

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

LA ÉPOCA MÁS RECIENTE

I. EL SIGLO XIX NO ESCOLÁSTICO

A la altura de 1800 los escolásticos estaban orillados en la creación de cultura nueva. Los movimientos racionalistas de los dos siglos anteriores habían caído decisivamente en la conciencia colectiva, y la polémica se entabló entre los aún defensores de las variantes del derecho natural moderno, y los que negaban cualquier derecho natural inmutable.

Muchos han entendido, en el siglo XX, que la polémica decimonónica a favor y en contra del derecho natural se basó en la afirmación de la historicidad del derecho o en la negación del carácter histórico de la vida jurídica en nombre de un derecho natural inmutable; he de decir que esta opinión, entendida sin fuertes matizaciones, no parece ajustarse a lo que muestran las fuentes. Me ha interesado especialmente este tema en el primer tercio del siglo XIX alemán, por lo que publiqué en un primer momento la parte histórica de *Una introducción a la ciencia jurídica*,¹⁴²⁶ y más tarde *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, en donde compruebo que los ataques de los ‘positivistas’ contra los jusnaturalistas se basaron en negar el carácter científico de la ciencia jurídica: negaron tanto las bases más elementales de la moral y del derecho (aquellos “Primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica”) como la pretensión de objetividad, con validez intersubjetiva, basada en la justicia objetiva de los desarrollos doctrinales que hacen cotidianamente los juristas.

Nadie debe esperar ahora que explique los intentos positivistas para crear una ciencia que exponga las categorías que han de estar necesariamente en la base de todo orden jurídico; éste es un estudio sobre las vicisitudes de la idea del derecho natural, no un tratado de las corrientes doctrinales de otras clases. El lector ha de tener presente que el ‘estilo’ científico propio del método de Newton había alcanzado a lo largo del siglo XVIII un prestigio difícilmente imaginable hoy. El ‘método científico’ —que es como

¹⁴²⁶ Madrid, Civitas, 1988, pp. 23-150.

entonces se conocía a lo que ahora llamamos simplemente mecánica clásica — no valoraba ni explicaba por sus causas últimas: describía simplemente lo que se ajustaba a las posibilidades explicativas de los números y figuras (los ‘cuerpos regulares’ de Galileo), y prescindía de lo que llamaron las ‘cualidades secundarias’ o, más despectivamente, *qualitates occultae*.¹⁴²⁷ Esto es, el científico ha de describir la regularidad con la que la Luna gira en torno a la Tierra, pero ha de olvidar el impacto de la belleza de la luna sobre los hombres. Igualmente, sabemos que la Luna gira, pero no podemos explicar por qué o para qué lo hace. Este estilo de hacer ciencia abandonó pronto sus moldes propiamente mecánicos o físicos y se erigió en el saber paradigmático de todo conocimiento posible las bases de la mecánica formaron los fundamentos de cualquier filosofía. Esto tuvo una consecuencia inmediata: las cuestiones valorativas, como eran todas las referentes a la estética o a la justicia, fueron expulsadas del campo de la ciencia, por lo que era necesario hacer una ‘ciencia del derecho’ que no valorara, sino que solamente describiera lo que ha de ser necesariamente así, y no puede ser de otras formas. Los juristas, acomplejados ante los físicos, trataron de encontrar el entramado de leyes puramente formales que explican la inercia de la vida del derecho.

Estos intentos formalistas llevaron hacia la formación de la corriente alemana de los *Allgemeine Grundbegriffe* o a la *Analytical School* inglesa. Pero esto planteaba un problema muy básico: si la vida jurídica ha de ser explicada sobre conceptos que excluyen cualquier valoración, no es posible hablar de justicia ni por tanto del deber de obedecer el derecho; pero ¿es posible mantener que no existe la justicia y que tampoco existe el deber de obedecer las leyes? No es humano mantener esto, y las actitudes de los positivistas se dividieron en dos tipos de explicaciones, o de falta de explicaciones. A lo largo de la Edad Moderna los materialistas mantuvieron que existe el de-

¹⁴²⁷ MacIntyre se hace eco de una denuncia extendida, e indica que “El concepto empirista de experiencia fue un invento cultural de los siglos XVII y XVIII. A primera vista es paradójico que haya surgido en la misma cultura en que surgieron las ciencias naturales. Fue inventado como panacea para la crisis epistemológica del siglo XVII; se pensó como artificio con que cerrar la brecha entre ‘parecer’ y ‘ser’... Se trataba de cerrar este hueco haciendo de cada sujeto experimentador un dominio cerrado; no existe para ‘mí’ más allá de ‘mí’ experiencia nada con lo que yo pueda compararla; por lo tanto el contraste entre lo que me parece y lo que de hecho es no puede formularse nunca”. *Tras la virtud, cit.*, p. 107.

