilmente queda sometida al cambio. Debiera darnos que pensar el hecho de que, en dos milenios, hemos podido alterar sólo en pequeña medida el derecho privado romano, mientras que las instituciones del derecho público han pasado por cambios realmente importantes, de forma que el derecho público de Roma no despierta hoy más interés que el propio del historiador curioso.

Actualmente, la inteligencia adecuada de este problema se ve entorpecida por varios prejuicios. Uno especialmente importante es el que se ha originado tras la creación del ‘Estado’ en el siglo XIX. En efecto, a partir de la mentalidad que irrumpe con la Revolución Francesa, no se reconoce más derecho posible que la legislación del Estado. Y sucedió que no sólo quedó reducido el derecho a las leyes, sino que también estas mismas quedaron desfiguradas porque fueron situadas todas en el mismo plano jurídico y epistemológico. Por este camino, aun hoy, la gente suele considerar al ‘derecho’ o al ‘ordenamiento jurídico’ como un todo global en el que las normas y principios sólo se distinguirían por su rango y contenido. Y así quedan irrealmente uniformadas y equiparados principios y reglas que, además de distinguirse ocasionalmente por el lugar que ocupan en la jerarquía normativa, más bien componen conjuntos normativos de naturaleza y finalidades distintas.⁸¹ Porque existen normas constitucionales y, aparte, leyes políticas. Y además está la *jurisprudencia* que, más que componerse de normas, consiste en un ‘saber’, pues, como escribía Pedro de Bellapertica el “*ius est scriptum, et jurisprudencia est scire*”.⁸²

⁸⁰ En págs. 41-44 de mi estudio *Derecho y ontología jurídica*. Actas. Madrid, 1994.

⁸¹ Sobre los distintos conjuntos de normas que podemos apreciar en cada ordenamiento jurídico, vid. mi estudio *Derecho y ontología jurídica*, cit., págs. 109-142.

⁸² *Petri de Bellapertica Jureconsulti Gallorum clarissimi, in libris Institutionum Divi Justiniani Sacratissimi Principis, Commentarium longe accuratissimi*. Lugduni, 1586, pág. 50.

Las dos actitudes básicas y contrapuestas que se nos han manifestado históricamente tras la creación del Estado, oscilan entre entender que el derecho es tal exclusivamente por una peculiaridad de origen (por estar dictadas las leyes por la voluntad suprema), o bien mantener que existe un 'orden del ser' inmutable al que debe acomodarse la voluntad jurídica. La primera actitud postula el origen arbitrario de las leyes o el derecho, y aspira, en último término, a la posibilidad de una autopoiesis del ser humano. El género humano sería absolutamente activo consigo mismo y únicamente encontraría una simple 'resistencia' en la materia indolente. Pero me parece que si el observador es demasiado activo ante aquello con lo que trabaja (una actitud muy encomiable en la técnica hasta que se desató la crisis ecológica), no dejará que la cosa hable por sí, y perderá de vista buena parte de la objetividad de la que él es capaz. En tal caso hablará únicamente de las ideologías y de la *Sitte* como soporte último justificante de sus decisiones prácticas.

La postura del que mantiene la existencia de un orden inalterable del ser, del que se derivaría el acabadamente el derecho y, en general cualquier normatividad,⁸³ no parece tampoco aceptable: los hombres cambiamos demasiado en la historia como para poder afirmar tal inalterabilidad. Por esta razón indica Schwarz-Liebermann –que es un autor que sí cree en la objetividad de la justicia– que la idea de un Derecho natural inmutable es aberrante.⁸⁴ Una persona con sensibilidad para percibir lo que ocurre a su alrededor, especialmente ahora, cuando el cambio social es más rápido, desdeña tanto un 'iusnaturalismo' terco, de mala calidad, fundamental-

⁸³ René MARCIC explicaba que 'Wenn die Rechtsontologie von Natur spricht, dann meint sich nicht jenen berechbaren Wirkungszusammenhang von Kräften, die miteinander kausal-mechanisch verbunden sind; sie meint nicht bloss jenen objektiv feststellbaren Tatsachebereich, denn der Naturrechtswissenschaftler der Neuzeit als Natur ausgegeben haben, die Natur im Sinne des kraftbegabten Stoffes; vielmehr versteht sie darunter dasjenige, was Aristoteles in seiner Physik und Metaphysik und was Thomas in seinen Kommentaren zu Aristoteles und in den übrigen Werken im weitersten Sinn darunter verstehen: natura=mundo=ordo=universitas'. *Um eine Grundlegung des Rechts. Existenziale und fundamentalontologische Elemente im Rechtsdenken der Gegenwart*, en "Die ontologische Begründung des Rechts". Ed. por Arthur Kaufmann. Darmstadt, 1965, págs. 549-550.

⁸⁴ "...il devient évident d'autre part, qu'il y a bien de supposer une 'nature des choses' immanente et qui est découverte... la lumière d'un raisonnement raffiné, fruit de l'expérience de l'homme... Cela nous permettra aussi de répondre au problème d'un 'droit naturel immuable'. L'idée d'un droit naturel immuable est aberrante..." *Réflexions sur la nature des choses et la logique du droit*. Paris-La Haye, 1973, pág. 52.

mente elaborado sobre patrones del siglo XIX⁸⁵, como el relativismo moral fácil y simplista. Esta no es una cuestión de ideologías (la salida fácil para el que no entiende la complejidad de la cuestión) sino de estar en condiciones de poder explicar y dar cuenta de la realidad sin pretender dirigirla más allá de lo que las cosas se dejan dirigir.

Las matizaciones, que reflejan en lo posible la complejidad de lo real, nos llevan a excluir soluciones unilaterales, y también las *vias medias*. La descripción de lo que es vital no queda más adherida a la realidad porque el observador que describe intente conciliar las exageraciones a través de un camino intermedio: nos interesa describir la realidad, no contentar a las personas que tienen un talante moderado. Es típico del academicismo que cuando aparece una explicación más o menos unilateral, se produzca después otra explicación del mismo hecho, pero subrayando la faceta contraria. Estas exageraciones dan pie a soluciones intermedias fáciles: así, frente al historicismo del siglo XIX, y frente a la Metafísica que reclamaba un orden inmutable del ser, Rudolf Stammler propuso un 'Derecho natural de

⁸⁵ Nosotros dependemos hoy de las nociones del 'Derecho natural' que nos legó el siglo XIX, que poco tienen que ver con otras inteligencias históricas de este Derecho. Karl Bergbohm fue un autor que contribuyó en gran medida a formar o crear estas nociones contemporáneas del Derecho natural, y él nos explica, en su tono usualmente apasionado, que "Schliesslich bejaupen ja alle diese Rechtsphilosophen ein und dasselbe: es gibt Agentien oder Potenzen, welche ein Recht hervorbringen, das mit dem positiven nicht durchaus identisch ist, oder anders ausgedrückt: es gibt Ideen, Prinzipien, Quellen, aus denen durch Rechtsbegriffe oder Rechtsurteile, die von positiven Recht unabhängig sind, abgeleitet werden können". *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1882, pág. 363. Si Bergbohm hubiera detenido aquí su caracterización del 'derecho natural' yo podría estar de acuerdo con él parcialmente. Pero, poco más adelante, mantiene que aquellos 'Ideen, Prinzipien und Quellen' a los que se refería han de formar necesariamente un ordenamiento jurídico completo: "Wenn jedes ideeles Recht in sich lückenlos ist, weil es nichts anders sein kann...". Cfr. op. cit., pág. 396. La intensidad es mía, y pretendo mostrar la extraña forma de proceder de Bergbohm, que sustituye el estudio de la historia por el establecimiento de 'postulados' sin especial fundamento, pero aceptados ampliamente. Bergbohm necesitaba suponer que todas las explicaciones anteriores sobre el Derecho natural habían diseñado un ordenamiento normativo paralelo y completo.

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

contenido variable'. El rótulo de Derecho natural tranquilizaría a las personas de ley y orden; la llamada al contenido variable dejaría contentos a los historicistas.

Además de este problema, un segundo prejuicio se añade a estas explicaciones. Según la mentalidad usual, en un primer momento solamente existirían normas que posteriormente se 'aplicarían' a unos problemas reales. Esta descripción de la vida jurídica, sin dejar de ser cierta, enturbia notablemente el proceso de 'obtención del derecho', *Rechtsgewinnung*. Porque este modo de enfocar la vida jurídica tiende a resaltar más la variabilidad de las normas que no la permanencia en el análisis de los problemas, que no es más que una secuela de la permanencia de los problemas mismos. Desde luego, el conjunto de normas que integran cada ordenamiento jurídico nacional son un archivo de experiencia, en el que se encuentran ya analizadas y orientadas buena parte de nuestras perplejidades. Explicitando esta idea, Alvaro d'Ors indica que "El derecho constituye, desde luego, un cierto orden, pues las soluciones prudenciales para resolver los distintos casos que se pueden presentar ante los jueces suelen pertenecer a un sistema más o menos explícito en el que se distinguen diversos grupos de reglas distribuidas en razón de las realidades a que se refieren y que solemos llamar instituciones".⁸⁶

Sin embargo, la mentalidad propia de quien quiere considerar ante todo conjuntos normativos, lleva a contemplar la vida jurídica como un conjunto de normas más o menos estáticas, que hace de la verdad práctica bien una 'verdad embalsamada', como suele decir Andrés Ollero, o bien la entiende como decisión arbitraria. Esta mentalidad es proclive a entender que la aplicación silogística de la norma jurídica nos dará *ipso facto* la solución jurídica: en este punto coinciden curiosamente los yusnaturalistas 'tradicionales' y los relativistas a ultranza, que parecen no captar la estructura, generadora de Moral, de la decisión concreta. Para ellos están escritas las palabras de Alejandro Llano: "La teoría general de la acción no puede desplegarse en un nivel pre-valorativo, anterior a la ética, sino que ha de ser radicalmente —ella misma— ética".⁸⁷ Porque los modelos no pueden ser conocidos con independencia de su realización.⁸⁸

⁸⁶ *Una introducción al estudio del derecho*. Ed. mexicana citada, pág. 53.

⁸⁷ *La nueva sensibilidad*. Madrid, 1988, pág. 211.

⁸⁸ BALLESTEROS nos explica que "A su vez, todo ello comporta el que no quepa hablar en la vida ética de principios que puedan ser conocidos con independencia de su realización. Por ello, el modelo ético no puede ser otro que el hombre decidido que ha actualiza-

Estas personas no entienden que si hablamos de derecho para referirnos tanto a las normas como a las soluciones deseables, el término 'derecho' tiene una naturaleza distinta en cada caso, aunque usemos la misma palabra.⁸⁹ Desde luego, la forma de proceder en la mayor parte de las facultades de Derecho, que consiste en que los alumnos memoricen cada curso cientos de folios que reproducen normas, según cada asignatura, no favorece el acercamiento a la realidad jurídica.

En este tema juegan una función importante las figuras geométricas que crea nuestra imaginación aplicada a los temas espaciales: es fácil, y aparentemente muy pedagógico, suponer unas normas que estarían 'antes y por encima' de la vida real, y estas normas así entendidas, como suspendidas en el espacio, caerían sobre los comportamientos y los problemas de los hombres como consecuencia de una variante de la ley de la gravedad: Newton se hubiera quedado muy sorprendido si le hubieran explicado así el razonamiento jurídico. Otra figura geométrica que ha gozado de gran éxito, especialmente entre los estudiantes de los primeros cursos, es la de la 'pirámide jurídica'. Hay que tener cuidado con el trasvase de figuras geométricas a la realidad humana: temo que, en el mejor de los casos, caigamos en lo que Whitehead llamaba la *fallacy of misplaced concreteness*.⁹⁰

Las instituciones ya analizadas por la Jurisprudencia no suelen gozar de una aplicabilidad o racionalidad inmediata, sino que siempre existen en función de las exigencias múltiples⁹¹ del caso concreto. Esto es así, en

do al máximo todas las potencias... el hombre esforzado (spoudaios), ya que 'las virtudes las adquirimos empleándolas'. *Sobre el sentido del derecho*, cit., pág. 81. El estudio más convincente sobre cómo la actuación práctica va creando la praxis es el de Fernando INCIARTE, *Sobre la verdad práctica*, incluido en "El reto del positivismo lógico". Madrid, 1974, págs. 160-215. OLLERO sigue la doctrina de INCIARTE: vid. *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., págs. 105-106.

⁸⁹ Vid. Vallet de GOYTISOLO, *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás*, en "Estudios en Homenaje al Prof. Federico de Castro". Madrid, 1976, pág. 734.

⁹⁰ A este último problema dediqué, medio en serio, medio en broma, mi artículo *El espíritu de la Modernidad*, publicado últimamente en "Derecho y ontología jurídica", cit., págs. 323-336.

⁹¹ Todo problema presenta exigencias 'múltiples' según el punto de vista, respecto, razón o causa desde el que se le considere. En la filosofía escolástica era normal distinguir dos tipos de realidades: la 'real' y la modal. Así, unas tijeras 'consideradas en sí mismas' (desde el punto de vista real) son un instrumento para cortar. Pero consideradas desde otros puntos de vista, pueden constituir también un instrumento punzante. Y ambos modos de ser y funcionar constituyen 'modos de ser' de las tijeras. Las consideraciones que

parte porque, como señalaba Theodor Viehweg, el problema es la aporía constante de la ciencia jurídica. Por esta constancia, se podría admitir el relativismo si pudiéramos comprobar que los problemas que intentamos resolver los hombres cambian sustancialmente a lo largo de la historia: entonces cualquiera podría pensar, con razón, que el hombre de la segunda mitad del siglo xx pertenece a una especie distinta a la del hombre del siglo xix. Pero esas aporías constantes nos hacen ver la continuidad humana, porque los hombres de cada momento histórico zanján los problemas, pero no los resuelven definitivamente.⁹² Los problemas resueltos definitivamente detendrían la historia, y no es este el caso: la historia está viva, y presumiblemente seguirá así.⁹³ Es decir, el hombre es la aporía fundamental que da continuidad a la historia: somos nosotros a lo largo de ella, cambiando los modos a través de los cuales realizamos nuestra humanidad, y cambiando, por ello nuestras instituciones, sea en su existencia, sea en su contenido, los que nos ajustamos a la historia, o los que enderezamos la historia según nuestro estilo de cada momento, y así, en ese juego mutuo del hombre con la historia, se produce ese hecho al que se refería San

podamos hacer teniendo en cuenta las formas de ser reales y modales (siempre de la mano de observable en la realidad) llevan hacia una fuerte complejidad del razonamiento jurídico, ya que las tijeras —por seguir con el mismo ejemplo— pueden constituir simultáneamente un objeto para la costura y un arma punzante.

Pero desde el siglo xiv ha habido un movimiento para simplificar nuestra percepción de la realidad, y la filosofía de Escoto propuso que consideráramos a las cosas 'en sí y por sí, al margen de todas sus circunstancias'. Esta nueva aproximación a la realidad triunfó plenamente a partir del siglo xvii. Pero si prescindimos de los modos o respetos en el razonamiento jurídico, no podría haber apenas actividad en el derecho: Porque entonces toda persona que hiriera con unas tijeras sería inocente, ya que no sería posible que un instrumento que es por definición solamente cortante pueda servir como arma punzante.

Es preciso reivindicar otra vez la complejidad modal de la realidad para no proseguir artificialmente desvinculados de la realidad. Porque no siempre todo es lo mismo.

⁹² Jean-Marc TRIGEAUD distingue, a este propósito, entre la idea de la justicia y el derecho: "Or, il va différemment du concept du droit: il est le fruit d'une activité pratique et contingente, il est imputable à certains groupes humaines". *De l'universalité de la justice en Europe*, en "Philosophie juridique européen". Bordeaux, 1990, pág. 350.

⁹³ CHOZA explica esta faceta de las instituciones jurídicas indicando que la existencia humana acontece en el 'sentido', el cual, a su vez, tiene siempre una dimensión de finitud, porque el hombre no agota nunca el ámbito del ser, y por eso mismo es siempre susceptible de innovación. Pero no implica un relativismo especial, porque "Si el conocer y el comprender humano no fuese por una parte relativo y finito, y por otra parte absoluto e infinito, no podría haber innovación del sentido y no podría darse en la existencia humana conciencia de haberse perdido ni conciencia de estar orientándose". *Manual de Antropología filosófica*, cit., pág. 282.

Juan de la Cruz: “Yéndome yo, Dios mío, por doquiera contigo, por doquiera me irá como yo quiero para ti”.⁹⁴

Es y será el juego eterno del hombre con la Historia, que hizo acuñar la frase *historia quaerens intellectum*. Antes indicaba que cada institución, del tipo que sea, zanja un problema hoy y ahora: esa sería la actualización concreta de nuestra Humanidad. Pero me parece que ésta es aún una visión algo simplista de esa dinámica humana que va cuajando incesantemente en nuevas formas de vida: sería más adherido a la realidad humana, cuando observamos una institución, preguntarnos no por el problema que resuelve, sino por el conflicto que oculta.⁹⁵

A estas explicaciones no obsta en modo alguno la realidad innegable –y gracias a la cual podemos vivir con cierta seguridad– que consiste en que con frecuencia un problema queda atrapado inequívocamente por una ‘norma’, de modo que el juez sólo dispone de una solución posible. Y del mismo modo que el derecho subjetivo constituye una categoría necesaria e innegable, pero que no representa la manifestación más genuina o primaria del derecho, la aplicación estricta de una norma constituye igualmente una categoría necesaria, porque es real, pero que en modo alguno explica la totalidad de la vida del Derecho y de la Ética.

D) *Persona humana y persona jurídica*

Si el hombre puede ser sujeto de derechos y obligaciones, esto se debe a que es ‘persona’, en otro sentido del término, que rebasa al simplemente jurídico.⁹⁶ La personalidad humana está omnipresente en todas las manifestaciones jurídicas: un animal nunca puede ser sujeto de derechos ni de obligaciones. Existe una rama especialmente interesante de la vida jurídica, que se ocupa únicamente de las lesiones o atentados directos a la personalidad humana: esta es el Derecho penal, que castiga algunos daños que un hombre cause directamente a otro hombre, sea en su persona, sea en su patrimonio. En el Derecho penal no tiene tanta trascendencia esa mediación necesaria de ‘las cosas’ entre persona y persona, que es impres-

⁹⁴ *Obras completas*. Madrid, 1988, pág. 94.

⁹⁵ Sobre este tema, vid. A. MACINTYRE, *Tras la virtud*, ed. cit., págs. 205-206.

⁹⁶ Sobre la persona humana como fundamento último del derecho, vid. J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona, 4ª ed., 1986, págs. 85 y ss. El estudio quizá más completo sobre este tema es el de IJVA-MYRIAM HOYOS CASTAÑEDA, *El concepto jurídico de persona*. Pamplona, 1989.

cindible en las demás áreas del derecho; o sí la tiene, pero en un sentido distinto. En el campo del Derecho penal se nos puede agredir en nuestras cosas, como sucede siempre que se produce un delito contra la propiedad. Pero la palabra 'cosa' en este último sentido no coincide con lo que trato de explicar.⁹⁷

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

Al margen del Derecho penal, la personalidad humana tiene alguna, aunque no siempre mucha relevancia jurídica.⁹⁸ Aquí reside en mi opinión la inflexión más importante que separa al pensamiento jurídico moderno del resto del pensamiento jurídico: los 'yusnaturalistas' de los siglos XVII y XVIII ignoraron deliberadamente todas 'las cosas', excepto el arbitrio del

⁹⁷ Muchos juristas han intuido a su modo esta *personalidad* de las relaciones jurídicas, y han concluido que la única relación jurídica posible solamente se puede dar entre personas. Esto es cierto, pero connota más que significa, como diría un tratadista de Lógica. Porque el hecho de que la relación jurídica sea personal en este sentido no implica que ambos términos de la relación hayan de ser personas humanas siempre y en todos los sentidos. GUZMÁN destaca cómo una relación, antes que jurídica, es eso, una relación, y una persona no sólo 'se relaciona' con otras personas, sino también con diversas 'cosas', y escribe que "entre personas y cosas puede haber muchas relaciones, igual que entre cosas... Si decimos que tal hombre 'es' más alto que tal estante, ahí establecemos una relación entre una persona y una cosa". La influencia de la filosofía en el derecho..., cit., pág. 164. En efecto, la relación es algo más que una relación entre personas: si únicamente fuera una relación personal, no tendría porqué ser especialmente jurídica. Precisamente el carácter jurídico le llega por su referencia 'cosas' normalmente más allá de las personalidades escuetas.

⁹⁸ Thomas ERSKINE HOLLAND nos advertía ya en el siglo pasado acerca de las dificultades de recurrir a títulos últimos. "It is a mere choice of the more convenient course whether the jurist makes the 'personal' dimension of the right or its 'real' dimension the basis of his classification. Now as a matter of the fact the personal dimension is one which in the majority of cases needs no consideration at all". *The Elements of Jurisprudence*. Oxford, 1924, 13ª ed., pág. 140.

hombre, y pretendieron construir un ‘Derecho natural y de gentes’ (*Jus Naturale et Gentium*), una ‘Metafísica del Derecho’ (*Metaphysik des Rechts*, la llamaba Kant), o una ‘Teoría Pura del Derecho’ (*Reine Rechtslehre*, según Mehmel) que regulara las relaciones entre los individuos respetando su igual ‘libertad’, sin hacer referencia a ninguna otra ‘cosa’ o institución que se interpusiera entre ellos. Y este talante permanece aún hoy en el derecho.

Por ‘cosa’ podemos entender realidades tales como el matrimonio, el usufructo, los hijos, la herencia, la enfermedad, la mayor edad, etc.: todas las circunstancias que son relevantes o determinantes para la calificación jurídica. Es decir, todas aquellas facetas de una situación que determinan que la norma o principio aplicable en un momento, genere injusticia si se aplica en otro momento.⁹⁹ Esto no se entiende hoy fácilmente, cuando hablamos de cualquier ordenamiento normativo, porque tendemos a pensar en una jerarquía fija y estable de normas. Y por este motivo el hombre contemporáneo se queda perplejo cuando lee en Tomás de Aquino (a quien supone que es como él es, pero más exagerado), que lo que es malo y vicioso para uno, eso mismo es bueno y virtuoso para otro.¹⁰⁰ No capta que la jerarquía, más que depender de un estar ‘arriba-abajo’, se expresa como un ‘ahora-sí’, o un ‘ahora-no’: Es una cuestión de momentos, no de una ubicación como en una escala. No siempre todo es lo mismo.

Obviamente, el hombre, reducido a arbitrio que postularon indeterminable heterónomamente (porque entendieron que en el ‘estado de naturaleza’ nadie tiene un privilegio, *privilegium* o *Vorrecht*, para ordenar la conducta de los otros), al no encontrar alguna ‘cosa’ que orientara su conducta con los otros hombres, se encontró, por decirlo así, ‘desnudo’ ante todos los demás.¹⁰¹ Me parece que el *motto* fundamental de la nueva

⁹⁹ A esto se refiere ADAME cuando escribe que “La objetividad del juicio prudencial depende en primer lugar del adecuado análisis del caso, es decir de un análisis que comience por distinguir-entre las circunstancias relevantes y las que son irrelevantes, y luego considere todas las que son relevantes”. *Filosofía social para juristas*. México-Buenos Aires-Caracas, etc., 1998, pág. 11.

¹⁰⁰ El de AQUINO escribía que “Ad tertium dicendum est quod ratio illa procedit de actibus secundum seipsos consideratos. Sic enim, propter diversas hominum condiciones, contingit quod aliqui actus sunt aliquibus virtuosi, tanquam eis proportionati et convenientes, qui tamen sunt alii vitiosi, tanquam eis non proportionati”. *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 4, Resp.

¹⁰¹ Este problema ha llegado tal cual a nuestros días. El movimiento ‘iusnaturalista’ y en pro de la hermeneútica jurídica que se desarrolló en Alemania tras la II Guerra Mun-

ciencia jurídica que nace en la modernidad lo expresó muy claramente Nicolás Jerónimo Gundling: "Voluntas tertii ist nicht voluntas nostra".¹⁰²

Esta idea expresada en la frase de Gundling posee una cierta envidia, y podría decir, sin exagerar, que expone uno de los puntos vitales en los que la modernidad se separa de una visión del derecho más próxima al hombre. Porque en ella se expresa la confusión entre responsabilidad e imputación.¹⁰³ A partir del siglo xvii, la mentalidad colectiva europea tendió a establecer un único punto de unión entre las leyes y cada hombre: la imputabilidad de una conducta a cada sujeto concreto según lo ordenado en las leyes. Hoy puede parecernos que esto siempre ha sido así; pero no es este el caso. *Novis nova imponenda*, escribía Pufendorf en el 'Prefacio' de su "De jure naturae et gentium": hubo que poner un nombre nuevo a esta peculiar relación entre el individuo y la ley, y fue Christian Thomasius quien inventó el nuevo término: *Zurechnung* o *imputatio*. Efectivamente, a Thomasius le parecía que las doctrinas escolásticas acerca de este tema, que distinguían entre mérito de condigno, de congruo, etc., eran demasiado artificiosas. Él propuso una explicación más sencilla: "Declarare vero, quod aliquis dignus sit praemio, vel poena, imputare est".¹⁰⁴ La palabra 'imputar', explica Thomasius, "nativa significatione terminus arithmeticus est, et significat in rationes referre, auf Rechnung schreiben". Este nuevo

dial, que intentó sentar las bases para que no se volvieran a repetir los abusos de los años anteriores, no fue mucho más allá de la repetición de un 'positivismo' más o menos ingenuo, aderezado con declaraciones sobre la voluntad libre, etc. Incluso los autores que hablaron de la 'naturaleza de las cosas', consideran a estas 'cosas' más bien como una resistencia al esfuerzo inteligente del hombre: Se trata de 'la materia indolente' (y amorfa) de que hablaba STAMMLER a comienzos de siglo. Gustav RADBRUCH, a pesar de su innegable sensibilidad para los problemas humanos, consideraba que "la naturaleza de las cosas viene a ser la resistencia que el tosco mundo opone, y a la que las ideas jurídicas tienen que acomodarse más o menos en gracia a su realizabilidad ('ratione temporum habita')". *Introducción a la Filosofía del derecho*. Trad. de W. Roces. México, 1974, pág. 29. Hubiera sido interesante preguntarle a Radbruch que de dónde extrae él esas 'ideas jurídicas' a priori que no contemplan la 'naturaleza de las cosas'.

¹⁰² *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher De Officio hominis et civis*. Hamburg, 1744, Libro I, cap. I, § 18.

¹⁰³ Aunque no deja de ser cierto, es difícil compartir el juicio de ADAME: "No todas las conductas humanas son objeto de juicio jurídico, sino sólo las conductas interpersonales y libres". *Filosofía social para juristas*, cit., pág. 12. Habría que matizar que muchas 'cosas' que no producimos nosotros libremente, sin embargo, nos comprometen también jurídicamente.

¹⁰⁴ *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, etc. Hallae et Lipsiae, 1728, Liber I, cap. VII, § XXI.

término, *imputare*, le parece ‘bene translatum’ a la filosofía práctica,¹⁰⁵ porque así como entre los comerciantes no se atiende a quien paga, o de quién es la moneda, sino quien ordenó pagar, del mismo modo en la imputación moral no se atiende a la causa física, sino a la causa moral, sea mediata o inmediata, esto es a la voluntariedad.¹⁰⁶ Por este camino, todo el problema de la obligatio quedaba resuelto en el tema de la voluntariedad de la acción contemplada en las leyes, y no fue admitida una categoría distinta a la de la imputación, siempre personal y voluntaria.

Como indico, el problema que ha planteado la utilización universal de la noción de imputabilidad, ha consistido en disolver todo problema de responsabilidad en una cuestión de voluntariedad personal. Y me parece que las cosas no son así, al menos fuera del Derecho penal. Porque existen muchas situaciones, creadas al margen de la voluntad de Titius, que originan responsabilidad para Titius, aún cuando Titius no haya consentido. Incluso dentro del Derecho penal existen figuras en las que no se atiende primariamente a la voluntariedad del actor: si alguien necesita auxilio, Titius no es responsable de la situación originada, pero incurrirá en responsabilidad penal si deniega el auxilio. Y cualquiera puede ver que tiene que apear con diversas responsabilidades que él no ha originado: desde pagar los impuestos a atender a los padres ancianos. Y es que la ‘responsabilidad’ práctica es algo más que el simple correlato de un acto realizado voluntariamente.

Thomasius intentó sustituir —de forma muy acorde con el individualismo propio del siglo XVIII— la noción de responsabilidad por la de *zur Rechnung halten*. Pero temo que se equivocó: porque una cosa es ser responsable, y otra cosa distinta es ser culpable. Desde luego, siempre se podría decir que la imputación determina quién es el responsable, pero este planteamiento no parece enteramente correcto. Porque la *imputatio* es una noción que excluye por principio todo otro tipo de relación entre el

¹⁰⁵ Cfr. *op. cit.*, § XXIV.

¹⁰⁶ “Postea in doctrina moralis, cum in rationibus crediti et debiti singula singulis rationibus convenienti loco sint adscribenda, nec confundenda credita cum debitis, imputare bene translatum est ad praemia, poenas et reliqua quae modo recensita sunt, quia et hic ejus, qui imputat, idem officium est, ut suum cuique meritum assignet”. Cfr. *Ibidem*. Más adelante escribe que “Uti igitur in arithmetica imputatione non respicitur ad eum, qui pecuniam solverit, vel cujus sint nummi, sed quis jusserit solve: ita in imputatione morali regulariter inspicitur, non an aliquis sit causa physica, sed an causa moralis sive mediata, sive immediata, h.e. an aliquid facere voluit”. *Fundamenta...*, cit., L. I, cap. VII, § XXVI.

hombre y la norma. Temo que, bajo su apariencia personalista, la modernidad es inhumana en este punto. La responsabilidad 'personal' determinaría toda imputación posible y siempre se le podrá decir (desde esta óptica) a un enfermo de SIDA: 'Tú te lo has merecido'. Porque si la 'voluntas tertii ista non voluntas nostra', esta tesis erigida en punto fundamental de la juridicidad lleva inexorablemente a mantener también, como hace Gundling, que "Factum tertii nobis non imputatur".¹⁰⁷ Lo que a veces es verdad, y a veces es falso. Esto nos indica que la visión personalista (término confuso) ha de ser matizada contemplando responsabilidades *reales*.

El jurista posee unos puntos de referencia de cierta calidad: por ejemplo, sea cual sea la legislación y la época, siempre estará mal que el piloto consuma bebidas alcohólicas durante el vuelo, que el marido cometa adulterio, o que alguien pueda aprovecharse de su propia conducta delictiva: vemos que van de la mano, indisolublemente, las llamadas 'estructuras lógico-ontológicas' de las instituciones jurídicas, con unos principios ético-jurídicos elementales que nos muestra esa vertiente práctica de la razón que se llama *intellectus* o, más usualmente, conciencia. Y este entronque del razonamiento jurídico con 'las cosas' se nos impone necesariamente, y captamos lúcidamente este hecho cuando reparamos en que los razonamientos que hemos de hacer ante un estudiante que no estudia, un padre que no se ocupa de su familia, o un comprador que no paga sus deudas, son *necesariamente* distintos.

Naturalmente, si no existen estos pilares de referencia, sólo quedan necesariamente las personalidades (las voluntades) enfrentadas, en el que cada sujeto aparece como un competidor, siempre un enemigo, al menos en potencia.¹⁰⁸ Lo que nos conduciría al estudio de si esta situación, de choque directo del hombre con el hombre, sin ninguna realidad que los una y que determine la competencia de cada cual, es realmente la situación jurídica por excelencia o, si por el contrario, nos devuelve a una sociedad pre-romana.

Jean-Marc Trigeaud expresa literariamente parte de este problema: "'Que todo muera conmigo, no, que todo quede conmigo. No, que todo muera. No, que todo quede', proclama desesperadamente el protagonista de Ionesco en 'El rey se muere'. Entre las chispas del cambio, la conciencia se dise-

¹⁰⁷ *Erläuterung...*, cit., Liber I, cap. 1, § 42.

¹⁰⁸ Sergio COTTA se ocupó de este problema en *Itinerarios humanos del derecho*, cit., págs. 62 y ss.

mina y su unidad se disuelve. Y el deseo de dominar la empuja hasta el absurdo para asumir la totalidad de lo real para no perder nada de positivo ni de negativo... El éxito y el fracaso corren por cuenta del mismo hombre, que no tiene más criterio que los que le proporcionan la suerte y la oportunidad... bajo este aspecto, el positivismo tiende a exacerbar la agresividad".¹⁰⁹ No se trata solamente de enfrentamientos personales: el tema también posee su trasfondo filosófico más amplio, porque siempre estaremos en el derecho de preguntarnos qué es la 'racionalidad'. La edad moderna zanjó este problema decretando la igualdad de las personas, y desde entonces a hoy no parece haber otra versión de la razón práctica. Si queremos ir más allá de la igualdad, tan insuficiente, hemos de tener presente la indeterminación morfológica y funcional humana, que determina que el hombre sea el único animal en que la historia o cultura forma parte de su 'naturaleza'. Si no es así, corremos el peligro que describe Choza: "si el intelecto permite la reflexión de la naturaleza sobre sí misma de tal modo que ésta pueda ser llevada más allá de sí misma, lo que no puede es desprenderse de ella y dejarla atrás abandonada, porque entonces la reflexión carece de contenido y no da lugar a artificio alguno, sino a la pura abstracción vacía, y se vuelve a una conciencia carente de logros. Si la autoconciencia humana pretende la reflexión absoluta, la realización de la causa sui en el plano de la pura autoconciencia, el resultado es lo inefable, pero no la inefabilidad del todo, sino la inefabilidad de la nada".¹¹⁰

Al llegar a este punto se plantea una cuestión espinosa. He insistido tanto en las objetividades que crean competencias para los hombres, que cualquiera puede sentirse, a la vista de este panorama, como un insecto atrapado en una tela de araña. Esta impresión me queda al leer a Augusto Comte, que negó la categoría de derecho subjetivo, y la substituyó por la de 'función': sería correcto decir, con Bergbohm, que Comte disolvió el derecho en la Sociología.¹¹¹ Además, no podemos desconocer el hecho del aumento creciente de las 'responsabilidades objetivas', que desdibujan la responsabilidad personal. Temo que doctrinas animadas por el talante que

¹⁰⁹ *Essays de philosophie du droit*, cit., pág. 50.

¹¹⁰ Manual de Antropología Filosófica, cit., pág. 159.

¹¹¹ "Comte kennt überhaupt weder Rechts- noch Staatslehre, auch keine 'positive', sondern löst diese Wissenschaften mit noch einigen andern in der einen grossen Brei der 'Soziologie' auf". *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 51, nota a pie.

mostró Comte, hayan acabado de enturbiar este problema. Este sería el caso de Duprat, Duguit o Santi Romano: el positivismo sociológico está latente o presente detrás de la mayor parte de sus páginas.

Hegel, que se hizo cargo de los problemas eternos del ser humano, contraponía el Infinito Subjetivo de la Persona a 'La Cosa Universal'.¹¹² Toda persona, según él, se desarrolla infinitamente, porque la persona humana es finita. En el § 216 de su "Filosofía del Derecho" escribe que "Es necesario comprender que la naturaleza de la materia finita misma conduce a un progreso al infinito... La llamada perfección es una *perpetua aproximación*. También desconocen la diferencia entre la universalidad de la razón y la universalidad del entendimiento, y su aplicación a la materia de la finitud y la individualidad que se divide infinitamente. Le plus grand ennemie du bien c'est le mieux".¹¹³ Efectivamente, la personalidad humana es paradójica porque es simultáneamente infinita y finita: quien llevaba más razón era Lorimer cuando insistía en el carácter finito de la persona humana, que había de ser encuadrada –para ser entendida– en la personalidad sin más, que solamente es la divina.¹¹⁴ Hegel entendió este hecho –afirmaba Lorimer– y por eso fue tachado de panteísta.

El progreso infinito-personal conduce a la indeterminación, en la que no podemos vivir: esta es una razón pragmática. Pero, además, la intuición kantiana del carácter absoluto o categórico de cualquier precepto digno de este nombre, que eleva a toda norma a universal, más allá de lo simplemente general, es una intuición aprovechable: la eticidad únicamente puede ser comprendida desde el todos, no desde lo mío-tuyo o desde una determinación estadística. Por esto, cuando lesionamos un deber (en el sentido estricto del término) estamos destruyendo algo que es de todos, y por ello necesariamente universal, aunque esa determinación pueda variar en la historia, como varía por lo general el derecho. El fallo, en este punto, estaría en confundir lo absoluto con lo inmutable: dos categorías que no están relacionadas necesariamente.

¹¹² Vid. *Principios de Filosofía del derecho...*, cit., § 218.

¹¹³ Las intensidades son de HEGEL.

¹¹⁴ Escribía James LORIMER que "The correct view of the matter probably is, that God is not a Person, but 'the' person-personality itself; whereas man is a person in virtue of his limited realization of personality". *The Institutes of Law*. Edimburgh. 1880 (2ª ed.), pág. 29.

El respaldo estadístico de un interés puede dar lugar a ‘normas de organización’,¹¹⁵ pero el jurista sabe que un solo hombre puede portar en sí todas las exigencias de la humanidad, y este es el principio de todo derecho. Lo que implica que el derecho no cuida de los bienes de las personas concretas en cuanto concretas (permaneceríamos en el plano de los simples intereses) sino de bienes universales, iguales para todos. Porque la sociedad no puede forzar a que Pepa y Pepe lleven un matrimonio feliz, pero sí debe proveer para que las personas puedan vivir matrimonios como deben ser, aunque esto pueda fallar en casos concretos. La personalidad determina, pues, la base de la construcción jurídica, pero no la persona entendida como el progreso infinito de cada personalidad. Por ello, si la esposa se encuentra agraviada por el adulterio de su marido, tal agravio es *objetivo* y su sentimiento no se basa exclusivamente en el amor roto, etc. (existen muchas deslealtades personales que quedan fuera del campo del derecho), sino que tal agravio objetivo se funda en la realidad del matrimonial. Este es el motivo por el que entra en juego un Tribunal independiente de las partes, y que no se cuida de felicidades personales. Hegel escribe: “El derecho, que ha llegado a la existencia en la forma de ley, es por sí y se opone como un poder independiente al *querer particular* y al *opinar* acerca del derecho. Este conocimiento y realización del derecho en los casos particulares, que deja de lado el sentimiento subjetivo del interés particular, concierne a un poder público: el tribunal”.¹¹⁶

Hay que matizar: mi explicación de la vida cotidiana sí advierte derechos subjetivos, libertades más o menos jurídicas y discrecionalidad en el ejercicio de las competencias. Y esto se conjuga con las objetividades innegables. Porque cada una de estas categorías tiene su momento y sazón.

E) Aporías de la Modernidad

En el juego del ‘Derecho natural absoluto’ y del ‘Derecho natural hipotético’ sólo existen en un primer momento individuos aislados dotados fundamentalmente de voluntad propia que, posteriormente, asegurarán su

¹¹⁵ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, en las primeras ciento treinta páginas de su *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfänge der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*. Berlín, 1981, menciona un sector de la doctrina alemana que distinguía en las ‘Organisationsnormen’ y las normas propiamente jurídicas.