Más adelante completa esta observación con sus efectos más pragmáticos en la teoría filosófica: “Desde el siglo XVII en adelante, fue un lugar común que mientras que los escolásticos se habían permitido engañarse acerca del carácter de los hechos del mundo natural y social, interponiendo la interpretación aristotélica entre ellos y la realidad... nosotros los modernos nos habríamos despojado de interpretación y teoría y habíamos confrontado de la manera justa el hecho y la experiencia”. *Ibidem*, p. 109.

ber de obedecer el derecho cuando está prevista en las leyes una pena para quien las incumpla;¹⁴²⁸ algunos juristas les objetaron que se ha de imponer una pena cuando se ha incumplido un deber, no que el deber surja desde la imposición del castigo. Pero estas observaciones estaban destinadas al fracaso ante el avance del materialismo, y desde el primer tercio del siglo XVIII la categoría de la *imputatio* sustituyó a la del deber. El siglo XIX apenas proporcionó alguna explicación: los autores de este tiempo se limitaron por lo general a ignorar este problema, o entraron por caminos contractualistas: Hans Kelsen historió en sus *Hauptprobleme* la sucesión de las explicaciones sobre este tema en este siglo. Pero este problema se tomó su revancha: quien mantenga que el derecho no conlleva el deber (¿siempre moral?) de ser obedecido ha de suponer que los legisladores están continuamente indicándoles a sus súbditos: “Os doy una ley que no tenéis el deber de obedecer, pero quien no la obedezca será sancionado”. Ha sido previsible que, a finales del siglo XX, los teóricos del derecho hayan vuelto a hablar de la justicia y del juego de los principios en la creación y aplicación del derecho; sobre esta última faceta del problema la obra más extensa y profunda ha sido la de Josef Esser, *Principio y norma*, aunque Esser se adelantó a su tiempo y los laureles se los ha llevado Ronald Dworkin.

El destierro de la justicia hizo que la reflexión sobre el derecho siguiera dos caminos. Uno, el ya aludido, a saber: el desvelamiento de las figuras formales necesariamente existentes para poder hablar del derecho, y a este nuevo saber se le dio el nombre de Teoría del derecho o *Rechtstheorie*. El otro, que se ocuparía de las opiniones personales y subjetivas sobre lo que es justo, que acabaría llamándose Filosofía del derecho o *Rechtsphilosophie*. La emergencia de la “Teoría del derecho” levantó el acta de la muerte momentánea de la doctrina del derecho natural. Algunos estudiosos han entendido que la expresión misma de “Filosofía del derecho” ya implicaba el estudio exclusivo del derecho positivo con la consiguiente exclusión de la posibilidad de la existencia de alguna ley natural. No parece que esto acaeciera así.¹⁴²⁹ Más bien sucedió que el rótulo de derecho natural o *Naturrecht* estaba excesivamente desgastado a comienzos del siglo XIX, y era de buen tono titular a los estudios, fueran o no jusnaturalistas, con el título de filosofía del derecho¹⁴³⁰ o de otras formas. De hecho, la obra más conocida de Hegel para los que estudiamos el pensamiento jurídico se titula *Principios de filosofía*

¹⁴²⁸ Véase mi estudio “Deber y fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico”, *cit.*, pp. 151-182.

¹⁴²⁹ Véase mi estudio “*Naturrecht y Rechtsphilosophie*”, *cit.*, pp. 243-397.

¹⁴³⁰ De hecho, Bryce entendía que la filosofía del derecho y *natural law* designaban la misma realidad. Véase “*The Methods of Legal Science*”, *cit.*, vol. II, p. 173.

del derecho, o derecho natural y ciencia política... Además, quien es fiel al derecho positivo tiene que reconocer diversas valoraciones que valen tanto como las categorías más formales del derecho: tal fue el caso de John Austin, quien, en sus *Lectures*, retomó reiteradamente el estudio de la noción del derecho natural.¹⁴³¹ Los anglosajones, siempre pragmáticos, se quitaron de encima este problema usando el título de *Jurisprudence*.