¹¹⁶ *Filosofía del derecho...*, cit., § 219.

independencia y aislamiento gracias al seguro permanente que supone la sociedad política, el *Rechtsstaat*. Así, en la vida política y jurídica, los hombres permanecen 'como piedras en el pedregal', según la frase con que algunos románticos atacaron a los ilustrados.¹¹⁷

Desde este planteamiento de la realidad social, los iusnaturalistas de la modernidad orientaron sus esfuerzos para saber hasta dónde ha de llegar el poder del Estado, y dónde comienza la legítima autonomía de los particulares. Dicho sea incidentalmente, el derecho, y con él la justicia (si es que alguien osa todavía hablar de ella) quedan reducidos en esta mentalidad a un problema de Política Legislativa, y el derecho deviene ante todo una faceta de la actividad política nacional o internacional. Por esta razón, a lo largo de los siglos XIX y XX se han gastado ríos de tinta, con poco fruto, intentando explicar por qué el derecho debe ser algo más que la fuerza organizada del Estado. Todo un problema, desde el momento en que, en nombre de una actitud personalista marginamos 'las cosas'.

En cambio, en la ciencia jurídica sí reconocemos elementos para plantear el problema de los contenidos específicamente jurídicos de los problemas: cada una de las *necesidades* de las personas que encarna cada sujeto, es una exigencia de justicia, y cualquiera puede preguntarse "¿qué es necesario para poder vivir matrimonialmente, qué es necesario para actuar como padre, qué necesitamos para trabajar adecuadamente en la Universidad? La necesidad es el máximo criterio de justicia.

Esta política legislativa puede hacer diseños acerca del Plan Hidrológico Nacional, sobre las comunicaciones del futuro, sobre las fuentes alternativas de energía, sobre cómo abaratar el precio de las viviendas, etc. Es decir, con ella se proyectará la sociedad actual y la del futuro en sus grandes trazos, con lo que entramos en lo que d'Ors llama la 'Ciencia de la Organización Social'.¹¹⁸ Esta ciencia ha de tener en cuenta fundamentalmente lo que 'las cosas dan de sí' o lo que las cosas 'permiten' hacer, tanto en un plano humano como material. Ha de conocer, por tanto, la psicología de masas y los medios para su control, los ingresos que verdaderamente se pueden obtener mediante cada tipo de impuestos, las dificultades orográficas de España y de otros países para construir canales o autopis-

¹¹⁷ Vid., por ejemplo, mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Actas. Madrid, págs. 68-80.

¹¹⁸ Vid., por ejemplo, *Una introducción al estudio del derecho*, edición mexicana citada, págs. 53 y 54.

tas. Es decir, ha de tener en cuenta lo que podemos llamar las limitaciones de las cosas, que se manifiestan en sus leyes y regularidades.¹¹⁹

Si únicamente reconocemos voluntades individuales y colectivas, la política, ¿puede aparecer ahora, desde estos presupuestos, como el suelo común unificador de esfuerzos y energías? Es difícil, porque esta mentalidad sólo ha reconocido históricamente un único criterio normativo, a saber, el de la igual libertad. Esta es la herencia que nos dejaron los teóricos alemanes del *Rechtsstaat*, y las derivaciones prácticas de la filosofía sensista inglesa, y francesa del siglo XVIII. Y desde este presupuesto omnipresente y excluyente es difícil dar cuenta de las exigencias mutuas que presenta la convivencia, aunque se derroche mucha argumentación. Sin embargo, es preciso cuadrar el círculo, y entonces me parece que tiene bastante razón Alasdair MacIntyre cuando opina que la moral pública de hoy está compuesta de retazos de otras morales que existieron históricamente, de restos incompatibles de tradiciones éticas que ahora queremos armonizar.

Esta incompatibilidad de las exigencias ético-jurídicas golpea al ciudadano actual: al hombre de hoy se le educa en un primer momento (ésta es la lógica de nuestra sociedad) en la conciencia de sus ‘derechos’, siempre a la defensiva. Los derechos individuales, que son los únicos recogidos en la declaración universal de 1948, defienden a los individuos de las injerencias en su vida que puedan hacer los demás o la sociedad. Y, en un segundo momento, la sociedad exige al individuo que preste sus esfuerzos para fines transindividuales: el sujeto no está preparado para esto último, ni puede entenderlo. Hegel, que preveyó esta situación humana, habló del desgarrón (*Zerrissenheit*) o del desdoblamiento del hombre (*Entzweiung*).¹²⁰

¹¹⁹ Esta ciencia de la organización alcanza también a la organización de la legislación total del Estado. Algunos teóricos alemanes del siglo pasado crearon la palabra ‘Ciencia de la legislación’ (*Gesetzgebungswissenschaft*) para referirse a ella. Un estudio reciente que trata de la Política Jurídica es el de Alberto MONTORO, *Para una caracterización de la Política Jurídica*, en “Estudios de Derecho Constitucional y Ciencia política. Homenaje al prof. Rodrigo Fernández-Carvajal”. Universidad de Murcia, 1997, págs. 927-973.

¹²⁰ La noción de *Zerrissenheit*, o *Zweiung*, es un tanto equívoca en Hegel, porque indica tanto lo señalado arriba como una forma necesaria de proceder del espíritu, difusa en toda su obra. Estos términos los entiendo ahora en el sentido que tienen en sus *Grundlinien...* de 1822/23, en el § 33, pág. 171 de la edición de K-H. Ilting, Frommann-Holzboog, vol.3. En las lecciones de 1824/25, en el § 184 aparece esta noción más explicitada, y llega a decir que “diese Sphäre ist nur Erscheinen weil die Prinzipie nicht in ihrer Wahrheit sind, nicht in ihrer Einheit, Identität... Die Sittlichkeit als solcher, Rechtlichkeit, Moralität findet hier nicht statt... weil die Prinzipie nicht in ihrer Wahrheit sind, nicht in ihrer Einheit, Identität”. No en vano ha explicado que “Die bürgerliche Gesellschaft als System der in

En efecto, al hombre contemporáneo le han educado en una ideología que sólo le ha enseñado derechos y que en bastante medida le ha extirpado la noción del deber,¹²¹ y al llegar a la mayoría de edad le exigen que haga el servicio militar, que ceda parte de sus ingresos a los parados, o que contribuya a la erradicación de la pobreza. Ante tal absurdo, que provoca esta falta de lógica de la sociedad, buscará él, entre líneas, como única salida 'lógica' o vital su provecho propio —y entonces todos nos quejaremos porque las instituciones no funcionan como debieran, a pesar de que incrementamos sin cesar el número de funcionarios.

Estos 'fines transindividuales' (una expresión de sabor históricamente fascista) no se agotan en la realización de las obras públicas, tales como dotar a la nación de redes de carreteras y comunicación, infraestructura científica y universitaria, educación, sanidad, etc. Estos son asuntos ante todo políticos, y el jurista no debe entrometerse mucho en estas cosas: el jurista sabe que cada persona tiene derecho a la educación, a la sanidad, a estar enfermo, en paro o a ser anciano; pero las formas concretas como estos derechos deban hacerse realidad no le competen a él. La soberbia de las facultades de Derecho típicamente decimonónica ha hecho creer a algunos que estudiar el derecho privado y público preparaba inigualablemente para el ejercicio de la política, siendo así que la mayor parte de los problemas jurídicos son necesariamente problemas pequeños desde el punto de vista económico, y de poca relevancia en principio ante la gestión política. El jurista no profesa ningún saber *redentor*, y tampoco le corresponde a él el diseño de las estructuras sociales, porque no posee legitimidad —ni tampoco ordinariamente competencia— para ello. Anteriormente, cuando la gente creía en las ideologías (en el sentido estricto de la palabra), una conciencia colectiva difusa tendía a pensar que una *cabeza selecta* nos señalaría el camino que había de seguir la naturaleza humana para reconciliarse con ella misma terminando con la 'alienación' existente hasta entonces: este fue el caso de Paul Tiry baron d'Holbach, de Helvetius o Condorcet. Su filosofía materialista, para la que sólo parecía tener interés

ihrer Extreme verlorenen Sittlichkeit", frase que Ilting coloca a modo de título del párrafo: En realidad son una parte del *Zusatz*.

¹²¹ Sobre este tema se quejaba amargamente el Hoffbauer anciano, ya desengañado de sus aventuras con los discípulos de Kant: "Sie <los yusnaturalistas modernos> reden fast überall von Rechten, fast nirgend von Verbindlichkeiten". *Das Allgemeine oder Natur-Recht und die Moral in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit und Unabhängigkeit*. Halle, 1816, pág. 76.

lo negativo y lo finito, les llevaba a vivenciar una sola naturaleza regida en definitiva por una sola ley a la que los astros, los animales y el hombre (cada cual a su modo) debían acomodar su conducta para salir definitivamente del estado de postración humana y de hundimiento moral. Ya pasaron los tiempos de las ideologías así entendidas, y otra vez renace el deseo de variedad, de diversidad de formas, de libertad en una palabra.

Indicaba que los fines transindividuales no se agotan en las obras públicas, mucho menos en redimir desde el plano laico al género humano. El derecho está interesado en otras cuestiones, menos relevantes desde el punto de vista de las estructuras públicas, pero normalmente tan decisivas como aquellas para el ser humano. Es posible que un buen jurista sea un mal político. El derecho, siempre repleto de bastantes fines substantivos, quiere que se paguen las deudas, que el matrimonio no devenga una formalidad vacía de contenido porque los cónyuges no tienen deberes mutuos, etc. Esas 'cosas' que nos relacionan presentan exigencias cuya realización ha de proteger el derecho, y si no es así no podrá haber derecho.¹²² Los fines del derecho —siempre transindividuales— se corporeizan en tantas instituciones jurídicas como merece la pena mantener. En este punto se diferencian el 'bien común' político y los 'bienes comunes jurídicos', porque la actividad política tiende o debe tender a un bien común de toda la sociedad, según explicaron tantos autores escolásticos. En cambio, el derecho, entendido como ciencia jurídica (que es lo que intentamos enseñar en nuestras facultades), no tiene ningún 'bien común' de naturaleza unitaria. Ciertamente, también la actividad política se desgrana en muchas actuaciones concretas cada una de las cuales pretende perseguir un bien común concreto; pero mientras que la política tiene este punto de referencia universal, el derecho es algo distinto bajo este punto de vista. Porque lo jurídicamente exigible es volver recto lo que estaba desfigurado, hacer bello lo feo, dar pan al hambriento: realidades irreductibles las unas a las otras, a menos que las resumamos artificialmente bajo el epígrafe de 'deshacer los entuertos'. La ciencia jurídica siempre posee un talante más local y fragmentado que la actividad política o *Gesetzgebungswissenschaft*.

La ideología liberal (pergeñada con precisión en los tratados de 'Derecho natural' de la edad moderna) parece reacia a entender que el derecho es simultáneamente un orden de protección de la personalidad y un orden

¹²² Alusiones a este contenido necesario del derecho en J. Llompart, *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*, cit., 1976, pág. 3.

de colaboración en sociedad que es posible únicamente de la mano de muchos factores, fundamentalmente factores *reales*. Los liberales, de la mano de Pufendorf, Locke, Gundling o los discípulos de Kant, sólo apreciaron la libertad 'negativa', esto es, la independencia frente o contra alguien. Ellos sólo conocieron esa *lex permissiva originaria*, frente a la cual toda normatividad entraña siempre una constrictión.¹²³ Estos autores necesitaron postular que toda persona se encuentra ya acabada en sí misma, de forma que la exigencia jurídica por excelencia sería la abstención, *Enthaltung*. Este es el presupuesto fundamental del Derecho penal, y así toda manifestación jurídica fue filtrada a través de categorías específicamente penalistas.

En cambio, esa libertad positiva que nos ofrecen la mayor parte de las instituciones o personas jurídicas, no pasan a través del filtro angosto de los postulados ideológicos modernos. Buena parte del derecho privado y público, que no reprime conductas perniciosas, sino que más bien nos habilita 'para', no encuentra explicación en la teoría jurídica y ética de hoy. Temo que con la pérdida de esta dimensión de nuestra libertad positiva (esa expresión hacia la que sir Isaiah Berlin se encuentra siempre tan precavido) hemos arruinado lo más bello de nuestra libertad. No en vano reiteraba Viehweg que todo 'sistema' opera una selección de problemas. Y el mal entendido 'personalismo' de la edad moderna ha dejado fuera del derecho una dimensión fundamental del hombre.

Cuando se enfrentan dos voluntades desnudas, ninguna puede pretender una preeminencia especial, porque como bien señalaron los modernos, nadie posee un *privilegium* o *Vorrecht* para dictarle a otro lo que ha de hacer. John Stuart Mill derrochó mucha retórica en su ensayo "On Liberty" para resolver este imposible¹²⁴. Me parece poco serio que acabe conclu-

¹²³ Declaraciones expresas sobre esta *Freiheit überhaupt* las encontramos en Krug y Brückner. Wilhelm Traugott Krug, por ejemplo, escribía: "es ist folglich ursprünglich kein Imperativ (*lex praeceptiva*), indem das Recht kein Sollen bedeutet, sondern ein Permissiv (*lex permissiva*), indem es bestimmt, was jeder Vernunftwesen im Beziehung auf das andre thun oder lassen dürfte, oder was jedem innerhalb der Sphäre seiner Wirksamkeit äusserlich erlaubt sey". *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*. Jena, 1800, § 20.

¹²⁴ Así lo expresa Javier HERVADA: "Es aquella vieja pregunta -aunque con matices nuevos- para la que cierto político español, un liberal, decía no tener respuesta. Este político no tenía respuesta porque su ideario era liberal y para el liberalismo -que no debemos confundir con la democracia- no hay ni puede haber respuesta". *Escritos de derecho natural*, cit., pág. 333.

yendo que existen unos intereses que la sociedad considera ‘comunes’ y, por tanto, han de imponerse a los ciudadanos, mientras que otros intereses quedan en manos exclusivamente del arbitrio de los individuos. Esto supone caer en el criterio del ‘quod accidere potest’, que tanto se le criticó a Grocio. Estamos ante una contradicción vital que, por este mismo hecho (no se trata de ningún juego lógico) tiene fuerte importancia. Desde luego, cada momento histórico o cada sociedad, posee su talante o estilo peculiar, como suele decir Jacinto Chozza, y en este estilo hay mucho de irrepetible, de histórico y de convencional: de libertad en la historia, en una palabra. En este punto puede ser útil parcialmente la explicación de Stuart Mill.

Pero la consideración de lo que la sociedad protege (o debe proteger), no puede ser dejado íntegramente al arbitrio de los hombres en la historia, ni siquiera en los temas más propiamente políticos: el consenso colectivo también tiene sus límites, entre otras cosas porque todos sabemos que la mayoría o la opinión pública, jamás se ‘equivoca’, sino que siempre persigue indefectiblemente sus propios intereses.¹²⁵ Este tipo de explicaciones puede servir para dar cuenta de la mayor parte de las cuestiones políticas y organizativas, basadas ante todo en el consenso, y especialmente para las normas que se pueden llamar ‘constitucionales’, que son las que determinan las formas políticas concretas de la convivencia; también zanján bastantes cuestiones jurídicas, o con relevancia para el derecho. Pero no sólo no abordan correctamente el problema de la justicia o del derecho, sino que más bien lo vuelven algo opaco.¹²⁶

Todos percibimos que cada ser humano es único, irrepetible en la historia. Sin necesidad de entrar en argumentaciones trascendentes o teológicas, cualquier persona sensible ante la estética capta la infinitud de cada uno de nuestros actos, su valor incalculable. La manifestación fundamental de la personalidad que es, quizá, la voluntad, es igualmente inconmensurable.

¹²⁵ HERVADA explica que “Cuando hablamos de totalitarismos, de opresiones, de abusos de poder o de tiranía, tenemos una especial tendencia a imaginarnos a una persona o a un grupo minoritario de personas que impone a la fuerza la violencia –la injusticia en otras palabras– a la gran masa de la población. Y olvidamos que todo ello puede ser ejercido igualmente por un parlamento o por una mayoría”. *Escritos de derecho natural*, cit., pág. 340.

¹²⁶ Pedro SERNA explica que “De lo que no cabe la menor duda es de que una solución que excluya la razón de la vida de la comunidad y la sustituya por el consenso de hecho no estará fundando una intersubjetividad verdadera, sino una mera fórmula de equilibrio que sólo puede garantizar una estabilidad social muy precaria”. *Positivismo conceptual y fundamentación de los der echos humanos*, cit., pág. 106.

Por este hecho, si enfrentamos dos voluntades de valor inconmensurable sin hacer referencia a las cosas, ese *medium rei* del que hablaba Tomás de Aquino de la mano de Aristóteles, que es el criterio que ayuda a concretar o *determinar* lo que se ajusta a cada personalidad, no podemos llegar apenas a una conclusión razonable o justa: los hombres no podemos argumentar ni valorar sobre dos realidades de valor incalculable que están enfrentadas, porque entonces carecemos de reglas para calcular o ponderar. Austin indicaba sobre este extremo que “A sacred or unalienable right is truly and indeed ‘invaluable’: for, seeing that it means nothing, there is nothing with which it can be measured”.¹²⁷

De hecho, Carlos-Ignacio Massini señala como la polémica actual entre algunos teóricos del derecho anglosajones que tratan de calcular ‘los límites de los derechos’, es muy problemática. Porque esos teóricos pretenden aplicar a estos derechos una racionalidad ‘que no les es propia’, ya que tratan de medir según el más y el menos de acuerdo con criterios utilitarios. Cuando la filosofía práctica se somete a una actividad exclusivamente así, de tipo instrumental, la moralidad pierde su firmeza y valor.¹²⁸ Los derechos <humanos> deben ser fundamentados, y aquí entendemos por fundamentar aquella labor que permite distinguir lo que hay en ellos de objetividad y lo que hay de ideología.¹²⁹

El hombre contemporáneo intenta salir airoso de este lance aplicando puntillosamente las leyes. La manía por el detalle es fundamental para la mentalidad del *Rechtsstaat*. Por este hecho los jueces dejan libre a un traficante de cocaína atrapado ‘in fraganti’ porque la policía ha omitido alguna pequeña formalidad en su detención: necesitamos repetirnos a nosotros ‘El Estado de Derecho funciona’. Otra huida hacia adelante suele consistir en que nuestra época ha entendido que los derechos <individuales casi por

¹²⁷ Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 119.

¹²⁸ “Ahora bien, todo lo antedicho es el resultado directo de aplicar al ámbito ético una racionalidad que no le es propia, sino que es tomada de prestado de la que corresponde a la técnica, la actividad productiva gobernada por la eficacia cuantitativa... En pocas palabras, la preocupación fundamental del técnico es la eficacia del sistema operativo; eficacia esta que se mide a través de magnitudes cuantitativas... De este modo... las nociones fundamentales de la ética... es decir: valor, dignidad, virtud, normas, etc... dejan de tener un contenido significativo o adquieren uno completamente distinto del habitual, referido exclusivamente a la eficacia de una conducta para el logro de un objetivo”. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., págs. 68-70.

¹²⁹ Así, Pedro SERNA, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, cit., pág. 147.

principio> han de ser absolutos, de forma que no pueden ser jamás desconocidos alegando el principio de utilidad. Se trata de una aporía que dejó Bentham, y que hemos recogido en tono serio. Así se ha entablado una extraña polémica entre los anglosajones actuales,¹³⁰ una polémica en la que —me parece— la actitud más adecuada es no entrar, porque tan disparatado es postular el carácter absoluto de ‘los derechos’ como seguir consecuentemente las propuestas de Bentham, excesivamente pragmatistas. Y es difícil conciliar dos exageraciones.

Lo más sensato que encuentro sobre este problema es lo que expresaba Ripert: “Les droits subjectifs peuvent être maintenus, car ils ne sont pas absolus, mais relatifs. Ils ne seront donc rescatés que s’ils sont exercés dans un certain esprit”.¹³¹

Se puede producir, así, un resultado paradójico. La ideología ‘liberal’ que reconozco en Vázquez de Menchaca o Pufendorf, está movida por un afán sinceramente humanista, y por este motivo quiere considerar solamente al hombre, prescindiendo de ‘las cosas’. Porque algunos suponen que un talante genuinamente humanista ha de anteponer el ser humano, con su dignidad incalculable, a cualquier otra consideración menos personal. Suponen que al no estar mediada la voluntad del hombre por las cosas, el libre despliegue de la libertad de cada persona llevaría hacia una dignidad personal mayor. Además, como nos recuerda Trigeaud, la vida es lo no mensurable por excelencia, y a ella le repugna un equilibrio que busque lo justo ‘ex ipsa natura rei’.¹³²

Cuando alguien propone sinceramente (con todas las consecuencias que conlleva la sinceridad) atender al criterio del *medium rei*, es preciso concluir que tal ‘medio’ o término medio existe por nosotros y para nosotros,¹³³ y si posee algún valor moral, ello es simplemente porque nos ga-

¹³⁰ Vid. MASSINI, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., págs. 48-65.

¹³¹ *Les forces créatrices du droit*. Paris, 1955, pág. 223.

¹³² “Et en l’ocurrence rien de proprement ‘mesurable’ n’apparaît. La vie est le non-mesurable par excellence et répugne à cette recherche d’un équilibre que sollicitait le juste ‘ex ipsa natura rei’. *Essays de philosophie du droit*, cit., pág. 95.

¹³³ Jean-Marc Trigeaud enriquece esta idea a escribir que “Certes, une telle nature recouvre un ensemble de donnés familières à l’homme dans la quotidienneté de sa vie, et elle lui permet l’épanouissement de ses facultés. Mais elle n’est pas moins étrangère à sa nature d’être homme et elle parait bien engluer sa dignité spirituelle dans l’univers empirique... Cette identité est sans commune mesure avec celle qui caractérise l’essence du Christianisme: elle est identifié du non-moi, extérieure à cette essence!”. *Essays de philosophie du droit*, cit., pág. 303.

rantiza la justicia a las personas muy frecuentemente, cosa que no se logra de otros modos. Quienes ven un cierto peligro de totalitarismo al aceptar una realidad entre el individuo y la fuerza del Estado, deben tener presente que estos términos medios no existen en función de las cosas, sino en lo que se refiere a las personas.¹³⁴

Pero temo que, al prescindir de 'las cosas' y quedar enfrentadas las simples voluntades, aquellos autores de la edad moderna prescindieron en realidad de la misma razón ("la razón es medida por las cosas", mantenía Tomás de Aquino¹³⁵), y únicamente permaneció en cada individuo su voluntad, entendida en definitiva como un *arbitrium merae indifferentiae* que el ordenamiento jurídico debe proteger. Pero entonces ya no hay criterios para decidir en justicia y en la práctica se recurre a un solo expediente: el número de voluntades individuales que hace posible que la mayoría se imponga de hecho a la minoría, siguiendo unas reglas electorales. Entonces estamos ante una cuestión de fuerza, la fuerza que otorga el número: el mayor número de soldados, de dinero o de votos. Y la fuerza, con ser fundamental en muchas cuestiones organizativas, no agota lo que se puede explicar sobre el derecho. Un interés puede ser respaldado por una persona, por cien o por mil. ¿Personas o voluntades? ¿Bienes concretos o derechos abstractos, como denunciaba Hegel? Si un interés mezquino es defendido por muchos, o por la mayoría en una corporación, temo entonces que la fuerza de la voluntad acaba destruyendo los derechos de las personas. Ya no estamos ante un 'bien' común, sino ante un simple interés mayoritario. El lenguaje corriente distingue suficientemente este tipo de casos cuando habla de conseguir un bien, o de 'aprovecharse'. El interés simplemente mayoritario no tiene fuerza suficiente para generar un *deber*, aunque la minoría quede eficazmente doblegada.

Ciertamente, cuando unos individuos hacen una votación, se obligan anticipadamente a aceptar los resultados de esos votos. Pero no veo gran

¹³⁴ Tomás de AQUINO insistió en el servicio a las personas que implicaba el criterio del *medium rei*: "Dicit ergo primo, quod medium secundum rem est, quod aequaliter distat ab utroque extremorum. Et quia consideratur secundum quantitatem absolutam rei. idem est quoad omnes. Sed medium quoad nos est, quia neque superabundat neque deficit a debita proportione ad nos. Et propter hoc, istud medium non est idem quoad omnes". *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomachum expositio*, ed. cit., § 311, pág. 88 de esta edición.

¹³⁵ "Praeterea, lex habet rationem mensurae. Sed ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso". *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3, ad. 2, entre otros muchos lugares.

diferencia entre una ordalía y este ceder ante la simple fuerza numérica, aunque nos hayamos comprometido por anticipado a aceptar el resultado: Lo mismo sucedía en las ‘pruebas de Dios’ altomedievales: *Per pugnam sine justitia*. La estructura de ambos procedimientos es la misma: aceptar lo que la fuerza decida en el futuro. Y así, paradójicamente, hemos ido, de la mano de una ideología que fue y es presentada como profundamente humanista, a una simple imposición: la de la opinión pública.¹³⁶

Los derechos entendidos exclusivamente como ‘condiciones de las personas’ <humanas> han llevado históricamente a una aporía interesante, y se produce cotidianamente lo que describe Serna: “Los valores abstractos se alzan unos contra otros, y ninguno con mayor legitimidad que los demás, puesto que todos cuentan en su haber con idénticas razones, es decir, ninguna, y entonces acontece lo que a principios de este siglo denunciaba C. Schmitt: la ‘tiranía de los valores’”.¹³⁷

Hemos ido dibujando con claridad estas dos opciones: una que parte de una libertad en general (*Freiheit überhaupt*) propia del ser humano, libertad que, posteriormente, irá sufriendo irritantes limitaciones según las exigencias de la convivencia. Esta es la visión liberal del derecho. La otra opción es más compleja, porque arranca desde lo que ‘es’ la persona humana en sus concreciones históricas. Esta segunda es proclive a hablar de ‘objetividades’: la libertad individual y social y la dignidad de la persona son para ella datos objetivos, captados por esa vertiente de la razón que se llama *intellectus*. También es igualmente objetivo que los hombres creamos en la historia unas instituciones con las que perseguimos la *utilitas* del momento, y estas instituciones nos vinculan: nadie puede decir ‘a mí la historia no me compromete’. Este es el terreno de la legislación política, en la que el gobernante cumple una función arquitectónica en la sociedad. Y en tercer lugar, todos observamos que las situaciones concretas determinan lo que debemos hacer. Quizá es a este tercer punto al que más me he

¹³⁶ OLLERO alude a este problema con su claridad habitual: “Resulta radicalmente contraria a un planeamiento democrático la solución permisivista, que convierte a la inhibición ‘neutral’ en la clave de esta articulación. Si en una sociedad grupos diversos discrepan –al considerar que el mínimo ético asumido debería ser 3, 5 o 7– la solución salvadora no podría ser nunca un ‘neutral’ 0. Aparte de imposible en la práctica, tal opción –si no cuenta con un respaldo mayoritario– implica, en realidad, que al resto de los ciudadanos se le impone autoritariamente un -3, -4 o -7 respectivamente”. *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., pág. 179.

¹³⁷ *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, cit., pág. 153.

referido a lo largo de estas páginas, porque es el más descuidado por la doctrina.

Es obvio que estoy aludiendo a un *puzzle* en la génesis de las normatividades que dejará necesariamente insatisfecho a quien haya hecho suyos los postulados de unidad de cualquier teoría sistemática, que postula por definición un único punto de referencia de todo el sistema. Pero opino, con Hugo de Roy (uno de los juristas más lúcidos del siglo xvii), que quien no entienda que los hombres perseguimos en la vida finalidades distintas y eventualmente contrapuestas, está privando de su prestigio a la palabra razonar.¹³⁸

Parece lógico que hoy cueste entender esta mentalidad en la explicación de nuestra praxis. Los excesos que se cometieron en la II Guerra Mundial en nombre de una aparente libertad colectiva o positiva, las discriminaciones que actualmente se producen entre las naciones ricas y las pobres, los abusos de los derechos sin los que el hombre no es tal, fomentan la visión personalista del derecho o de las teorías sobre la justicia. Es lógico que sea así, porque desde el cálculo simplemente prudencial no se resuelven estas situaciones extremas: más bien hacen falta unas afirmaciones rotundas acerca de las exigencias de la personalidad humana. Pero, repitiendo las palabras del evangelio, yo diría que “es preciso observar esto sin abandonar aquello”. Todo sea estar precavido contra la coherencia y la contundencia, porque según explica sagazmente el pequeño Kant, en estas cuestiones, “lo que en este caso se halla en disputa no es la cosa, sino el tono”.¹³⁹

¹³⁸ “Nam omnia omnibus conveniunt. Alia in aliis, haec in iis, illa in illi specialiora sunt: earumque ob causam diversam considerationem pro diversa rerum ratione, ac subinde variatione desiderat. Qui igitur generalia quaedam praecepta his non consideratis, vel parum animadversis, omnibus ac singulis promiscue approprianda putaret, nomine ratiocinantis merito privaretur”. *De eo quod justum est*. Hildesii, 1653, L. II. Titulus Septimus, § 7.

¹³⁹ *Crítica de la razón pura*. Trad. P. Ribó. Alfaguara. Madrid, 1988, A 744, pág. 694 de esta edición.

III. DOS HORAS DE TEORÍA DEL DERECHO

Comencé este artículo titulándolo 'Una hora de teoría del Derecho', pero como a veces las cosas se alargan más allá de lo que uno quisiera, he acabado con el rótulo actual por no parecer hombre poco cabal. Los problemas se han ido entrelazando, como las cerezas, que al sacar unas salen dos detrás, y es que si el universitario quiere exponer qué es la Teoría del derecho, aludiendo necesariamente a su alta cuna y añade, además, unas notas críticas, la cosa se vuelve muy ajetreada. Porque el tema, en conjunto, dista de estar claro: me parece que, ni siquiera hoy, los estudiosos se ponen de acuerdo sobre qué es la teoría del Derecho, como un saber distinto al de la tradicional 'filosofía del Derecho'. Desde luego, explicar el tema así, sin más, requeriría de una monografía en condiciones, porque parece que así lo pide un mínimo de decencia. Pero soy poco pudoroso, a Dios gracias, y me ha parecido que, a pesar de todo, puede merecer la pena hacer una presentación escueta de algunos aspectos de nuestra nueva acompañante académica.

Si me preguntan que por qué complico el problema con una exposición histórica, contesto, que lo más acorde con la acribia es plantear una cuestión histórica desde su perspectiva histórica. Porque la teoría del Derecho o la filosofía del Derecho son difíciles de entender, en su naturaleza misma, o al menos en su función, si no tenemos en cuenta el contexto histórico que las hizo nacer. Alguien podría decir que es mejor ver el tema con ojos de actualidad y reconocer, simplemente, que existen hoy dos modos de acercarse al derecho, uno expositivo y otro crítico, y que lo más procedente es ver hasta qué punto el uno puede ser meramente crítico, y el otro simplemente expositivo. A mí también me gustan las cosas así, sanotas y claras, pero lo malo es que lo sencillo derive en simplismo, y me parece que esto me puede ocurrir si no aludo a la génesis histórica, al menos en mi caso, de la teoría del Derecho. Porque la ocupación con la historia tiene varias ventajas; una, que no es la menos importante, es que vuelve entre escéptico y algo cínico al estudioso, que ve cómo lo que ahora se entiende como cosa indiscutida ha tenido unos orígenes poco claros y quizá azarosos. Otra ventaja de averiguar los orígenes de lo que nos ocupa, está en

que el investigador trabaja a modo de psiquiatra, que encuentra en problemas de la infancia y de la juventud modos de ser que parecen originados hoy porque se deben –así se piensa– a problemas actuales. No digo yo que nuestros problemas de hoy no pesen sobre el hecho del nacimiento de la nueva disciplina jurídica; pero también quiero indicar que lo que se viene dando por consolidado desde hace casi un siglo tuvo sus razones históricas, y esas razones pueden no ser las de hoy. O quizá sí son también las que damos ahora, y entonces el tema se vuelve más interesante.

Ya me he disculpado lo suficiente por lo que pretendo hacer. Sólo me queda indicar que, de las muchas posibilidades que ofrece el estudio de este tema, he atendido fundamentalmente una, a saber: la de si una Teoría del derecho puede dar razón o no de lo que me parece que es el tema central de cualquier reflexión sobre el derecho, esto es, si es capaz de explicar la categoría y la realidad inexcusable del deber jurídico. Todo sea estar a la altura de las circunstancias y proceder conforme requiere la importancia del negocio.

A) *La Teoría del Derecho como planteamiento sencillo y convincente*

En cierto modo, desde el momento en que alguien afirma que la coacción es necesaria para hablar del derecho, se alinea ya con Austin cuando este inglés escribe que la *General Jurisprudence* o *Philosophy of Positive Law* sólo puede tratar del derecho tal como éste necesariamente ‘es’, y no del derecho tal como ‘debe ser’.¹ Austin, siguiendo los pasos de Bentham,² se oponía a la ‘tendencia dominante’ que confundía lo que es con lo que debe ser, tanto en el derecho como en la moral, de forma que mezclaban el derecho positivo con la ciencia de la legislación, y a la moral positiva con la deontología.³ “La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demé-

¹ “Or (changing the phrase) general jurisprudence, or the philosophy of positive law, is concerned with law as it necessarily ‘is’, rather than which law as it ‘ought’ to be, with law as it must be, ‘be it good or bad’, rather than law as it must be, ‘if it be good’”. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law*. 5ª ed. London, 1911, Vol. I, pág. 31, nota a pie.

² “On the prevailing tendency to confound what is with what ought to be law or morality, that is, to confound positive law with the science of legislation, and positive morality with deontology...” *Lectures...*, cit., Vol. I, pág. 214.

³ “On the prevailing tendency to confound what is with what ought to be law or morality, that is, to confound positive law with the science of legislation, and positive morality with deontology...” *Lectures...*, cit., Vol. I, pág. 214.

rito es otra".⁴ Este autor parecía estar preocupado por la confusión metódica entre el *be* y el *ought*, y quizá por este motivo se ocupa reiteradamente en indicarnos que la diferencia efectiva y real entre el 'law' y la moral se corresponde igualmente con la distinción necesaria entre la moral tal como es de hecho, y la moral como debiera ser.⁵ Parece que tiene en cuenta las observaciones que ya hiciera Hume en su tratado sobre la naturaleza humana sobre el paso desde el ser al deber ser (aunque no indica esto expresamente: estas consideraciones debían ser patrimonio común de la cultura inglesa de la época), y él se ufana de abordar este problema con el talento y la claridad que han creado el 'estilo inglés'.⁶

De este modo, la tarea de la ciencia jurídica, sería la de estudiar al derecho 'realmente vigente' o 'tal como es', de forma que el estudioso debe prescindir en su indagación y exposición de valoraciones morales: "La 'ciencia de la jurisprudencia' (o, simple y brevemente, *Jurisprudence*), se ocupa con el derecho positivo, que es llamado derecho en sentido estricto, sin considerar su bondad o maldad".⁷ Un ejemplo bastante convincente de la claridad que se alcanza con este modo de proceder nos lo proporcionaba, años más tarde, Ludwig Knapp cuando explicaba que a nadie se le ocurriría confundir un ferrocarril simplemente proyectado con uno real.⁸ Por ello, la tarea de la ciencia del derecho no puede ser otra que la de digerir y exponer el derecho *wirklich*, creando así seguridad entre los ciudadanos.⁹ Knapp nos habla de un 'redigieren' del derecho positivo como

⁴ "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another". *Ibidem*.

⁵ "For the name 'Morality' (or 'morals'), when standing unqualified or alone, denotes indifferently either of the followings objects: namely, positive morality 'as it is', or without regard to its merit; and positive morality 'as it would be', if it conformed to the law of God, and, were, therefore, deserving of approbation". *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 88.

⁶ "To reader of the middle classes, and of all the higher classes of the working people, a well made and honest treatise on Moral and Political Philosophy, in his clear, vivid, 'English' style..." *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 135.

⁷ "The 'science of jurisprudence' (or, simply and briefly 'jurisprudence') is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodness or badness" *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 172.

⁸ "Für wahr, Niemanden fällt es bei, eine ausgeführte Eisenbahn mit einer projectirten, oder eine errichtete Bildsäule mit ihren Gegenentwurf zu verwechseln". *System der Rechtsphilosophie*. Erlangen, 1857, pág. 205.

⁹ "Die redigirende und interpretirende, also stets sprachliche Erbringung der Rechtsgewissheit ist die Aufgabe, und denn 'Wortbestimmtheit' der Vollzug der Jurisprudenz. Die fehlerlose Präcision in die wörtlichen Feststellung des Sinnes des Rechts ist die fehlerlose juristische Beruherfüllung". *System...*, cit., pág. 225.

tarea de la jurisprudencia. Sin embargo, para Austin las cosas no eran tan sencillas: él era un jurista demasiado experimentado para ceder ante tales ilusiones, y reconocía que la labor del juez es necesariamente creadora. Mantuvo una y otra vez que la legislación ocupaba en el derecho un cierto lugar secundario en la medida en que las leyes van a rastras de las decisiones judiciales. Este es un punto sobre el que volveré más tarde.

Los orígenes primeros de la *Jurisprudence* como 'Teoría del derecho' fue empresa llevada a cabo por ingleses. Los de la isla no tenían gran aprecio por las abundantes obras de *Rechtsphilosophie* o *Naturrecht* alemanas: "De los tratados de 'Derecho natural' que él <se refiere a Markby> denomina jurisprudencia en el aire poco hay que esperar".¹⁰ Rudolph V. Jhering señalaba que "en Alemania, bajo el influjo realista-práctico de los ingleses, diametralmente opuesto a la dirección ideal-especulativa...".¹¹ Y es que los alemanes del siglo pasado, se dedicaron por lo general a las teorías sobre la justicia, con un cierto desdén por el derecho legislado, aunque este juicio sería muy matizable.¹² Esta actitud alemana, distinta de la inglesa, la expresa claramente Lightwood: "No lo podemos expresar más distintamente sino diciendo que en Inglaterra la jurisprudencia es, tal como Austin demostró con mucho trabajo, la ciencia del derecho positivo; en Alemania es la ciencia de la justicia".¹³ Francia no tomó parte en esta empresa. Indica Lermnier que "además, en Francia estábamos tan acostumbrados desde el siglo de Luis XIV a la supremacía del pensamiento <francés>, que nunca nos movió la curiosidad a dirigir nuestras miradas más allá del círculo de nuestras glorias".¹⁴ De hecho, los franceses más próximos a una actitud fenomenista y sensista, y por esto, a la posibilidad de hacer una teoría del Derecho, fueron llamados 'anglómanos' por bus-

¹⁰ Thomas ERSKINE HOLLAND escribía que "From treatises upon 'Naturrecht' which may to describe as 'Jurisprudence on the air' he has derived next to nothing". *The Elements of Jurisprudence*. 13ª ed. Oxford, 1924, pág. VIII.

¹¹ "In Deutschland unter dem Einflusse der realistische-praktische Richtung der Engländer diametral entgegengesetzten Ideal-spekulativen Richtung ist..." *Der Zweck im Recht*. 4. Auf. Leipzig, 1905, vol. II, pág. 133.

¹² Vid. mi estudio *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Actas, Madrid, 1993, especialmente págs. 97-158.

¹³ "We cannot express this latter than by saying that in England Jurisprudence is, as Austin with so much labour showed, the science of positive law; in Germany is the science of Justice". *The nature of positive law*. London, 1883, pág. 70.

¹⁴ *Introducción a la historia del derecho*. No consta traductor. Barcelona, 1840, pág. 12.

car su inspiración en Locke, Newton y en la constitución inglesa.¹⁵ A pesar de la enorme importancia teórica de Condillac para esta dirección, pues su tratado sobre las sensaciones esquematizó, popularizándolas, las bases filosóficas en las que se fundamentó de hecho la nueva Jurisprudence, los autores franceses parece que se quedaron, salvo excepciones a las que aludiré más tarde, en el plano filosófico más general.

B) ¿Qué es la Teoría del Derecho? Problemas convergentes

El problema que más salta a la vista es que no ha estado nada claro, ni lo sigue estando, qué se quiere indicar cuando se utiliza la expresión 'teoría del Derecho'. Al parecer, el rasgo definitorio más esquemático y definitivo estaría en la actitud no-valorativa de la simple 'teoría'. Por contra, la Filosofía del derecho se ocuparía en consideraciones filosóficas sobre la justicia. Así, una versa sobre la exposición del dato 'positivo'; la otra, sobre cómo le parece a cada cual que 'deben ser' los asuntos jurídicos.

Los juristas, y autores en general, que se ocuparon de hacer realidad esta consideración, declararon insistentemente que ellos únicamente querían ocuparse de estudiar y exponer 'hechos', llamados frecuentemente 'Thatsachen', también en la *Jurisprudence* inglesa, por influencia de Gustav Hugo. Estos hechos debían ser estudiados inductivamente para lograr un conocimiento legaliforme que hiciera posible conocer el entramado conceptual y, en general, necesario, del fenómeno del derecho. Un estudio así de los hechos jurídicos suponía ante todo una metodología determinada, distinta de la del 'Derecho natural' entonces tradicional, y de la 'Filosofía del derecho' que por el mismo tiempo se cultivaba en otras áreas culturales. Este nuevo método debía ser aplicado a un objeto claramente determinado: Hacía falta un *corpus* que a fuer de cierto fuera 'positivo' y 'empírico'. O que por provenir exclusivamente de la empiria que se sustentaba sobre el dato positivo, fuera incuestionablemente cierto. Y si había personas que querían un conocimiento así del derecho, esto era porque había unos motivos sociales: El agotamiento del 'derecho natural', o el mal estado de la ciencia del derecho inglesa, que llevaba varios siglos en manos de los prácticos del derecho. Una razón decisiva fue, además, la necesidad que apremió a muchos para secularizar el derecho y el tratamiento que se podía hacer de él. Tenemos, pues, toda una serie de motivos convergentes.

¹⁵ Vid. LERMINIER, *Introducción...*, cit., pág. 38.

1. *Las bases primeras del nuevo método*

La teoría del Derecho no nace acabada, como hoy la expone Hans Albert, por ejemplo, sino que más bien nos muestra en sus inicios simplemente un talante ante el derecho y la ciencia jurídica. Este talante común es lo que hace posible que figuren como representantes de la *Rechtstheorie* autores tan distintos como Kelsen o Duguit. Luis Recasens nos advertía que “Para lo más selecto del mundo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX, toda postura pulcramente filosófica resultaba sospechosa. El positivismo había invadido todos los campos científicos poniendo el veto radical a cuanto entrañase especulación ultraempírica. Las brillantes conquistas logradas por las ciencias experimentales indujeron a creer —harto ingenuamente— que ellas encarnaban el tipo ideal de conocimiento. La positividad era la única esfera posible para la ciencia. La teoría jurídica sólo podía serlo del derecho positivo. Al lado de su interpretación sólo cabía el estudio de los ‘hechos sociales’ que lo circunscribían: su historia, sus causas eficientes, los fenómenos concomitantes, su efecto en la textura real de las relaciones humanas. Junto a la jurisprudencia empírica no cabía sino la consideración sociológica: y ésta debía desenvolverse tomando como tipo las ciencias biológicas”.¹⁶

Estas consideraciones de Recasens pueden ser matizadas en pequeña medida. Podemos añadir que la tendencia que conducía a aplicar al derecho el ‘método positivo’, con todo lo que ello arrastraba, ya está presente en los finales del siglo XVIII, y llega relativamente madura a la segunda mitad del siglo XIX. Que en su base hay una visión fuertemente historicista-relativista de los principios jurídicos substantivos fundamentales. Así cuaja una actitud fenomenista y behaviorista que, mediante la aplicación del principio de causalidad, e induciendo desde los fenómenos observados, conduce al conocimiento de unas leyes muy generales. No se trató de nada nuevo nada nuevo en su momento: estas exigencias no son más que la reiteración de los postulados metódicos de la filosofía más peculiar de la ilustración. Pero estos postulados se hicieron realidad en la ciencia jurídica a lo largo del siglo siguiente: esta fue la novedad. Sin embargo, la unidad metódica entre los diversos autores deja que desear: unos asumieron preferentemente unas exigencias, y otros, otras. Algunos, como John Austin, se contradi-

¹⁶ *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*. Barcelona-Buenos Aires, 1929, pág. 11.

cen frecuentemente en los temas fundamentales. Quizá el juicio más aproximado al estado de la cuestión fue el de Allen: “Lo que se llama con precisión jurisprudencia ‘analítica’ en modo alguno lo podemos entender desde las discusiones sobre su naturaleza. La expresión es equívoca en sí misma, porque sugiere un tipo de jurisprudencia que se confina ella misma en el puro análisis de las reglas legales. Y es dudoso que esto haya sido así, o que pueda existir sin más, alguna vez, una jurisprudencia de este tipo. Ciertamente, esta no es la jurisprudencia de aquellos escritores que son agrupados comúnmente en torno a la Escuela Analítica”.¹⁷

El método que hizo posible esta jurisprudencia fue desarrollado fundamentalmente por los ingleses: Locke, Newton, Berkeley, Hume. Hoy está asumido que Voltaire fue sólo un vulgarizador de las ideas básicas de esta mentalidad. Tuvo una gran importancia teórica el “Tratado sobre las sensaciones” de Condillac, porque expuso resumida y claramente las aspiraciones de este grupo. Augusto Comte fue el gran ausente: publicó tarde, cuando habían aparecido parte de las obras jurídicas más importantes de la nueva tendencia, y no lo veo citado por los juristas hasta comienzos del siglo xx. A su muerte sólo dejó un pequeño y poco influyente grupo de discípulos.

Podemos considerar que el primer rasgo de la nueva *Jurisprudence* es el relativismo práctico. Locke había establecido frente a Descartes y su escuela, que no existen ‘ideas innatas’. Lord Shaftesbury matizó esta tesis indicando que sí existen ideas innatas en la vertiente práctica de la razón, porque el hombre dispone de un *Moral sense* que crea su ‘conciencia’ de acuerdo con algunos principios fundamentales. Bentham ironiza sobre este ‘Moral sense’: ¿dónde está el órgano propio de tal sentido? Según Bentham no hay nada *per se* bueno o malo. “¿Cómo deben ser entendidas las frases ‘deber’, ‘no deber’, bien y mal? Si una acción es conformable con el principio de la utilidad, siempre se puede decir que es una cosa que debe ser ejecutada o, en último análisis, que no debe ser realizada. Esto es una acción correcta; *at least that is not a wrong action*”.¹⁸ Sucede que estos

¹⁷ “What precisely is meant by ‘analytical’ jurisprudence it is not at all easy to gather from the many discussions of his nature. In itself, the term is misleading, for it suggest a type of jurisprudence which confines itself to pure analysis of legal rules. It is doubtful wheter has ever been, or ever can be, a jurisprudence of this kind. Certainly it is not the jurisprudence of those writers who are commonly grouped together as the Analytical School”. *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*. Oxford, 1931, pág. 13.

¹⁸ “Ought, ought no, right and wrong, how to be understood. Of an action that is conformable to the principle of utility, one may always say either that is one that ought to

autores no reconocen utilidades objetivas: todo interés es una cosa, en definitiva, muy subjetiva, puramente formal porque no se le puede asignar a priori un contenido.¹⁹ Paul Henri Baron d'Holbach, por parte de la cultura de lengua francesa, mantiene que no existen ideas morales innatas ni, por tanto, conciencia,²⁰ y que lo que llamamos 'conciencia' o 'razón' no es sino el resultado de la experiencia sensible.²¹

El motivo último de por qué dejaban reducida la razón a un conjunto de leyes psicológicas formadas por los datos de la empiria nos lo resume Ernst Cassirer: "La filosofía francesa e inglesa del siglo XVIII estaba inspirada por el empeño de conformar de tal suerte la totalidad del conocimiento filosófico que, para usar una expresión característica de Locke, no necesitara sostenerse sobre fundamentos prestados o mendigados. Debía sostenerse y justificarse a sí misma. Esta exigencia de autonomía conduce al

be done, or at least it is one that ought no to be done; that is right action; at least that is not a wrong action". *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London, 1823, vol. I, pág. X.

¹⁹ Ludwig Knapp resumía el estado de la cuestión indicando que "Zur Constatirung des sittlichen Processes, das moralischen wir das rechtlichen, kommt es nur auf das Dasein der Factoren, also nur die muskuläre Unterwerfung unter des vorgestellte Gattungsinteresse, nicht aber auf den Inhalt, d.h. die Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit der vermeintlichen Gattungsinteresses an". *System...*, cit., pág. 162.

²⁰ "ils ont cru, comme quelques anciens qu'il recevoit de la nature, des idées qu'ils ont appellées 'innates',... l'aide desquelles il jugeoit sainement du bien et du mal: ils ont regard, la raison, la vertu, la justice, la bienveillance, la pitié, comme des qualités essentiellement inhérentes ... la Nature humaine: selon eux, cette Nature a gravé dans tous les coeurs les verités primitives, l'amour du bien, la haine du mal moral, dont l'homme jugeoit sainement... l'aide d'un sens moral, c'est-à-dire, d'une qualité occulte... En vain le profond Locke a-t-il prouvé que les idées 'innées' n'étoient que des chimeres... Nous ferons voir, d'après des Philosophes plus éclairés, que l'homme ne possède en venant au monde que la faculté de sentir, et que sa façon de sentir est le vrai 'Criterium', ou la seule règle de ses jugements, ou de ses sentiments moraux". *La Morale universelle ou les Devoirs de l'homme fondées sur sa Nature*. Amsterdam, 1776, pág. VIII.

²¹ El mismo D'HOLBACH explicaba que "En Morale, la raison est la connoissance de la vérité appliquée... à la conduite de la vie: c'est la faculté de distinguer le bien du mal, l'utile du nuisible, les intérêts réels des intérêts apparents, et de se conduire en conséquence. Quand on dit que 'l'homme est un être raisonnable', on ne peut point faire entendre par là... qu'il apporte en naissant la connoissance de ce que lui est avantageux ou nuisible; on veut seulement indiquer, qu'il jouit de la faculté de sentir et de distinguer ce qui lui est favorable, de ce qui lui est contraire... D'où l'on est forcé de conclure, que la raison dans l'homme ne peut être que le fruit tardif de l'expérience, de la connoissance du vrai, de la réflexion; ce qui suppose, comme on a vu, une organisation bien constitué, un tempérament modéré, une imagination réglée, un coeur exempt de passions turbulentes". *La Morale...*, cit., Libro I, pág. 46.

rechazo de las ideas innatas, porque la apelación a lo innato equivalía a recurrir a una instancia extraña, no venía a ser otra cosa que fundar el conocimiento por el ser y la naturaleza de Dios”.²² El hombre de la edad moderna necesitaba crear su propio mundo, y consecuentemente concebía a la filosofía como creadora, no simplemente como configuradora: *Schaffend*, y no *bildend*, por usar la terminología de algunos alemanes del siglo XIX. Cassirer, otra vez, nos informa que “Al rechazar la filosofía empírica esta forma de trascendencia, no le queda otra base para el conocimiento que la experiencia, la ‘naturaleza de las cosas’. Pero esta ‘naturaleza de las cosas’ amenaza la independencia del espíritu desde otro lado, porque el espíritu tiene que ver como tarea propia el actuar como espejo de las cosas, espejo que no hace sino reflejar las imágenes, pero que en modo alguno las produce o configura”.²³ La tarea de la filosofía no será describir en su peculiaridad cosas ajenas o contenidos estáticamente dados al hombre, sino las energías del alma.²⁴ Era obvio que, para lograr este objetivo ante todo resultaba imprescindible negar cualquier contenido moral propio de la ‘conciencia’. Por esta razón, Knapp, más tardíamente, señalaba que, puesto que cualquier pensamiento no es más que la disolución de representaciones sensibles, no existen pensamientos ‘a priori’, fuera de la experiencia, y estas ideas que tiene la gente proceden únicamente de una autoobservación superficial.²⁵ La razón última estuvo en que el siglo XVIII entendió que no comprendemos sino a lo que damos origen; se nos escapa completamente qué pueda ser el concepto de lo ‘no originado’.²⁶

La ilustración se propuso ‘desencantar’ el mundo. Esta es una idea suficientemente conocida como para no insistir en ella. Las causas finales, en general, todas las cualidades de los cuerpos que no respondieran a las angostas exigencias de la ‘res extensa’, fueron declaradas inválidas científicamente. La *res extensa* sólo es susceptible de medición geométrica. Los datos que pueden ser medidos cuantitativamente componen las cualidades ‘primarias’, a diferencia de nuestros juicios sobre la belleza, etc., de las

²² *La filosofía de la Ilustración*. Trad. de E. Imaz. México, 1984, pág. 145.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Vid. Cassirer, *La filosofía de la Ilustración*, cit., pág. 149.

²⁵ “Da ferner alles Denken nur Auflösung sinnlichen Vorstellungen ist... Es ist daher unwahr dass es unerfahrne s.g. ‘aprioristische’ Gedanken gäbe, indem sie sogar diese Einbildung selbzt nun aus der Erfahrung, nämlich aus oberflächlichen Selbstbeobachtung stammt”. *System...*, cit., pág. 20.

²⁶ CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración*, cit., pág. 282.

cosas, que serían cualidades secundarias. Por esto, David Hume declaraba que la belleza o la bondad son cualidades ‘no-científicas’, y para hablar de ciencia él propone como ejemplo la Geometría de Euclides.²⁷ Esta mentalidad cala tan hondo incluso en los ámbitos jurídicos que Georg Jellinek rechaza sin mayores reparos lo que él llama *qualitates occultae* de las cosas²⁸ en el momento de hacer Teoría del derecho.

Hay que elaborar los datos fenoménicos obtenidos de este modo. Pero, ¿cómo operar con ellos? Según Lightwood, el secreto del ‘positivismo’ de Austin ha residido en que ha seguido el método de los economistas que, para simplificar su ciencia, han descartado los efectos de todos los motivos que regulan la conducta humana, excepto uno, que es el deseo de influir en las conductas ajenas.²⁹ Desde luego, la simplicidad metódica que reclamaba la exclusión de las cualidades secundarias, exigía poder admitir sólo una cuantificabilidad de los fenómenos, y únicamente es posible sumar³⁰ datos homogéneos. Con estos datos iguales y cuantificables era pre-

²⁷ Vid. *Una investigación sobre los principios de la moral*. Trad. Dalmacio Negro. Madrid, 1982, pág. 163.

²⁸ “Sie haben es längst aufgegeben, die Veränderung der Materie dem unmittelbaren Eingriffen eine mehr oder mehrerer Gottheiten zuzuschreiben, über den Dingen schwende Begriffe, ‘qualitates occultae’, aus denen sie die Erscheinungen zu erklären suchen”. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. Wien, 1878, pág. 4.

²⁹ <Escribía William Edward Hearn “The universal desire to obtain the maximum of result with the minimum of effort furnishes a basis for the purely part of Political Economy. In like manner, the universal desire to influence in certain circumstances by certain means the conduct of other men furnishes a basis for the purely scientific part of Jurisprudence”. *The Theory of Legal Duties and Rights: An Introduction to Analytical Jurisprudence*. Melbourne-London, 1823, pág. 2. En realidad, Hearn se apropiaba de ideas ajenas: John M. Lightwood indicaba que Sir Henri Maine comparaba el método de Austin con el de los economistas “who, for the sake of simplifying their science, discard the effect of all the motives which regulate human conduct except one—the desire to make as much profit as possible out of other people”. *The nature of positive law*. London, 1883, pág. 79.>

³⁰ HOBBS había dejado reducido todo razonamiento a cálculo aritmético, y todo cálculo posible sólo podía consistir en una suma o en una resta. Explica que “For the arithmeticians teach to add and subtract in ‘numbers’; so the geometricians teach the same in ‘lines’, ‘figures’... the logicians teach the same in ‘consequences of words’; adding together two ‘names’ to make an ‘affirmation’, and two ‘affirmations’ to make a ‘syllogism’; and many ‘syllogisms’ to make a ‘demonstration’... In sum, in what matter soever there is place for ‘addition’ and ‘subtraction’, there also is place for reason... For ‘reason’, in this sense, is nothing but ‘reckoning’, that is adding and subtracting, of the consequences of general names agreed upon the ‘marking and ‘signifying’ of our thoughts”. *Leviathan, or the matter, form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil*. London, 1839, pág. 30. Las intensidades son de HOBBS. Lo mismo venía a decir, cerrando el ciclo, Ludwig Knapp tres siglos más tarde: “Indem das Gehirn Vorstellungen bildet,

ciso proseguir según una regla constante y universal, y sólo según una única regla.³¹ Incluso Adam Smith, de ordinario tan reacio para admitir las propuestas éticas de los tiempos nuevos, escribía que “reunir una variedad de casos particulares bajo enunciados generales, y reducir esa variedad de actividades a un principio común, es el objeto de la ciencia”.³² Esta forma de proceder quedó fijada definitivamente cuando Austin estableció que “la conclusión particular que trazamos considerando un solo acto, implica una conclusión general que comprende todos los actos similares”,³³ y así “nuestra conducta ser guiada por conclusiones generales, o, para hablar más exactamente, por ‘reglas’ inferidas desde estas conclusiones”.³⁴ Se trataba de una propuesta más jurídica, que no respondía exactamente al ideal del espíritu de la ilustración, pero que hacía de la inducción generalizadora la regla de oro para proceder en el derecho.

En efecto, los juristas prácticos retuvieron fundamentalmente esta idea: era preciso inducir desde el material ‘empírico’. James Lorimer explica que todas las escuelas de jurisprudencia, actuales y posibles, partían desde la observación e inducción,³⁵ porque “la ciencia de la Jurisprudencia es una ciencia inductiva, tanto como pueda serlo la química o la psicología”.³⁶ Allen, con más precisión, explica: “¿Acaso no es precisamente la *Jurisprudence* la ‘philosophy of law’? En modo alguno. La finalidad de

so werden dadurch die Empfindungen nicht qualitativ umgeschaffen, sondern –wie man sich aus der Analyse der sublimsten und übernatürlichsten Ideen leicht Überzeugen kann– nur erinnert und combinirt. Um dieser unzweifelhaften elementaren Gleichheit der Leistungen willen, darf daher das Gehirn nicht als ein spezifische Gegensatz des Sinnenebens sondern nur als daran ‘Centralisation’ betrachten werden”. Cfr. *System...*, cit., pág. 45.

³¹ Vid. E. CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración*, cit., pág. 38.

³² “But the specific essence of each individual object is not that which is peculiar to it as an individual, but that which is common to it, with all other objects of the same kind”. *Essays in philosophical subjects*. Editados por W.P.D. Wightman, J.C. Bryce y I.S. Ross. Oxford, 1980, pág. 119.

³³ “The ‘particular’ conclusion which we draw, with regard to the single act, implies a ‘general’ conclusion embracing all similar acts”. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 112.

³⁴ “And our conduct would, therefore, be guided by ‘general’ conclusions, or (to speak more accurately) by ‘rules’ inferred from those conclusions”. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 115.

³⁵ “all the actual, or indeed possible, school of jurisprudence, except in certain aspects the Theological, belong, strictly speaking, to a single class, viz. the inductive or observational”. *The institutes of law*. Edimburgh, 1880, pág. 45.

³⁶ “the science of jurisprudence is an inductive science, just as much as chemistry or psychology”. Cfr. *Ibidem*.

la jurisprudencia es llegar inductivamente a los principios esenciales del derecho. Esta es tarea suficiente para cualquier ciencia, porque los principios esenciales no están en la superficie; ellos deben ser descubiertos solamente por la penetración a través de una multitud de apariencias despistadas".³⁷

No es fácil saber qué proponían como campo de trabajo, materia prima, para el 'teórico del derecho' o de la *Jurisprudencia*. Sin duda alguna, el punto de partida de toda consideración estaba en las 'leyes positivas'. Pero éstas sólo constituían ese punto de partida, y nada más. Si dejamos de lado momentáneamente las observaciones de Austin sobre las insuficiencias del 'law', por lo general mantuvieron que los *phaenomena* provenientes de la intuición debían agruparse con ayuda de las leyes psicológicas. Cassirer indica que "así como la ciencia natural se emancipó de la teleología por el conocimiento de las leyes mecánicas del acontecer natural, la misma hazaña debía realizarse en el mundo histórico con ayuda de la Psicología".³⁸ La psicología parece estar regida por el cálculo matemático. "El análisis, cuya fuerza se demostró hasta ahora en el dominio de los números y de las magnitudes, se aplicará en adelante por un lado al ser 'psíquico' y por otro lado al ser 'social'... Según la concepción dominante en la psicología del siglo XVIII, esta diversidad completa, esta heterogeneidad y fugacidad de los contenidos psíquicos, no es más que apariencia. La mirada aguda reconoce también... el fondo firme, los elementos fundamentales permanentes. Será misión de la 'ciencia' sacar a la luz estos elementos que se sustraen a la visión inmediata... Tampoco aquí se da ninguna multiplicidad y variedad que, en definitiva, no pueda ser reducida a una suma de unidades".³⁹ Expresado esto mismo de otra forma, Horkheimer-Adorno indican que "la multiplicidad de las figuras queda reducida a la posición y el ordenamiento, la historia al hecho, las cosas a materia <psicológica>".⁴⁰ Esta 'materia psicológica' no es identificable inmediatamente: se expresa en el lenguaje, y por esto, la única realidad práctica, el único campo de

³⁷ "It is not jurisprudence precisely 'the philosophy of law'? Not so. The business of jurisprudence is to arrive inductively at the essential principles of law. That is sufficient task for any science, for essential principles of law do not lie on the surface; they can be discovered only by penetration through a multitude of distracting appearances". *Legal duties...*, cit., pág. 16.

³⁸ Vid. CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración*, cit., págs. 31-32

³⁹ *La filosofía de la Ilustración*, cit., pág. 246.

⁴⁰ *La dialéctica del Iluminismo*. Trad. H.A. Murena. Buenos Aires, 1987, pág. 19.

trabajo posible del investigador que reconocía Hume era el lenguaje.⁴¹

La *Jurisprudence*, que es la traducción inglesa de la expresión *Philosophie des positiven Rechts* de Gustav Hugo, según indica Austin,⁴² luchó contra el deductivismo, que había sido el alma de la teoría de la ciencia dominante durante el siglo xvii, de la mano del cartesianismo. Aunque la ilustración reaccionó eficazmente en el plano filosófico más abstracto contra los sistemas deductivistas y metafísicos propuestos en el siglo anterior, faltaba trasladar este talante a la filosofía práctica. Este paso lo dieron colectivamente los juristas en el siglo xix, aunque Bentham se adelantara aisladamente.⁴³ Así se formó el método 'genuinamente inglés', inductivo y fenoménico,⁴⁴ que no sólo pareció el único método adecuado, sino un estilo de vida en sí mismo, como indica Lorimer.

2. La segunda mitad del siglo xix

Escribía Picard que "la escuela positivista, denominada a veces y en estos últimos tiempos 'naturalista', porque se esfuerza en considerar y discernir la naturaleza en la verdad de sus manifestaciones corporales o men-

⁴¹ "El interés de cada hombre le es peculiar a él mismo y no cabe suponer que las aversiones y los deseos que se siguen afectan a los demás en grado parecido. Es por eso que, al formarse el lenguaje oral para el uso común, tiene que moldearse según puntos de vista más amplios, debiendo fijar los epítetos de alabanza o censura de conformidad con los sentimientos que surgen de los intereses generales de la comunidad". *Una investigación sobre los principios...*, cit., pág. 80.

⁴² Este autor indica que "Of all concise expressions which I have turned in my mind, 'the philosophy of positive law' indicates the most significantly the subject and scope of my course. I have borrowed the expression from a treatise by Hugo, a celebrated professor of Jurisprudence in the University of Göttingen... Although the treatise in question is entitled 'the law of nature', its is not concerned with the law of nature in the usual meaning of the term. In the language of the author, it is concerned with 'the law of nature as a philosophy of positive law'". *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 31, nota a pie.

⁴³ "On advantage over all other methods the subjective method (die Ableitung aus der reinen Vernunft)... But to my mind, the objection just started... seems to be fatal to the exclusive claim of the subjective method, to an extent to it is not, theoreticall at last, to the objective method... relations which might be assumed to include the subject, and thus to possess universal validity; but inasmuch as we could not have security of subjective phenomena, however exhaustive, could with equal safety be assumed to cover filled of objective existence'. Lorimer, *The institutes of law*, cit., pág. 47.

⁴⁴ El mismo Lorimer escribe que "The objective, or sensational School... which for generations has seemed to the common English mind not only to supply the sole legitimate method of inquiry into the rule of life, but furnishing a rule of life in itself...". *The institutes...*, cit., pág. 48.

La realización efectiva del sistema en el derecho les preocupaba. Las enseñanzas universitarias al uso en Inglaterra consistían en adiestrar al futuro juez en la memorización y aplicaciones posibles de una serie de *rules*. A los abogados no se les concedía mucha importancia: hasta entrado el siglo XIX, la mayor parte de las universidades no se ocupaban de su formación, que quedaba encomendada a la práctica de los bufetes. A estos universitarios les desesperaba intuir que las muchas y diversas reglas, en parte *laws*, en parte las contenidas en sentencias judiciales, contradictorias con frecuencia y siempre en número excesivo como para conocerlas eficazmente, podían ser reducidas a pocos principios generales que podían ser reconducidos, finalmente, a un orden armónico. Este orden final sistemático que ellos barruntaban, unificaría supuestamente las reglas y principios, haría del derecho un estudio ordenado y, sobre todo, la cientificidad así adquirida daría prestigio al estudio con el derecho. No creo que se hicieran muchas ilusiones sobre una posible mayor eficacia: su empeño, al menos entre los anglosajones, era fundamentalmente teórico. Ellos, como juristas prácticos que eran, confiaban más en la competencia de sus jueces individuales –“los mejores juristas del mundo”⁵³– que no en la virtualidad práctica de un sistema.

Así pues, echaban en falta una enseñanza universitaria más acorde con los tiempos científicos que corrían. William Markby expresaba sus inquietudes explicando que “la única preparación y fundamento que la universidad es capaz de dar o, supongo, estaría deseosa de dar, es el derecho considerado como una ciencia. Si esto no fuera posible, deberíamos considerar al derecho como una colección de principios capaz de ser expuestos sistemáticamente, fundamentados no en una autoridad vacía, sino en una deducción lógica estricta: todos los puntos de partida, en los sistemas existentes, deberían ser señalados y explicados”.⁵⁴ Carleton Kemp Allen, pro-

der Wirklichkeit übereinstimmt, d.h. wahr sein kan, dessen Princip das getreue spiegeln sinnlichen Thatsachen ist, dass also in der ‘Reinheit’ der sinnlichen Erkenntniss die absolute Methode des Denkens besteht...” *System...*, cit., págs. 12-13.

⁵³ Allen escribía que “What other jurisprudence, he asks, does anybody want that the vast learning of the Common Law? Our judges or our jurists!... And he will undoubtedly find it. English and American judges are, or have the opportunity of being, jurists in a degree which is quite impossible for judges in most other parts of the world”. *Legal duties...*, cit., págs. 25 y 26.

⁵⁴ “But the only preparation and grounding as a University is either able, or, I suppose, would be desirous to give, is law considerate as a science; at last, if that is not yet possible, in law considered as a collection of principles capable of being systematically arranged,

ponía, más pretenciosamente, de una forma que casi recuerda a Ahrens o Trendelenburg, que aceptáramos que “la ciencia es un ‘sistema’ de conocimientos. La mera acumulación de conocimientos no tiene valor por sí misma... La información es estéril hasta que no es colocada sistemáticamente en relación con otras partes del sentido general de la existencia. La finalidad de la ciencia es alcanzar el más alto grado de generalización que se puede fundar sobre el conocimiento de los fenómenos”.⁵⁵ Parece que ‘conocer’ y, en general, pensar, en este contexto de inquietudes, significaba producir un orden unitario de conceptos; las leyes lógicas instaurarían las relaciones más generales de este orden, y todas estas leyes pivotarían sobre las necesidades de la concordancia y las exigencias del principio de no-contradicción. Así, al identificarse al conocimiento con el juicio sistemático, todo lo particular quedaría referido necesariamente al sistema. Por esta razón, todo pensamiento que careciera de dirección precisa, era arbitrario. La razón humana, en su vertiente ‘lógica’, proporciona solamente la idea de la unidad sistemática.⁵⁶ Una tesis muy kantiana, por otra parte.

No estaban muy convencidos de la posibilidad de descubrir verdades eternas. Las ‘verdades eternas’ deben quedar para los teólogos, explicaba Allen, porque esta no es la feliz posición de los científicos, especialmente después de la llegada de Einstein.⁵⁷ “Holland llama muy justamente a la jurisprudencia una ciencia ‘progresiva’... él no ha añadido realmente nada a su descripción como ciencia: pues todas las ciencias, o son progresivas, o no son nada”.⁵⁸ El siempre radical Harrison remachaba la tesis indicando que la *Jurisprudence* no puede ser más

and resting, no on bare authority, but on sound logical deduction; all departures from which, in the existing systems, must be marked and explained”. *Elements of law considered with reference to principles of General Jurisprudence*. 6ª ed. Oxford, 1905, pág. X.

⁵⁵ “A science is a ‘system’ of knowledge. The mere accumulation of knowledge is valueless by itself... Information is barren until is brought systematically in the relationship with some part of the general science of existence. The object of a science is ‘to reach the highest point of a generalisation founded upon the acquaintance mit phaenomena’”. *Legal duties...*, cit., págs. 2 y 3.

⁵⁶ Sobre este tema, vid., por ejemplo, a Horkheimer-Adorno, *La dialéctica del Iluminismo*, cit., págs. 102-103.

⁵⁷ “Eternal Verities must be felt to the theologians... Such is not the happy position of scientists, specially since the come of Einstein”. *Legal duties...*, cit., pág. 3.

⁵⁸ “Holland rightly calls jurisprudence a ‘progressive’ science... he has really added nothing to description of it as science: for all sciences are progresive, or they are nothing’. Allen. *Legal duties...*, cit., pág. 3.

que una relación de reglas establecida según las conveniencias prácticas. Tratar de fundamentar el sistema jurídico en principios psicológicos o en teorías de la lógica abstracta, parece empresa arbitraria y bastante ilusoria. *Practical convenience is the source of law*, por lo que tratar de dar precisión metafísica a un cuerpo de reglas técnicas no es más que una forma perjudicial de pedantería.⁵⁹ La filosofía no es un saber que nos proporcione conocimientos acabados, o un cuerpo consolidado de verdades. No es nada ‘specifisch Geartetes’, indicaba Knapp, sino que es solamente un pensamiento correcto, fuerte, pleno.⁶⁰

Los juristas ingleses nunca parecieron muy preocupados por explicitar el aparato epistemológico subyacente a su método observacional e inductivo. Los alemanes, como es lógico, sí se ocuparon del tema. Entre los autores más conocidos de la segunda mitad del siglo pasado, Knapp explicó que el único conocimiento posible era el empírico.⁶¹ Un conocimiento empírico, ¿de qué cosas? Austin había tenido la deferencia de haber dejado sentado, a finales del primer tercio de siglo, que todo derecho es una orden o *command*: “Todo *law* o regla (tomados con la significación más amplia que se puede dar al término hablando con propiedad) es un *command*. O bien, yendo más allá, el derecho o las reglas, tomados con propiedad, son especies de ‘commands’... Y, desde el momento en que esto es la ‘llave’ de la ciencia de la jurisprudencia y de la moral, su significado respectivo debe ser analizado con precisión”.⁶² Knapp añadía que “la concepción filosófica del derecho comienza con la figuración según la cual <el derecho> es un mandato sin un sujeto real”.⁶³ Knapp habla de

⁵⁹ “Jurisprudence can be placed no higher than a systematic arrangement of rules established by practical convenience; and the attempt to base it on psychological principles, or theories of abstract logic, seems arbitrary and quite illusory. Practical convenience is the source of law. The attempt to force metaphysical precision on a body of technical rules be a mischievous form of pedantry”. *On Jurisprudence and the conflicts of law*. Oxford, 1919, pág. 63.

⁶⁰ “Es ist unwahr, dass das philosophische Denken etwas specifisch Geartetes, gleichsam etwas Riesenmässiges sei, dann es ist nur richtiges, starkes, ganzes Denken und steht daher in offener allseitigen Zugänglichkeit”. *System...*, cit., pág. 20.

⁶¹ “Der vorliegende Versuch geht von den naturforschenden Methode, d.h. von der Alleinherrschaft der sinnlichen Erkenntnis...” *System...*, cit., pág. 1.

⁶² “Every ‘law’ or ‘rule’ (taken with the largest signification which can be given to the term ‘properly’) is a ‘command’. Or rather, law or rules, properly so called, are ‘species’ of commands... And, since it is the ‘key to the sciences of jurisprudence and morals’, its meaning should be analysed with precision”. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 88.

⁶³ “die philosophische Erfassung des Rechts beginnt daher damit, dass ein Gebot ohne wirkliches Subject Einbildung ist”. *System...*, cit., pág. 43.

'figuraciones' porque el último motivo que le mueve a escribir es mostrar que todo aquello que exceda de las percepciones sensibles, como sucede con los sistemas filosóficos, morales, jurídicos o religiosos, son creaciones falsas de la mente humana, sin correspondencia en la realidad. Él propone en lugar de estas figuraciones un 'naturwissenschaftliches Materialismus', un materialismo científico-natural.⁶⁴ Volviendo al tema más estrictamente epistemológico, Jellinek ve la llave que todo lo explica en la ley de causalidad, de modo que buscando la causalidad última podremos reducir la complejidad de los fenómenos a una sola ley.⁶⁵

Estas explicaciones deben ser entendidas en su contexto universitario. Es bien conocido que el siglo XIX no fue campo fecundo para la filosofía. Hubo grandes analistas de la realidad, como Hegel, pero el hegelianismo degeneró en 'trascendentalismos' más propios de la escuela de Tübingen que no del Hegel histórico. Y la filosofía, en general, asumió una dirección psicologista, como reconocemos en las recomposiciones que intentó hacer Husserl a finales de siglo para salir del caos; y esto, cuando el filosofar no se presentó como un saber un tanto esotérico. Hoy nos parece natural hablar de Comte para referirnos a la dirección filosófica más representativa del siglo pasado. Pero Comte pasó bastante desapercibido en su momento. Era lógico que estos universitarios a los que aludo no encontraran un cuerpo filosófico definido en el que pudieran apoyarse, como reconocemos en tantas declaraciones confusas y, a veces, contradictorias. La Teoría del derecho o *Jurisprudence* fue posible porque se hicieron guiar por una mentalidad difusa, a la que ellos llamaban 'positivista', y que no era otra cosa que la herencia que había quedado de las ideas filosóficas, ya algo desdibujadas, de la Ilustración. Precisamente en esta conciencia de la miseria humana de los tiempos que les ha tocado vivir se enraíza buena parte de su actitud un tanto radical contra el pasado. Pribram historió esta mentalidad de derrota y de pesimismo en el área de cultura alemana,⁶⁶ y por lo que hace a los anglosajones es representativo que Coleridge opine por estos años que Europa sufrió un retroceso cultural con la Reforma protes-

⁶⁴ Según él, la única tarea de la filosofía es destruir errores: "*Der Ausgangspunkt der Philosophie. Da die Philosophie als Erhellung des principiellen Irrthums ist.... Die Philosophie aber ist nur Vergehen des Vergänglichlichen; sie blüht in den Irrgarten, worin die Menschheit ihre Jugend verspielt*". *System..*, cit., págs. 35 y 39, entre otros lugares.

⁶⁵ "daß wir überall die alles verknüpfende Causalität finden werden, das nicht in der Erscheinungswelt so hoch oder so niedrig stehe, daß sie ihre Allgewalt entziehen könnte ...". *Die soziaethische..*, cit., pág. 9.

⁶⁶ Vid. *Die Entstehung der individualistischen Socialphilosophie*. Leipzig, 1861.

tante de la que aún no se ha repuesto.⁶⁷ El juicio de James Lorimer es también bastante expresivo: “Ante la ausencia de filosofía, es ampliamente reconocido que <el Catolicismo> es el único refugio frente al escepticismo que, comenzando por la religión, se ha extendido a toda la moral”.⁶⁸ En la zona francófona, Lerminier solía hacer referencias frecuentes al “triste abandono en que ha venido a caer la verdadera jurisprudencia en nuestros días”.⁶⁹

Pueden resultar defraudantes estas ligeras disgresiones sobre la actitud metódica de los pioneros de la Teoría del derecho. Efectivamente, en parte son muy parcas, y en parte se refieren más a problemas personales que no a sistemas filosóficos. Pero es que, además de las dificultades ya apuntadas, los juristas nunca han sido muy aficionados a estudiar Filosofía.

3. *Un objeto cierto y verificable*

El método postulado exigía un *corpus certum* sobre el que trabajar. Objeto y método se condicionaban mutuamente: era posible un método nuevo porque había un objeto también nuevo: el Derecho ‘positivo’, que sería estudiado por primera vez en las universidades porque el método ceñiría el estudio, por definición, al derecho realmente operante en la sociedad. Habían pasado los tiempos del Derecho romano, del Jus Commune, y de las consideraciones ‘filosóficas’ sobre la justicia. En su lugar entraba la necesidad de construir el Estado, que reclamaba, ante todo, unidad jurídica: a partir de ahora sólo será considerado como ‘derecho’ la voluntad del Estado. Austin dejó establecido que todo *law* es un *command*, y los autores del siglo pasado postularon que toda orden emitida por el Estado constituía derecho ‘real’ o eficaz, *wirklich*.⁷⁰

⁶⁷ Lorimer escribía, refiriéndose a la Reforma, que “I am quite of Coleridge opinion that civilisation in Europe received a check from which it has never recovered”. *The Institutes...*, cit., pág. 273.

⁶⁸ “Now, however, in the absence of philosophy, it is a widely accepted <se refiere al Catolicismo> as the only refuge against scepticism, which, beginning with religion, has extended to morality”. *The Institutes...*, cit., pág. 40.

⁶⁹ *Introducción...*, cit., pág. 8.

⁷⁰ BERGBOHM escribía sobre este punto que: “Um den Begriff dessen zu finden, was da ‘ist’, muss man von den Einzelnen ausgehen, die da ‘sind’. Um also den Rechtsbegriff zu erfassen, darf man nur von dem Recht ausgehen, das wirklich ist”. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 79.

cho sólo podía ser, en última instancia, un fenómeno psicológico. En su defensa del 'positivismo' jurídico, Picard nos indica también que "Parte de la observación de las realidades, no admite otro método. Se liga a la vida, pero hace notar que ésta es no sólo externa y materialmente visible, como dice la escuela histórica, sino también interna, bajo la forma de inteligibilidades psíquicas".⁷³ El ambiente ya maduro sobre este punto, a finales de siglo, hizo que Bergbohm pudiera escribir con toda naturalidad, sin necesidad de dar explicaciones, que el derecho abarca la esencia psico-física del hombre, en la medida en que se refiere a las acciones en el mundo exterior.⁷⁴

En la 'realidad psico-física' a que ellos aluden está implícita una fuerte referencia a la vigencia sociológica de las leyes: Éstas serán derecho real en la medida en que se encastren en las mentes de los hombres. De todos modos, no parece claro el alcance exacto de la naturaleza psicologista que atribuyen al derecho. Podemos considerar que tienen a la vista la naturaleza psicológica del derecho para no incurrir en 'idealidades': sólo puede ser considerado como derecho lo que verdaderamente, *wirklich*, funciona como tal en la sociedad, mediante el hábito de obediencia (una realidad psíquica) a que aludía Austin. Si las leyes no logran ahormar eficazmente las mentes de los ciudadanos, nunca llegarán a constituir derecho. Pero también llama la atención la ausencia de propuestas de estudios propiamente sociológicos sobre el derecho, que sólo se inician a raíz de la actitud entre airada y beligerante de Eugen Ehrlich frente a la ciencia del derecho dominante a comienzos de siglo en Alemania. Porque si el derecho es un fenómeno psicológico, es fácil medir sociológicamente su grado de efectividad, esto es, de existencia. Quizá esta ausencia de tales estudios sociológicos, que hubieran sido tan fáciles de entender desde los supuestos de la joven teoría del Derecho, se debe más que a nada a que los autores del siglo XIX, al mismo tiempo que tienen presente las consideraciones anteriores, siguen bajo la influencia de las exigencias metódicas o epistemológicas que había entonces en los mercados universitarios, que no eran sino restos sin perfiles precisos de la filosofía fenomenista y sensista del siglo XVIII. Buscan a tientas. Desde Condillac o Hume ellos postulan un asociacionismo psicologista intuido pero no explicado con precisión,

⁷³ *El derecho puro*, cit., pág. 308.