1. *La Escuela de los kantianos*

En aquella turbamulta de afirmaciones y descalificaciones jugaron un papel importante los que se llamaban a sí mismos los ‘kantianos’, *die Kantianer*. Dedicué un estudio —*La Cabeza de Jano*— a estudiar las teorías político-jurídicas de estos aparentes discípulos del profesor de Königsberg: el resultado fue algo desalentador, porque ellos se centraron en la oposición entre el mundo natural o físico, sensible o *sinnlich*, que es el percibido por los sentidos, y el mundo de lo racional, que ha de ser, por oposición dialéctica a la necesidad que impera en las leyes que rigen el mundo físico, el ámbito de la libertad. La distinción decisiva que hizo Kant entre el Entendimiento o *Verstand* (en el momento de explicar la ciencia) y la Razón o *Vernunft*, cuando hubo de estudiar el mundo humano, se les escapaba. Ellos filtraron sus explicaciones éticas a través de una versión extremadamente vulgarizada del Entendimiento kantiano, de forma que ya no habría distinción entre “La doctrina de los elementos” (primera parte de la *Crítica de la razón pura*) y la “Dialéctica trascendental”, que es la segunda parte de esta obra. Estos kantianos se quedaron con las ideas liberales de Kant, y afirmaron todos (apenas hay diferencias doctrinales entre ellos) que la libertad que ha de proteger el derecho han de ser las libertades individuales “formales, negativas y vacías”. Las propiedades eran cualidades morales de los individuos, y por tanto intangibles.

Lo realmente decisivo para entender el decurso histórico fue que esta doctrina ‘kantiana’ fue considerada la representación por excelencia de la doctrina del derecho natural, por lo que los tiros de los enemigos del *Naturrecht* fueron contra estos kantianos. Los universitarios siempre hemos sido perezosos, y la cantidad de recetas morales que portan las obras de Pufendorf, los ordenamientos jurídicos que reclamaban para sí el honor de constituir el entero derecho natural —pensemos en las obras de Davies o Nettelbladt— habían pasado al olvido; solamente quedó de ellos una idea

¹⁴³¹ El mismo Bryce consideraba que el derecho natural diluido en la obra de Austin era la ley de Dios. Véase *The Methods of Legal Science*, cit., p. 180.

vaga que no era capaz de conectar los estudios de los kantianos con esas otras obras anteriores a Kant. Hubo autores que sí desempolvaban libros olvidados en los estantes de las bibliotecas académicas, y este fue el caso de Hufeland (*circa* 1790) o, casi cien años más tarde, de Bergbohm: pero su curiosidad o su rigor no respondían al tono general de la investigación académica. Fue extraño que un siglo que volvió sus ojos algo apasionadamente hacia la Edad Media, y de ahí los monumentales estudios de Savigny o de Otto von Gierke, despreciara las obras de los que —casi literalmente— habían sido sus abuelos.

Quede en pie la tesis expresada: los ataques contra los jusnaturalistas consistieron por lo general en negaciones de las tesis de los discípulos de Kant, y esto fue así hasta tal punto que basta ojear por encima un libro del siglo XIX alemán para saber inmediatamente si era ‘jusnaturalista’ o positivista: pues los jusnaturalistas comenzaban sus estudios reivindicando la figura del ‘estado de naturaleza’, y los positivistas comenzaban sus obras negando tal ‘estado’.

2. *Los idealistas*

Kant sembró eficazmente las semillas del idealismo filosófico, y Fichte coronó persuasivamente esta obra. Este último filósofo fue un hombre de talante personal muy distinto al kantiano: las observaciones y valoraciones que Kant hizo de su obra, en el prólogo de su *Crítica de la razón pura*, se apartan *toto coelo* de la modestia de la que Fichte hizo gala durante toda su vida. Pero lo cierto fue que entre ambos prácticamente coronaron toda posible filosofía idealista.

Sin embargo, la fama de idealista se la llevó Hegel inmerecidamente. Este filósofo es un hombre demasiado complejo como para encasillarlo, siquiera sea de una forma aproximada. En aquel ambiente, en el que había espíritus grandes, como Goethe o Lessing, Hegel trató de poner orden en la sociedad mostrando cómo en toda manifestación histórica había un indicio del dedo de Dios. La lectura de sus *Lecciones sobre la historia de la filosofía* muestra de forma especialmente clara este espíritu conciliador. Él no admitió la filosofía aristotélica de las sustancias; consideró que Aristóteles había sido el hombre más inteligente que había existido,¹⁴³² pero no podía admitir que cada hombre dijera: “Yo, Dios, soy una sustancia, y Tú eres otra”, con lo que cada sujeto le hacía a Dios el favor —así se expresaba Hegel— de reco-

¹⁴³² Cabalmente, lo que indica Hegel es que Aristóteles es “Un hombre que nunca ha podido ser igualado”. *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, trad. de W. Roces, México, FCE, 1985, vol. II, p. 237.

nocerle que Él existe. La posibilidad de considerar solamente cosas cerradas sobre sí mismas le repugnaba: él quería una explicación que diera cuenta de toda la realidad en tanto que totalidad indivisible. Precisamente la crítica que hizo a las filosofías materialistas se basó en la denuncia del afán morboso de conceder relevancia solo a lo finito y negativo.