⁷⁴ "Er wird also das psycho-physische Wesen des Menschen, sofern es in Handlungen an die Aussenwelt tritt, greifen". *Jurisprudenz...*, cit., pág. 417.

ni siquiera en la estatua de Condillac. Una explicación radical de su actitud es la que proporcionan Horkheimer-Adorno cuando escriben que “La razón es... el agente químico que absorbe en sí la substancia específica de las cosas y las disuelve en la pura autonomía de la razón misma”.⁷⁵ Me parece que esta exigencia estaba de algún modo implícita en la mayor parte de las propuestas metódicas del positivismo jurídico decimonónico; pero no creo que agote las explicaciones que estos autores proporcionaron acerca del ‘fenómeno’ jurídico. La disolución de la realidad, de la ‘naturaleza de las cosas’, en las puras exigencias racionales fue una tarea que sólo llevó adelante conscientemente el positivismo lógico del siglo xx. Y estos teóricos del derecho –me parece que esto sí se puede afirmar– prepararon el terreno para el tratamiento que recibió el derecho y la justicia en manos del neopositivismo de nuestro tiempo.

4. *Problemas humanos*

El talante rupturista con la cultura anterior propio de la modernidad, y especialmente de la ilustración, tuvo una manifestación tan acusada en el campo de la reflexión jurídica, que es lícito preguntarnos por los motivos más específicamente humanos que movieron, personalmente, a tomar actitudes tan radicales. Porque los hombres no nos movemos simplemente con las exigencias de las ideas puras, como si solamente fuéramos ‘esencias racionales’ (*vernünftige Wesen*), como solían llamarnos los discípulos de Kant. Hago estas reflexiones porque más bien observo crispación allá donde debiera haber análisis atento.

Esta tensión a que aludo se puede observar ejemplarmente en la obra del antiyusnaturalista más conocido hoy por nosotros, Karl Bergbohm. Para él, la historia de la *Rechtsphilosophie* sólo muestra un registro de luminosas vaciedades que únicamente han conducido a aberraciones.⁷⁶ Ciertamente, este no ha sido un tema pacífico desde que se desataron las antipatías, en el siglo xvi⁷⁷, pero en la Modernidad, y especialmente en el siglo xviii, parece ser algo más que una discusión simplemente científica.

⁷⁵ *La dialéctica del Iluminismo*, cit., pág. 112.

⁷⁶ “Als nun die Geschichte der Rechtsphilosophie wirklich nicht böte, denn ein Register von lauter Wahngelbilden, aus dem füglich nur Irrtum und Verirrung zu holen wäre!”. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 27

⁷⁷ Vid. mi artículo ‘*Mos italicus*’, ‘*mos gallicus*’ y *el Humanismo racionalista*, en “*Ius Commune*” VI (1977), págs. 121 y ss.

Los insultos frecuentes en las obras de Bentham y de Hume parecen reforzar esta intuición. El ambiente tenso provoca ironías contra Bentham incluso por personas que se saben no aludidas por sus críticas.⁷⁸ Bergbohm, en quien ejemplifico el problema por razones de economía intelectual, entiende que toda la reflexión sobre el derecho ha estado mal hecha durante más de dos mil años,⁷⁹ y cuando nos indica que, hasta que no haya sido eliminado el último tomo del veneno del Derecho natural, no podremos hacer un desarrollo científico de los fundamentos de la teoría del derecho,⁸⁰ parece que habla más un hombre con problemas personales que no un universitario competente. La actitud más radical imaginable fue la de Ludwig Knapp, para quien la misión del *filosofar* (él no puede hablar de Filosofía, a la que rechaza) es la explicación de las figuraciones, de modo que la filosofía se convierta en la ‘policía suprema’ del saber y de la forma de pensar, pero en modo alguno ‘el templo de la belleza y de la certeza’. “Este concepto <del filosofar>, concluye Knapp, es enteramente nuevo”.⁸¹

Es posible que detrás de las críticas de Hume y Bentham, tras los radicalismos de Knapp y de Bergbohm se muevan diversos intereses. Y uno de ellos, quizá de los más importantes, era el problema de la secularización de la filosofía práctica.

4.1 La lucha por la secularización del derecho

La polémica se manifestó públicamente, de un modo escandaloso, con la oposición que mostró Bentham contra la tesis de Blakstone, expresada

⁷⁸ Lerminier, por ejemplo, escribía que “Tenemos, pues, que hasta Jeremías Bentham la humanidad ha vivido en el error; hasta entonces había distinguido siempre la inteligencia de los sentidos, lo moral de lo físico, lo bueno de lo agradable, lo justo de lo útil. Pero después ha podido desengañarse: no deja de ser ésta una revelación importante”. *Introducción...*, cit., pág. 307.

⁷⁹ “Thätlich ist nämlich der Rechtsbegriff zweispältig seit der Zeit, bis in welche die Geschichte unserer Wissenschaft zurückreicht, also mit mehr als zweitausend Jahren”. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 109.

⁸⁰ “Ehe sie nicht das naturrechtlichen Gift bis auf das letzte Atom ausgestossen hat, kann die philosophische Rechtslehre die Grundlagen einer wissenschaftlichen Entwicklung nimmer finden”. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 231.

⁸¹ “... und setzt die Aufgabe des Philosophirens in die ‘Erklärung der Einbildung’, so dass die Philosophie als die hohe Polizei des Wissens fasst, unter deren Aufsicht nur die Herbergen der gewöhnheitsmässigen Friedbrecher der Denkmethode, aber nicht die Tempel der Schönheit und Gewissheit.... Dieser Begriff ist als solcher zwar neu”. *System...*, cit., pág. 1.

en sus "Comentarios" sobre el derecho inglés, según la cual una ley o sentencia que se opusiera al Derecho natural, no es ley o no tiene vigor jurídico. Anteriormente, este no había sido un tema pacífico, pero al menos había quedado más encerrado en los libros universitarios.

Naturalmente, el problema se puede plantear hoy según un modo analítico, con categorías actuales, o tal como discurrió históricamente: porque la marcha de la historia no siempre responde a las demandas de la lógica. Quizá sea más correcto seguir el decurso histórico, que nos muestra la discusión que hubo acerca de la conciencia moral. Y aunque parezca momentáneamente que el tema de la conciencia poco tiene que ver con el de la vinculatoriedad de las leyes injustas, lo cierto es que uno y otro fueron de la mano. Efectivamente, Lord Kames indicaba que el iusnaturalismo de la edad moderna había dejado de lado la conciencia.⁸² En este sentido, puedo hacer notar que en Pufendorf y su escuela sólo podemos observar un racionalismo constructivista, que parte desde la 'utilidad' que representa para el hombre aislado e independiente el reunirse con otros hombres bajo un poder político, a fin de conservar mejor sus 'derechos naturales'. La noción de conciencia como facultad natural en los hombres, que nos permite conocer las reglas fundamentales de lo bueno y malo moralmente, es algo ausente en esta línea del pensamiento de Samuel Pufendorf; hacia este punto de partida tendía ya la obra de Grocio, aunque el holandés es todavía un autor muy de transición entre la reflexión ética de naturaleza teológica que partía desde los *prima principia* de la conciencia y la jurisprudencia secularizada que Pufendorf ya manifiesta.⁸³ El constructivismo ético moderno sólo podía ser posible en su misma existencia si se dejaba de lado (se negaba implícitamente) la existencia de la conciencia. De admitir las normas fundamentales de la conciencia hubiera sobrado tanta demostración, tantos pasos argumentativos, tanta figura heurística extraña, como el estado de naturaleza o el contrato social. Lo que pretendieron los modernos no fue un derecho 'natural' que sirviera para todos los hombres *qua* hombres, y no *qua* cristianos. Porque también un cristiano y un

⁸² "This is a term which has been little attended to by those who given us systems of natural law". *Essays on the principles of morality and natural religion*. London, 1758, pág. 57.

⁸³ Es difícil hacer juicios rotundos sobre este autor. Además de las contradicciones internas que muestra su obra más conocida, el *De iure naturae et gentium*, su *De officio hominis et civis* es un libro algo distinto, desde el punto de vista del pensamiento secularizado, del anterior.

turco poseen conciencia moral. El iusnaturalismo moderno tendió, ante todo, a la secularización de la filosofía práctica, empresa de todo punto imposible si reconociera la existencia de la conciencia con sus contenidos normativos.

Mientras esta discusión se mantuvo anclada en Centroeuropa, los universitarios jugaron a un juego poco claro. De un lado, Pufendorf y sus discípulos mantenían, del mismo modo que Grocio, que existe una 'Ley natural', es decir, dada por Dios, que nos inclina hacia la sociabilidad. De esta forma, contradictoria con su pensamiento, salvaban las formas. Los autores alemanes posteriores, en el siglo XVIII, hacían apelaciones (más bien declamatorias) a la divinidad en tanto que garante última de la vinculatoriedad de los sistemas de Derecho natural que cada cual proponía.⁸⁴ Así, el problema de la secularización interna del razonamiento iusnaturalista no saltaba a la luz pública. Pero el problema se hizo urgente expresamente, por vez primera, con la publicación del "Tratado del entendimiento humano" de John Locke, porque este inglés negó la existencia de cualquier tipo de ideas innatas. Consecuentemente, no pueden existir esos primeros principios innatos de la conciencia y, en general, no puede existir la conciencia misma, al menos en el sentido usual del término.⁸⁵

Lord Shaftesbury reaccionó ante las consecuencias de la filosofía de Locke afirmando que los hombres poseemos un *moral sense* que nos hace percibir 'en' la esencia divina lo que es bueno o malo.⁸⁶ Me parece que Shaftesbury hizo un flaco favor a la causa de la conciencia, o de los primeros principios de la razón práctica porque, en lugar de alegar que cualquier hombre conoce naturalmente en su conciencia que asesinar es malo, introdujo a la Ética por un camino innecesariamente problemático, al añadir a la constitución humana un sentido nuevo que nos hacía escarbar en la esen-

⁸⁴ Vid. mi estudio *La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal*, en "Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Prof. D. José María Rojo Sanz". Valencia, 1996, págs. 41-58.

⁸⁵ La filosofía anterior a la edad moderna no entendió los *prima principia practicae rationis* como ideas innatas, por lo que esta discusión dieciochesca no le alcanza a ella. Pero el innatismo de Descartes hizo pensar a la edad moderna que todo aquello que no fuera sensación transformada por el entendimiento, había de ser una idea innata.

⁸⁶ James Lorimer indicaba que "In Shaftesbury's mind is arose as a potest against the moral escepticism which had resalted from Locke's objection of a theory of innate ideas". *The Institutes...*, cit., pág. 189.

cia de Dios, según la dirección filosófica de los discípulos de Descartes. ‘¿Dónde está el órgano que hace posible ese sentido especial?’, preguntaron a coro, irónicamente, los detractores de la filosofía tradicional. De todos modos, el siglo XVIII inglés es consciente de lo que está en juego y, en la práctica, las expresiones *moral sense*, conciencia y ‘primeros principios de la actuación humana’, significaron lo mismo.

Harrington, en su miscelánea *Oceana*, había sentado, seguramente a la vista del escepticismo creciente, que la prudencia humana proviene de Dios,⁸⁷ porque, en definitiva, del mismo modo que la sangre que corre por un turco y un cristiano es igual, ambos portan la misma imagen de Dios, que es su razón.⁸⁸ También Adam Smith compartía la tesis del origen divino de la sabiduría humana.⁸⁹ Ambos eran conscientes de que estaban tomando parte abiertamente en una polémica ya desatada, porque, situado en la mitad del siglo, Francis Hutcheson, el moralista inglés más conocido hasta Bentham, escribía que en todos nosotros “está ínsito aquel sentido divinísimo por el que discernimos lo decoroso, lo bello y lo honesto”.⁹⁰ Porque en esta fábrica humana nuestra, sigue explicando Hutcheson, se contienen claramente indicios de la voluntad de Dios, que hace obligatorias unas acciones de los hombres, y prohíbe otras.⁹¹ Obviamente, ni unos ni otros hubieran hecho estas declaraciones apologeticas si no hubiesen estado ya las espadas en alto.

El tema se planteó en los libros de Ética y de Derecho algo indirecta y tardíamente. Locke, en su afán anticartesiano, adelantó a su tiempo histórico los términos más precisos de la discusión. Normalmente, los ingleses y franceses del siglo XVIII solían hacer largas declaraciones, de tono muy retórico, sobre “los preceptos deprimentes de una moral austera y salvaje que parece insinuar que una vida bien reglada debe ser triste y melancóli-

⁸⁷ “Human prudence is originally a nature of God, and, with respect to its existence, as ancient as human nature”. *The Oceana and other Works*. London, 1711, pág. 372.

⁸⁸ “If this rule holds as well in Shelding the blood of a Turk as of Christian, then, that wherin, man is the image of God is reason”. *Oceana...*, cit., pág. 217.

⁸⁹ “and to imagine that to be the wisdom of man, which in reality is the wisdom of God”. *The theorie of moral sentiments*. Oxford, 1979 (1759), pág. 87.

⁹⁰ “insitus est omnium divinissimus ille sensus, decorum, pulchrum et honestum, in animi ipsius motibus, consiliis, dictis, factisque cernens”. *Philosophia moralis institutio compendiaria*, libris III. Glasgow, 1745, pág. 18.

⁹¹ “Altius vero repetendi patebit, hanc naturae nostrae fabricam, clara continere indicia voluntatis Dei, alias hominum actiones jubentis, alia vetantes”. *Philosophia moralis...*, cit., pág. 115.

ca”.⁹² Estas son palabras relativamente pacatas, al menos si las comparamos con las de Bentham o Hume sobre el mismo tema. El planteamiento usual fue el indicado: hacer ver que la moral cristiana implica necesariamente una vida triste y unas privaciones innecesarias.⁹³ Markby, además, rechazaba, como tantos otros, la existencia de esa ‘facultad especial’ que sería la propia del *Moral sense*⁹⁴, según la terminología de Shaftesbury.

El primero que afrontó el tema en toda su radicalidad fue Bentham, quien mantuvo que no existe ningún principio moral innato al hombre, o de validez universal. Centra su atención en la regla ‘pacta sunt servanda’, y mantiene que la evidencia que creemos encontrar en ella solamente proviene de la persuasión que tenemos de hecho acerca de su validez.⁹⁵ Sería farragoso aludir a todas las negaciones de la conciencia, del *Moral sense*, o de los primeros principios de la actuación práctica, que podemos encontrar en estos autores. La mayor radicalidad (si es que se puede superar a Bentham) se puede encontrar en Bergbohm: ¿porqué condenamos el asesinato?, se pregunta el alemán. “Es un modo de hablar necesario”, responde.⁹⁶ Más adelante en su *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, mantiene que nadie siente o piensa igual ante los aparentes preceptos universales de la conciencia, tales como cumplir las promesas, castigar a los malhechores o respetar los bienes ajenos. “Nadie, absolutamente nadie, siente igual”.⁹⁷ Por esta razón no pueden existir unos contenidos

⁹² “Nonobstant les préceptes affligeants d’une Morale austere et sauvage, qui semble vouloir insinuer qu’une vie bien réglée doit etre triste et mélancolique...” Así se expresaba d’Holbach. *La Morale universelle...*, cit., Libro III, pág. 189.

⁹³ Una visión de conjunto de esta vertiente del problema, en CASSIRER, *La filosofía de la Ilustración*, cit., págs. 156-221.

⁹⁴ Vid. *Elements...*, cit., pág. 74.

⁹⁵ “En ocasiones tales, las expresiones usuales eran: lo exige la ‘justicia’ o la ‘Razón’, u otras semejantes; todas ellas no son sino medios para indicar que un hombre está firmemente persuadido de la verdad de algunas proposiciones morales, sin que crea ‘necesario’ preguntarse ‘por qué’”. *Fragmento sobre el gobierno*. Trad. J. Larios. Madrid, 1985, pág. 107. Las intensidades son de Bentham.

⁹⁶ “Es kann heissen: gewisse Verhältnisse und Handlungen kommen eben immer und überall wirklich vor und in Beziehung auf diese ist eine und dieselbe rechtliche Beurteilung unvermeidlich... In diesem und noch manchen anderen Sinne, den nächtlässige Sprachweise dem Worten geben mag...”. *Jurisprudenz...*, cit., págs. 431-432.

⁹⁷ “Sie fragen uns, ob wir es denn nicht ‘fühlten’, das Versprechen gehalten, fremdes Gut respektieren, Uebelthäter bestraft werden müssten und dlg... Niemand, schlechthin niemand ‘fühlt’ dergleichen”. Cfr. *op. cit.*, pág. 467.

necesarios del derecho, explica,⁹⁸ como si quisiera contradecir expresamente la tesis de Jellinek.

James Beattie centró con precisión los términos de lo que estaba en juego: “En lo que respecta a la religión cristiana, en tanto que afectada por este tema, podemos observar que un fatalista estricto nos urge a aceptar la doctrina de la necesidad, ya sea en favor del ateísmo, o contra la maldad del vicio... Es notable que algunos de los más distinguidos abogados de los que sólo he hecho mención, tales como Spinoza, Hobbes, Collins, Hume y Voltaire, son enemigos de nuestra fe”.⁹⁹ Si concedemos una cosa así, prosigue Beattie, se sigue que si yo ciego mis ojos, se aniquila todo el universo visible junto con mi facultad de ver. Pero en estos últimos treinta años, los principios que conducen a esta conclusión han sido admirados como la muestra de una profunda y maravillosa filosofía. Y el uso que les han dado algunos, especialmente uno <se refiere a Hume>, ha sido el de vindicar el ateísmo.¹⁰⁰ David Fordyce explicó muy matizadamente que la razón es únicamente una facultad instrumental que nos lleva a apreciar la adecuación de nuestra conducta con alguna finalidad; pero, al margen de algún sentido o *Affection*, nosotros no podríamos conocer ningún fin, y sin fin al que tender, no hay voluntad para la acción.¹⁰¹ Porque “¿acaso puede la razón, la simple razón, sin ningún grado de *Affection*, incitarnos a una caridad bien entendida?”¹⁰² Esta fue la solución que acabó adoptando finalmente, a pesar de sus muchas vacilaciones, John Austin.¹⁰³

⁹⁸ “Nirgend ein Beharren in einem allörtlich und allmenschlich Einförmigen...” *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 417.

⁹⁹ “With respect to the Christian Religion, as concerned in this matter; it may be observed, that one strenuous fatalist urges the doctrine of necessity, as an argument, either in favour of atheism, or against the turpitude of vice. Yet it is remarkable, that some of its most distinguished advocates, of whom I shall only mention, Spinoza, Hobbes, Collins, Hume and Voltaire, are enemies to our faith”. *Elements of Moral Philosophy. Edimburgh*, 1790, vol. I, § 254, pág. 206.

¹⁰⁰ “Which being granted; it follows that I, by shutting my eyelids, annihilate the whole visible universe, as well a my faculty of seeing it... But, within these thirty years, the principle that lead to this conclusion were admired, as profound and wonderful philosophy; and the use to which there were applied by some, by ‘one’ at least... was to vindicate atheism”. *Elements...*, cit., vol. II, § 1018, pág. 674.

¹⁰¹ “Reason may perceive a ‘Fitness’, or Appetite to certain End, but without some sense or Affection we cannot propose, or indeed have any Idea of any End, and without an End we cannot conceive any Inducement to Action”. *The Elements...*, cit., pág. 62. La intensidad es de FORDYCE.

¹⁰² “... but will Reason, mere reason, without degree of Affection, prompt him to such a well-pleaced charity?”. *Elements...*, cit., pág. 60.

¹⁰³ La reflexión de AUSTIN sobre este tema es francamente compleja, por contradictoria. En algunos momentos parece indicar que el ‘principio de utilidad’ no puede constituir

Algo más tardíamente, James Lorimer reprochaba a Shaftesbury haber enturbiado innecesariamente el problema porque el *moral sense* que él propuso, no es exactamente la misma realidad que la ley natural a la que se refieren San Pablo, los estoicos o Cicerón.¹⁰⁴ Según Lorimer, lo que propusieron estas personas no es más que la conciencia moral, según la entiende el lenguaje usual.¹⁰⁵ Es decir, Ley natural o conciencia son la misma cosa. Lorimer piensa que, dado que todo el hombre está fundado en la idea de humanidad, y esta idea se origina en Dios, los sentimientos de la conciencia necesariamente se remontan a Dios.¹⁰⁶

Por razones que no podría explicar con precisión, la conciencia, con su inevitable trasfondo teológico, no suscitó grandes polémicas durante el siglo XVII y la mayor parte del siglo XVIII. Pero pertenecía a la entraña de la ciencia destinada a sustituir a la 'Filosofía del derecho' prescindir de este residuo teológico que hacía imposible una consideración avalorativa del derecho: la teoría del Derecho implica negar la objetividad de cualquier valoración y, consecuentemente, de la conciencia en el sentido normal. Para pensar el derecho como 'hecho' puro, como fenómeno que simplemente aflora desde otros estratos humanos, molestaba una instancia que reclamara la objetividad de las valoraciones morales básicas.

4.2 *La fe en el progreso*

Este es un motivo sobre el que no es preciso insistir: todos sabemos que el complejo de superioridad típicamente ilustrado, que se continúa durante

la única guía –'index'– de la actuación del ser humano, porque la utilidad sin principios es ciega. Vid., en este sentido, *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 153. Parece dar a entender que la 'utilidad' es únicamente la guía próxima o 'inmediata' de nuestra actuación. Vid. op. cit., vol. I, pág. 156. Otras reflexiones distintas las encontramos en la *Lecture XXXII*, en vol. II, pág. 571.

¹⁰⁴ Vid. *The Institutes...*, cit., págs. 190-191. Shaftesbury, que estaba influido por el peculiar idealismo propio de la filosofía inglesa de la época, mantuvo que el hombre conocía la ley natural en Dios directamente, no 'en' su naturaleza humana.

¹⁰⁵ "Lord Shaftesbury's theory has not been anticipated by St. Paul and the Stoics, not yet by such writer as Cicero <por los motivos expuestos>, who uses the word 'conscience' in the sense which always has been attached to it in the popular speech". *The Institutes...*, cit., pág. 187.

¹⁰⁶ "Humanity... is always divined illuminated... Moreover, as the whole man is founded in the idea of humanity, and this idea originates with God, the feelings of conscience necessarily remount, in the own proper train, to the relation with the Divine". *The Institutes...*, cit., pág. 196.

el siglo XIX, está impulsado ante todo por la creencia en que el género humano caminaba desde hacía un siglo empujado por un progreso perenne e irreversible. Ya son varias las monografías conocidas que se han publicado sobre la historia de la idea del progreso.

Como no es cuestión de reiterar lo ya expuesto por otros, me limito a dejar constancia de que en el ámbito de la filosofía práctica, y especialmente en el de la reflexión hecha por los juristas, esta fe en el avance fue llevada de la mano por la confianza en el método científico-experimental. Por este motivo escribía David Hume que “como esta es una cuestión de hecho, no de ciencia abstracta, sólo podemos esperar éxito si seguimos el método experimental”.¹⁰⁷ Este método estaba dando entonces buenos resultados en las ciencias físicas, y comenzaba a ser aplicado a la química; pero una cosa es la investigación del mundo material, y otra la del campo propiamente humano. Pero la mentalidad era de afirmación y de fe en el progreso colectivo: toda conquista en las ciencias era interpretada como un avance humano, moral, y así lo expresa Bentham: “La época en la que vivimos es una época activa, en la que los conocimientos avanzan rápidamente hacia la perfección... Los descubrimientos y progresos en el mundo natural corresponden en el mundo moral a la reforma”.¹⁰⁸ El mismo Austin mantenía el necesario progreso moral: “La difusión y el avance de la verdad moral está, ciertamente, impedida por grandes y peculiares obstáculos. Pero estos obstáculos —estoy firmemente convencido— desaparecerán gradualmente”.¹⁰⁹

A pesar de la conciencia de derrota humanística que existía en la primera mitad del siglo XIX, el optimismo superó estos obstáculos. Lo reconocemos en Lermnier: “Para qué disimularlo: la teoría de la ciencia se halla en Francia muy distante de haber llegado a la altura de nuestra civilización e inteligencia”.¹¹⁰ Los problemas eran entendidos como un simple alto en el camino progresivo. “¿Y podrá la ciencia del derecho permanecer indiferente ante tanto progreso? ¿No debe, al contrario, tomarlo como punto de partida? y los que la cultivan, aplicando las lecciones y ejemplos que reci-

¹⁰⁷ *Una investigación sobre los principios de la moral*, cit., pág. 10.

¹⁰⁸ *Fragmento...*, cit., pág. 25.

¹⁰⁹ “The ‘diffusion’ and the ‘advancement’ of ethical truth are certainly prevented or obstructed by great and peculiar obstacles. But the obstacles, I am firmly convinced, will gradually disappear”. *Lectures...*, cit., vol. I, pág. 127.

¹¹⁰ *Introducción...*, cit., pág. 8.

ben de sus contemporáneos y de sus maestros, historiadores y filósofos, no emprenderán serios y nuevos estudios?”¹¹¹

El método científico garantizaba la creación casi de un nuevo género humano: no existía ningún peligro serio que no pudiera ser superado. Esta forma de pensar la observamos en Bergbohm, quien mantiene que la teoría del derecho ofrecerá, en el futuro, un sistema que compendie las verdades éticas fundamentales. Nuestros esfuerzos del presente están plenos de sentido, porque conjuntamente ofreceremos el diseño de un cuadro completo que nos conducirá al verdadero sentido de todas estas manifestaciones jurídicas para todos los tiempos.¹¹² El método que ha de ser seguido, el garante de nuestras esperanzas, es la *Naturforschung*, como indicaba Jellinek.¹¹³

Quizá el dato más decisivo es que expresa Ballesteros: “La clave de la modernidad es la certeza de que el futuro será mejor que el pasado y el presente, la certeza de que el futuro más o menos lejano coincide con la plenitud ... la inevitabilidad del progreso histórico conduce al desvanecimiento de la distinción entre el bien y el mal como calificativos de la acción humana”.¹¹⁴

5. *Un resultado inesperado*

El siglo XIX combatió la idea del Derecho natural. Esto no debió haber sido cosa fácil, porque no existía una ‘idea’ comúnmente compartida del Derecho natural a la que pudieran atacar unívocamente. De hecho, el iusnaturalismo de la modernidad tuvo más de ‘Rechspolitik’ que no de verdadero Derecho natural, según reconocía el propio Bergbohm.¹¹⁵ Las

¹¹¹ LERMINIER, *Introducción...*, cit., pág. 10.

¹¹² “Sie wird endlich auch die Zusammenfassung der juristischen Fundamentelethik zu Gesamtdarstellung herbeiführen, welche in Zukunft unsere rechtsphilosophische Systeme sein oder weniger dieselbe vertreten werden. Denn schliesslich hat ja dieser einzelnen Bemühungen nur die Bedeutung, mit den vielen anderen zusammen uns von dem Recht ein volles Bild zu entwerfen, das uns der wahre Sinn dieser Erscheinung nach allen Zeiten ausdeutet”. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 101.

¹¹³ “Mit diesen Grundsätzen hat die Naturforschung seit geraumen Zeit unverliebte Besitzthümer angesammelt und täglich sehen wir sie an der Hand der eben erwähnten Principien neue Höhe ersteigen, die unsere Blick ungeahnte Aussichten eröffnen”. *Die soziaethische...*, cit., pág. 4.

¹¹⁴ *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*. Madrid, 1989, pág. 35.

¹¹⁵ Vid. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 128.

ideas sobre el *ius naturale* propias de la Baja Edad Media y del siglo xvi se habían perdido a estas alturas: cualquiera de nuestros abuelos se hubiera quedado sorprendido de habersele preguntado si él estimaba que el verdadero derecho natural se ceñía a los primeros principios de la razón práctica, o si también abarcaba las instituciones ‘introducidas’ por el Derecho de gentes. Las viejas historias sobre las que teorizaron Tomás de Aquino, los hermanos Bolognnetus, Joaquín Hopper o Francisco Connanus habían sido olvidadas, desbordadas por los libros de Grocio, Pufendorf, Locke, Thomasius, Gundling y, finalmente, los discípulos de Kant.

La reacción romántica contra el individualismo de las teorías jurídico-políticas de la edad moderna, que quedaron representadas en Kant y en algunos de sus seguidores más conocidos, como Wilhelm Traugott Krug, ya se habían producido. El iusnaturalismo anterior a la edad moderna era entonces desconocido. ¿Qué quedaba para atacar en nombre del método científico-natural? Porque no tenía mucho sentido seguir sermoneando contra la ‘razón abstracta’ de tipo kantiano: también en este punto se produjo un cierto cansancio, resultado del ejercicio demasiado repetido.¹¹⁶ Como no existía un enemigo al que responder, el siglo xix lo inventó: era la ‘Idea Eterna’ del Derecho natural, es decir, el Derecho natural como un ordenamiento superior y paralelo a los derechos ‘positivos’ realmente existentes, de modo que el Derecho natural, así entendido, sirviera de modelo perenne para cualquier disposición ‘positiva’.

¿Ha existido alguna vez en la historia una teoría así del Derecho natural? Indiqué antes que el mismo Pufendorf muestra talantes muy contradictorios según estudiemos su “De iure naturae et gentium” o el “De Officio”. Porque mientras aquel libro trata más bien de ‘Rechtspolitik’ según el contractualismo moderno, este último, en cambio, es más bien un recetario de principios éticos conocidos *ex sola ratione*, sin mucha argumentación o discurso. Quizá la corriente que arranca de Christian Wolff, que a medias es escolástico aún, y también a medias es moderno, pudo haber diseñado algo parecido a la ‘idea eterna’ del derecho natural. Los ocho volúmenes del *Ius naturale et gentium* de Wolff parecen proponer un ordenamiento jurídico completo extraído de la sola razón natural. Esta línea moderada, que se prolonga a través de Filangeri, Burlamachi, Heineccius, etc., pudo haber representado la quimera moderna del ‘De-

¹¹⁶ Vid. mi estudio ‘*Naturrecht*’ y ‘*Rechtsphilosophie*’, en “Anuario de Filosofía del Derecho” (1986) págs. 360-381.

recho natural', normalmente amparada a lo largo de la Ilustración bajo el prestigio de Hugo Grocio, al que reeditan beligerantemente incluso en el siglo XVIII. Es un tema que no lo tengo claro, y será cuestión de abordarlo debidamente en otro estudio. De todos modos, la corriente triunfante en la Modernidad, la que se inicia con Pufendorf y se prolonga mediante Thomasius, Locke, Gundling, Koehler, Achenwall, etc., hasta acabar en los epígonos de Kant¹¹⁷, poco tuvo que ver con esta otra línea. Lo que sí está claro es que el siglo XIX necesitó crear una imagen del 'derecho natural' que fuera accesible a sus ataques en nombre del fenomenismo, relativismo ético, historicismo, etc. Porque toda creación científica se hace odiando, dando patadas a lo que se detesta; el arte se desarrolla amando, mediante la imitación de aquello que se quiere. Locke o Newton escribieron sus libros contra Descartes y su escuela. Delacroix, en cambio, tenía demasiadas cosas que admirar como para perder el tiempo ejerciendo una crítica así.

De este modo, uno de los grandes inventos del siglo XIX fue el de la idea del Derecho natural perenne. Lerminier indicaba ya muy pronto que "El primer elemento que es preciso reconocer en el derecho positivo es el elemento filosófico. Las ideas absolutas de lo justo y de lo verdadero constituyen su fondo y su esencia, profesadas por todos, se hallan en el derecho de todas las naciones. Estas son las ideas que el género humano nunca ha dejado de honrar y practicar con el nombre de 'derecho natural'. Si reinasen solas, puras y sin mezcla, en todos los pueblos, no existirían el derecho positivo y las legislaciones particulares, y el imperio del mundo pertenecería a la filosofía".¹¹⁸ A pesar de estas declaraciones, Lerminier representa, sin embargo, un pensamiento más moderado que entendía, de forma parecida a Jellinek, que en la base de todas las legislaciones ha de hacer un *minimum* de principios éticos cuyo cumplimiento garantiza la corrección de las leyes. Pero esta tesis más matizada se pierde en la segunda mitad del siglo XIX. Entonces, los seguidores del método físico-natural hablan sin reparos de un 'Derecho natural' completo y sin lagunas: 'Todo derecho ideal es necesariamente completo (*lückenlos*), porque no puede ser de otra forma'.¹¹⁹ Las tres cualidades que Bergbohm adscribe a cualquier derecho

¹¹⁷ Al pensamiento jurídico-político de estos autores dediqué la monografía *La Cabeza de Jano*. Cádiz, 1989.

¹¹⁸ *Introducción...*, cit., pág. 36.

¹¹⁹ Así opinaba BERGBOHM: "Wenn jedes ideelles Recht in sich lückenlos ist, weil es nichts anders sein kann..." *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 396.

natural son: 'Eterno, universal y absoluto'.¹²⁰ Así ha de ser todo 'derecho en sí', *Recht an sich*. Estas expresiones, 'derecho en sí', o 'justicia en sí', no las encuentro en la jurisprudencia anterior a la decimonónica. Es posible que sean formas de expresarse acuñadas en el área de cultura alemana bajo la influencia de la terminología kantiana, que tantas referencias hacía a la *Ding an sich*. Ya a comienzos del siglo xx esta terminología está consagrada, y Picard puede permitirse escribir sin necesidad de mayores aclaraciones que "Ahora llego a un punto de poderoso interés: el del 'derecho natural' o filosófico... No es punto que en la práctica tenga una seria importancia. El derecho positivo o 'realista' ocupa, ciertamente, todo el sitio".¹²¹ La idea de 'ocupar todo el sitio' no deja de ser una interesante transposición de categorías físicas o geométricas (la ubicuidad) a la realidad humana.

C) ¿Una Ética sin deberes?

Un hecho, que es aquello que no aporta la razón de su comparecencia ante nuestra vida, 'es', y no se puede decir mucho más sobre su existencia. Pero el derecho o la moral no son simples hechos: son proyectos normativos que intentan someter la vida humana a normas, de acuerdo con unos bienes que consideramos que es necesario obtener. Estamos ante el imperativo categórico kantiano.

La razón puede mostrarnos determinadas conductas como aconsejables, recomendables, útiles por cualquier motivo, etc. Estaríamos ante el imperativo hipotético, según Kant. Aunque en nuestra vida cotidiana no podemos distinguir tan claramente entre lo categórico y lo hipotético, porque lo que puede parecer simplemente 'útil' suele ser a veces el criterio mayor de la justicia, y en general de la moral. En cualquier caso, el estudio de lo útil suele ser imprescindible para aplicar los principios a la situación existencial concreta: de este modo la *ratio* se pone al servicio del *intellectus*. Lo que no sería admisible es conceder autonomía total a la 'razón' (*ratio*), porque este instrumento, al que Wittgenstein llamaba 'a box of tools', no sabe qué hacer consigo mismo. La razón sin intelecto es ciega.

Lord Kames reparaba en este problema, y lo explicitaba en este sentido, oponiéndose a Bentham. Según nuestro aristocrático interlocutor "La ver-

¹²⁰ "ewiges, universelles, absolutes oder Recht an sich ausgedrückt". Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pág. 410.

dad sobre este tema es que el término ‘adecuado’ (*fitness*) o ‘inadecuado’ (*unfitness*) en su significación presente, depende enteramente del *moral sense*.¹²² Es decir, aquella conducta que la razón presenta como adecuada depende, en su moralidad específica, del principio ético que intente hacer realidad. De suyo, la razón no puede hacer más, porque la calificación de *fitness* y *unfitness* son cualidades de la acción que se obtienen por la experiencia,¹²³ es decir, aplicando la razón a la consideración de los hechos. Pero si pasamos del plano simplemente hipotético al categórico, prosigue nuestro Lord, es decir, si la adecuación o no de la acción implica un ‘right’ o ‘wrong’ porque se refieren a un ‘deber hacer’ (*as denoting that we ought to do*), entonces estamos yendo más allá de la simple *fitness*.¹²⁴ “El error de este doctor es bastante frecuente, concluye Kames, y consiste en tratar de poner la razón en lugar del sentimiento”.¹²⁵ Kames explica lúcida-mente que no puede surgir un deber desde consideraciones simplemente utilitarias.

Hoy es preciso plantear otra vez este problema, porque o bien se dice que el derecho ‘obliga’ pero no origina un deber, o bien se mantiene como un postulado que las ‘normas existen’ como tales, es decir, formando un cuerpo *normativo* en virtud de algunas características tuyas que nada tienen que ver con el deber.¹²⁶ Yo pienso que opinar así supone erigir un nuevo altar *deo ignoto* que, en este caso, sería el talante normativista que caló tan hondo en los siglos XVIII y XIX, y que nosotros hemos heredado a

¹²¹ *El derecho puro*, cit., pág. 135.

¹²² “For the truth of the matter is, that the term ‘fitness’ and ‘unfitness’, in their present signification, depends entirely upon the moral sense”. *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, cit., pág. 71.

¹²³ Lord KAMES: “Fitness and unfitness, with regard to a certain end or purpose, are qualities of action which may be gathered from experience”. Cfr. *Ibidem*.

¹²⁴ “But fitness or unfitness of actions, as importing ‘right’ or ‘wrong’ as denoting that we ought to do, or abstain from, have truly no meaning...” *Essays...*, pág. 72.

¹²⁵ “The doctor’s error therefore is a common one, that he endeavours to substitute reason in place of sentiments”. *Ibidem*.

¹²⁶ El postulado del carácter ‘normativo’ de todo el derecho parece una técnica sustitutoria de otras categorías más básicas que permite evadirse de plantear claramente los temas fundamentales. En este sentido explica SERNA que “A lo largo de todo el discurso de nuestros autores vamos a encontrar una evasiva permanente al problema de la obligatoriedad moral del derecho positivo. La asunción de criterios morales es planteada siempre como una cuestión de hecho, porque desde sus premisas epistemológicas sólo se puede llegar a la perplejidad ante el deber”. *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. Pamplona, 1990, pág. 263.

trancas y barrancas. Un Dios menor, al fin y al cabo. Porque si prescindimos de la categoría del deber, podrá haber forzamiento de la voluntad, doblegamiento mediante la fuerza, persuasión a través de la conciencia socialmente compartida, y algunas cosas más. Pero en ninguno de estos casos es lícito hablar de ordenamientos propiamente normativos. Hart captó este problema, y propuso una solución pretendidamente objetiva o equilibrada: la norma existiría ante la conciencia social e individual, objetivamente, sin necesidad de recurrir a explicaciones psicologistas; aunque después de tantas trifulcas del mismo Hart con Alf Ross sobre este tema, esto tendría que ser más matizado.