Su gran enemigo fue Kant, y su *Filosofía del derecho* es, párrafo a párrafo, una crítica de las manifestaciones de la *juristische Person* kantiana. Kant había propuesto la consideración de un individuo replegado sobre sí mismo e independiente de los otros, un sujeto que había él, en cada caso, de universalizar su máxima hasta convertirla en ley universal. La sociedad había de respetar a este hombre así entendido, que pasaba de ser simplemente un ser humano a ser considerado una ‘persona jurídica’;¹⁴³³ es decir, un ser con especiales y muy determinadas prerrogativas en la sociedad. Este hombre entendido de este modo había de obligarse prestando su voluntad libre, con lo que todo el derecho desaparecía en pro de los contratos. Hegel llamó derecho natural o *derecho abstracto* a la doctrina filosófico-jurídica, que solamente reconocía a este hombre solamente capacitado para pactar, con lo que viene a resultar que la expresión “derecho abstracto” designa a todo el nervio voluntarista del derecho natural moderno. Hegel no despreció esta vertiente de la persona humana, a la que trató en primer lugar en su *Filosofía del derecho*. Entendió que el hombre independiente (ya que no libre) era un primer momento necesario de toda vida política: un momento imprescindible, pero una dimensión humana destinada a ser superada por los momentos de la propiedad, la familia, el trabajo, la moral y, finalmente, la eticidad.

Desgraciadamente, las “Historias de la filosofía” nos han hecho un flaco favor al tratar de exponer a cada autor en pocas páginas o pocas líneas. En este marco literario, se suele exponer una línea de filósofos que transcurre entre Fichte, Schelling y Hegel. Pero Fichte y Hegel difieren completamente. Él no fue idealista en el sentido en que decimos que sí lo fueron Kant o Fichte: precisamente, él denuncia el idealismo algo latente de Kant cuando observa que Kant propone los principios a priori del Entendimiento (*Verstand*) en grupos de a tres, con lo que —observa él expresamente— parece reproducir la tríada idealista tesis-antítesis-síntesis. Hegel no procede según esta superación de cada tesis por una antítesis que conduce a una síntesis. Él propuso asumir lo inferior en lo superior y lo parcial en lo total, pero en modo alguno siguió esta tríada.

Hegel vivió los tiempos casi revolucionarios del *Sturm und Drang*. Él fue un conservador, pero no un legitimista, hecho que muestra en que el perso-

¹⁴³³ Véase mi estudio “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la ‘persona jurídica’”, *cit.*, pp. 477-522.

naje menos apreciado en sus obras, después de Kant, fue Ludwig von Haller. Amaba la sociedad que le había tocado vivir, a la que posiblemente idealizó en cierta medida; a veces fue un hombre del Antiguo Régimen, como observamos cuando defiende los estamentos, y a veces fue un hombre moderno, y por eso mantuvo la necesidad de un código civil para Alemania. No se hizo ilusiones sobre las virtualidades ‘de futuro’ de las teorías políticas: tantas obras constructoras de sociedades nuevas que llegan hasta el siglo XIX solo habían conseguido hacer posible la Revolución de 1789 sin ofrecer una solución de repuesto. Él reclamó la deferencia hacia lo políticamente existente, y rechazó el afán de lo que él consideraba que era destruir por destruir: el parágrafo 5 de su *Filosofía del derecho* es especialmente elocuente.

Pero su mismo sentido de la realidad hizo que sus obras fueran poco operativas en la praxis política propia de la literatura sobre el derecho y la conformación de la sociedad. La filosofía, del mismo modo que la lechuga, únicamente levanta el vuelo cuando la historia ya ha pasado: puede mostrar la íntima racionalidad de lo que hemos llegado a formar, pero no es capaz de ofrecer un entramado de ideas racionales para la conformación de las sociedades futuras. Este espíritu que anima el fondo de su pensamiento no implica mantener que el género humano había llegado a su plenitud jurídico-política en el Estado prusiano existente en 1830: reitero que él no fue un contrarrevolucionario que, como Adam Müller o Ludwig von Haller, afirmara algo así como un derecho divino del Káiser. Se limitó con reconocer la superioridad de la vida espiritual sobre las capacidades de las reflexiones racionales y la pretendida autonomía de los sujetos ante todo independientes, como si los hombres no tuviéramos responsabilidades objetivas ante nuestra familia o ante la comunidad política. Negó la carta de identidad de la ‘persona jurídica’ kantiana, en la que vio el diseño de un ser egoísta e insolidario que a la larga acabaría con las instituciones.

Su aprecio por lo concreto-real (el término ‘concreto’ es decisivo para reconocer lo que él consideró positivamente) no supo ser entendido por los juristas alemanes del siglo XIX. Los juristas que se declararon seguidores de Hegel —Kielruff fue quizá el más conocido— incurrieron en un grosero positivismo jurídico de Estado. Hay que concluir que, a pesar de sus esfuerzos, la obra hegeliana acabó, en definitiva, ayudando a fundamentar el incipiente positivismo legalista.

3. *Los positivistas*

El siglo XVIII había mostrado una conciencia generalizada que insistía en la miseria humana de aquel tiempo. En efecto, pocos creían en la pervi-

vencia de las formas políticas, sociales y económicas del Antiguo Régimen. En Centroeuropa se había formado una clase social nueva, financieramente fuerte, a la sombra de la incipiente industria y del comercio, debido en buena medida al librecambio. El prestigio de la Iglesia, de los nobles y de la monarquía había disminuido notablemente desde 1789 y el *Code Napoleon* —código revolucionario que trataba igual a todos los ciudadanos— imponía moldes políticos nuevos. Era el momento de construir el Estado.

El Estado nació con una exigencia de secularización en su base, que se mostraba, entre otras cosas, en la exigencia de que el Poder Legislativo fuera absoluto. No solo debían desaparecer el *jus commune* y el *jus canonicum*, sino las últimas trazas del derecho natural; pero esto requiere una aclaración. El derecho natural que conocía el 1800 era fundamentalmente el que expresaban las obras de los kantianos; la doctrina del derecho natural que insistía en las esencias eternas estaba reservada a los seminarios y a las universidades católicas. Pero el derecho natural moderno, el conocido entonces, ya se estaba haciendo realidad en la legislación, de modo que puede decirse que su éxito práctico estaba decretando su muerte teórica. El *Allgemeines Landrecht* prusiano, que aún distinguía estamentos, carecía de prestigio, y en las universidades se estudiaban los códigos austriaco y, en mucha mayor medida, el francés. Quede en pie esta tesis: la doctrina conocida del derecho natural (racionalista o moderno) se estaba consumando a sí misma, y estaba dando origen al Estado moderno, que reclamaba el monopolio de la legislación.

Todo esto sucedió en un clima de desorientación social y política colectiva. Antes de que se hicieran sentir con cierto peso efectivamente social las corrientes anarquistas, socialistas y comunistas, los liberales, por ser los enemigos de las formas jurídicas y políticas del Antiguo Régimen, constituían las izquierdas. Ellos reclamaron la autoridad de las leyes, aunque no reconocieran el deber de obedecerlas porque negaban la existencia de una moral objetiva; fue lógica su insistencia en la fuerza de lo legislado, ya que ellos pretendían rehacer la sociedad desde lo que entonces consideraban que eran las bases realmente racionales. Pero conforme avanzó el siglo XIX, los liberales fueron cediendo los escaños de la izquierda a los socialistas de todo tipo. Lo que tuvieron en común en su momento ambos grupos fue su insistencia en el carácter intangible de las leyes y en la necesidad de su aplicación estricta o literal. La explicación hermenéutica de Savigny, que distinguía entre interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática, devino patrimonio universal de todos los universitarios, al menos verbalmente.

Pero algunas de las observaciones que he expuesto sobre la fortuna de las doctrinas sobre la ley natural dejan un regusto artificioso porque los ataques de los positivistas no fueron dirigidos tanto contra alguna versión del

jus naturale como contra la existencia de alguna moral objetiva. Observé este hecho cuando traté de rehacer la conciencia colectiva de los juristas alemanes en un estudio que titulé *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Podría haber procedido como Böckenförde cuando historia los comienzos del positivismo en Alemania, examinando una a una las obras de los juristas más relevantes de aquel tiempo; pero este proceder no acaba de ser convincente, porque de este modo los autores estudiados emergen como cimas solitarias que deben sus doctrinas a sí mismos, y esto nunca es cierto: existe, ciertamente, el Everest, pero es porque está en el Himalaya. En aquel rastro que efectué observé el discurso de un río caudaloso, poco académico o dado a los razonamientos teóricos, que insistía en la necesidad de construir el nuevo Estado acabando con las irracionalidades; en él podemos insertar a juristas como Kielruff o Falck. Ellos, y otros de sus compañeros, atacaban la objetividad de la moral. Como Kelsen enlazó ante todo con el *estilo* de Bergbohm, algunos investigadores tienden a pensar que el positivismo jurídico atacó principalmente a las ideas sobre el derecho natural. No sucedió exactamente así. Sin perjuicio de los muchos contradictores del derecho natural en el primer tercio del siglo XIX, el ataque frontal al jusnaturalismo fue más tardío, y se manifestó estruendosamente con Carl Bergbohm.