No pienso, sin embargo, que haya necesidad de entrar en mayores detalles sobre el planteamiento de este tema, porque parece que una cosa es la explicación sociológica, psicológica, etc., de la obediencia, y otro asunto distinto es la justificación de su obligatoriedad, como indica Cotta.¹²⁷ Sin la noción específica de 'deber' puede haber infracciones de la validez de las normas (como diría Bobbio), o inobservancias de un hábito de obediencia, como tendencialmente parece proponer Austin, o irregularidades, es decir, desviaciones de conductas socialmente aceptadas, como explicaría cualquier norteamericano behaviorista o un empirista de Uppsala. Pero, a menos que vaciemos la palabra norma del contenido que le dieron algunos sofistas y Platón, nunca podrá haber deber sin norma, y viceversa. Explica Trigeaud que debemos oponer a este conocimiento teórico del saber jurídico el hecho de que el derecho existe solamente cuando lo consideramos más allá de su 'estar ahí', y vemos en él una expresión de la idea de la justicia.¹²⁸

Si una norma no nace con la vocación de generar un deber, sería ir contra el mismo uso lingüístico decir que eso 'constituye una norma'. Sobre este problema, los positivistas clásicos, como Kelsen, Ross, Hart, etc., parece que van quedando lejos en la historia. Por esto, apenas me referiré a ellos (excepto a Kelsen) para ejemplificar las opiniones sobre las relaciones entre sanción y deber. Una persona conocida hoy gracias a la amplificación de su pensamiento que hace E. Garzón Valdés, es Norbert Hoerster, quien mantiene, pese a quien pese, que una cosa es la obligación

¹²⁷ "Ma il problema, anzichè risolto, è eluso. In fatti la pressione psicologica e l'abitudine spiegano (e, si se vuole, giustificano) l'obbedienza all'ordinamento, ma non la sua obligatorietà". *Giustificazione e obligatorietà delle norme*. Milano, 1981, pág. 42.

¹²⁸ Vid. *Essays de philosophie du droit*. Genova, 1987, pág. 270.

y otra el deber de obedecer la norma.¹²⁹ Pero esta postura de Hoerster me parece que es propia de quien ya no hace pie, próxima a una obstinación que no atiende a razones. Y es que este tipo de ‘positivismo jurídico’, hoy, después de una experiencia de casi doscientos años, o se mantiene dogmáticamente, o no se sostiene.

1. *No se entendieron sobre lo que era el deber jurídico*

Si propongo ahora hacer una referencia superficial a este tema, tal como lo planteamos unos y otros actualmente, parece que estilamos tres modos de abordar la cuestión.

Una primera forma sería la de Nawiaski, por ejemplo, quien escribe que “la norma de derecho prescribe a las personas a las que se dirige, los destinatarios jurídicos, un determinado comportamiento externo bajo sanción coactiva. Así nace para ellos una necesidad de conducta asegurada mediante la amenaza de una sanción; más exactamente, de este modo se les impone esa necesidad de conducta. Necesidad de conducta es lo mismo que deber de una conducta necesaria coactivamente asegurada, e igual que deber coactivo o deber jurídico”.¹³⁰ Si el lector examina despacio esta impresionante cita, verá que, en definitiva, no dice nada distinto de lo que Kelsen había dejado establecido sobre el tema. Pero la actitud retórica de Nawiaski merece un lugar aparte: identifica expresamente forzamiento y deber, y se expresa de una forma lo suficientemente complicada como para ganar fama de pensador o expositor profundo.

Una segunda posibilidad sería la usual de todos los autores que no creen en la realidad de la verdad práctica: decir lo mismo que Nawiaski, pero con más simplismo, a saber: que existe ‘deber’ desde el momento en que está prevista una sanción para un comportamiento. Este fue el camino por el que se encaminó colectivamente el iusnaturalismo del siglo XVIII,¹³¹ hasta que la mayor finura del análisis kantiano lo desmoronó, de forma que

¹²⁹ Vid. *En defensa del positivismo jurídico*. Trad. J. Malem Seña. Barcelona, 1992, pág. 135.

¹³⁰ *Teoría General del Derecho*. Trad. J. Zafra. México, 1980, pág. 214.

¹³¹ Vid. mi estudio *Deber y Fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico*, en “Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social”. Universidad de Oviedo, 1991, págs. 151-182. Un estudio que cubre un arco histórico más amplio es el Hans-Ludwig Schreiber, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*. Berlin, 1966. Sobre la Edad Moderna, vid. págs. 10-52.

buena parte del siglo XIX alemán hubo de crear la teoría de la *Selbstanerkennung*,¹³² para llegar finalmente a un callejón sin salida. Jeremy Bentham dejó las cosas muy claras en este tema: “Definición de delito en general. Un delito es un acto prohibido o, lo que es lo mismo, un acto cuyo contrario está ordenado por la ley”.¹³³ Bentham usa todavía términos algo misteriosos, como el de ‘prohibido’. Su pensamiento queda más claro cuando afirma que “Toda ley coercitiva crea un delito, esto es, convierte un acto de cierto tipo en delito. Es lo mismo decir ‘impone una obligación’ que ‘produce coerción’”.¹³⁴ John Austin siempre matiza más, aunque en este tipo de cuestiones matizar quiere decir incurrir en contradicciones. De un lado, establece que estar ‘obligado’ (*bound ou obliged*) es lo mismo que tener una ‘obligación’ (*duty*), y que ésta consiste sólo en la posibilidad de sufrir una sanción.¹³⁵ De otra parte, se ocupa muy extensamente de la noción romanista de ‘officium’ y ‘persona’, y establece que un *officium* “es una obligación moral en el más amplio sentido”.¹³⁶ Él tiene a la vista la noción romanista de la ‘necessitas’, en cierto modo a la vez moral y jurídica, y el conjunto de su explicación del derecho apunta a que el principio de utilidad debe estar guiado por el *moral sense*. Por esto, no se puede afirmar inmatizadamente que Austin deja reducida la noción de deber a la de aplicación de una sanción, aunque algunos textos suyos así lo afirmen expresamente.

Algunos autores ingleses reaccionaron, ya en el siglo XVIII contra esta noción del ‘deber’ dominante en toda Europa. Adam Ferguson, por ejemplo, dedicó palabras duras a esta reducción, según él indebida: “Cuando el miedo se sugiere como la única causa del deber, cada corazón se hace

¹³² Vid. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtstheorien*. Tübingen, 1923, XI Kapitel, págs. 311 y ss.

¹³³ “So much for the definition of offences in general. Now an offence is an act prohibited, or (what comes the same thing) an act which the contrary is commanded by a law”. *Introduction...*, cit., vol. II, pág. 232.

¹³⁴ “Every coercitive law creates an offence, that is, converts an act of some sort into a offence. Its is only so doing than it can ‘impose obligation’, that it can ‘produce coercion’”. *Introduction...*, cit., vol. II, pág. 268.

¹³⁵ “Being liable to evil from you if I comply not with a wish which you signify, I am ‘bound’ or ‘obliged’ by your command, or I lie under a duty to obey it”. *Lectures...*, cit., Vol. I, pág. 89. Poco más adelante indica que “But is only by the chance of incurring ‘evil’, that I am ‘bound’ or ‘obliged’ to compliance”. *Op. cit.*, pág. 91. Las intensidades son de Austin.

¹³⁶ “Officium is the moral duty or obligation in the largest sense”. Cfr. *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 926.

rapaz y mezquino, y esta medicina, si se aplica a un cuerpo sano, producirá el mal que en otros estaba destinado a curar".¹³⁷ Lord Kames insistió en la misma idea.¹³⁸ Esta explicación debió permanecer en las universidades inglesas, porque Allen explicaba bastante más tarde, con extremada precisión, que el deber no puede ser reforzado sino por la conciencia individual. Si nosotros hablamos del refuerzo legal de una obligación jurídica, nos referimos más bien a la operación que prescribe una pena legal para el no-cumplimiento de cierta orden o prohibición expresa. Esta pena impuesta extrínsecamente para la desobediencia no es lo mismo que el reforzamiento de la obligación.¹³⁹ Porque una cosa es el acto de fuerza implícito en toda sanción, y otra el deber o *duty* que se expresa mediante el término *ought*.

La reacción más furibunda contra esta matización vino de la mano de Frederic Harrison, en polémica con Allen. Según Harrison, en el derecho el poder lo es todo, y la razón de la cosa, o su posibilidad filosófica, no es nada.¹⁴⁰ Austin había dejado establecido que el Estado es *legibus solutus*, porque no reconoce ni puede reconocer superior. Esta tesis la exaspera Harrison, que indica reiteradamente que el Estado es omnipotente ante los juristas,¹⁴¹ aunque no para los moralistas, políticos o teólogos, que siempre tienen libertad para criticar su actuación.¹⁴² Vuelve sobre el tema y declara que el derecho consiste únicamente en fuerza. "Jurídicamente hablando, se queda en fuerza, y en fuerza sólo".¹⁴³ Consecuentemente, en el derecho todo es cuestión de 'necesidad': Nunca existe el 'debe' (*ought*), 'sino siempre el tener que' (*but always must*), y en este sentido se dice que siempre y en todas partes es imperativo.¹⁴⁴

¹³⁷ *Un ensayo...*, cit., pág. 304.

¹³⁸ Vid. *Essays...*, cit., pág. 133.

¹³⁹ "Duty cannot be enforced by anything but individual conscience. When we speak of the legal enforcement of legal duties, we mean rather than the operation of prescribed legal penalty for non-compliance with certain express commands or prohibition. This extrinsically-imposed penalty for disobedience is not the same thing as the enforcement of the duty". Cfr. *Legal duties...*, cit., pág. 197.

¹⁴⁰ "Now in law authority is everything, and the reason of the thing, or philosophical probability, is nothing". Cfr. *Jurisprudence and the conflicts of law*, cit., pág. 19.

¹⁴¹ Vid. *Jurisprudence...*, cit., págs. 20 a 26.

¹⁴² Vid. *Jurisprudence...*, cit., pág. 30.

¹⁴³ "Political socially speaking, law rest on something more than force. Juristically speaking, it is on force, and force alone". Cfr. *Jurisprudence...*, cit., pág. 31.

¹⁴⁴ "The proposition is the most useful in drawing attention to this: That law is always a matter of necessity—its is never ought, but always must; in that sense it is always and everywhere imperative". Cfr. *Jurisprudence...*, cit., pág. 37.

Kelsen fue, en cierto modo, más habilidoso. No se desinteresó del tema, como sí hicieron la mayor parte de los filósofos del derecho y juristas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX. Reconoce que desde el momento en que existe el concepto de norma jurídica, independiente del de norma moral, ha de haber la posibilidad de hablar de un deber jurídico que sea distinto del deber moral. Me parece que estamos ante otro juego didáctico de la imaginación geométrica-espacial aplicada a los problemas humanos. Este juego consistiría en afirmar que si existe X, es decir, el deber moral, ha de existir Y, esto es, el deber jurídico, porque toda 'norma' desencadena un 'deber' como correlato necesario suyo. Quizá el problema arranca de llamar 'normas' a los *commands* jurídicos: Austin fue más pulcro en la elección de la terminología. Pero esta posible objeción no desanimaría a Kelsen, quien continuaría afirmando que el deber jurídico sería tal por su carácter formal, independientemente de su contenido, y este carácter formal deriva de la misma naturaleza de la norma jurídica.¹⁴⁵ Esto fue lo que expresó Nawiaski tras los pasos de Kelsen: que el deber jurídico no es más que la norma jurídica vista desde el punto de vista de su destinatario.¹⁴⁶ No olvidemos que en estos autores, y en el momento histórico en que ellos viven, el prototipo de norma jurídica era la norma penal, por lo que la sanción anexa al derecho saltó al primer plano de cualquier definición de lo jurídico.

Pero, por lo general, este problema queda difuminado en Kelsen, diluido tras la división entre 'ser' y 'deber ser', porque él se suele desinteresar de este tema, y en su lugar sitúa el *Sollen*, una categoría a priori de la razón, que nada tiene que ver con deberes metajurídicos o morales. Podría decir con poca precisión, la que permite Kelsen, que el deber jurídico es un *Faktum*, aunque no empírico. En esa especie de 'Analítica trascendental' de la que se apropiaron indebidamente los neokantianos, el 'deber' o *Sollen* es aquel a priori del entendimiento (*Verstand*) que nos permite conocer lo que es específicamente normativo. Por este motivo, la obligatoriedad de una norma es ya un concepto analítico: la norma produce un deber u obligación desde el momento en que es captada o entendida por la razón como una 'norma'.¹⁴⁷ Al parecer, Kelsen no entendió a Kant, y esta fue una cuestión ampliamente estudiada en la primera mitad de este siglo.

¹⁴⁵ Vid. *Reine Rechtslehre*. 2ª ed. Wien, 1960, págs. 60-72 y 346-349.

¹⁴⁶ Vid. *Teoría General...*, cit., pág. 214.

¹⁴⁷ Incluso LEGAZ siguió esta singular explicación. Vid. *Filosofía del derecho*. 3ª ed. Barcelona, 1972, págs. 434 y ss.

El juicio más elemental y preciso que viene a la mente ante estas actitudes sobre el deber, es el que expresa Ollero: “El método positivista excluye toda razón práctica... lo más grave es que si los ciudadanos fueran tan inteligentes como para ser positivistas, el derecho dejaría de funcionar, al no contar con más motivo para ser respetado que el recurso a esa fuerza bruta a la que está precisamente llamado a sustituir”.¹⁴⁸

2. Validez y vigencia jurídicas: asignaturas pendientes

El problema al que acabo de aludir fue un problema real, e indico esto no sólo porque históricamente se ha producido y expresado, sino porque es cuestión que todo investigador debe plantearse, ya que cualquier ser humano está en el derecho de exigir aclaración sobre él. Siempre que aparece una directriz obligatoria, toda persona está facultada para preguntar: “¿Por qué he de obedecer yo las órdenes que tú me dictas?” Esta pregunta sería superflua en las relaciones arbitrarias, del tipo de las de amo-esclavo, y en los Estados totalitarios, en donde un dirigente dicta inequívocamente las órdenes jurídicas: pero en las relaciones jurídicas este interrogante siempre tiene derecho a estar presente, porque si no es así, no son relaciones jurídicas, sino de los tipos anteriormente aludidos.

El punto de partida de la teoría del derecho realista, naturalista o positivista estaba claro: ‘mostrar’ objetivamente el derecho realmente existente, creando seguridad.¹⁴⁹ Postulaban que las leyes ‘están ahí’, con un contenido gramatical-semántico que no es distinto al de las palabras del habla usual. El tema lo sitúa claramente Bentham y, especialmente, Austin: si sólo podemos conocer el contenido de las normas jurídicas una vez que el juez ha dictado su sentencia, se trata de un derecho —explica Austin— sólo cognoscible *ex post facto*.¹⁵⁰ Pero así no puede existir seguridad jurídica:

¹⁴⁸ ¿Qué podría significar hoy ‘uso alternativo del derecho’?, en “Nueva Revista”, Enero, 1982, pág. 20.

¹⁴⁹ Andrés OLLERO explica que “La opción por la *positividad* responde en muchos casos al afán por garantizar la *racionalidad* científica. Determinar el ámbito propio de una propuesta racional exigirá distinguir el derecho que ‘es’ respecto al —meramente deseado— derecho que ‘debe ser’... Desde una perspectiva práctica, la opción por la positividad jurídica refleja a su vez una atención primordial al logro de la *seguridad* en la convivencia social”. *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., pág. 182.

¹⁵⁰ Vid., por ejemplo, las *Lectures XXXVII y XXXVIII*, contenidas en el vol. II de sus *Lectures...*, cit., págs. 628-645.

los ciudadanos deben conocer el derecho antes de su 'aplicación', o del litigio. En consecuencia, toda la época exigió una ciencia expositiva de las normas jurídicas y de sus contenidos que fuera anterior a la aplicación del derecho.

Pero esta exigencia conlleva algunos problemas. Cualquiera puede entender que constituye derecho 'real' aquellas normas jurídicas que son realmente aplicadas por las instancias administrativas, judiciales, etc. Es decir, que toda norma debería pasar un *test* para poder decir de ella que está 'realmente vigente'. Pero entonces se cae de lleno en el reproche del derecho como realidad *ex post facto*. El único modo de evitar este problema estaba en postular que las normas jurídicas existían ya antes de sus posibles aplicaciones concretas. La peculiar forma de existir de una norma jurídica, al margen de la comprobación real de su eficacia, fue llamada *validez*: toda norma que hubiera cumplido unos determinados requisitos en su creación era una norma 'válida', y por tanto aplicable. Esto suscitó un problema de bastante monta: ¿qué quiere decir 'aplicable'? Ya veremos que Austin, por ejemplo, se separó notablemente de lo que ha pretendido históricamente el positivismo estrictamente normativista, que no comienza sino con Thomas Erskine Holland.

La inteligencia de las normas jurídicas como un cosmos autónomo de existencia (postulaban que toda norma jurídica válida 'existía', y sólo existían las normas jurídicas que fueran válidas) requirió de un aparato epistemológico especial para poder explicar esta extraña forma de vida. Este positivismo, llamado usualmente legalista para diferenciarlo del positivismo judicialista (pensemos en Yntema, Llewellyn o Radin) y el sociologista (todos conocemos a Hägerström o Ross), postulaba en cierto modo que toda norma jurídica válida es una norma 'obligatoria' o vigente, sin necesidad de pasar ningún *test* especial. Norma obligatoria, norma vigente, norma aplicable: un juego de palabras muy delicado. Un representante actual de la Teoría del derecho diría que la proposición 'una norma jurídica es válida', sólo quiere decir que tal norma 'tiene que aplicarse', lo que en modo alguna prejuzga la bondad o maldad de su contenido material¹⁵¹ o la posibilidad o no de su aplicación efectiva, porque de la aplica-

¹⁵¹ Los epígonos actuales de la 'Teoría del Derecho' siguen lo que en su día constituyó la escandalosa explicación de Kelsen, al que se le acusó de estar influido excesivamente por el *Freirecht*. Porque Kelsen distinguía entre ordenamientos normativos 'estáticos' y 'dinámicos'. Aquellos serían los morales, en los que el contenido de la norma superior determina el contenido de la norma inferior. En los ordenamientos 'dinámicos', en cam-

ción efectiva de las normas se ocupa la sociología del Derecho. Pero esto choca con la exigencia de la seguridad jurídica: estamos otra vez, en esta ocasión de la mano de la teoría del Derecho, ante la solución jurídica 'ex post facto'. No servía esta interpretación del alcance de la validez jurídica. El positivismo que representaban Harrison o Knapp, por ejemplo, mantenía que la validez jurídica conllevaba necesariamente la vigencia social de la norma, su efectividad sin más. De ahí el empeño de Knapp o de Jellinek por dar con el orden jurídico verdaderamente 'real', *wirklich*. Esta ha sido históricamente la pretensión de la teoría del derecho naturalista, científica o positivista: mostrar a todos los contenidos jurídicos reales, prescindiendo de ensueños.

Este planteamiento arrastra otros problemas. ¿Qué es la 'vigencia' de las normas del derecho? Obviamente, estos autores no podían referirse a la simple eficacia sociológica. Aunque ellos rastrearán en un primer momento las normatividades sociales para encontrar el orden normativo verdaderamente eficaz,¹⁵² una vez hallado, este orden era específicamente normativo, esto es, era capaz de exigir obediencia. ¿Exigir obediencia por la fuerza, o por el deber? La salida fácil, ya aludida, estaba al alcance de cualquiera: identificar deber y coercibilidad. Pero, resuelto así el problema, más bien quedaba como una asignatura perennemente pendiente: cada norma jurídica no puede ser reconducida a simple y escueta fuerza, aunque el fundamento último de la existencia del derecho sea de tipo sociológico. Si se afirmara esto, cualquier orden jurídico perdería todo su prestigio. Además, las cosas no son exactamente así. ¿Qué decir?

Quizá no exagero si digo que estamos ante un problema que es insoluble desde las premisas de la Teoría del derecho: sus condiciones de origen lo conducen hacia un círculo vicioso. Como este tema no puede ser estudiado 'desde dentro', porque iríamos a la aporía constante que acaba en la identificación de deber y fuerza, Kelsen se zafó de él elegantemente: el

bio, como es el derecho según Kelsen, la norma superior sólo determina la forma como debe ser producida la norma inferior, pero en modo alguno su contenido. Vid. *Reine Rechtslehre*, cit., págs. 238 y ss. y 346 y ss. La distinción entre ordenamientos dinámicos y estáticos la encontramos en la pág. 72.

¹⁵² Escribe COTTA, muy a la vista de la doctrina de Kelsen, que "Impostati in questo termini, il problema dell'obbligatorietà... delle norme si risolve in quello dell'efficacia della più generale e 'immensa' pressione psicologica esercitata dall'intero ordinamento". *Giustificazione...*, cit., pág. 41. En las páginas 49-60 de la segunda edición (1960) de su *Reine Rechtslehre*, Kelsen destacó la 'conexión esencial' que ha de existir entre la validez o vigencia y la eficacia real (*Wirksamkeit*) de la norma jurídica.

derecho es un ordenamiento normativo, lo que quiere decir que existe en tanto él constituye un 'deber ser'. Bentham, Harrison o Knapp, hubieran quedado atrapados en su 'investigación científico-natural', *Naturforschung*, en este problema. Pero Kelsen (siguiendo los cambios del positivismo en el derecho a finales del siglo XIX, cuando el positivismo científico propio de las ciencias naturales abocó al empirismo) propuso un método filosófico que le permitía evadirse de la aporía continua: porque, en la medida en que el deber ser es simple y pura analiticidad, su existencia viene fundamentada por un postulado de la razón práctica. Y en este mundo olímpico ideado bajo el patrón de la Analítica trascendental kantiana, las contradicciones vitales, humanas, no cuentan para las formas puras: este mundo está muy por encima de nosotros, los hombres empíricos. Además, esta forma pura del conocimiento, el *Sollen*, se refiere únicamente a la forma de la normatividad: en modo alguno condiciona el contenido de cada norma. De la mano de Kelsen nos introducimos en un universo de ideas o categorías puras que, temo, poco se relaciona con los problemas de nosotros, los hombres que tenemos que vivir el día a día.

Kelsen planteó lo que más tarde hemos conocido como una 'estructura': "Una estructura comprende los tres caracteres de *totalidad*, de *transformación* y de *autorregulación*".¹⁵³ La estructura constituye tanto un instrumento metodológico como una propiedad de la realidad: es el instrumento lógicamente construido que nos permite acceder al núcleo mismo de la realidad. Postulado como hipótesis al comienzo, el modelo construido es identificado con la estructura misma de la realidad.¹⁵⁴ Efectivamente, Kelsen, Bobbio o Hart han construido una estructura que, precisamente por este carácter, no es fácil de impugnar, pues estas definiciones genéticas son constructos analíticos que crean su objeto al mismo tiempo que aparentemente lo exponen.

El talante kelseniano, el único que puede 'salvar las formas' (si se me permite este juego de palabras) de la teoría del Derecho, ha quedado entre nosotros en la medida en que diversos autores pretenden mantener el dogma central del positivismo jurídico. Así, Albert, por ejemplo, nos dice que "Aquí investigaremos prescindiendo de criterios iusnaturalistas y sociológicos al derecho 'positivo' en tanto que lo entendemos como un 'cosmos

¹⁵³ A. MONTORO, quien reproduce a Piaget. Vid. *Análisis estructural y conocimiento jurídico*. Murcia, 1982, pág. 28.

¹⁵⁴ Vid. MONTORO, *Análisis estructural y conocimiento jurídico*, cit., pág. 30.

autónomo' de 'normas vigentes', que debe ser estudiado por una disciplina no-empírica, la 'jurisprudencia pura', entendiéndolo 'cognitivamente'".¹⁵⁵ Tantas intensidades y comillas, puestas por el mismo autor, producen la impresión de estar ante un discurso muy forzado. Realmente, ha de ser forzado, porque pensar que los hombres interesados en el derecho puedan pensar en el derecho como algo que hay que conocer neutralmente, es como postular que los hombres por lo general piensan o han de pensar en las mujeres como realidad a conocer 'objetivamente' al margen de la sexualidad. Porque como expresa Vigo recordando a Finnis, las descripciones no son deducidas de las evaluaciones; pero sin éstas no pueden determinarse qué prescripciones son realmente iluminadoras y significativas".¹⁵⁶

3. *Problemas de la racionalidad instantánea*

No es necesario volver sobre el problema de la etapa hermeneútica necesaria que media entre el texto jurídico y el resultado que se quiere obtener con su aplicación: tras los estudios –muy *realistas*– de Kaufmann, Maihoffer, Esser o Dworkin, lo realmente singular sería mantener el postulado de Hart, según el cual la interpretación de las normas jurídicas no plantea más problemas que los derivados de la 'textura abierta' de toda comunicación lingüística.¹⁵⁷ Pero tampoco será una pérdida de tiempo aludir al tema, aunque sólo sea para reiterar cómo la tendencia que comenzó existiendo para que los juristas 'pusieran los pies en la tierra', ahora eleva a estos juristas a unos cielos lógico-conceptuales para poder seguir existiendo ella.

Austin y Bentham se propusieron que todos distinguiéramos entre el derecho que es, y el derecho ideal o que debe ser. Una empresa a veces muy sensata, porque con bastante frecuencia un caso queda atrapado in-

¹⁵⁵ "Hier wird offenbar versucht, unter Abstraktion von naturrechtlichen wie von soziologischen Gesichtspunkten das 'positive' Rechts als einen 'autonomen Kosmos' von 'geltenden Normen' aufzufassen, der von einer als nichtempirische Disziplin aufgefassten reinen Jurisprudenz 'kognitiv erfasst' werden soll". *Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus*, en "Rechtsphilosophie oder Rechtslehre", ed. por G. Roellecke. Darmstad, 1988, pág. 301.

¹⁵⁶ *Implicancia de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Santa Fe, 1993, pág. 25.

¹⁵⁷ Un resumen de este problema se puede encontrar en J. LLOMPART, *Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien*. Frankfurt/Main, 1976, passim.

equivocamente por una norma, y entonces la solución jurídica existente cumple con los requisitos que el positivismo lanzó al derecho: es esa, se puede conocer con precisión y anticipadamente, y no hay otra. Ante esta comprobación patente naufraga cualquier iusnaturalismo *naïv*. No en vano Stahl indicaba, hace ya muchos años, que puede haber exigencias racionales dirigidas al derecho, pero que no existe un derecho racional.¹⁵⁸

Pero no todo el derecho sigue unos pasos tan simples. Austin, que era un gran jurista, intentó clarificar esta realidad, pero respetando la complejidad real: en él no vemos alusiones a un ‘cosmos autónomo’ de normas que fuera conocido ‘cognitivamente’, etc. En su explicación teórica encontramos más bien un entrelazamiento de leyes jurídicas generales y derecho judicial, reconocibles al filo de datos sociológicos, como el hábito de obediencia, por ejemplo. Austin no se hizo ilusiones sobre la racionalidad instantánea que encarnaría cualquier cuerpo de normas jurídicas: reitera que la sentencia judicial no es pura aplicación de un derecho preexistente,¹⁵⁹ sino que en el tribunal se produce un proceso de ‘corrección legislativa’ que deja la inteligencia de las leyes generales en manos de lo que él llamaba la *arbitrary disposition* de los jueces.¹⁶⁰ Los tribunales, por tanto, producen verdadero y nuevo derecho,¹⁶¹ y cualquier código no puede aspirar más que a ser un suplemento del derecho judicial.¹⁶² La codificación no puede ser más que una re-expresión del derecho que ya existe, normalmente creado por los jueces.¹⁶³

Efectivamente, cuando abandonamos los campos difusos de los *científicos* del derecho propios de Ludwig Knapp, y en general de los teóricos

¹⁵⁸ “Es giebt daher wohl Vernunfforderungen an das Recht, aber es giebt kein Vernunfrecht”. *Die Philosophie des Rechts*. 5ª ed. Tübingen, 1878, vol. II, pág. 221.

¹⁵⁹ “And here I will briefly remark, that, when I speak of a rule made by a judicial decision, I mean, of course, such a judicial decision as is not a mere application of previously existing law”. *Lectures...*, cit., Vol. II, pág. 628.

¹⁶⁰ “This, however, is not ‘interpretation’, but a process of legislative amendment, or a process of legislative correction, which lays all statute law at the arbitrary disposition of the tribunals”. *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 629.

¹⁶¹ Vid. *Lectures...*, cit., Vol. II, págs. 621 y 521-534.

¹⁶² “Wherever, therefore, much of the law consist in a judiciary law, the statute law is not of itself complet, but is merely a partial and irregular supplement to that judiciary law which is mass and bulk of system”. *Lectures...*, cit., vol. II, pág. 639.

¹⁶³ “For codification is the re-expression of existing law”. *Lectures...*, vol. II, pág. 664. En vol. II, pág. 659 escribe que “The statute law is not a whole of itself, but is formed or fashioned on the judiciary law, and tacitly refers throught to those leading terms and principles which are expounded by the judiciary”.

del siglo XIX, ya no existe esa claridad que produce la simplificación de la complejidad de los problemas. James Lorimer, por ejemplo, afirmaba que sólo existe un tipo de justicia, por lo que la justicia legal y la equidad judicial son la misma cosa.¹⁶⁴ La equidad judicial no es justicia en un sentido especial, sino que constituye la justicia ordinaria del caso, y no hay otra.¹⁶⁵ Obviamente, estas comprobaciones que hacen Austin y Lorimer no encajaban en la teoría decimonónica del derecho.

Karl Bergbohm no quiso o no supo ver nada de esta complejidad. Él se quejaba de que hoy se sigue confundiendo la filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*) con la ciencia del Derecho, *Rechtswissenschaft*.¹⁶⁶ Actualmente, en el siglo XX, no encontramos quejas tan ingenuas como las de Bergbohm. En su lugar, los positivistas (¿quedan ya positivistas al estilo clásico?) postulan que las normas que componen el ordenamiento jurídico poseen un sentido único, inevitable, y que las posibles antinomias o lagunas se pueden resolver científicamente mediante el uso adecuado de algunas normas hermeneúticas. Así se explicaban Bobbio y Gavazzi, con sus tablas sencillas para resolver antinomias y lagunas.¹⁶⁷ Hart, más comedido, 'reconoce' que muchas normas jurídicas no poseen un ámbito de aplicación estrictamente definido en todos los casos: entonces habla de la 'textura abierta' del derecho. Me parece que Bergbohm, Bobbio o Hart comparten la misma actitud ideológica. Hablo de actitud 'ideológica' por su lejanía de la realidad.¹⁶⁸ Porque la vida es vagamente como es, y ningún teórico puede abandonar la nebulosa de lo real¹⁶⁹ en nombre de la claridad

¹⁶⁴ "There is but one kind of Justice; and legal justice and equity... are identical". *The institutes...*, cit., pág. 280.

¹⁶⁵ "and this not Justice in any special sense... but the ordinary Justice of the case". Cfr. *Ibidem*.

¹⁶⁶ Cfr. *Jurisprudenz...*, cit., pág. 114.

¹⁶⁷ Lo realmente cierto en el funcionamiento de estos recursos hermeneúticos es lo que denuncia OLLERO: "La ficción de los mecanismos técnicos aseguradores no hace sino encubrir una realidad: dependemos siempre de la opciones éticas de los otros; la técnica no puede nunca sustituir las o hacerlas irrelevantes. Más racional que ocultarlas parece abrirlas a una argumentación que descubra y dé solidez a sus argumentos". *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., pág. 193.

¹⁶⁸ Podríamos entender por ideología una conciencia que no puede pasar de cierta a clara porque el tipo de reflexión que necesita para ello resulta impedido al entendimiento por un tipo de valoraciones de provienen de la conciencia vital o del inconsciente valorativo. Vid. en este sentido a CHOZA, *Manual de Antropología filosófica*. Madrid, 1988, pág. 333.

¹⁶⁹ Efectivamente, la realidad práctica dista mucho de ser diáfana, al modo como han pretendido estos 'positivistas'. La razón última de este hecho la expone OLLERO: "Dere-

ideal, a menos que intente influir sobre el público haciendo creer que el gobernante debe configurar eficazmente la realidad social mediante las leyes que él dicta. Así contribuye el ideólogo a consolidar una mentalidad favorable al acatamiento.¹⁷⁰

Históricamente, en los siglos XIX y XX, han sido sobre todo los autores socialistas (pensemos en Bobbio), o liberales, los que han pretendido tal eficacia de las normas jurídicas generales. Unos por mor de la edificación del socialismo, y otros por el ansia de seguridad que origina la desazón ante la libertad. No deja de ser interesante la actitud de Hart, que parece proponernos que reconozcamos que una parte o sector del ordenamiento jurídico tiene un contenido semántico claro (*interpretatio cessat in claris*) y, a veces, otras partes o sectores del ordenamiento jurídico no están tan claros. 'Partes', 'sectores', o tantos por ciento: todo parece indicar lo mismo en la solución clara y diáfana de la 'textura abierta' de las normas jurídicas. De este modo se entiende el Derecho como una relación de *toto quo ad totum et de parte quo ad partem*, una relación que indicaba Bellapertica en el siglo XIII, "que no vale ni lo que se da como limosna".¹⁷¹ Nuestros positivistas no parecen entender que todo puede estar muy claro en unos momentos, y ser por tanto aplicable sin más, y eso mismo puede estar muy poco claro en otros momentos.¹⁷² y que, a pesar de esto, siempre per-

cho y moral no son dos tipos de normas (aunque las impliquen) sino dos dimensiones de la existencia práctica del hombre; dos maneras de dar y captar el sentido de la realidad que le rodea y la suya propia. Esta dación, o captación de sentido, se verá facilitada y orientada por unas normas; pero querer entender la realidad jurídica o la moral como un conjunto de normas es tomar la parte por el todo y arruinar la concepción del conjunto". *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., pág. 172.

¹⁷⁰ En la permanencia del rótulo de 'positivismo jurídico' han influido dos tipos de factores. Uno de ideológico, ya aludido. El otro es más borroso, y creo que lo describe bien Jacinto CHOZA: "La impresión de que eso no es así proviene de que, con no poca frecuencia, los filósofos no tienen la suficiente fuerza para sostenerle la mirada de un modo nuevo a los fenómenos nuevos, y para examinarlos los extienden sobre las cuadrículas sistemáticas elaboradas en el pasado. E igualmente con no poca frecuencia llegan a centrar su atención en la cuadrícula, y se olvidan de la realidad. Entonces la filosofía se convierte en una especie de botánica de las ideas disecadas, en una especie de museo del pensamiento pensado, olvidándose de cual era la realidad a que se refería ese pensamiento, y de cual es la realidad a la que ahora cabe referir ese pensamiento, ya pensado de un modo nuevo, fecundo". *Manual de Antropología filosófica*, cit., pág. 4.

¹⁷¹ Vid. *Lectura Institutionum*, cualquier edición, comentario número 65 a I, 2, 11.

¹⁷² R.L. VIGO muestra cómo la doctrina actual cuestiona que las reglas se apliquen según el esquema de 'todo o nada', dado que siempre es posible ir incluyendo nuevas

manecen, y deben permanecer, las mismas normas y los mismos principios.¹⁷³

La otra explicación histórica del positivismo, ha sido la de Kelsen, y ha consistido en marginar este problema: la norma superior sólo prejuzga la forma o procedimiento por el que ha de ser creada la norma inferior; pero no se refiere para nada a su contenido. Me parece que a Kelsen se le pueden hacer las mismas objeciones que se han hecho a la corriente del *Freirecht*: no es lícito sucumbir ante la complejidad de lo real afirmando que todo contenido legal es irracional.

Históricamente, el talante propio de la teoría del Derecho hizo una primera concesión a esta pretensión de conocer acabadamente el derecho antes de su 'aplicación', al separar la validez normativa de la vigencia social de las normas jurídicas. Así reconoció, muy a pesar suyo, que no toda norma jurídica existente 'sirve'. Supuso una incongruencia fuerte dentro de este normativismo legalista. Porque tal normativismo —reitero la idea— postulaba por definición que toda norma válida ha de ser eficaz. Si no, ¿qué hacemos con la validez jurídica? Momentáneamente se salvaron las formas explicando confusamente que junto a la dogmática jurídica y a la teoría del Derecho, existía una disciplina nueva que venía a enriquecer la comprensión del fenómeno jurídico, y que esta disciplina no era otra que la Sociología del Derecho. Esta Sociología enseñaba que un cierto porcentaje de normas válidas no eran eficaces, o no lo eran en el sentido pensado por el legislador. Es decir, el positivismo mismo reconoció que el legislador 'lanza' normas con la esperanza de que puedan llegar a ser efi-

excepciones a los supuestos de aplicación de las normas y, en consecuencia, aparecen casos que inicialmente estaban comprendidos en la hipótesis normativa pero que terminan marginados de la aplicación de la regla, y así la pretensión de 'todo o nada' se esfuma. Vid. *Implicancias de los principios en la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, cit., págs. 22-23.

¹⁷³ Montoro alude a la razón última de este hecho indicando que "Aunque en el razonamiento jurídico se dan deducciones, modernamente se ha insistido en que el método que mejor se ajusta a la naturaleza del razonamiento jurídico no es el método axiomático, sino el método tópico. "la tópica —escribe KASER— no parte del sistema como totalidad de la que se puede sacar por deducción la norma concreta que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo. Busca las premisas que puedan servir para resolver el caso e intenta, de este modo, llegar a las directrices generales, a los conceptos guía, que permitan inducir la decisión. Son éstos los topoi. De este modo, la tópica es al arte de encontrar tales topoi. Pero estas ideas guía —añade KASER— no son, ya de antemano, verdades válidas y unívocas, sino que su mismo sentido y alcance son problemáticos". *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*. Murcia, 1986, págs. 121-122.

caces. Se produjo un fenómeno similar, y a veces hasta paralelo, al de la teoría de la ciencia. En un primer momento el ‘método científico’ del siglo XVIII habló de ‘verificación’; pero como la aplicación a rajatabla de este requisito hubiera mandado a la basura la mayor parte de los libros de Física, el lenguaje de los integrantes del Círculo de Viena se fue volviendo más cauteloso, y por los años ’30 de este siglo ya habían sustituido la imposible verificación por el criterio de la verificabilidad, que era mucho más débil. Sin embargo, los problemas reales siguieron presionando a los teóricos de la ciencia: como no siempre es posible encontrar el procedimiento que haga posible la débil verificabilidad, el refugio científico colectivo fue la falsabilidad popperiana, que poco tiene que ver con la exigencia inicial de la verificación.

De forma paralela, el normativismo abandonó la pretensión de vigencia o validez absoluta de las normas jurídicas y, según parece, propuso que considerásemos que las normas jurídicas válidas debían ser eficaces ‘en principio’. Podríamos reconocer, algo imprecisamente, que nos piden que postulemos que la validez es un primer requisito para considerar que un texto es una norma jurídica.¹⁷⁴ Aunque después de las consideraciones de Esser, parece que tampoco es un requisito necesario: en todo ordenamiento jurídico viven muchos principios, que no ha visto el legislador, ni puede (por que no es capaz, excede sus fuerzas) contemplarlos en su integridad, que actúan cotidianamente de forma imprevisible en manos de los juristas y jueces, informando materialmente una solución, seleccionando las normas aplicables al problema.