Conforme avanzó el siglo XIX fue cambiando algo este panorama que ofrecía el estamento de los juristas, porque se volvió más filosófico y volvieron a insistir en la inexistencia del derecho natural. Diría muy imprecisamente que hubo una pérdida de juridicidad para ganar en tono filosófico. Estas observaciones distan de ser precisas, y atiendo más a peculiaridades personales que no a la imposible descripción del muy abigarrado panorama de los juristas de aquel tiempo; pues los pandectistas se volcaron en el estudio del derecho romano, acomodándolo a su tiempo, y esta fue una tarea que pareció consumada con la obra de Windscheid. En cambio, los cultivadores del “derecho del Estado”, del *Staatsrecht* (que comprendía lo que hoy llamamos derecho constitucional, financiero y administrativo), siguieron caminos muy distintos, por la sencilla razón de que la dedicación al *Staatsrecht* requiere de un temple humano muy distinto del que requiere el hombre que es más proclive al estudio del derecho privado. El gran organizador del derecho público en el siglo XIX fue Gerber, y su discípulo Paul Laband gozó de un prestigio poco común, ya que sus obras sirvieron durante cuarenta años como la interpretación autorizada de la Constitución del Reich alemán. Para ellos, el derecho privado era el de la autonomía de las voluntades de los *particulares*, y el derecho público el que imponía ante todo la sujeción al poder. Aún en el siglo XX siguieron esta visión del conjunto del derecho juristas tales como Otto Mayer o Hans Nawiasky. Georg Jellinek, Adolf

Merkel y Hans Kelsen se opusieron a la representación del *Staatsrecht* como un *jus subjectionis*.¹⁴³⁴

Los que defendieron el poder del Káiser lo hicieron por motivos distintos. Algunos de ellos eran creyentes, y no atacaron ni a la moral objetiva ni al derecho natural; se podría decir que, simplemente, no supieron dar razón de las bases morales del derecho, y que adoptaron un tipo de teoría de la doble verdad. Pero los no creyentes defendieron la sujeción de los ciudadanos a las leyes basándose en la afirmación del derecho ‘positivo’ como el único derecho existente. Sus argumentaciones fueron por lo general impecablemente analíticas: el derecho positivo, es decir, el contenido en las leyes, era el único que podía ser conocido, y componía por tanto el único derecho que había de ser tenido en cuenta. Ludwig Knapp expuso muy argumentadamente toda una filosofía materialista y fenomenista para concluir la imposibilidad de un derecho natural.¹⁴³⁵ Años más tarde, Carl Bergbohm derrochó ingenio para mostrar que donde está vigente un orden jurídico no puede estar vigente otro orden del derecho, pues ambos han de excluirse necesariamente.¹⁴³⁶ Trasladó las exigencias de la ubicuidad física a la vida jurídica.

¹⁴³⁴ El problema residía en la singular configuración del derecho constitucional, administrativo o financiero del *Reich* alemán, que estaba basado sobre el principio de que el derecho público se fundamentaba ante todo en la sujeción de los ciudadanos al poder constituido. Aún en el siglo XX, juristas como Otto Mayer seguían manteniendo esta visión de la convivencia política, que en la práctica legitimaba una cierta dictadura del káiser. Y las obras de Paul Laband —que seguían esta línea— constituían en aquel tiempo la interpretación oficiosa de la Constitución del Imperio. Sobre este tema es bastante esclarecedor el estudio de Hensel, “Der Einfluss des Staatsrechts im Sinne des art 107 der Reichsverfassung”, incluido en las *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehren zu Münster i. w. am 29 und 30 März 1926*, Berlín und Leipzig, Walter de Gruyter, 1927.

Frente a este estado de cosas Jellinek lanzó la tesis del ciudadano como sujeto de derecho (*Rechtssubjekt*), que ha de gozar de un *status activus* de ciudadanía, y que ha de estar protegido frente a posibles prepotencias mediante lo que él llamó el ‘mínimo ético’ (*ethische Minimum*), que ha de recoger el derecho. Merkel propuso diversos recursos técnico-jurídicos propios del *Staatsrecht* alemán de comienzos del siglo XX, y además insistió en el carácter personal de todos los órganos públicos, de los gobernantes y de los gobernados, ya que, como él indicaba con cierta ironía, el dinero de la seguridad social es público, pero los perceptores de sus ayudas son personas privadas. Kelsen estableció que el derecho —a diferencia de la moral— era un sistema de normas dinámico, ya que la norma que creaba y regulaba un órgano administrativo le concedía al mismo tiempo capacidad para legislar.

¹⁴³⁵ Véase su *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen, 1857.

¹⁴³⁶ El estudio de este tema le ocupó mucho tiempo y quedó ampliamente recogido en sus obras. Véase *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, pp. 109 y ss. Plantea este tema en términos más precisos a partir de la p. 396. Según él, si se admite la existencia de un derecho natural, el derecho positivo y el derecho natural habrían de estar enfrentados por definición. Véase *op. cit.*, p. 397. Reitera esta tesis en *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig, 1892, pp. 396 y ss.

Sin duda, Knapp y Bergbohm fueron los exponentes más lúcidos del positivismo jurídico ya maduro. Los universitarios de mi generación, que aún teníamos cierta memoria histórica, valorábamos más a Bergbohm que no a Kelsen. Este último ofreció una explicación más extensa de la estructura formal del orden jurídico; pero los argumentos de Bergbohm sobre la inexistencia del derecho natural ya habían calado profundamente. En muy buena medida, Kelsen edificó sobre fundamentos ajenos.

II. EL SIGLO XX

Al aludir a la doctrina de la ley natural en el siglo XX surge un problema no pequeño, que es el de determinar qué es lo que se puede entender por una doctrina sobre la ley o el derecho natural. Las expresiones de derecho o ley natural van asociadas de algún modo a una noción de ‘naturaleza’, que entiende que es ‘lo natural’ al hombre lo que presta como una fuerza para actuar, porque la naturaleza tiene un origen divino; pero si se adopta una actitud secularizadora, ‘lo natural’ es un dato más, perteneciente al mundo de lo ya-dado, que no crea derechos ni deberes para nadie.

Vimos este tema especialmente al tratar de las explicaciones de Samuel Pufendorf, ya que este filósofo (ya que no jurista) recogió los dos momentos jusnaturalistas que eran imprescindibles para un autor secularizado del siglo XVII, a saber: que la naturaleza presta al hombre como un derecho para actuar, y por este hecho somos libres *naturalmente*, y que el derecho natural había de ser considerado como ‘contradistinto’ de la naturaleza, de modo que el hombre es libre al margen de cualquier dato ‘natural’. Eran dos tesis contradictorias que se excluían mutuamente, pero gracias a la primera pudo redactar su obra, y con la segunda permaneció en el ámbito de los filósofos secularizados, lo que le resultó fundamental para el éxito de sus explicaciones.

Como vemos, es imposible hablar de la ley natural en un ambiente que niega la capacidad normativa de la naturaleza, ya que tal capacidad presupone la creación divina de ‘lo natural’.¹⁴³⁷ Juan Duns o Juan de Gerson pudieron hablar de la justicia porque, aunque negaron la capacidad normativa de lo natural, afirmaron bien las leyes que se derivan desde el amor de Dios, bien la *prima justitia Dei*, realidades ambas que otorgaban a los hombres ca-

¹⁴³⁷ Javier Hervada destaca la ausencia del deber en la obra de Hobbes. Escribe que “De suyo, los preceptos naturales, tal como los entiende Hobbes, son más reglas lógicas que verdaderas leyes. Lo dice expresamente en el ‘Leviathan’, al escribir que tales dictados de la razón son llamados leyes en sentido impropio; en realidad son conclusiones o teoremas concernientes a la conservación y defensa de uno mismo”. *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., p. 275.

pacidades para actuar. Los Nominales pudieron negar el valor jurídico de la ley natural porque creían en una realidad divina anterior y superior a la legalidad propia del *jus naturale*. Pero al perder la fe en Dios, ¿qué queda para estar en condiciones de afirmar la posibilidad de la justicia o, al menos, de los fundamentos más básicos de ella? El filósofo que trató de hacer una ética puramente racional fue Kant: pero no todos comparten el idealismo sobre el que reposa la ‘doctrina’ moral kantiana. Si vuelvo a plantear la pregunta sobre lo que permanece para hablar de la objetividad de algunos principios elementales de la justicia, hay que contestar que no queda nada: los positivistas del siglo XIX se declararon por lo general ateos, y negaron sencillamente la existencia de cualquier justicia objetiva. Bergbohm fue un caso paradigmático de esta actitud, ya que él se preguntaba que si acaso no es verdad que las propiedades han de ser respetadas, si los malhechores no deben ser perseguidos, y respondía a su pregunta: “Nadie, absolutamente nadie, siente igual”.¹⁴³⁸ Esto fue posible porque los filósofos y juristas del siglo XIX eran optimistas: ellos vivían en la inercia de una tradición moral cristiana, y entendieron que la idea de la humanidad proporcionaba por sí sola recursos suficientes; ya vimos lo que le contestaban a Rosmini-Servati cuando él alegaba que la legislación, además de ser única, cierta y universal, había de ser justa: “¿Tú crees que nosotros queremos leyes injustas?”.