Temo que el positivismo ‘normativista’ ha cedido en demasiadas cosas, más o menos como la teoría sencilla del ‘método científico’. Todos tenemos derecho a poseer una identidad, pero siempre y cuando respondamos a un solo nombre. Pero la mentalidad que encarna la teoría del Derecho no quiere renunciar a ningún nombre: pretende poseer una identidad universal, existir siempre y en todas partes. En principio, bastaba la validez jurí-

¹⁷⁴ La categoría de la validez aparece ahora desvinculada de la de eficacia, con lo que la noción de ley jurídica se *ensimisma* en un universo propio. Es comprensible la observación algo irónica de MONTORO: “La concepción normativista del derecho –que es la concepción propia del ‘positivismo legalista’– simplifica y reduce la compleja realidad del Derecho a la dimensión de la ‘positividad’, prescindiendo de toda referencia a la legitimidad y pasando a un segundo plano u omitiendo cualquier tipo de consideración respecto de la eficacia”. *El derecho como sistema normativo: Naturaleza y función del derecho*. Murcia, 1993, pág. 19.

dica; y si ésta no es suficiente para explicar los hechos jurídicos (y ya es difícil comprender como una noción analítica puede prescindir de sí misma, es decir, de su presupuesto fundamental), la teoría del Derecho tendrá en cuenta la vigencia social o efectiva de la norma. Esto, ¿es posible? Me parece que es difícil pretender ‘conocer’ a priori el derecho, esto es, el contenido del derecho y, al mismo tiempo, reconocer el núcleo de verdad que expusieron en su día los representantes más conocidos de la hermeneútica jurídica de la postguerra, Arthur Kaufmann especialmente. Porque ya no reconocemos que los ordenamientos jurídicos estén integrados por unas ‘normas’ de contenido claro y preciso habitualmente, que sólo pueden ser entendidas según una interpretación gramatical, lógica, histórica o sistemática, tal como lo requiera la complejidad de un caso.

Es posible que no le falte razón a quien mantenga que no comprende cómo es posible separar la validez de la vigencia. Se entiende muy intuitivamente que incurriría en una contradicción vital el legislador que dijera: “Te voy a dar una norma, pero que no debes cumplir si la consideras mala, inadecuada”. Si este es el mundo jurídico, entonces tendría razón Cotta cuando escribe: “¿Por qué no dejar ahora libertad de desenvolverse a todos los actos y comportamientos posibles? Esto restituiría a la llamada transgresión a su naturaleza propia de ‘posible’ y, por tanto, de acto de libertad respecto de la pretendida norma, la cual no sería otra cosa que una limitación innatural y puramente represiva del libre expandirse de la posibilidad”.¹⁷⁵ Porque un lector que presume de sensato no puede por menos de percibir que una cosa son las reglas de un juego, que si fallan siempre pueden enmendarse, y otra esa vertiente de mi humanidad que exige que se me trate con justicia.

Por tanto, el lector de libros de Filosofía del Derecho no entiende bien a Hart cuando pretende apropiarse de los dos términos del dilema: una norma jurídica es válida y en principio debe ejercer los efectos propios de toda norma jurídica válida, pero no ejercerá tales efectos si se enfrenta a un principio moral importante, a pesar de lo cual seguirá siendo una norma jurídica, porque es válida. Si seguimos una lógica muy simple parece que se puede decir, como hace Hart, que “esto es una norma jurídica, pero es demasiado inicua como para ser obedecida”. Pero si nos situamos en el campo de lo específicamente humano, la conducta que se nos impone debe

¹⁷⁵ Cfr. *Giustificazione...*, cit., pág. 24

ser algo más que una simple posibilidad formal.¹⁷⁶ Quizá fuera más adherido a la realidad humana decir, sencillamente, como si estuviéramos en la Baja Edad Media, que esa norma jurídica ha nacido ya muerta, que nunca ha sido una ‘norma’, aunque lo pareciera. O que poseyó validez y vigencia en otro tiempo, pero que hoy ya no ‘existe’, porque no podemos separar la cuestión del *quid ius* de la del *quid iuris*.¹⁷⁷ Y quizá fuera aún más correcto decir que esas normas no son tal cosa, esto es, no son mandatos u órdenes del gobernante, porque ni los que trabajan con el derecho las vivencian así, ni existe tal voluntad real o hipotética del gobernante que las dicta.¹⁷⁸ Que no son normas, sino ‘reglas’, es decir, criterios para decidir según la discrecionalidad del jurista. (Adame)

Lo lógico sería, en cierto modo, hacer el recorrido en sentido inverso: ‘Aquí hay un problema: ¿qué normas debo aplicar para resolverlo de acuerdo con mi sentimiento de la justicia, o con nuestro sentimiento de la justicia?’ De este modo, la solución jurídica aparece más como un resultado que no como un dato inicial.¹⁷⁹ No se trata de que el problema aparezca primero, y las normas se seleccionen en un segundo momento: pensado

¹⁷⁶ LLOMPART entiende que esta solución salomónica de Hart sólo es posible porque ha separado ‘artificialmente’ el derecho y la moral: “Aber dazu sagt Bylidnsky mit Recht: ‘Besteht eine faktische Verbindung von Recht und Sittlichkeit –und in diesem Punkt ist hart durchaus zu folgen–, dann ist eine künstliche Trennung der beiden Bereiche durch die Trennungsthe von vornherein mit Verdacht Sachwidrigkeit belastet’”. Cfr. ‘Unterscheiden’ und ‘trennen’ in rechtsphilosophischen Denken der Gegenwart, en “Festschrift für Herbert Schambeck”. Berlin, 1994, pág. 38.

¹⁷⁷ BALLESTEROS, remitiéndose a Erik Wolff, recalca este tema: “La ciencia del derecho tiene que ver tanto con el derecho positivo, con su génesis, con su validez, su eficacia en la vida social, como con la idea de justicia, con su esencia inmutable, su contenido mudable, su significado para la vida ética y cultural. Ella estudia no sólo como es, sino también cómo debe ser”. *Sobre el sentido del derecho*. Madrid, 1984, pág. 151.

¹⁷⁸ MASSINI toca este tema desde un punto de vista parecido al que nos ocupa. Él se pregunta: “¿Qué tipo de existencia tienen esas normas, cual es su modo de existir? Dicho de otro modo: las proposiciones normativas tienen algún tipo de existencia diversa de la que corresponde a su expresión lingüística o a los actos psicológicos que las formulan?... La incapacidad de dar una respuesta plausible a estas cuestiones es lo que ha conducido a las aporías de la semántica normativa analítico-positivista, la principal de las cuales radica en la imposibilidad de dar cuenta de la racionalidad –a la vez que de la deonticidad– de las normas”. *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires, 1994, pág. 49.

¹⁷⁹ Pedro SERNA reitera que “No es posible partir de un concepto de Derecho; sólo es sensato intentar llegar a él”. *Sobre las respuestas al positivismo jurídico*, en “Persona y Derecho” 37 (1997) pág. 313, por ejemplo. SERNA se refiere al concepto del derecho, pero la misma tesis podemos extenderla al ‘quid iuris’.

así seguiríamos presos de esa geometría intelectual que enturbia las cosas con su claridad engañosa. Más bien sucede que a la vista de las normas y del problema, el operario jurídico conforma el caso *uno actu*. De esta forma, el estudiante de derecho y el jurista son, antes que nada, analistas de la realidad humana.¹⁸⁰ Las normas existentes ayudan mucho en el momento de analizar la realidad: orientan, porque ellas mismas ya analizan situaciones y proporcionan esquemas estereotipados gracias a los cuales el estudioso puede medir. Por esto, el lector piensa que el estudio o el conocimiento de las normas debe ir *pari passu* con el aprendizaje en el análisis de la realidad. Que el derecho es ante todo cuestión de experiencia, aunque esto lo negara Hobbes en su tiempo,¹⁸¹ y lo nieguen hoy las filosofías constructivistas que siguen en definitiva los pasos de Hobbes. Que no existe una 'materia indolente', como afirmaba Stammler, siempre pasiva, a la que hubiera que aplicar cada norma. Porque la materia aparentemente pasiva tiene tanto peso en el momento de estudiar el derecho como las normas y los principios. Tiene que entender, en una palabra, que la intuición cartesiana de la 'res extensa', como materia amorfa sólo susceptible de medición por la razón, es una tesis que poco tiene que ver con la realidad existencial y práctica del hombre. No deja de ser chocante (como diría un inglés), que un tomista como Anselmo Desing reclamara indignado en el siglo XVIII, que la realidad humana es práctica o jurisprudencial, no metafísica o lógica.¹⁸² Y aún no acabamos de entender esta vertiente de nuestra humanidad.¹⁸³

¹⁸⁰ Jorge ADAME explica que "Saber derecho significa básicamente no saber una teoría, sino saber juzgar conductas concretas o casos". *Filosofía social para juristas*. México-Buenos Aires-Caracas, etc., 1998, pág. 10.

¹⁸¹ HOBBS dedicó mucha atención a este tema: de admitir que la experiencia es un factor decisivo en el derecho, no hubiera tenido razón de ser su método axiomático-deductivo. Vid. *Leviathan...*, cit., págs. 35-37.

¹⁸² DESING dedicó muchos folios a este tema. Vid., por ejemplo, los capítulos IV y V de su *Iuris naturae larva detracta*. Monachii, 1753.

¹⁸³ Jesús BALLESTEROS insiste reiteradamente en este punto. Vid., por ejemplo, *Sobre el sentido del derecho*, cit., pág. 104, en donde escribe que "A diferencia de lo que ocurre con los principios metafísicos, que pueden valer en cualquier situación, los principios éticos y jurídicos presuponen determinadas condiciones, tal como intuyó Aristóteles y recalcó más detenidamente Suárez (De Legibus, L. II, cap. 3, § 8). De ahí que tales principios tengan carácter histórico, sin ser por ello meramente discrecionales".

El peligro reside, en este punto, en reiterar inmatizadamente la necesaria vinculación entre razón teórica y razón práctica. No dudamos de que ambas dimensiones de la racionalidad se condicionan, pues si no es así llegaremos a todo tipo de esoterismos y fantasías, del tipo de las de Fourier o Marx. Pero, junto al señalamiento de esta mutua dependencia,

Comentaba antes que lo 'lógico' sería comenzar por el final, hacer el recorrido en el sentido inverso: primero existe un deber, captamos la existencia de una normatividad. Y en un segundo momento, el jurista o el moralista ha de preguntarse por la norma (general) en la que puede apoyarse ese deber. Porque él necesita justificar su decisión, y nada más adecuado a este fin que presentar una norma general como garante de la obligatoriedad impuesta. Algo de esto se refleja en los brocardos 'ex factis oritur ius', o 'primero es la vida, después la norma'.

Kelsen, siempre rotundo, afirmó que se puede determinar la relación entre un comportamiento y una norma sin tomar una posición personal de tipo emocional.¹⁸⁴ Esto es cierto siempre que consideramos una norma muy concreta en su aplicación efectiva y realmente usual. Pero el autor de la distinción entre 'Estática Jurídica' y 'Dinámica Jurídica' parece que ha quedado demasiado atrapado por la 'Estática' que él supone en las normas, que es un tema que nunca explicita debidamente. Desde este punto de vista 'estático', las normas jurídicas existirían listas ya, como las habitaciones de los hoteles, limpias y en orden esperando a los clientes. A Kelsen le es ajena, en cierto modo, la consideración de que la mayor parte de las normas no existen 'ya' acabadamente, sólo a la espera de ser aplicadas mediante una subsunción a una materia amorfa, una 'materia' a la que las normas darían forma. La mentalidad que representa Kelsen parece no acabar de entender que la vigencia, validez, etc., de una norma jurídica —es decir, su alcance efectivo— sólo se puede conocer en el curso de su vida real, cuando estas normas y principios son reclamados por el jurista que trata el caso, o excluidos por él: nadie 'sabe' qué son, cómo funcionan o hasta donde alcanzan las normas jurídicas fuera del contexto de los casos en los que son reclamadas. No existe un universo nouménico platónico en el que las 'normas' vivan su vida fuera de los problemas reales.

Este problema es quizá más complicado de lo que parece a primera vista. Kelsen intentó salvarse de la posible acusación de ingenuidad expli-

como hace R. L. Vigo en *Las causas del derecho*. Buenos Aires, 1983, págs. 39 y ss., es preciso indicar la distinta índole del proceder más metafísico y del juicio práctico, como también hace Vigo en *op. cit.*, págs. 120 y ss.

¹⁸⁴ "Man kann die Beziehung eines bestimmten menschlichen Verhaltens zu einer normativen Ordnung feststellen, das heisst aussagen, dass dieses Verhalten entspricht oder nicht entspricht, ohne dabei selbst zu dieser normativen Ordnung emotional, das heisst billigend oder missbilligend, Stellung zu nehmen". *Reine Rechtslehre*, cit., I, 4, e, pág. 22.

cando que el contenido material de las normas superiores no determina en modo alguno el contenido de las normas inferiores. Que la relación normativa superior-inferior se limita a la forma o el procedimiento de creación. Por este camino cayó en el irracionalismo propio del *Freirecht*, como ya indicaba: de este modo, todos los ciudadanos estaríamos en manos de la discreción, o del arbitrio, de los funcionarios, y esta es una solución que tampoco convence al que entiende de derecho, que sabe y ve que en cierto modo y hasta cierto punto, las normas superiores sí determinan el alcance y contenido de las normas jurídicas inferiores. Que el derecho no es un juego de 'todo o nada', ni tampoco una *quaestio pro amico* en nombre de la hermeneútica jurídica.

Sucede más bien que algunas personas se hacen la ilusión de que ya conocen las normas antes de estudiar el problema, de modo que estaríamos como ante dos realidades diversas: el 'corpus' de normas, y su aplicación. Pero se trata normalmente de una ilusión, frecuente por cierto en todos aquellos temas en los que entra en juego la imaginación propia de los problemas geométrico-espaciales, aplicada a un problema humano: 'antes' estarían o existirían las normas, y 'después', los problemas a los que deben ser aplicadas. Esto es así y no es así. Efectivamente, un estudioso del derecho puede conocer las normas estudiando la legislación. Pero debe ser consciente, en tal caso, de que se está ocupando con unas realidades bastante extrañas, un tanto delicuescentes, a las que, si quiere, puede dar el nombre de 'normas', porque algún nombre han de recibir, aunque sería más correcto el de 'reglas'. Debe ser consciente entonces, de que el 'derecho', la ciencia jurídica o, simplemente, la realidad jurídica, es cosa distinta, porque el derecho es un hacer continuo (los antiguos hablaban de un 'arte' o un *scire*) en el que las normas y principios no tienen asignado un lugar claro y definitivo: unas veces suben, otras bajan, en ocasiones predominan, o son desconocidas, según lo requiere el que tiene que resolver el problema, o el problema mismo: un buen jurista suele ser algo pasivo en cierto modo. De esta forma, la norma es importante, y por esto no es admisible el sesgo de *Freirecht* que Kelsen intenta imprimir a la ciencia jurídica; pero igual de importante es el análisis del problema, que reclama 'lo suyo'.

Nuestro método de la enseñanza del derecho, que consiste en que el alumno memorice miles de normas jurídicas a lo largo de los estudios de la licenciatura, no favorece este modo de ver las cosas: estudiar 'normas' sin aprender a analizar problemas sólo es lícito en la medida en que el

análisis de la realidad que ya operan las normas enseñe al estudiante lo que es la realidad jurídica. En una persona dotada para el derecho, esta última faceta de la actividad jurídica, el análisis de los casos, suele ser aprendida de una forma muy intuitiva, poco reflexiva. Y ello oculta una de las dos piernas del hombre que consideramos. Aprender normas abstractas es fácil; lo difícil es saber analizar las cuestiones. Quizá por este hecho, mi amigo Odofredo, jurista del siglo XIII, indicaba que *in dividendo tota est difficultas*. Es decir, las normas jurídicas no ‘existen’ del modo que quiere el positivismo normativista, ni su ‘aplicación’ es algo así como aplicar el molde duro a la masa maleable de las magdalenas. En un plano muy simplista, si alguien sigue a Kelsen y a la mentalidad que él representa (una mentalidad que rinde buenos beneficios en la Administración pública y en la vida política), siempre puede decir (y lo dice correctamente) que adopta una actitud emocionalmente, o valorativamente, neutra ante el artículo X del Código Penal. Pero esa actitud sólo la puede adoptar ahora, cuando no está llamado a aplicar ese artículo a un caso concreto. Si estuviera en este último supuesto, calificando la idoneidad de esa norma para conformar un acto humano, nadie podría prescindir de actitudes valorativas fundamentales que le orientan tanto y simultáneamente en la elección de las normas como en la configuración de la ‘naturaleza jurídica’ del problema: si realmente prescindiera de los principios jurídicos valorativos básicos, en muchos casos no sabría ni el sector del ordenamiento jurídico en el que debería buscar.

¿El lector se encuentra algo desconcertado porque cree que estoy problematizando realidades que son más sencillas y fáciles en la vida real? Entonces debe volver a la vida real, y si quiere recibir unas cuantas lecciones de la ‘racionalidad’ de lo real, puede asistir a cualquier sesión del Parlamento en donde se elaboran las leyes para todo el Estado. Allí observará cómo los argumentos y contraargumentos de los padres de la patria que hacen las leyes son infinitamente más embrollados, complicados y faltos de lógica que lo expuesto aquí. Aunque una vez publicadas las leyes, un sector de los políticos y de los que trabajan con el derecho, dirán ocasionalmente que en ellas todo está claro.

4. Ninguna norma se crea ‘gratis’

A tenor de lo visto, podríamos decir que toda norma jurídica, en principio, es algo así como una ‘pretensión de vigencia’, que sería casi lo mismo

que decir que es una pretensión de obediencia. Cualquiera puede intuir, aunque sea algo confusamente, que en el planteamiento de Austin hay algo que no va: Austin explicaba que cuando existe un hábito de obediencia en la mayor parte (*bulk*) de la población, reconocemos la existencia de una norma. Sergio Cotta, en cambio, sugiere que podemos ser inducidos a obedecer por diversos motivos: miedo o prudencia, gregarismo o sentido de la tradición, utilidad o sentido de la disciplina, etc. En suma, que si es verdad que la justificación de una norma es ya ella misma una justificación de la obediencia exigible, “l’inverso non è vero”.¹⁸⁵

En otras palabras, ese ‘proyecto de vigencia’ que es cada norma, ha de ser ‘un proyecto de crear un deber’. Y el deber no se crea gratis: o hay razones suficientes para hacerse obedecer, y entonces sí existirá un deber aunque alguno discrepe; o faltan esas razones, o son tan débiles, que no se puede hablar de ‘deber’ ni, por ello, de exigencia de obediencia.

Ciertamente, existen muchas situaciones en las que no se puede hablar con esta radicalidad. Por ejemplo, muchas veces se necesita simplemente una reglamentación que delimite las competencias, deberes o derechos de cada cual de una forma funcional, y esta reglamentación no tiene por qué ser especialmente ‘justa’: basta con que cumpla las exigencias básicas de no-discriminación, no amargar innecesariamente la vida a alguien o a un sector de personas, no derrochar el dinero, etc. La justicia es, aquí, un bien a alcanzar, del mismo modo que otro cualquiera: en muchos sectores de la conducta humana, que no son propiamente jurídicos, hay que atender también a las exigencias de la justicia.

Pero siempre que nos situamos en el plano estrictamente normativo, cuando partimos desde el deber, las cosas se vuelven más complejas. Para acercarnos al problema, propongo considerar una primera manifestación del deber: la que se produce cuando el derecho reproduce directamente una exigencia moral elemental, como la prohibición del asesinato. Es lo que Lon F. Fuller llama la ‘moral de pecado’, para referirse al derecho, y sobre lo que Allen afirma que la moral no deja de ser tal porque sea necesaria.¹⁸⁶ A algunos nos resulta evidente que si asesinar está prohibido por el derecho, la moral no es ajena a esta prohibición.

¹⁸⁵ Cfr. *Giustificazione...*, cit., pág. 22.

¹⁸⁶ Allen, en polémica con Lundstedt, explica que “There is here a profound fallacy, one which has always been the vulnerable point of positivism as a system of philosophy and has withheld from it any general acceptance. A moral principle does not cease to be moral because it is necessary”. *Legal duties...*, cit., pág. 173.

Un segundo modo de acercarse al problema es considerar que no todas las normas jurídicas se fundamentan en un mandato moral. Allen nos indica aquí que “Es imposible ver todas las leyes contemporáneas como fundamentadas en una base moral... el hecho innegable de que amplias zonas del derecho no puedan ser juzgadas, sin fantasía, por criterios puramente morales, y que bastantes leyes... están inspiradas simplemente en exigencias de utilidad...”.¹⁸⁷ Desde luego esto es así, porque a veces una norma jurídica está impulsada directamente por una exigencia moral, de forma que la moral es previa al derecho, pero en otras ocasiones es la norma jurídica la que crea el criterio moral. Este tema lo estudié con más detenimiento en “Derecho y ontología jurídica”,¹⁸⁸ aludiendo a las virtualidades del antiguo criterio de la *utilitas*, que poco tiene que ver con el utilitarismo benthamiano. Porque una de las manifestaciones máximas de la moral en la vida nuestra es el fomento público de todo lo que es útil, hasta el punto de que Giambattista Vico llegaba a decir, “¿Qué es la justicia sino la comunicación de la utilidad?”.¹⁸⁹ El gobernante crea la estructura social, siguiendo normalmente el criterio del ‘utile’, supuesto el *honestum*. Entonces se cumple lo que indica Cotta cuando escribe que “desde esta perspectiva, es evidente que el derecho recupera en lo interno su categoría moral, aunque teóricamente se la fundamente en argumentaciones diferentes”.¹⁹⁰ Porque los hombres, o recurrimos a la conciencia, o atendemos a la experiencia: dos fuentes de moralidad distintas y complementarias.

Otra forma de calar en la almendrilla de la cuestión sería considerar rápidamente una pequeña faceta de las teorías utilitaristas. El interés es a veces mala cosa, y más si es compartido por mucha gente: la mayoría jamás se equivoca, siempre persigue su propio interés. Pero vista así la cosa, como la veía Bentham, entonces estamos ante el campo de la fuerza, y hay quien mantiene que la fuerza es aquella realidad a la que precisa-

¹⁸⁷ “It is impossible to regard all contemporary law as resting upon a moral basis... But the undeniable fact that large portions of law cannot, without phantasy, be judged by purely ethical standard, and what some laws... are imposed simply by exigencies of utility...”. *Legal duties...*, cit., págs. 178-179.

¹⁸⁸ Actas. Madrid, 1993, págs. 121-142.

¹⁸⁹ Vico escribía: “Quid est justitia? constans communis utilitatis cura. Quid jurisprudentia? optimo regni notitia. Quis ius? ars tuendae publicae utilitatis. Quis ius sive iustum? Utile”. *De nostri temporis studiorum ratione*. Mondadori, Milano, 1990, págs. 188-190.

¹⁹⁰ *El Derecho en la existencia humana*. Trad. de I. Peidró. Pamplona, 1987, pág. 236.

mente está llamada a combatir la justicia, el deber, el derecho, o como queramos llamarlo. Ya Harrington observaba, hace más de doscientos años, que si prescindimos de la categoría del deber, ya no se puede hablar de 'razón' humana, sino sólo de 'interés'.¹⁹¹ Haciendo en cierto modo un juego de palabras, se podría decir que no hay razón suficiente para hacer del interés la razón suprema de la razón humana: el hombre exige frecuentemente ser medido por algo más que por lo que, a veces, no son más que caprichos interesados. La razón no posee por sí ninguna especial fuerza moral: ella no se salva a sí misma. Lord Kames observaba sobre este punto que las acciones humanas no solamente pueden ser agradables o desagradables, bellas o deformes, sino que, yendo más allá en nuestra percepción de ellas, las vemos como 'adecuadas' (*fit*), 'justas' (*right*), y 'encontramos' que deben ser realizadas.¹⁹² "Encontramos que deben ser realizadas": un buen aviso para quien vea en la realidad una 'materia indolente' que debe ser moldeada según las exigencias del ideal o de la 'razón'.

5. *El deber no se casa con la teoría del Derecho usual*

Demos las vueltas que demos, normalmente de la mano de la crítica a una teoría determinada, siempre vamos a parar al mismo sitio: el deber está de por medio, si es que pretendemos que una conducta sea exigible y no meramente impuesta. Nadie ha sabido explicarse de otra forma: el 'deber' es una percepción primaria, o simple, y por este motivo indefinible, porque la definición supone analizar la cosa en sus partes integrantes, y lo que es simple no puede ser analizado. Así lo entendieron Fordyce, Lord Kames y Allen y otros muchos,¹⁹³ en forma algo beligerante contra el excesivo racionalismo ilustrado. La normatividad o deber es esa dimensión

¹⁹¹ Vid. *The Oceana...*, cit., pág. 43.

¹⁹² "Human actions are not only agreeable or disagreeable, beautiful or deformed, but are further distinguished in our perception of them, as 'fit', 'right', and 'meet' to be done". Cfr. *Essays...*, cit., pág. 34.

¹⁹³ "If we asked after all, 'How we come by the idea of Moral Obligation?, or 'Duty'? We may answer, that we come by in the same way as by our other 'original' and 'primary' Perceptions. We receive then all from Nature... For this Idea of Moral Obligation is not a creature of the mind, or dependend on any previous act of Volition, but arises on certain occasions... as necessarily, instantaneously, and unavoidably". James Fordyce, *The Elements...*, cit., pág. 45. La misma tesis en KAMES, *Essays...*, cit., pág. 34, y en ALLEN, *Legal duties...*, cit., pág. 71.

de una realidad que hace que una conducta se muestre en el plano estrictamente normativo, abandonando una existencia meramente de hecho, sociológica. Para conocer qué 'es' el deber sólo podemos mostrarlo, describiendo aquellas situaciones en las que nos encontramos una normatividad. Pero no podemos analizarlo, porque los hombres no llegamos a tanto. August Thon ya hacía ver que, en plena época de la gestación de la Teoría del Derecho, que el derecho es indefinible: sólo se reconoce por sus consecuencias de su infracción.¹⁹⁴

La modernidad quizá confió demasiado en las fuerzas de la razón, y tal vez por esto los modernos pretendieron definir el deber. Puestos a mantener que el hombre no puede comprender sino lo que él mismo ha construido (uno de los lemas de la modernidad), era preciso reducir deber a coercibilidad, porque no quedaba otra posibilidad lógica. Pero esto no convence.

Tampoco tiene por qué preocupar a nadie que no lo podamos definir. Joseph Charmont nos previene que "el conflicto es todavía insoluble, bien que en la vida hay muchos conflictos de esta naturaleza que la lógica de los conceptos no resuelve, pero a los cuales es necesario, cueste lo que cueste, darles una solución... Y tal como lo ha dicho M. Boutroux, 'hay una lógica distinta de la lógica propiamente dicha, o sea, la de los conceptos, y es la lógica de la vida, de la realidad, de la naturaleza y de la razón en el sentido pleno y concreto de la palabra. Mientras que la dialéctica demuestra con la fácil claridad de su lenguaje especial, la impenetrabilidad recíproca de lo uno y lo múltiple, la naturaleza se complace en reunir las en sus creaciones'".¹⁹⁵ Si la razón lógica es un obstáculo para seguir avanzando en el conocimiento de la vida, es preferible ser menos lógico. Este racionalismo desmesurado llevó a algunos antropólogos del siglo pasado a pretender explicar la génesis 'natural' del lenguaje. Pero, replica Cassirer, ¿cómo entender que el grito se convierte en palabra? Porque una sola oración, por sencilla que sea, presupone todas las reglas gramaticales.¹⁹⁶

Es decir, consideremos un problema humano como queramos, siempre iremos a parar a la pregunta que formula Allen: "El principio básico per-

¹⁹⁴ "So eintritt nur, das unterscheidende Moment in der Rechtsfolgen zu suchen, welche die Uebertretung der Norm nach sie zielt". *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Weimar, 1878, pág. 120.

¹⁹⁵ *El renacimiento del derecho natural*. Trad. J.D. Moscote. Panamá, s/f, pág. 147.

¹⁹⁶ Vid. *Las ciencias de la cultura*. Trad. W. Roces. México, 1955, pág. 149.

manece, o cae todo el edificio. Por muy tenazmente que uno consulte el ‘catálogo’ de delitos, más pronto o más tarde se ver forzado a preguntar: ¿Cuál es la regla fundamental de responsabilidad que debe ser aplicada a este caso?”.¹⁹⁷ Un hombre que considere que cualquier contenido pretendidamente racional constituye derecho, puede ser llamado un ‘iusnaturalista’ terco; pero el hombre que considere que el derecho no es más que la administración de la fuerza social, porque el dato discriminante último entre lo jurídico y lo no-jurídico sólo puede ser la sanción, esto es, la coacción socialmente organizada, ese es un hombre que desconoce también tercamente algunas dimensiones fundamentales del ser humano.

Siempre podría pensarse que una cosa es el positivismo jurídico, con su dogma central de la separación entre derecho y moral, y otra cosa es la exposición no valorativa del derecho existente. Me parece que han ido saliendo datos sueltos que pueden hacernos pensar que es muy difícil, o realmente no es posible habitualmente tal exposición avalorativa, aunque en los estudios jurídicos se produzca habitualmente tal espejismo. Porque la ciencia jurídica continuamente discrimina e interpreta, porque valora: en tal caso se suele decir, que Fulano y Mengano mantienen posturas diferentes sobre el alcance de tal artículo, discriminando y aceptando facetas de la realidad de acuerdo con las normas que aparecen como ‘aplicables’ en un segundo momento. No veo clara la posibilidad de un saber jurídico que no tenga en cuenta las valoraciones, para explicarlas, esto es, para enseñar a analizar la realidad, a componer el caso con la vista puesta al mismo tiempo en las normas y en los problemas. El caso y sus exigencias son el punto de partida necesario, ya se trate de un problema de solución muy sencilla, porque queda resuelto unívocamente por una norma, ya sea un problema que exige razonar, anteponer unas normas a otras y razonar por qué se hace esto así. Cuando el jurista oculta sus preferencias y valoraciones remitiéndose directamente a un precepto legal (‘esto es así porque así lo establece tal disposición’) normalmente oculta las valoraciones que él ha realizado para optar por esa disposición.

Si la Teoría del derecho no es lo mismo que la ‘ciencia jurídica’, sino que por tal se entiende una reflexión más abstracta sobre el derecho, pero

¹⁹⁷ “Nevertheless, the basic principle remains, or the whole edifice falls to the ground. However tenaciously one may cling to the ‘catalogue’ view of torts, sooner or later one will be forced to ask: ‘What is the fundamental rule of liability to be applied to this case?’” *Legal duties...*, cit., pág. 113.

que deja a un lado las figuraciones 'incomprobables' porque ella pretende estar más adherida a la realidad, no está claro cómo puede admitirse una reflexión que elimina *a priori*, por las limitaciones de sus propios condicionantes epistemológicos, lo que es el tema central de aquello sobre lo que reflexiona: la formación del deber. Me parece que no podemos entender las dimensiones básicas del hombre —y una de ellas es el derecho— sin dar cuenta del deber. Por esto creo que a esa presentación abstracta del 'positivismo' jurídico que es la teoría del derecho, se le puede aplicar muy bien las palabras que recoge De Bonald: 'Mon empire est détruit si l'homme est reconnu'.¹⁹⁸

¹⁹⁸ *Essai analytique sur les lois naturelles de l'ordre social, ou du pouvoir, du ministre et du sujet dans la société*. 4ª ed. París, 1840, pág. 100.

IV. ¿HAY QUE ADMITIR LA “FALACIA NATURALISTA”?

A) Un planteamiento del tema

Algunos mantienen que es un signo de inteligencia saber distinguir entre las cosas que simplemente son o existen, de una parte, y las normas, de las que se dice que “deben ser” o que son *obligatorias*, o que generan un *deber*, etc. Parece, entonces, que lo normativo constituye algo así como un modo de ser o de hablar que es distinto de aquella realidad que simplemente “existe”.

Así, por ejemplo, se piensa que del *hecho* de que el varón sienta naturalmente una inclinación hacia la mujer, no se deduce, o ello no implica, que los varones *deban* sentirse exclusivamente inclinados (*qua* varones) hacia las mujeres.

Plantear así este tema es cosa moderna, porque durante milenios se ha mantenido (y aún continúa vigente en amplios sectores de la mentalidad actual) que las inclinaciones naturales (que “son”) crean para las personas derechos y deberes (que “deben ser”), es decir, que las cosas que son o existen son fuente de *normatividad*. En este sentido, por ejemplo, Isidoro de Sevilla cita como ejemplo de relación protegida por el “Derecho natural” la *coniunctio maris et foeminae*, porque estas relaciones son “naturales”, esto es, nos las suministra la naturaleza (¡Dios mío, qué imprecisión terminológica!), y Tomás de Aquino escribe en algún lugar de su “Suma teológica”, al tratar de las leyes, que el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales.

Siendo así las cosas, la regulación de la conducta del hombre poseería unos puntos de referencia: un hombre *debe ser* lo que es un hombre. Cuando la reflexión se afina en este marco de pensamiento, cosa que sucede en la escolástica bajomedieval, algunos autores distinguen una vertiente de la razón que es puramente pasiva y mecánica, que se limita a captar las cosas tal como éstas aparecen ante ella, a la que llaman *ratio*, y otra dimensión también de la razón o inteligencia humana gracias a la cual tenemos acceso a la belleza y al bien, y ésta constituye el *intellectus*. Juan Cruz ha dejado algo escrito sobre este tema. Ciertamente, las cosas no son tan sen-

cillas; basta leer algunas páginas de Leibniz, Lessing o Mendelssohn, ya en el siglo XVIII, para percibir que ni la llamada *ratio* es tan pasiva, ni el mencionado *intellectus* se puede describir tan someramente. Incluso algún tomista haría alguna matización sobre la función artística e imperativa de la *ratio* en el terreno de la prudencia. Pero de momento, dejando estas erudiciones para gentes más leídas, nos podemos contentar con esta matización.

De este modo, lo que el hombre es no se confunde, sin más, con lo que cada cual manifiesta en su conducta cotidiana; porque todos vemos, por ejemplo, a hombres alcoholizados, pero el instinto para el bien que posee nuestro "intelecto" nos hace ver, sin necesidad de pensar mucho, que el hombre que el jurista o el moralista han de tener en cuenta para medirse a sí mismos y medir a los demás, no es el hombre alcoholizado, sino a un hombre que no esté dominado por el alcohol, entre otras cosas. Hay quienes atienden a la normalidad numérica o estadística, en busca de los criterios de la "realidad" moral. Todo un problema, porque el lector se sentiría insultado si dicen de él que es una persona "vulgar": la media estadística muestra, simplemente, lo que es usual o vulgar. En cambio, todos nos sentimos halagados si dicen de nosotros que somos personas "normales". Y alguno puede intuir que la normalidad no es lo mismo que la vulgaridad.

Igualmente, también durante milenios, los hombres han entendido que junto a los datos normativos que proceden de la observación *inteligente* de la realidad, tenemos, además, algunos principios muy elementales que nos enseña de un modo un tanto *a priori* o innato la razón. Estos principios o reglas, que tanto admiraban a Platón o a Kant, se pueden referir a diversas facetas de las cosas físicas, como es la regla que enuncia que "el todo es mayor que la parte", o pueden recaer sobre la regulación de la conducta del hombre. Por lo que respecta a estos últimos, los juristas romanos establecieron hace casi dos mil años las normas fundamentales de la conducta práctica: *neminem laedere, honeste vivere, ius suum cuique tribuere*. Se trata de principios o normas, también innatos, porque se le manifiestan a cualquier hombre sin necesidad de razonamientos especialmente complicados (incluso sin necesidad alguna de razonamientos), y que constituyen el fundamento mismo de buena parte de la bondad humana. Jaime Mans tiene un libro espléndido donde recoge, a modo de diccionario, los llamados "principios generales del derecho". Al lector no se le escapará que estos principios poseen una naturaleza bastante vacía, por su falta aún de concreción.

A veces alguno se siente tentado a pensar: ¿por qué no ha de ser imaginable una comunidad de hombres que no tengan tales "principios innatos"? Quien piense así debe reparar en que históricamente ya han existido grupos extensos de personas que no han respetado tales principios, o que no los han reconocido. Por este motivo, un productor hizo rodar la película "Los gritos del silencio", y Solzenitsyn (¿cómo se transcribirá este nombre?) escribió el "Archipiélago Gulag".

De este modo, si atiendo a Aristóteles, a los juristas romanos o a muchos filósofos, puedo comprender que, si tenemos en cuenta estos primeros principios de la conducta humana, lo que es y lo que debe ser coinciden, al menos desde algunas vertientes o dimensiones decisivas. Es cuestión de comenzar por observar y estudiar inteligentemente a la realidad, y de tener a punto la inteligencia, para comprender que no podemos hacernos daño injustamente a nosotros mismos o a los demás.

B) Este tema se enturbia en la Modernidad

Los hombres sabios de la edad moderna o, al menos, un sector decisivo de ellos, vieron a la "naturaleza" o "realidad" de una forma distinta a la de la antigüedad —si es que queremos entender que algunos presupuestos fundamentales de la antigüedad llegan hasta el siglo XVI y XVII.

Efectivamente, la "realidad" aparece ante los modernos que distinguen entre *res cogitans* y *res extensa* como reducida a esta última, es decir, como una especie de materia prima, resistente al esfuerzo del hombre, que puede ser, sin embargo, manejada sagazmente. La realidad no plantea exigencias prácticas a los hombres, sino sólo condicionantes técnicos; precisamente, en la medida en que conozcamos las leyes necesarias de la materia (la "realidad"), estaremos en condiciones de dominarla. La naturaleza, reducida ahora a *res extensa*, no presentó gran interés teórico para la mentalidad dominante en los siglos XVII y XVIII. Los sabios estudiaron a la naturaleza durante este tiempo, ciertamente, pero con unas pretensiones preferentemente técnicas: "saber para poder", era y es el tópico cuando nos referimos a la modernidad bajo este aspecto.

Hablando en términos muy generales, parece que toda esta época estuvo dominada por una mentalidad, que se nos aparece un tanto subliminarmente en la filosofía del Derecho, hasta que la explicitaron nítidamente Kant y sus discípulos, según la cual el peor enemigo que tiene el hombre es la naturaleza insuficientemente dominada. La naturaleza deja

de ser el hogar común (la naturaleza como hogar quedó para el saber herético, cuando no casi cabalístico), y se nos aparece como “el” enemigo. Hobbes lo expuso con claridad: lo “natural” es malo. El hombre en “estado natural” (esto es, el hombre en el *status naturae*) es el peor enemigo del hombre. Lo “natural” (¿?) es el *ius*, el poder que naturalmente poseemos para satisfacer nuestra ambición y vanidad; la salvación viene desde la razón, ya que la *lex* (¿la *lex* forma parte de la naturaleza? Nunca me ha quedado claro este tema en Hobbes) es un dictado racional que nos indica (¿nos ordena?) que tenemos que unirnos bajo un poder único y omnipotente si no queremos llevar una vida triste, corta y miserable: así se expresaba Hobbes.

Por tanto, la salvación para el hombre, la redención específicamente humana, proviene desde una argumentación “racional” con la que dominamos a la realidad empírica. Gracias a este argumento los hombres creamos el Leviatán, que es un constructo de la razón con el que vencemos la ceguera y la necesidad de la naturaleza. De esta forma se va levantado como un muro opaco entre el mundo de la experiencia (habría que decir de la empiria), a través del cual conocemos la naturaleza, y el mundo de la racionalidad. La naturaleza (la realidad) es vista como sin relieves o amorfa; hablar de formas en la naturaleza queda para saberes más bien esotéricos, como el de Hermes Trismesgisto. En nombre de la claridad y unidad racional, quedaron eliminadas las “cualidades ocultas” que los escolásticos sobreponían a la realidad. La razón (a la que ya no podemos llamar “inteligencia”, ni, de hecho, se la llamó así en estos autores) es la única instancia sagaz gracias a la cual tenemos acceso al mundo de las leyes naturales, de modo que, gracias a este conocimiento, fabricamos un mundo para el hombre muy distinto del de la necesidad o brutalidad natural.

Por este camino simplista, oponiendo la claridad y eficiencia de Newton al saber pintoresco de las *qualitates occultae*, a los últimos racionalistas modernos, y me refiero a los kantianos, les resultó muy fácil oponer radicalmente el mundo de la necesidad, *Nothwendigkeit* (así se escribía esta palabra en el alemán del siglo XVIII), que es el mundo perceptible por los sentidos, *die Sinnenwelt*, al mundo específicamente humano, que es el de la razón, *Vernunft*, y el de la libertad, *Freyheit*. Algo de esto dejé escrito en “La Cabeza de Jano”. Es más, en la filosofía práctica kantiana, coronación de la modernidad, la “razón” moral –radicalmente opuesta a la necesidad o naturaleza– no puede ser sino “libertad” o indeterminabilidad del arbitrio: *Willkühr*. Se llegó, pues, a una contraposición como dialéctica: liber-

tad como lo constitutivo de la razón, y necesidad de las leyes “naturales” como lo arquetípico de la naturaleza. La razón consistirá, precisamente, en el conjunto de normas que nos dictamos para hacer posible la libertad interna (moral) o nuestra libertad externa en el “mundo de los sentidos”, *Sinnenwelt*; en este último caso, tal conjunto de exigencias constituye la “Metafísica del Derecho”, *Metaphysik des Rechtes*, o “Doctrina del Derecho”, *Rechtslehre*, que suele ser llamada por los kantianos de comienzos del siglo XIX “Doctrina pura del Derecho”, *reine Rechtslehre*, para recalcar que, por ser una elaboración exclusivamente “racional”, no contaba en absoluto con ningún dato procedente de la empiria. El único factor empírico que ellos tenían en cuenta era la hipótesis consistente en que una esencia racional (*vernünftiges Wesen*) se relacionara con otra esencia racional; como esta segunda parte de los tratados del *Naturrecht* no procedía según la estricta razón pura, puesto que tenía en cuenta una hipótesis que no pertenecía a las exigencias necesarias de una razón individual, estos autores se veían obligados a abandonar el plano propio del “Derecho natural absoluto”, y quedaban constreñidos a comenzar el tratado del “Derecho natural hipotético”, *hypothetisches Naturrecht*. Siempre me ha parecido que constituye una inconsecuencia del racionalismo moderno el pretender proceder según la razón “pura”, eliminando todo dato proveniente de la “experiencia”, y, al mismo tiempo, forzados por la lógica o las exigencias de las cosas, tener que admitir forzosamente una hipótesis que sólo puede provenir desde la experiencia. Pero, claro, de no admitir este dato real o “empírico” (por seguir su terminología), ellos no hubieran podido escribir sus tratados de “Derecho natural”, que quizá era lo que más les importaba. Y es que la necesidad de filosofar, esto es, de hablar desde las cátedras de acuerdo con las modas o exigencias de los tiempos, está antes que nada, sin que ninguna aporía, contradicción o inconsecuencia cohiba al racionalista recalcitrante.

Como es obvio, este Derecho natural “hipotético” sólo podía ser construido sobre la figura del pacto, puesto que unas esencias racionales, igualmente libres, sólo pueden quedar obligadas, con obligación (*obligatio* o *Verbindlichkeit*) cuando el interesado haya prestado libremente su consentimiento, esto es, pactando. De este modo, todo poder jurídico sobre otro (una *potestas jurídica*) sólo puede ser, por definición, un poder transmitido gracias a un pacto.

Tenemos, pues, en la modernidad, una separación total entre “lo dado” naturalmente, desde lo que no podemos extraer normas prácticas, y lo cons-

truido por la razón, en lo que propiamente consiste la ciencia reguladora de la conducta del hombre. Así, la razón o racionalidad va apareciendo como una potencia con fuerza propia, que domina a la naturaleza indolente y resistente. ¿En qué consiste esa “fuerza propia” de la razón, que es el constituyente mismo de la actividad racionalista?

Esta pregunta sería fácil de responder si las declaraciones programáticas de los filósofos *iurnaturalistas* coincidieran con lo que realmente hacen en las páginas de sus tratados de “Derecho natural”; cosa que no sucede. Efectivamente, una cosa son los *Prolegomena* de Grocio o las declaraciones genéricas de Pufendorf, y otra cosa muy distinta son sus razonamientos reales. De todos modos, sí es cierto, al menos, que estos autores, y otros muchos posteriores, sitúan un *principium unicum et evidens*, que es la *socialitas* en Grocio, la *imbecillitas* del sujeto aislado en Pufendorf, o una mixtura de paz y hedonismo en Thomasius, y desde tal *Principium unicum* deducen o, mejor, dicen deducir, todas las normas que ellos consideran necesarias, según la razón, para la vida del hombre.

Ellos dicen seguir a la naturaleza y, por este hecho, llaman a sus tratados “Derecho natural”, pero lo cierto es que estos racionalistas modernos presentaron una naturaleza o materia —“lo natural”— indolente y opaca, a-inteligente, que, por poseer este carácter, fundamentalmente sólo hace resistencia al apetito “natural” (de sociabilidad, de placer, de paz o de libertad) del hombre. Es la *res extensa* de Descartes. Esta resistencia de la naturaleza es vencida por el uso de la razón, que la domina al proceder según unas consideraciones utilitaristas. Este “utilitarismo”, que se manifiesta con toda claridad en Grocio, y antes en Vázquez de Menchaca, es el nervio, la verdadera palanca que hizo posible redactar los tratados del “Derecho natural” de la edad moderna. ¿Qué es la “naturaleza” en este contexto? ¿Lo dado en el mundo externo o la racionalidad utilitarista que el hombre aporta para vencer las resistencias “naturales”? Quizá se pudiera pensar que tan “natural” es el *Sinnenwelt* como la razón, de modo que el proceder “racional” es tan universal como el mundo perceptible por los sentidos; pero temo que quien piense así se sitúa fuera de esta época. En efecto, Kant distingue y opone la *Natur*, que es el mundo de la necesidad, de la causalidad, a la *Vernunft*, que es el mundo específicamente humano, el mundo de la libertad. Nada hay más alejado de la “naturaleza” que la razón. Precisamente, todo el esfuerzo del hombre, personal y colectivamente, ha de ir encaminado a domeñar racionalmente a la naturaleza. No

olvidemos el planteamiento hobbesiano, que es el que marca la pauta de los tiempos modernos.

De este modo, la "racionalidad", la fuerza propia de la razón, es una mixtura de proceder racionalístico deductivo con consideraciones diversas, según cada autor, mediante las que se busca sacar el mejor partido para la propias ideas, dadas las circunstancias "naturales". Estas consideraciones de índole utilitarista, que componen la espina dorsal del pretendido deductivismo, constituyen, en mi opinión, el rasgo identificador de la modernidad jurídica. Sólo que, a diferencia de Aristóteles, por ejemplo, no se trata ahora de la *utilitas* que se fundamenta en la *theoria*, sino de un pragmatismo de naturaleza más bien técnica, conducido siempre, en definitiva, por las pasiones del hombre; si se presta una cierta atención a la obra de Hume, por ejemplo, podemos observar cómo la racionalidad vacía que propone este inglés no es más que un instrumento relativamente torpe al servicio de las pasiones humanas. Ahora, en los siglos XVII y XVIII, es difícil usar las palabras *praxis* y *poiesis*; ya no existe *praxis* o actividad "práctica" en el sentido griego del término, como tampoco un *agere*, como decían los filósofos bajomedievales. Únicamente queda una *tejné* o *poiesis* que el hombre vuelve hacia sí para conformarse él mismo según unos sentimientos o pasiones muy genéricamente apreciados: *tranquillitas vitae*, según los primeros racionalistas modernos, o felicidad, o libertad del arbitrio. Todo el "Derecho natural" moderno no es más que un instrumentario al servicio de estas tendencias humanas; de ahí su carácter utilitarista-instrumental.

Cuando la corriente del Derecho natural alemán se depure, cosa que sucede con Kant y sus epígonos, todo el proceder "racional" girará en torno al concepto de "arbitrio", *Willkühr*, y, como estos iusnaturalistas otoñales usan indistintamente las palabras "arbitrio" y "libertad", la consideración exclusiva con la "libertad" lleva a algunos a pensar que el discurso moderno posee una fuerte eticidad, o una naturaleza —por decirlo con otros términos— anclada en la eticidad. No sé muy bien por qué se opina así; es posible que, como la palabra "libertad" está preñada de resonancias poéticas, redentoras, incluso místicas, el defensor moderno de la libertad aparezca ante algunos como el reivindicador de la dignidad del hombre frente a la barbarie, la inquisición, la ignorancia, etc., de los siglos pasados. Pero basta tener en cuenta la identificación continua y sistemática del término libertad con el de "arbitrio" para obtener una impresión muy distinta; para alcanzar, en definitiva, la opinión despectiva que Hegel tuvo de Kant y de

su escolástica. Y es que la naturaleza instrumental de la racionalidad moderna se agota en una autopoiesis que gira en torno al arbitrio de los individuos. Quien valore en poco el adverbio *arbitrariamente*, o el adjetivo “arbitrario” (en el sentido en el que se dice que la decisión de un profesor es “arbitraria”) compartirá, le guste o no, la opinión de Hegel sobre la modernidad.

Dicho sea de paso, el estado de la cuestión es hoy el mismo. Rawls o Habermas parten del binomio libertad-igualdad, binomio que constituye su *Principium unicum et evidens*, y buscan generalizar la máxima (que ahora son los intereses de los hombres históricos) hasta convertirla en ley para todo ser racional. Sólo varía el procedimiento: para evitar el solipsismo de Kant, Habermas quiere (“necesita”) encontrar unos sobreentendidos universales en el lenguaje, sobreentendidos o “condiciones de la posibilidad de entendimiento”, etc. (la terminología de Habermas es tan variada como alemana) que hacen necesariamente del lenguaje una cosa forzosamente redentora; me parece que Habermas no ha entendido bien a Hobbes. Rawls, por su parte, con sus extraños artilugios de la “posición original” y el “velo de la ignorancia”, y otras cosas, pretende proseguir hasta su final, imparcial y coherentemente, el egoísmo de cualquier hombre empírico. La “Teoría de la Justicia” de Rawls podría haberse llamado también “El desarrollo imparcial del egoísmo” y, así, el título hubiera quedado más ajustado a la propuesta que hace. En cualquier caso, y sobre esto es sobre lo que deseo llamar la atención, el planteamiento básico de estos autores es el mismo que el de la edad moderna: la separación a rajatabla entre la *res cogitans* o racionalidad, y la “res extensa”, que es el resto de la realidad que no es discurso “racional”. El hombre se encuentra destinado a mirar el ombligo de “su” propia racionalidad sin que pueda existir una actitud metafísica que le ayude en la búsqueda. Sartre, a su modo apasionado y anárquico, veía en la mirada hacia la realidad un recurso hipócrita únicamente destinado a calmar los propios terrores. Una cobardía, en definitiva.

El núcleo del tema, el que hace posible en el plano literario la “falacia naturalista”, es la base antropológica de la escuela del Derecho natural moderno. En efecto, el único dato antropológico que conocen los modernos es un individuo aislado e independiente en el *status naturae*. Este individuo es “libre” porque no está mediatizado ni por los otros hombres ni por las “cosas” que componen la naturaleza. La naturaleza, como ya indiqué, es sólo, para ellos, un espacio plano y amorfo, resistente al esfuerzo;

como es lógico, cada individuo será más “libre” en la medida en que dependa menos y domine más a la “naturaleza” o *res extensa*, y en la medida en que sea independiente de los otros sujetos. Este hombre solitario sólo cuenta con su voluntad, que es o debe ser, en este contexto, un “querer” incondicionado, un *Wollen* puro, como quería Stammler. Esto quiere decir que el individuo moderno sólo cuenta con su arbitrio. La libertad, que en otras corrientes filosóficas había sido entendida como una realidad con base en las cosas, una base ontológica, es ahora sólo la “ontología” de la *juristische Person*; precisamente fue Kant el que acuñó esta expresión, la de “persona jurídica”, en un sentido que poco tiene que ver con la *persona* latina, para designar con precisión a este hombre nuevo que no está mediatizado por nada ni por nadie en el ejercicio pleno de su arbitrio. A fin de que el arbitrio individual no quede destruido *à la Hobbes*, en el estado “hipotético” de concurrencia con otros arbitrios en un espacio geométrico limitado, Kant dicta el ordenamiento jurídico al modo de un orden general de libertad que haga posible, en el mundo de los sentidos, la mayor libertad o arbitrio posible de cada sujeto. Se trata, como destacó Hegel, de una libertad simplemente negativa, la propia del *Willkühr*. Cada sujeto, al ser una “persona jurídica” y, por ello, un ser con un arbitrio en principio indeterminable, es un *Selbstzweck*, un “fin en sí mismo”; esta expresión, tan equívoca, debe ser traducida ante todo —si pretendemos ser fieles al contexto histórico— como un “fin-para-sí-mismo”. Consecuentemente, la justicia consiste en una actitud generalizada de abstención, *Enthaltung*, a fin de no invadir las “esferas de libertad” de las otras “personas”. Una actitud hasta cierto punto muy correcta: todo el derecho penal está basado sobre este supuesto.

Al filo de este bosquejo histórico, tan grosero e impreciso, podemos comprender que en la segunda mitad del siglo XVIII, el ambiente dominante en cualquier facultad de Derecho europea exigía que la filosofía práctica fuera una actividad exclusivamente “racional”, en el sentido aludido. La naturaleza o lo natural, es decir, lo perceptible por la empiria (el término *Empirie* desplazó al de *Erfahrung*, que ellos intuían como más impreciso) sólo suministra leyes naturales que pueden ser convertidas en reglas técnicas o “imperativos” hipotéticos, pero en modo alguno en normas prácticas. Es lógico que David Hume explicitara, sin introducir gran novedad, el pensamiento dominante. He aquí el conocido pasaje de su “Tratado de la naturaleza humana” en el que alude a la irrelevancia de lo “natural”, de lo que simplemente es o existe, para la ciencia práctica:

“No puedo dejar de añadir a estos razonamientos una observación que puede resultar de alguna importancia. En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: *es* y *no es*, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto este *debe* o *no debe* expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. Pero como los autores no usan por lo común de esta precaución, me atreveré a recomendarla a los lectores: estoy seguro de que una pequeña reflexión sobre eso subvertiría todos los sistemas corrientes de moralidad, haciéndonos ver que la distinción entre vicio y virtud, ni está basada meramente en relaciones de objeto, ni es percibida por la razón” (Trad. y ed. de F. Duque. Madrid, 1988, págs. 633-634).

Esta mentalidad, ya con una expresión literaria precisa, la encontramos igualmente, por ejemplo, en John Stuart Mill, quien escribía años más tarde, con entera naturalidad, que “En este caso, como en el de nuestros demás sentimientos morales, no existe una conexión necesaria entre la cuestión de sus orígenes y la de su fuerza vinculante. El que un sentimiento nos sea proporcionado por la naturaleza, no legitima, necesariamente, sus incitaciones” (*El utilitarismo*. Trad. E. Guisán. Madrid, 1984, pág.101).

A partir de la consolidación y explicitación expresa de este modo de ver las cosas, el idioma ya distinguió nítidamente dos realidades distintas; hablo de realidades “distintas” porque no parece, a la vista de los textos, que el “ser” y el “deber ser” fueran vistos como dos facetas o dimensiones diferentes de una misma realidad. Así pues, aparecieron dos términos precisos para designar cada realidad: el *Sein* y el *Sollen*. Perdóneme el lector por exponerlos en lengua alemana, pero es que han sido conocidos universalmente bajo esta formulación, y la difusión extraordinaria de las obras de Kelsen no ha sido ajeno a ello.

En esta contraposición entre “deber” y “ser”, ambos términos han sido reificados hasta extremos asombrosos. A lo largo de la primera mitad del siglo xx, casi siempre de la mano de Kelsen y sus discípulos, el “deber” o

Sollen ha sido entendido como un modo de ser, como una “categoría lógica” irreductible e indeducible desde el “ser”. Se ha producido así una extraña dicotomía que pretende ser absoluta, como denuncia Llompарт, porque en lugar de *distinguir*, desde hace algún tiempo nos hemos empeñado en “separar” lo distinguido: es la solución del pensamiento cómodo, que necesita nitidez y rigor.

El “deber ser”, según los carriles trazados por la modernidad, brota desde el ejercicio de la voluntad de un sujeto; se trata, pues, de un acto de “querer algo”, de un *Wollen*. Stammler, a comienzos del siglo xx, caracterizó al Derecho, esencial y primariamente, como un *Wollen* que poseía determinados requisitos: autárquico, inviolable, entrelazante. Con la caracterización como “querer” queda aún más marcada –al menos en el simple sonido de las palabras– su diferencia con el “ser” opaco que ha de moldear el “querer” humano, sin que en ningún momento este acto de “querer” encuentre algún punto de referencia, en cuanto a su orientación, en el “ser” indolente y opaco.

Kelsen, siempre perspicaz, explicó que el *deber (Sollen)*, que lo concibe a modo de “categoría lógica” irreductible al “ser”, surge siempre por una decisión de una voluntad, del “querer” de un legislador o de las autoridades subordinadas a éste. De este modo, el “deber-ser” tiene su origen siempre en un *Wollen*, en un acto de voluntad empíricamente comprobable. Todo esto se vuelve turbio, objetaba Olivecrona: ¿cómo es posible que el campo de la empiria, que es el del “ser” exclusivamente, dé origen a un “deber-ser”? Se trataría, explicaba Ross de un hecho parecido al de pretender que un animal de una especie biológica dé origen a otro animal de otra especie completamente distinta. Siempre discutido en congresos y publicaciones, Kelsen admitió que la forma cómo surge el “deber-ser”, es decir, cómo deriva su existencia del acto empírico de querer u ordenar, *ist ein Mysterium*. Dejo de lado las ironías de Olivecrona cuando comenta que ¡por fin! Kelsen ha dicho la verdad: toda la teoría del “deber-ser” es un misterio.

A la altura de 1960, la filosofía del Derecho estaba atrapada en una trampa típicamente escolástica y por ello dilemática: la distinción del ser y del deber-ser como dos realidades distintas e irreductibles la una a la otra. Hubo muchas argumentaciones para mostrar su distinta estructura óntico-lógica, la distinta lógica que dominaba al ser y al deber-ser (para este último se inventó la lógica “deóntica”), etc. En fin, había toda una corriente escolástica, por ello muy acabada y perfilada, que nos hacía ver que un

“deber” sólo podía surgir desde otro “deber”, y todo deber, en definitiva, desde un “querer”. Enfrentándose a este modo de ver las cosas, algunos autores alemanes de la postguerra hablaron de la *Natur der Sache*, pero sus argumentaciones fueron, de hecho, irrelevantes, ante la masa de literatura que explicaba el origen, fundamento y alcance del “deber-ser”.

El “deber-ser” no necesitó de ninguna fundamentación propiamente humana, racional, que aludiera a las causas, razones o motivos por los que realmente (más o menos, “moralmente”) estuviéramos obligados a acatar lo que “debe-ser”. Vino en su ayuda la teoría de la *imputatio*. Esta noción tiene un origen algo espúreo. Christian Thomasius, en su “Paulo plenior historia juris naturalis”, aparecida a comienzos del siglo XVIII, explicó que la noción de “mérito” que se manejaba usualmente, era demasiado complicada, porque los escolásticos distinguían entre el mérito de condigno, de congruo, etc. Él, para evitar estas complicaciones, proponía seguir el proceder de los libros de contabilidad de los comerciantes, en los que una cantidad de dinero se debía porque “constaba en cuenta”: *Zur Rechnung halten*. De este modo, la obligación tenía un fundamento exclusivamente cartular, y no era preciso añadir más complicaciones. Así aparece la palabra *Zurechnung*, que Thomasius, con aires de originalidad, la traduce como “imputación”, *imputatio*. El círculo intelectual de la autonomía del “deber-ser” se cierra aún más, porque este deber-ser se expresa como una “imputación” que tiene como fundamento su peculiar asiento contable, la letra de la ley, sin necesidad alguna de buscarle fundamentos en la realidad extra-legal. A los primeros genuinos “positivistas” –pensemos en Falck o Kielruff– el instrumento de la *Zurechnung* les resultó especialmente útil: bastaba, según ellos, remitirse al precepto legal concreto, y la *imputación* que resultaba creaba un deber-ser que hacía superflua cualquier justificación ulterior.

Desde luego, este “deber-ser”, así planteado, era cosa poco seria, por más que la escolástica positivista de la primera mitad del siglo XX insistiera, de la mano del rudimentario neokantismo de Kelsen, que se trataba de una “categoría lógica” que nos permitía ordenar y, por ello, comprender, un sector de la experiencia. Ross, cuya obsesión en la vida pareció ser la de contradecir la “esfera” del “deber-ser” kelseniano, dedicó un grueso libro (la *Kritik der sogennante praktischen Vernunft*) a mostrar que el *Sollen* era en Kant una exigencia de la razón práctica que resultaba cuando se daban determinados requisitos, pero que jamás podía ser entendido, como pretendía Kelsen, a modo de una “realidad” que no encajaba en el espacio

ni en el tiempo. Por este hecho, en la reacción empirista del primer tercio de este siglo, la pugna entre el ser y el deber-ser, médula de la *falacia naturalista*, se decanta a favor del “ser”, ante la inconsistencia de la pretensión de construir una filosofía práctica de la mano de pretendidas categorías lógicas a priori. Sucedió, empero, que, perdida completamente la tradición cultural que permitía distinguir entre lo simplemente empírico (la *ratio*) y lo verdaderamente real (el *intellectus* o inteligencia) que nos abre el acceso hacia la belleza y el bien, no quedó ante la vista más que el “ser” amorfo y a-valorativo; en tal circunstancia, Ross, siguiendo los pasos de Hägerström, con el acompañamiento de Lundstedt y Olivecrona, redujo el deber a la psicología, esto es, a las vivencias dominantes en las mentes de los jueces, porque Ross, entre otras cosas, estaba bastante tocado por el pensamiento norteamericano. De este modo, rechazando lo que él llamaba la “metafísica” de las pretendidas “categorías lógicas a priori” del neokantismo kelseniano, el “deber” se ancló y se fundió con el “ser”, aunque pagando el precio de dejar de expresar alguna normatividad, en el sentido preciso de este término. Así acabó, en una vía muerta, la *falacia naturalista* que expresó literariamente Hume.

Otra vía muerta, en la quedó archivado el término “deber”, ante la imposibilidad de hacer algún uso inteligente de él una vez que se le ha separado del suelo nutricio del ser, la ofreció la filosofía analítica. Efectivamente, Peirce consideró que el lenguaje era la patria “común” de los datos sensoriales atómicos percibidos por los seres humanos, por lo que la filosofía civilizada del siglo xx debía de ocuparse del lenguaje, solar acotado de todas nuestras experiencias que pretendieran ser científicas. Los anglosajones, engolfados con el lenguaje, descubrieron, entusiasmados, que “se pueden hacer cosas con las palabras”, y hablaron exhaustivamente, fastidiosamente para cualquiera que proceda sin especiales prejuicios, de enunciados “performativos”. Los mandatos u órdenes en que consiste el derecho (sigue presente el *Wollen* neokantiano, aunque ahora escrito en lengua inglesa y con el pretexto de hacer filosofía “del lenguaje”), serían enunciados *performativos*, con los que no se describe nada, pero sí se intenta transformar la realidad. Por este camino, desaparece también la dualidad humana entre ser y deber-ser, y la norma práctica queda reducida a un sector del único “ser” existente: una parte de nuestro lenguaje, expresiones lingüísticas imperativas, esto es, redactadas en estilo gramatical imperativo. Una vía muerta, decía, porque no me imagino a un juez diciéndole a un condenado: “Queda usted condenado a cinco

años de cárcel por haber quebrantado la forma imperativa del lenguaje de la ley”.

C) *¿Qué podemos hacer?*

Este tema es muy complejo, porque presenta muchas vertientes, y no sé exactamente qué punto de vista es el más adecuado y sencillo para aludir a él. Un punto de partida, entre otros, puramente didáctico, podría ser el de considerar nosotros que las “cosas” existen, sin más. Ahí *están* mi mesa de trabajo, el papel sobre el que escribo, mi suegra, etc. Esto, dicho así, puede parecer algo bárbaro, propio de un hombre casi prehistórico como fue Aristóteles, o de un *barbarus scholasticus*, como Thomasius llamaba a todos los “escolásticos”, entre ellos Tomás de Aquino. Pero que “las cosas existen y están ahí” es una consideración adecuada para un jurista, que no entra, ni suele conocer, las distinciones heideggerianas entre los planos óptico y ontológico, por ejemplo, y que, desde luego, no admite que “las cosas en sí son incognoscibles”, como argumentaba impecablemente Hume. Si las “cosas en sí fueran incognoscibles”, me podría decir un colega de derecho civil, ¿qué hacemos con las hipotecas? ¿Es que el Banco Hipotecario no puede “demostrar” que existe la finca y, en consecuencia, no puede cobrarse el crédito si hay impago? Claro, los juristas, que se mueven entre cosas serias, y la índole del objeto les determina una actividad igualmente seria, saben que existen los padres, los hijos, los matrimonios, los bienes muebles y los bienes inmuebles. El poner en duda la existencia de estas cosas queda, según los juristas, para los filósofos cuando filosofan, porque en su vida normal, los filósofos razonan como juristas, y saben perfectamente que están casados, que tienen hijos, que son dueños de un bien inmueble, y otras muchas cosas más. Sería interesante hacer un estudio (desde el punto de vista de la Psicología) de esta extraña esquizofrenia de los filósofos, que son hombre normales en todo, pero *qua philosophi* ponen en duda, o declaran incognoscible, la casa en la que viven.

El jurista, si es hombre leído, se consuela, de todas formas, pensando que los filósofos no se aclaran mucho entre ellos. Piensa, ciertamente, que Hume *demonstró* magníficamente —con todo lo buena que puede ser una argumentación— que sólo disponemos de percepciones discontinuas que nosotros unimos gracias a un hábito psicológico; piensa que James, Percey y Dewey demostraron que el lenguaje es la patria común y única de estas

percepciones discontinuas; sigue pensando que Russell borró la distinción fregeana entre sentido y significado –igualmente con otra argumentación digna de mérito– y que, en consecuencia, los filósofos del siglo xx han mantenido, *qua philosophi*, que el estudio del sentido del lenguaje (puesto que ya no existen, hablando con propiedad, referencias semánticas) es la única ocupación que ellos consideran verdaderamente seria y científica. Pero el jurista se consuela presenciando la pelea de familia que mantuvieron Schlick, Hanhn, Neurath, Carnap o Ayer, entre otros muchos, porque la *filosofía* que ellos mantienen queda presa y descalificada en el círculo vicioso que se produce al pretender ser empirista y descubrir continuamente que los datos protocolares son seleccionados en función de las ideas (*teorías*) previas a estos datos aparentemente “empíricos”. Y el jurista, animado por las contradicciones de estos filósofos, y no sin una cierta satisfacción que procede como de un afán de revancha, se pregunta si no tendrá razón verdaderamente Toulmin cuando mantiene que el discurso verdaderamente “científico” es el discurso jurídico, y no el discurso formalizado según las reglas de la ciencia física.

Es decir, se ha producido una bancarrota en la filosofía teórica del siglo xx que arranca de Hume y que pasa por Kant; al menos, así piensa el jurista. Pero la filosofía *práctica* realizada por los filósofos *qua philosophi* (no perdamos de vista la esquizofrenia fundamentante) ha seguido su vida tal cual, como si siguiera existiendo el optimismo empírico-lógico propios de los tiempos de gloria de Carnap o Neurath, que prescinde de las “cosas” en nombre del “método científico”.

Efectivamente, desde que Manfred Riedel comenzó a insistir en la necesidad de una filosofía práctica acorde con los tiempos que corren (¡siempre la moda!), cada Feria del Libro nos trae un nuevo sistema constructivista que, naturalmente, pretende agotar la verdad del fundamento y justificación del comportamiento humano. La realidad, las “cosas” siguen siendo ignoradas en nombre del lenguaje, y los filósofos siguen ofreciendo teorías acerca de la corrección del comportamiento humano que hacen sonreír a los jueces y juristas, quienes, afortunadamente para todos, no se las toman en serio.

Después de mucho tiempo de aridez teórica sobre este tema, una aridez que impuso la prohibición de hablar sobre la “justicia”, considerada sentimiento irracional, Rawls se sintió en la obligación de ofrecer una explicación exquisitamente racionalista de la filosofía política y jurídica. Hay que reconocerle a Rawls el mérito de haber provocado que otra vez nos tome-

mos en serio la posibilidad de la justicia. Pero una vez iniciada la moda à la Rawls, en los últimos veinte años han proliferado de tal modo los libros sobre la “racionalidad práctica”, que el investigador se siente aturdido porque apenas si tiene tiempo de leer la avalancha de literatura que aparece en los catálogos de tantas editoriales.

¿Qué hemos conseguido con esta proliferación de teorías sobre la “razón práctica”? Me parece que estamos otra vez ante una situación muy similar a la de comienzos del siglo XIX, cuando había tantos y tan variados tratados de derecho “natural” o “racional” que muchos universitarios comenzaron a decir abiertamente (una vez que el jurista práctico perdió el complejo de inferioridad frente a sus colegas del “derecho natural”) que tanta cantidad de teorías diferentes sólo podía obedecer a que la imaginación, desligada de las cosas, pagaba los gastos de la invención. Se trataba, según el siempre irónico Seidensticker, de una inútil *Papier-Consumtion* que estaba motivada, según él, por la especulación de gabinete, que desatendía la observación de la realidad.

Muchos juristas y filósofos, entonces, a comienzos del siglo XIX, reclamaron acabar con el predominio excesivo de la especulación “teórica” en el derecho pero, tal como se produjeron las cosas, no hicimos más que saltar de la sartén al fuego; porque en lugar de pensar en y desde la experiencia, hablaron y tuvieron en cuenta preferentemente la empiria. El título del discurso programático más conocido de esta época, el de Paul Johann Anselm Feuerbach, *Ueber Philosophie und Empirie..*, ya es, de por sí, suficientemente ilustrativo. Así pues, no hubo lugar para la experiencia, que no se entendía después de dos siglos de predominio absoluto del racionalismo ético-jurídico. Y como los hombres tendemos a los movimientos pendulares, que se adaptan mejor a nuestra psicología que no las matizaciones, al racionalismo se le opuso el empirismo crudo y duro. Es difícil admitir el empirismo, pues un empirista no reconoce diferencia entre el agua del mar y las lágrimas: ambas cosas son, para él, agua con sal. Y el afán empirista, con ese amplio abanico suyo de “positivismos” jurídicos, ha desplazado por lo general, hasta el día de hoy, a una explicación de la realidad que permita superar el dato meramente empírico en nombre de lo real. Pero no nos es lícito juzgar con acritud: fue comprensible en su día que los investigadores de Ética y de filosofía del Derecho se volvieran hacia lo que entonces parecía lo único racional o académicamente admisible, pues los académicos viven ante todo para y “de” la universidad. A pesar de los esfuerzos de Frege, es también comprensible, en alguna medi-

da, el rumbo unilateral que los de Viena dieron al tratamiento de la empiria y del lenguaje.

¿Qué hemos conseguido con tantas teorías contemporáneas sobre la “racionalidad práctica”? Quizá no sería exagerado decir que se ha producido, otra vez, una *unnützig*e Papier-Consumtion, como explicaba Seidensticker, o que ocuparse continuamente con tal filosofía, tal como de hecho se hace, *eine sehr unpraktische Sache (ist)*, como dice mi amigo José Llompart. Me temo, a la vista de la situación, que estamos ante un camino agotado, porque el estudio de las condiciones del “habla racional” o de las exigencias de la imparcialidad no da más de sí; el esquema generalizador del imperativo categórico kantiano ha sido aplicado ya en casi todas las variantes *intelectuales* posibles y, a pesar de ello, no hemos creado nada que sea de utilidad para nuestra vida cotidiana, para un abogado o para un magistrado que tiene que argumentar seriamente, en un tribunal. Claro que los filósofos, *qua philosophi*, desde sus cátedras y publicaciones especializadas, seguirán haciendo aparecer más teorías sobre los universales implícitos en el lenguaje, etc. Sería interesante pensar qué sucedería si los filósofos desaparecieran como estamento profesional remunerado. Hablando con seriedad, ¿seguirían publicando tantas sutilezas —las que distinguen a Hare de Tugendhat, por ejemplo— que son inviables o inútiles ante un juzgado? Es lícito que un jurista se haga estas reflexiones, porque él no puede juzgar con distingos y sutilidades que no expresen contundentemente una faceta de “las cosas”.

Parece que va llegando el momento de, una vez superado el complejo de inferioridad inevitable ante todo lo *racionalista*, busquemos unos criterios que dirijan normativamente el habla, pero unos criterios que han de ir más allá de la simple herencia *intelectual* de igualdad-libertad individuales que nos dejó la modernidad. Que es preciso superar y completar a Rawls, Habermas, a los de Erlangen, y a otros tantos, con la búsqueda de unos criterios de la *praxis* humana que, lejos de ser a priori (siempre igualdad-libertad, en definitiva), han de ser buscados en esa vertiente de la realidad que son “las cosas”. Y esto implica reclamar los criterios necesarios de una ontología (sería preciso perder el pudor que se produce cuando empleamos este término) ética y jurídica.

Desde luego, el jurista, hombre de letras —pero, afortunadamente, no de tantas letras que le conviertan en racionalista— en esta necesidad de “volver a las cosas mismas” no hará las extensísimas digresiones de Husserl, con quien, por otra parte, (el jurista) difícilmente estará de acuerdo. Pero

como existe la *Jurisprudencia*, esa “Ciencia del Derecho” o ese saber sobre el Derecho, que se manifiesta ininterrumpidamente en tantos libros y en tantas sentencias que se emiten a diario, y como aquellos libros y estas sentencias no son simples cuentos de hadas, invenciones arbitrarias, y el jurista capta la continuidad histórica de esta *Jurisprudencia* –a pesar de la diversidad de contextos históricos, de entendimientos y sobreentendimientos intersubjetivos que se han producido entretanto– nuestro hombre sospecha que él, en la resolución de los conflictos que son jurídicos, procede sobre bases más sólidas y concretas de las que él mismo tiene explícitamente consciencia. Entonces comienza a entrever que tiene sentido plantearse qué relaciones mantiene, de hecho, ese “deber-ser” en que consiste la “ciencia jurídica” con el resto de la realidad, que los filósofos designan con el escueto “ser”.

1. *Unas observaciones por delante*

Tengo el convencimiento de que el cultivador del Derecho se mueve, en esta “ontología jurídica” cotidiana con la desenvoltura y la frescura propias de quien apenas sabe más “filosofía” que la que estudió en el bachillerato. Él sabe muy intuitivamente que se ocupa de “cosas”, es decir, de relaciones entre personas que están *mediadas* por las exigencias de las cosas que constituyen la materia y el objeto de esas relaciones. A veces se ocupa de relaciones muy directas entre las personas, que apenas están mediadas por cosas ajenas a las “personalidades”; entonces, el caso es distinto en cierta medida, y más bien tiene que preguntarse acerca de la finalidad típica de esas relaciones aparentemente tan personales, además de tener en cuenta las consideraciones propiamente personales. Y quedan otros tipos de casos en los que ha de analizar la estructura propia de unas relaciones en las que intervienen ante todo seres humanos, con sus exigencias típicas o más concretas. Si no existe tipicidad ni, sobre todo, cosas, entonces el jurista sabe que no tiene nada que hacer: está ante el campo al que es ajeno al Derecho. De todos modos, este jurista sabe, normalmente sin reflexión expresa, que en ocasiones alguien se extralimita en el ejercicio de su arbitrio o de su apetición, y entonces daña directamente personalidades ajenas. La sociedad siempre ha tratado de impedir este tipo de barbaridades, y para ello crea las leyes penales. El Derecho penal constituye una rama del derecho enormemente interesante, por lo distinta que es del resto del mundo jurídico. En este derecho no se miden o calculan “co-

sas”, a no ser que se trate de una indemnización, una multa o, en general una pena: en esta rama del derecho se trata ante todo de que cada cual “respete”, que deje las cosas como están.

Si el jurista es muy erudito y ha leído libros sobre Filosofía, entonces puede expresarse en un lenguaje distinto del jurídico (el lenguaje jurídico es enormemente directo y realista y, por ello, muy intuitivo) y, sobre todo, puede ocuparse de explicar más *racionalistamente* lo que el jurista realiza todos los días racionalmente. Entonces, puede hacer saber a su compañero, el jurista poco leído, que como el personaje de Molière, los hombres normales, los juristas, siempre hablan en prosa, es decir, siempre hacen filosofía jurídica, aunque no sean conscientes de ello. No creo que el jurista filósofo añada nada importante al jurista simplemente inteligente; pero le explica, dentro de la pobreza inherente al lenguaje más abstracto, lo que la inteligencia conoce como “evidente” o, más bien, necesitado de poco raciocinio.

Este jurista culto sabe, porque es jurista y lleva muchos años analizando relaciones, distinguiendo problemas allí donde sólo se ve a primera vista un todo confuso, que su actividad intelectual es, fundamentalmente, una reflexión sobre la realidad. Que, precisamente porque él estudia casos reales (ya sucedidos, o que otros juristas se han imaginado) su razón no violenta lo que existe, porque si procediera así caería en la arbitrariedad. Este jurista distingue entre el dato empírico y el dato real y, de forma normalmente inconsciente, procede a lo que la psiquiatría alemana del siglo pasado llamaba *die Erhöhung des vorgegebenen Daseins*, esto es, a poner en su lugar (real) las deformidades empíricas que encuentra. Para este fin no le hace falta estudiar Ética, en especial; sabe distinguir entre el mal padre, que debe ser privado de la patria potestad sobre sus hijos, y el padre bueno o aceptable, que puede ser cualquier padre *normal*.

De hecho, sus valoraciones vienen dadas y medidas, en la mayor parte de los casos, desde la observación y *reflexión* sobre la realidad. No cree en tablas de valores inmutables y objetivos, como los de Hartmann, aparte de que lo más normal es que nunca haya oído hablar de este filósofo. Él intenta, simplemente, poner en orden, mejorar, lo que existe, y las medidas valorativas le suelen venir dadas por lo existente, cuando este existente está bien, es bueno, es decir, cuando funciona con la normalidad prevista y no irrita a la mayoría de la gente, entre otras cosas. Percibe que no hace falta ninguna facultad especial en el ser humano que le permita distinguir lo que “va bien” de lo que “no va”. El jurista suele tomar lo que va bien como su meta ideal normal.

Lógicamente, no cree en utopías, suponiendo que se pudiera definir lo que es una “utopía”. Tiene valoraciones últimas, que a veces son las de la moral positiva de su época, y más de uno es consciente de que será mejor jurista, y sus obras pasarán en mayor medida a la posteridad, en la medida en que menos se deje llevar por esos ideales que antes cambiaban con cada generación, y que ahora cambian cada diez años. En el lugar de los ideales, esa palabra que inventó la filosofía idealista alemana a finales del siglo XVIII, nuestro jurista no cree en “principios únicos”. Él tiene en cuenta la experiencia (*die Erfahrung*, y no *die Empirie*), una experiencia que, por ser inteligente puede superar la simple empiria. Este jurista se deja llevar más por la inteligencia, que es esa vertiente de la razón que eleva a un plano real lo que la “razón” capta, como un simple espejo, acriticamente. El jurista es siempre crítico ante lo que le “es dado” por la vertiente empírica de la razón.

Más bien sucede que la experiencia (que le hace ser *positivista*, superando el empirismo), le muestra muchas relaciones, muy dispares, guiadas por principios muy distintos, porque, aún cuándo considere globalmente las partes del derecho (que eso ya es demasiado abstraer), la experiencia le enseña que los principios rectores del derecho de contratos no tienen nada que ver con los principios fundamentales del derecho de familia. Aunque cuando habla con un filósofo tiende a perder la esperanza en el género humano, porque no puede ponerse de acuerdo con él ni sobre el talante inicial para considerar el derecho: el filósofo no ha estudiado derecho, ni tiene experiencia propiamente jurídica, entiende el ordenamiento jurídico como un todo. Y es que la gente que no se ocupa con el derecho, entiende vagamente que el “orden jurídico” sería como una de las retículas que organizan y dan orden a la sociedad, y las cosas son así y no son así. Este último matiz no suele captarlo el lego.

Al filo de sus conocimientos, él, por el contrario, no entiende las teorías como las de Habermas, por ejemplo, que tiende a ver la justicia como el predicado de un todo único que, por si fuera poco, debe derivarse u obtenerse desde el *principium unicum et evidens* que sería esa comunidad de parlantes que hablan “bien”, racionalmente, porque no hay predominio y porque están guiados por unos intereses emancipadores. Tampoco entiende muy bien el intento de Rawls, que, desde el *postulado* (¿?) de la igualdad-libertad (imparcialidad) ignora la pluralidad y la riqueza de la vida práctica humana. La verdad sea dicha, el jurista se siente algo acomplejado ante los libros de Tugendhat o Rawls, fundamentalmente porque

su lectura le resulta difícilísima; y, si logra entenderlos, no puede admitir que esa complejidad viva de la existencia humana pueda estar regida por una única categoría normativa. Por este hecho, él entiende —y yo entiendo que él entiende muy bien— que la filosofía o teoría jurídica de las universidades consiste en un escolasticismo (el escolasticismo que se deriva de la filosofía dialéctica alemana, o de los intentos de rehabilitar a Kant a través de “intereses” generalizables en el lenguaje, etc.) que lleva una vida propia, al margen de las exigencias humanas cotidianas. Que los universitarios que se ocupan de estos temas viven en una continua autofagocitosis: redactan libros, que no sirven para el abogado o el magistrado, pero que les resultan muy útiles a los universitarios para adquirir prestigio, ganar plazas docentes, dar conferencias, etc., siempre dentro de la universidad.

El jurista desconfía de las teorías de los “derechos humanos”. No entiende bien el fundamento básico usual, de hecho, de esta mentalidad, que no es más que la consideración de unos individuos aislados (en el *status naturae*, decían los entendidos), que no poseen más que su “personalidad”, en el sentido kantiano del término. Observa, por el contrario, que la mayor parte de las relaciones jurídicas poseen una estructura más o menos necesaria que viene dada por la realidad de los objetos (“las cosas”) en juego, una estructura que en algunas de sus dimensiones es así y no puede ser de otra forma, y que en otros momentos se presenta como obra de la convención humana en el tiempo. En cualquier caso, la voluntad radical del sujeto que pretende situarse en su mismo origen, carece frecuentemente de operatividad jurídica. Por este hecho, mira con cierta desconfianza las obras de tantos pensadores, como C. S. Nino, por ejemplo, porque le parece que estos señores no saben distinguir entre libertad y arbitrio, de modo que no pueden explicar donde debe comenzar a ser limitado el arbitrio del individuo porque comienza a ser dañado el hombre como persona; porque diluyen al hombre en el individuo empírico, en la materialidad de su querer empírico, un “querer” que —por mucho que provenga de una persona— con cierta frecuencia se diferencia poco, o nada, de la apetición animal, de ese animal que todos llevamos dentro.

Pero el jurista sabe que su labor no es pasiva, de modo que él se limitara a dar expresión literaria o normativa a un “orden del ser” acabado y disponible, que existiría *objetivamente*. Sabe que hay mucho que hacer tras las líneas generales que trazan las leyes, los decretos, las sentencias anteriores. Porque estas “disposiciones normativas” son ya un magnífico análisis de la realidad, en las que el legislador o el juez anterior ya ha distinguido,

analizado, valorado. El jurista comprende que él no hace más que analizar la realidad, para valorarla, y el instrumental existente que él tiene a la vista le es de un valor inapreciable. Es consciente que, más que “normas”, él usa de principios que le orientan en el análisis. Aunque con mucha frecuencia, lo que ha de considerar viene (gracias a Dios) inequívocamente zanjado por una norma muy concreta.

Otros juristas, en cambio, se ocupan más bien de “normas”. Efectivamente, el jurista más *técnico*, que es poco más que un gestor administrativo, se dedica normalmente al Derecho público, por lo que se ocupa ante todo de conocer, concordar y relacionar “normas” que aparecen en las leyes, y especialmente en los decretos que dictan los políticos, que obedecen a intereses de muy diversa índole. Este jurista depende de los decretos del “Boletín Oficial del Estado”, y de muchas órdenes y circulares, y su tarea, como digo, suele ser un tanto automática; casi todo es cuestión de estar al día o, como se decía en los tiempos de la transición, de “estar al loro”. A este tipo de jurista le resultan imprescindibles los repertorios de “formularios”, y su trabajo tiende más a rellenar impresos que no a razonar. A veces, este tipo de jurista plantea un problema de la mano de alguna grandiosa cuestión de justicia, basándose en la interpretación que él hace, o que le viene sugerida, de algún artículo concreto de la Constitución; esto es más frecuente en los tiempos de crisis, un tanto magmáticos y proteicos desde el punto de vista de la organización social y jurídica, en los que se ha debilitado el marco de precomprensión ordinario y falta aún seguridad jurídica.

El otro tipo de jurista no suele depender en tanta medida de las leyes políticas, sino que más bien atiende a la naturaleza de las relaciones que están en juego, en las que hay unos bienes objetivos, que se trata de proteger mediante la administración de justicia. Este segundo jurista sabe que todas las “leyes” no son iguales o que tienen la misma relevancia para su labor. El conoce intuitivamente que existen unas leyes que determinan los trazos fundamentales de la convivencia política, que se plasman en la Constitución y en las leyes que se pueden llamar propiamente “políticas”, que son las que determinan, por ejemplo, cómo debe funcionar el Parlamento o cómo y cuándo deben ser las elecciones a diputados; sabe, porque así se lo muestra la historia, que estas leyes instauradoras de las formas políticas, cambian mucho, y que afectan poco a la justicia: la justicia siguió siendo la misma, en Roma, bajo la monarquía, la república, o el imperio, aunque esto no lo entienden quienes reducen el derecho a la política. Igualmente sabe que, además de estas leyes más básicas de la convivencia, exis-

ten otras de finalidad distinta, con objetivos más concretos y modestos: son las que crean facilidades para adquirir bienes inmuebles mediante préstamos hipotecarios, o dan facilidades para expropiar terrenos porque hay que construir pantanos, o fomentan las fábricas de aviones, o la exportación de zapatos. Estas leyes, por depender de coyunturas económicas y técnicas, cambian mucho, ya que ellas dependen de la oportunidad del momento. Y, finalmente, este jurista intuye que existe una tercera actividad, no reductible a las dos anteriores, pero que debe contar, entre otras cosas, con los dos tipos de leyes aludidos. Esta “actividad” no viene determinada tanto por “normas” como por principios jurídicos, porque en ella atendemos a las relaciones que están en juego y que configuran el problema, por lo que el jurista analiza y distingue relaciones y problemas. Por este hecho, el jurista digno de este nombre (otra cosa es el servidor del Estado), ante la normal insuficiencia de las simples “normas” jurídicas en tantos casos, sabe que no solamente *aplica* las normas legales, sino que tiene en cuenta, y juega, con muchos principios jurídicos, de distinto rango. Suele percibir que su trabajo es esencialmente valorativo, entre otras cosas porque, frecuentemente, las valoraciones son las que determinan en última instancia la configuración del supuesto de hecho y, con él, la norma que aparecerá como “aplicable”, al final del proceso. Este jurista, como digo, atiende a la vida humana, y más que ser un “aplicador” de normas es un creador de soluciones, después de haber analizado a fondo el problema. ¿Análisis o síntesis? Tanto da: el estudio es humano, vital, y los distintos pasos o momentos que distinguimos en las universidades, en la realidad viva se producen *uno actu*.

Este jurista se sabe, ciertamente, creador, pero creador de Derecho, no creador de formas sociales nuevas. La creación de nuevos moldes para la convivencia es tarea del político, quien se suele preocupar poco por lo que *realmente* está bien o mal. El político sigue atentamente la evolución de la oportunidad del momento, procurando captar la solución que le dará más votos o le hará menos impopular; por esto, a diferencia del jurista, su preocupación primordial no es la justicia o la injusticia, la de poner las cosas justamente en orden; para sus finalidades, usa y abusa de la estadística, y el jurista poco tiene que ver con estadísticas. El político en las democracias contemporáneas, como recalcó Max Weber ya en los primeros decenios de este siglo, es una mezcla de *showman* y de ejecutivo que sabe manejar a su partido. Y al jurista, como tal jurista, le interesan poco la interpretación escénica y los asuntos “de partido”.

Aunque un jurista fino tendrá muy en cuenta lo que enseñaba Franciscus Connanus ya en el siglo xvi: que la justicia en lo político exige que se haga lo que es posible, y que esto “posible” es justo, tan justo como los principios generales inmutables del Derecho, por lo que “lo que es posible” es algo que se puede exigir a cualquier político. Comprende que no andaba muy descaminado Connanus cuando explicaba que el “Derecho natural” tiene dos vertientes, una que mira a la justicia (*iustitiae unam*) y otra que atiende a la utilidad (*utilitatis alteram*). Por ello, contempla al político, a pesar de tantas cosas, como el diseñador de algunas de las líneas más generales de la convivencia justa, o de la justicia.

El jurista de este tipo es, pues, un creador de soluciones, lo que implica ser un buen analista de problemas. Como creador que es, sus casos suelen ser largos y complicados, aunque él evita la complejidad connaturalmente porque siente aquella regla de oro que indica que *difficultates multiplicare non est solvere*. Este tipo de jurista no siempre gana mucho dinero, y no suele tener vocación política, a diferencia del tipo anterior, el jurista-gestor, pero en sus libros –si es que escribe– es donde se aprende Derecho y, con él, a saber aplicar las normas y, sobre todo, los principios. Esto motiva que sus obras sean útiles internacionalmente por lo que, a veces, son traducidas a otros idiomas; y ello explica que sigan poseyendo interés aún bastante después del tiempo en el que fueron escritas; porque si bien fueron escritas “un” tiempo, sus planteamientos y soluciones son válidos “para” mucho tiempo. Tan válidos y permanentes como son los problemas humanos que se desentrañan en ellas.

Nuestro hombre, por lo demás, es consciente que lo que él propone procede más del *esprit de finesse* pascaliano que no del *logos apofantikós*; éste suele ser otro rasgo que le caracteriza. Por este hecho, a veces siente pena ante las ansias de rigor de tantos contemporáneos. Y no queda acomplejado ante el aparente problema de la *falacia naturalista*.

2. Las trampas del lenguaje y la importancia de las razones

Uno de los motivos del éxito de Kelsen, durante la primera mitad de este siglo, pudo haber sido el prestigio que entonces poseía el Estado. De hecho, la mayor parte de los juristas de esta época pensaban sinceramente que el Derecho no era más que el conjunto de órdenes o mandatos que venían desde la cúpula estatal. Esto explica que el mismo Kelsen, cuando explicaba el por qué de la aparentemente misteriosa norma “hipotética” o

“fundamental”, indicara –con bastante precisión– que él no hacía sino reproducir el modo ordinario como la mayor parte de los juristas veían al Derecho y al Estado.

Pero ya han pasado los tiempos en los que Estado tenía tan fuerte predicamento y, ahora, otra vez, se nos impone la necesidad de estudiar la legitimación de las normas jurídicas, cosa superflua cuando reinaba el principio de *Das Gesetz ist das Gesetz*. Ante esta necesidad, desde hace unos veinte años, casi todos los filósofos del Derecho vuelven a tratar el tema del deber jurídico, es decir, el de las razones o motivos por las que debemos (estamos obligados y no simplemente forzados) a obedecer las normas jurídicas. Esto implica, entre otras cosas, que la categoría del *Sollen* o “deber-ser” como una realidad autosubsistente, se ha desvanecido. Que el relativismo moral que estaba en la base de la separación entre ser y deber-ser, con la consiguiente negación de cualquier ontología jurídica, ya no es viable; que, al plantearnos el tema de las causas de obediencia al Derecho, la separación entre lo que simplemente “es” y el mundo normativo, debe ser revisada. Ha caído el mito del Estado (¡quién no piensa en Cassirer!), y con él, la categoría del “deber-ser”, fundamento a posteriori de la *falacia naturalista*.

De este modo, estamos otra vez, históricamente, ante el tema del *deber*, “obligatio”, *Pflicht* o *Verbindlichkeit*, *duty*, que durante estos últimos dos siglos había sido sustituido por las nociones del *Sollen* e *imputatio*; pero hoy, estos sucedáneos de la noción y de la realidad del deber ya no dan más de sí: se ha agotado el Estado.

Hart ha indicado insistentemente que el término deber, en el que confluyen ser y deber-ser, es indefinible. Es posible que a Hart no le falte algo de razón, porque ¿cómo podríamos reducir tantas situaciones que se nos presentan en la vida, en las que “tenemos que” hacer u omitir algo, a la noción genérica de “deber”? Me veo en tres supuestos cotidianos: a) debo evitar que la policía municipal imponga multas a mi coche por estar mal aparcado. Realmente, me importan poco las excesivamente quisquillosas ordenanzas municipales, pero “debo” evitar las multas porque mi familia me recriminará mi conducta, ante el despilfarro económico que ellas suponen, dada la desmesurada cuantía de las multas municipales en España. Precisamente reconocemos la existencia de un deber –así lo indica Hart, entre otros– cuando se producen críticas justificadas a una conducta; b) estoy obligado a educar bien a mis hijos; c) la Iglesia y mi conciencia me recuerdan que debo adorar a Dios.

Es decir, “tengo” que evitar las multas, “tengo que” educar a mis hijos, “tengo que” adorar a Dios. El idioma nos tiende trampas: en los tres casos usamos la expresión “tenemos que” o “debemos”, pero ¿no se trata de situaciones demasiado distintas para las que las expresiones tener que o deber, posean concluyentemente un significado unívoco, uniforme? Porque, desde luego, cuando tenga que rendir cuentas, Dios no me preguntará –al menos, así lo espero– si han puesto muchas o pocas multas a mi coche. El beato Duns Scoto nos jugó una mala pasada reduciendo la realidad a una “entidad” uniforme, porque él –según escribía– la consideraba *formalmente*. A mí que, gracias a Dios, prefiero lo concreto, me gustaban más los aristotélicos que, como Tomás de Aquino, reconocían que la palabra “ser” era demasiado compleja. Tan complicada y tan compleja, tan compuesta por realidades de distinta naturaleza (¿hasta dónde puede llegar la capacidad expresiva del lenguaje?) que, para dar a entender que no se puede hablar con rotundidad de este tema, explicaron que el término ser es “análogo”, es decir, que con él expresamos o nos referimos a cosas tan diferentes que lo único que tienen en común es que “se parecen”, que esto es lo que quiere decir el griego “analogon”. Pero a los universitarios de la edad moderna les produjo terror esta complejidad inasible de lo real, y prefirieron uniformarlo todo: así la “naturaleza” era más manejable, dúctil y domesticable. El jurista, sin embargo, queda algo pasmado ante esta facilidad académica de hacer y deshacer.

Con estas advertencias, ¿en qué consistiría el deber? En una primera aproximación, yo diría que el deber consiste en un “tener que” (hacer u omitir algo) para alcanzar algo relevante en mi vida. La conjunción “para” designa la causa o justificación que me obliga al esfuerzo: la causa determina la existencia del deber. Sobre esto ha escrito mucho Toulmin. El motivo determinante del “deber” es esa causa: una necesidad de la vida cotidiana, de aquello que “es”, como diría Hume.

He hablado de un “tener que” para alcanzar algo relevante para mi vida. Esto conlleva implicaciones diversas. Si “tengo que”, es decir, si es mi deber alcanzar ese “algo”, es evidente que no queda a mi arbitrio tender o no hacia ese objeto; decimos, entonces, que es un bien que he de perseguir necesariamente (me refiero a una necesidad moral) o que es un mal que he de evitar necesariamente. Esto es, sin embargo, un poco peliagudo.

Kant, ante este problema, sin reparar en la naturaleza del bien a conseguir o del mal a evitar, estableció unívocamente que el deber se especifica por su naturaleza categórica: sería –según Kant– un “tener que” incondi-

cionado; es decir, el "deber" no se caracteriza como tal por el bien a alcanzar (su causa o finalidad), sino por ser una categoría o estructura permanente de la razón práctica. Pero este planteamiento ya resultó muy poco convincente incluso en su momento y de ahí, por ejemplo, las críticas de John Stuart Mill.

La salida más fácil ante este problema consistiría en decir, quizá, que ese objeto que se ha de alcanzar es, en sí, un bien o un mal: *per se et sua natura*, como escribían los escolásticos de los siglos xv y xvi; en tal caso, el deber de evitar algo malo en sí sería "incondicional". Estaríamos, pues, ante una explicación del problema similar a la de Kant en algunos aspectos. Pero dejemos ahora los bienes "en sí" o las cosas malas *per se*. Haberlas, las hay, pero nuestra vida cotidiana no consiste en perseguir este tipo de cosas, que sólo dan razón de un sector muy reducido de la vida práctica; en este sentido, Fernando Inciarte suele decir que la elección moral no suele estar entre lo bueno y lo malo, en términos absolutos, sino entre lo mejor y lo peor, que son siempre términos como más relativos o de naturaleza relacional. Quizá fuera más sensato pensar que lo que debo alcanzar normalmente en mi vida ordinaria (que es el banco de pruebas de cualquier explicación), "en sí" no es bueno ni deja de serlo, sino que, por alguna razón concreta, ahora es importante para mí y para nosotros el alcanzarlo. Entonces, el peso de la determinación de lo que es "bueno", se traslada a las razones por las que una cosa, en principio quizá ni buena ni mala, es buena o mala para mí, *ahora*. Dicho de otro modo: normalmente, salvo casos extremos, lo que es bueno o malo necesita ser justificado, esto es, razonado. Y razonamos teniendo a la vista los datos contingentes, las circunstancias que nos ofrece la vida personal y social. Y tampoco es el yo solipsista y egotista el que decide: más bien debe ser el nosotros, porque todo hombre puede y debe ocupar una posición excéntrica respecto de sí mismo (así se expresa Helmut Plessner), y saberse él contexto para los otros. Y si no entiende esto, entonces es que algo anda mal en él.

Necesitamos aportar razones, causas de nuestro comportamiento, y las distintas naturalezas de las causas que existen y que motivan el deber (y no el simple forzamiento) de mi comportamiento pueden ser tan variadas que quizá podamos pensar que la naturaleza misma de los distintos "deberes" es, también, muy diversa. No sé si Hume y John Stuart repararon en este problema; creo que no, porque ellos hablan del "deber" como de una categoría unívoca, lo mismo que Kant y Kelsen. ¿Existe o puede existir una noción unitaria y unívoca del deber? Parece difícil, porque los deberes

concretos de la vida corriente únicamente suelen tener esto en común: que existe una buena razón para hacer algo, o para dejar de hacerlo.

En este sentido, los pre-modernos sabían distinguir varios tipos de “deberes”. No me refiero ahora a los distintos deberes que engendran las normas jurídicas, las normas morales, o los usos sociales; también los antiguos tenían presente que una cosa son las normas del decoro, y otra las de la virtud. Más bien quisiera referirme al caso de las *leges mere poenales*. Efectivamente, para salvar la autonomía moral de la persona individual, amenazada por el principio que mantiene que las leyes obligan en conciencia a su cumplimiento, diversos escolásticos mantuvieron que, respecto a cada ciudadano, una ley podía presentarse como “meramente penal”, siempre que tal ley no reprodujera una exigencia muy inmediata de la justicia. En tal caso, ante esa ley considerada *personalmente* como “meramente penal”, el ciudadano no estaba obligado a obedecerla, pero si efectivamente no la obedecía, entonces debía pagar una multa. No se estaba obligado al cumplimiento de la ley pero sí al pago de la multa, porque aquellas personas sabias establecieron que el principio de autoridad debía prevalecer siempre, pero no incondicionalmente. Hoy apenas entendemos estas matizaciones: ¿falta de sensibilidad? Aquellos pre-modernos sabían que la autoridad y sus órdenes eran imprescindibles para la convivencia, y de ahí el principio incondicionado de acatar la ley, aunque no el de obedecerla. Y es que entonces se consideraba que toda desobediencia motivada por desprecio al superior en cuanto tal, constituía siempre un pecado grave, porque atacaba los fundamentos de la convivencia. Y también se consideraba entonces que una excesiva heteronomía podía destruir la dignidad de la persona. Cuestión de saber matizar, porque, como escribía Odofredus, *in dividendo tota est difficultas*.

Estamos, pues, ante razones o causas que, en cierto modo, han de ser consideradas personalmente, *pro casu*. El *intellectus* tiene en cuenta las circunstancias y decide que, siendo así ahora las cosas, es preferible (es *mejor*) que esta tarde el estudiante salga con los amigos que no que se quede en casa estudiando. Las circunstancias determinan que el principio supremo para el estudiante (“El estudiante debe estudiar”) quede momentáneamente subordinado a otro que, superficialmente, podría parecer incluso deleznable: el estudiante debe divertirse con los amigos.

Esta forma de proceder no puede asumirla el monismo reductivista, que tiende a establecer una jerarquía inmutable de “valores” o bienes. Este monismo no puede entender que, ciertamente, tenemos bienes supremos:

la vida, la dignidad, la sociabilidad (Grocio y Pufendorf), la paz y la *felicitad* (Thomasius), la indeterminación del arbitrio individual (Kant), pero que no existe una jerarquía inmutable entre ellos, sino que las circunstancias, siempre variables, deciden su variación en la escala. Por este hecho, es lícito y recomendable (¿es un deber?) hacer la guerra, con la consiguiente pérdida de vidas, cuando hay un fuerte interés económico en juego. Una persona un tanto unidimensional, simple, que se mueve con una pretendida jerarquía inmutable, no puede entender la posibilidad misma de las razones que se pueden alegar, justificadamente, para la pena de muerte o para hacer la guerra; no puede entender tampoco, que él también pueda alegar razonadas argumentaciones en contra de estas realidades. Porque ese tipo de personas *siempre* considerará a la vida como “el” valor supremo, por lo que pretenderá que su argumentación es apodíctica. Y, así, la moral queda reducida a la cuestión de estar convencido por unos principios. De todos modos, la experiencia de estos últimos veinte años enseña que quien piensa así suele defender el aborto provocado, por ejemplo, porque este tipo de personas consideran, en su simplismo, que, junto con la conservación de la vida, la norma suprema de la moral y del Derecho es la que ordena respetar incondicionalmente la autonomía *personal*. Se llegan, de este modo, a situaciones paradójicas que el racionalismo que les ha dado origen no puede explicar.

Así pues, el contexto, las circunstancias, determinan el bien que debe prevalecer: son las circunstancias las que (salvo casos extremos) seleccionan los principios de la justicia aplicables al caso, y no al revés. Los principios no se imponen en la grandeza de su sublimidad; en la vida real aparecen más bien como seres suplicantes que piden que se les tenga en cuenta. Y como la elección suele ser entre lo que simplemente es mejor o peor, como ya indiqué, el principio grandioso puede quedar postergado: el contexto vital decide. Esto implica, entre otras cosas, que no cabe la deducción axiomático-geométrica que pretendían, en el terreno de la ética, los partidarios del “deber-ser”. Porque la determinación del principio o de la norma que ha de prevalecer se produce al filo de un proceso que induce la solución más correcta desde las circunstancias, desde lo que *existe* cotidianamente. Realmente, ¿es posible la separación entre “ser” y “deber-ser”? Me temo que el planteamiento humeano y kantiano de la “falacia naturalista” procede de la adopción dogmática de un determinado marco intelectual escolástico que, por venir y vivir de libros y teorías, poco se ajusta a la vida normal.

Naturalmente, la inducción de la solución mejor, o menos mala (Hugo de Roy ya explicaba, en el siglo xvii, que en toda decisión jurídica siempre hay justicia e injusticia), se produce mediante un juicio prudencial, que da origen a lo que los juristas antiguos gustaban llamar una *opinio probabilis*; al decir *opinio* sobra ya el adjetivo *probabilis*, pero algunos juristas se expresaban así para destacar más expresamente las cosas. Lo siento, pero no existe un rigor deductivista o cientifista que nos guíe infaliblemente en la vida práctica. Ya indicaba antes que el jurista que conoce su oficio se compadece de tanta gente que quiere precisión y exactitud en la vida, en su vida.

Tenemos, pues, razones y argumentos (*in casos dubios, per argumenta et rationes*, decía Baldo) que proceden desde la realidad externa al individuo. Ya Tomás de Aquino dejó escrito, a propósito de todo, y también de la justicia, que “la razón es medida por las cosas”, esto es, que lo justo o lo injusto –a diferencia de lo que puede suceder a veces en otros sectores de la moral– es una “cualidad de los actos”, no de las personas. A fin de corregir lo que pudiera haber de unilateralidad excesiva, quisiera hacer una matización sobre la génesis del “deber”: que las circunstancias mandan sobre los principios pero que, simultáneamente, ellas son ordenadas por los principios.

Veamos. Javier Hervada mantiene que la justicia es una cualidad de las personas, que el Derecho existe porque el hombre es persona. Esto puede parecer, a primera vista, que se contradice con lo que he escrito. Me parece que no es así. Sucede, más bien, que la palabra “justicia” aparece en dos ocasiones fundamentales, pero en ambas con sentidos distintos, porque no es lo mismo hablar de *justicia* que de “in-justicia”; no solamente les separa la negación. Efectivamente, la justicia hace referencia a lo que es justo, a una medición que realiza el llamado a juzgar en el marco de la ciencia jurídica; esta medición objetiva -hablo de “objetiva” porque depende de las cosas, de los “objetos”- es un tanto intelectual, fría humanamente. La injusticia, en cambio, es algo muy distinto; la injusticia es una vivencia radical, inexplicable por ello, en la que las personas perciben que se ha violado algo constitutivo de su humanidad, de su “ser persona”. El sentimiento de la injusticia es, quizá, el motor más potente de la historia; cosa que no sucede con la frialdad de la ciencia jurídica. Por esta razón, la injusticia es también y en cierto modo, el origen del Derecho; hace años que Alvaro d’Ors indicaba que, aunque la injusticia parece presuponer la injusticia, en el orden genético real sucede al revés: en el Derecho, lo pri-

mero que existe es la vivencia de la injusticia, es decir, la ruptura de una normalidad que, hasta que no es quebrada, no parece tener relevancia jurídica. Es obvio, y aquí Hervada lleva toda la razón, que la personalidad vulnerada es el dato primario del Derecho.

3. ¿Qué hacemos con los principios?

Hasta ahora he aludido a la necesidad de inducir la mejor solución posible desde el contexto humano en que nos encontramos en cada momento determinado, mostrando el entrelazamiento entre el ser y el deber ser. He reiterado que la voz cantante la llevan lo que superficialmente podrían aparecer como las simples circunstancias: ellas son las que seleccionan los principios judiciables a la vista de la justicia concreta. Pero en este juego recíproco de contexto y principios, se presentan un par de dudas.

En efecto, las circunstancias corresponden a nuestra realidad cotidiana, forman parte del mundo del “ser” y de ahí que algún jurista romano dejase escrito que *ex facto oritur ius*. “El Derecho no se deduce desde los principios”, *ius ex regulis non summat*, escribía este mismo jurista. Pero, por mucha autoridad que posea un jurisprudente romano, es preciso reconocer que el contexto de circunstancias quedarían en el plano de la simple facticidad si no fuera animada por los principios. Por ello, es preciso matizar el adagio que reza *ius oritur ex facto*.

Obviamente, los principios supremos que regulan nuestra conducta no se perciben por los sentidos: no forman parte del mundo del ser en el mismo sentido en que decimos, por ejemplo: “Pedro se ha roto una pierna”. Más bien, ellos constituyen el fondo mismo de la moralidad y de la justicia, como destaca Jacinto Choza: constituir el fondo quiere decir que no es posible ir más allá de ellos, que no pueden argumentarse porque no son *deducibles*. ¿Estaríamos entonces ante el mundo del “deber-ser” sustantivo y autónomo? No lo creo.

Estos principios, que forman la estructura básica de la conciencia moral, y que quedaron magistralmente resumidos en la *jurisprudencia* romana en el *neminem laedere*, *honeste vivere* y *ius suum cuique tribuere*, son demasiado formales, demasiado amplios y, por ello, vacíos de contenido si no entran en contacto con las circunstancias. Scheler y Hartmann, especialmente este último, entendieron, como filósofos que eran, que los principios –a los que conoceríamos mediante una intuición estrictamente eidética– formaban como un mundo aparte, una esfera *axiológica* o de

“deber ser”, que existe paralela al mundo de la historia. Me resulta difícil enfrentarme a un autor de tanto prestigio como Hartmann, pero tengo la impresión, que sería cuestión de desarrollar convenientemente en otro lugar, que estos principios, por ser formales, no son nada sin la experiencia práctica, necesariamente casuística y concreta. Que no cabe hablar de su existencia separada, como no es correcto hablar de una esposa sin marido.

El tema de los principios, de los primeros principios prácticos de la razón, se presta al ridículo en sectores filosóficos bastante amplios, a causa de las inevitables implicaciones teológicas que conlleva admitir una conciencia moral. Domina, por esto, la mentalidad racionalista constructivista, y muchos autores se preguntan irónicamente que dónde reside esa misteriosa facultad que sirve para percibir tales principios. Temo que Lord Shaftesbury primero (el inventor del *moral sense*), y Scheler y Hartmann más tarde, al haber exagerado el valor de la intuición, porque según ellos, toda relación valorativa es *intuida*, han prestado un flaco servicio a la filosofía práctica. Con el descrédito de este tipo de intuicionismo universal, ha sufrido bastante la causa de mostrar que, por ejemplo, la vida humana debe ser respetada. Ahora, con el constructivismo otra vez, las verdades básicas deben ser demostradas: así, Rawls, por ejemplo, desde algo mucho menos importante que la vida, como es la imparcialidad, “demuestra” que la vida debe ser respetada. Todo sea por la imparcialidad.

Sin embargo, los principios fundamentales están ahí. No solamente el contexto de circunstancias quedaría, sin ellos, en el plano de la pura facticidad, como indicaba antes, sino que las exigencias que provienen de estos contextos nos abandonan en el momento de las decisiones más importantes, como indicaba Helmut Coing, hace ya bastantes años, en su manual de filosofía del Derecho. Efectivamente, el que un hombre sea un enfermo del corazón (cosa que constituye una “circunstancia”) nos indica, normativamente, que no podemos forzarle a tomar parte en la lucha contra un incendio forestal. Pero, ¿qué *circunstancia* nos indica si es admisible o no el *apartheid* racista? Un castizo podría decir: la “circunstancia” de que todos los hombres somos iguales, o que poseemos la misma dignidad. Pero la dignidad del hombre, de la que deriva la exigencia del trato igual, no es una simple circunstancia.

Los principios básicos de la actuación humana no constituyen ninguna realidad misteriosa, como intenta hacernos creer la filosofía constructivista; simplemente, “están ahí”, son, por así decir, un hecho más. En este sentido, Kant acertaba parcialmente cuando describía a la moralidad como un

“Faktum”. El problema que plantean estas primeras normas de la razón práctica para las filosofías racionalistas es que tales principios no pueden ser argumentados, no son deducibles, y los racionalistas no admiten nada que no puedan deducir o, dicho más en cristiano, no admiten la posibilidad de algo que ellos no puedan *construir*, no aceptan “lo dado”. Tal era el caso de Descartes, que no quedó satisfecho hasta que no se demostró él a sí mismo que él mismo existía, gracias a un razonamiento muy conocido: yo dudo (acerca de que existo), luego pienso, luego -si pienso- es que existo. La demostración de Descartes era todo lo buena que podía ser una argumentación: su único defecto (el que hace que apenas sirva para nada) es que es una demostración. Todavía queda mucho camino por recorrer para que nos demos cuenta que el conocimiento directo, es decir, el que nos proporcionan inmediatamente los sentidos o el sentido interno acerca de mi existencia, es el verdadero conocimiento, la única fuente fiable de certeza. El conocimiento indirecto, argumentativo, o deductivo, además de derivar su certeza relativa desde datos que nos proporciona necesariamente el conocimiento directo (del que depende esencialmente, además, porque la mente humana piensa con la lógica de las cosas, de la realidad, no con una pretendida lógica autónoma), apenas sirve para nada: sólo nos suministra una certeza a medias, de poca calidad. Y, sin embargo, prácticamente toda la Filosofía práctica sigue siendo ¡aún hoy! una filosofía constructivista.

Los deductivistas, que siguen anclados en Descartes y en el empirismo que arranca de Hume, no admiten que estos primeros principios prácticos puedan ser objeto de un conocimiento *directo*. Por este motivo, los utilitaristas de todos los tiempos, desde Bentham hasta Rawls, pretenden deducir la prohibición del asesinato desde unos *razonamientos* que ellos suponen que son más importantes que el asesinato mismo. Hablando con sentido de la realidad, al margen de estas filosofías, ¿existe alguna razón más importante que la vida misma? Yo diría que la exigencia del respeto a la vida, que conozco sin razonamientos o argumentaciones, da origen a una serie de normas morales y jurídicas que se derivan desde esta norma fundamental; pero lo que me cuesta admitir –es un problema de sentido de la realidad– es que el derecho a la vida pueda ser *deducido* desde normas secundarias. La norma que ordena: “Respetar la vida de los demás hombres” no puede ser derivada de alguna otra norma que se suponga superior a ella misma, por mucho que en ello se empeñen las diversas filosofías que sustituyen la evidencia racional por los razonamientos racionalistas.

Este es el motivo por el que no es posible argumentar, o justificar, o deducir, la prohibición de los asesinatos. Sí podemos, en cambio, mostrar o razonar que es lícita la guerra, porque entonces, por encima del derecho fundamental en principio a la vida, se presentan otras exigencias superiores en ese contexto. Sí podemos razonar que es lícita la posibilidad de los homicidios en circunstancias determinadas (pensemos en la propia defensa), es decir: podemos mostrar cómo un principio básico es desplazado por otro principio que, *prima facie*, es inferior. Pero las razones que sirven para justificar la guerra o la propia defensa no sirven para justificar el asesinato. Lo que nos indica ahora, entre otras cosas, que quizá ese principio que se conoce como “derecho a la vida” no es, ni mucho menos, un principio unitario que soportara algunas excepciones; que no es un principio que, enunciado, sin más, nos diera a conocer la plenitud, el alcance y los límites suyos; una mentalidad quizá simplista lo tomaría, ciertamente, como un principio unívoco y excluyente, y condenaría todo tipo de homicidios, como los que se producen en las guerras, en la legítima defensa o cuando alguna persona defiende un bien de gran valor: determinadas propiedades, o una mujer que defiende su dignidad ante un violador. Pero, al margen de las mentalidades simples que lo entienden absolutamente, no creo que ni siquiera se pueda decir de él que es principio “unitario” (no sé cómo llamarlo). Tengo la impresión que la licitud de los homicidios en los casos de pena de muerte, de guerra, de defensa de bienes de gran valor, etc., no son simples *excepciones* a tal principio pretendidamente universal; parece, por el contrario, que la licitud de la guerra, o de la pena de muerte, o la de la defensa de algunos bienes (la propia vida, la dignidad, etc.) lleva en sí su propia justificación, sin que se necesite pensar que son casos excepcionales en los que quedaría –por así decir– derogado el principio universal que otorga el derecho a la vida. Por esta razón, entiendo que el derecho a defenderse constituye un principio autónomo, con sustantividad propia, que queda oscurecido si lo presentamos como un caso excepcional en que el que se deroga el derecho a la vida. Claro que esta argumentación no la podrá entender quien mantenga una mentalidad deductivista y tienda a presentarse el mundo de la ética como un orden escalonado y jerarquizado de normas y principios, con una jerarquía en *principio* inmutable, en la que lo más que se puede admitir (si es que se admite, cosa que no sabe hacer un pacifista) es que el principio superior puede ser derogado si se producen determinadas circunstancias. Lo cual no quiere decir, en modo alguno, que se caiga en el relativismo fácil: ja-

más estará justificado un asesinato, jamás podrá ser condenado un inocente. Pero lo que pretendo indicar es que el principio según el cual “nadie puede ser asesinado” no agota todo lo que se puede hacer respecto del “derecho a la vida”, que está sometido y se compone, en la realidad, de principios muy diversos.

Estos principios básicos no son argumentables. No se puede decir: “No debes mentir *para* no perder tu dignidad”. Aquí, a diferencia de lo que sucede en otros tipos de argumentaciones, la conjunción “para” no crea o constituye la razón para no mentir: decir la verdad constituye ya, por sí mismo, una faceta de la dignidad del hombre. Por esta razón, este principio sólo puede expresarse diciendo: “Debes decir la verdad”, o “No debes mentir”. Porque, como explica Wittgenstein, “Was gezeigt werden *kann*, *kann nicht gesagt werden*” (Tractatus, 4.1212).

Estamos, pues, ante un juego esencialmente entrelazado de circunstancias y principios, es decir, de principios fácilmente cognoscibles por la conciencia moral del hombre, y de otras normas y principios que es preciso inducir y discriminar desde las circunstancias. Ni las circunstancias tienen relevancia al margen de la conciencia que expresa los principios, ni éstos pueden servir sin el contexto concreto. Por esta razón, cuando los romanos decían “*ex facto oritur ius*”, tenían razón, pero sólo desde un punto de vista; y cuando se afirma que el Derecho es una condición o exigencia de la personalidad humana, también tenemos razón, pero sólo desde algunos puntos de vista.

De todos modos, amigo lector, este tema es bastante complejo, y no se presta a que nadie quede convencido, sin más. Todos sabemos que el místico Shibli, de Bagdag, murió en el año 954. Es menos conocido que después de su muerte, le vió uno de sus amigos y le preguntó: “¿Cómo te ha tratado Dios?” Shibli dijo: “Me hizo presentar ante él y me preguntó: “Abu Bakr, ¿sabes por qué te he perdonado?” Le dije: “Por mis buenas obras”. Me respondió: “No”. Le dije: “Por mis peregrinaciones y ayunos y por mis oraciones”. Me dijo: “No, no es por esto por lo que te he perdonado”. Le dije: “Por mis viajes en busca de la sabiduría y porque fui a visitar a los piadosos”. Me dijo: “No”. Le dije: “oh, Señor, estas son las obras que llevan a la salvación, que para mí tenían la preferencia sobre todas las demás y por las que siempre pensé que tú me perdonarías”. Me dijo: “Sin embargo, no te he perdonado por estas obras”. Le dije: “Señor, ¿por qué, entonces?” Me dijo: “¿Te acuerdas de que un día ibas por las calles de Bagdag y encontraste un gatito que ya estaba muy extenuado por el frío y

que iba de una pared a otra en búsqueda de abrigo contra el frío y la nieve, y que tú, por compasión, lo cogiste y abrigaste en tu capa, y lo llevaste y protegiste del tormento del frío?' Le dije: "Sí, me acuerdo". Me dijo: "Porque tuviste compasión de aquel gatito, yo también me compadecí de ti"¹.

Y es que, lector, como puedes ver, Kant y los que argumentan llevan muy poca, pero que muy poca razón. Y Hume no fue una excepción.

¹ Annemarie Schimmd (ed.), *Die orientalische Katze*. Ed. E. Diederichs. Köln, 1983. Citado por P. Watzlawick en *Lo malo de lo bueno*. Herder, Barcelona, 1987, págs. 113-114.

Libertad y Derecho editado por el Fondo para la
Difusión de Derecho de la Escuela Libre de
Derecho, se terminó de imprimir en el mes de abril
de 1999 en los talleres de IMPRESOS CHAVEZ,
S.A. de C.V., Tel. 55-39-51-08. La edición estuvo al
cuidado del Lic. Jaime del Arrenal Fenocho y su
tiraje consta de 1000 ejemplares.