Pero la justicia que resultaba evidente a un hombre del siglo XIX se enturbió notablemente para los hombres del siglo siguiente, bien fuera por los abusos cometidos entre los años 1932-1945, bien por los de los regímenes comunistas. Las injusticias fueron tan patentes que a partir de 1945 casi nadie se atrevió a mantener que no existe la justicia, o que la justicia es una pura construcción intelectual humana que no se relaciona en nada con lo que ‘es’ el ser humano. Al perder su prestigio la mentalidad que afirma la existencia de una naturaleza que, por estar creada por Dios, hace que algunas de sus manifestaciones sean fuentes de derechos para los hombres,¹⁴³⁹ fue necesario crear lo que podemos llamar ‘sistemas de ética’ social. Pero

¹⁴³⁸ “Sie fragen uns, ob wir es denn nicht ‘fühlten’, das Versprechen gehalten, fremdes Gut respektieren, Übelthäter bestraft werden müssten und dgl. Diese einerseits abstrakte falsch generalisierende Weise verschliesst jedoch den Weg zur Einsicht. Niemand, schlechthin niemand ‘fühlt’ dergleichen”. Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., p. 467.

¹⁴³⁹ Georg Jellinek reflejó la influencia de la secularización del pensamiento político-jurídico, ya que él entendía que el Estado había sido una construcción social en buena medida secularizadora. Escribía que “Eine flüchtiger Blick in die Literatur lehrt, dass eine und dieselbe und daher aufhebende Ursache zurückgeführt wird. So ist dem Eine unsere moderne Kultur eine christliche, also ein Produkt des christliche-religiösen Geistes, während der andere ist die Überwindung der religiösen durch die naturwissenschaftliche Weltanschauung”. *Das Recht der modernen Staates*, Erster Band, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, p. 95.

hay que notar que estos sistemas éticos no se relacionan con lo más básico de las doctrinas del derecho natural: más bien parten desde su negación, y se presentan como reglas de obligado cumplimiento precisamente porque sus autores mantienen que las expresiones ley o derecho natural solamente designan quimeras.

El primer sistema ético-político que prescindió deliberadamente de la base teonómica fue el de Thomas Hobbes. Pero este inglés pudo redactar su extensa obra gracias a diversas contradicciones en su pensamiento, unas contradicciones que le permitieron negar la posibilidad de conocer objetivamente los principios más elementales de la justicia, y que le hicieron posible hablar de la paz, de la seguridad, y a veces directamente de la justicia una vez que había llevado las argumentaciones hasta su terreno. John Locke fue igualmente contradictorio, porque en su actitud fue exquisitamente fenomenista, negó con gran énfasis la posibilidad de las ideas innatas, y afirmó, al mismo tiempo, la existencia del derecho subjetivo innato para poseer propiedades sin limitaciones. Las actitudes de Hobbes y Locke desataron la tendencia para hacer juegos intelectuales, normalmente de tipo procedimental, al filo de los que se proponían teorías o *constructos* racionalistas cuyo seguimiento mejoraría la condición actual de los hombres. Uno de los primeros de estos sistemas fue el de David Hume, que mantuvo que era mejor fomentar las pasiones humanas que eran benefactoras, como eran la benevolencia y la simpatía.¹⁴⁴⁰ Más tarde, Bentham habló de fomentar las ‘utilidades’, pero como su teoría le impedía determinar si él se refería a las utilidades simplemente mayoritarias o a las utilidades de todos, su teoría sobre la ética del derecho presenta demasiadas dificultades para ser admitida.¹⁴⁴¹

Más adelante me referiré a los sistemas éticos propuestos en el siglo XX, fundamentalmente los que represento en Habermas y Rawls. Ahora, ya que trato de aludir a los problemas de la doctrina de la ley natural en la historia, centraré momentáneamente la atención en las investigaciones que se consideran a sí mismas jusnaturalistas.

1. Autores neoescolásticos

La situación doctrinal calamitosa de los autores católicos del siglo XIX llevó a León XIII a proponer la filosofía y la teología de Tomás de Aquino

¹⁴⁴⁰ Sobre este tema es clásico el estudio de Bagolini, L., *La simpatía nella morale en el diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith e orientamenti attuali*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli, 1975.

¹⁴⁴¹ Una de las dificultades centrales es la que expone MacIntyre, a saber: que en el utilitarismo no cabe diferenciar entre bienes internos y externos. Además, estos bienes no son conmensurables entre sí. De ahí que la noción típicamente utilitarista de ‘suma de bienes’ o ‘suma de felicidad’ carezca de sentido. Véase *Tras la virtud, cit.*, p. 246.

como el ejemplo a seguir. Esta llamada del papado tuvo un efecto positivo, que fue el comienzo de una edición crítica de las obras del de Aquino. Aparte de esto, dio lugar a la Neoescolástica, cuyo autor más conocido, en los temas filosóficos más generales, fue Etienne Gilson. Esta nueva escuela giró especialmente en torno a la Universidad de Lovaina. Las generaciones que van desde 1910 a 1950 se nutrieron, específicamente, sobre la ley natural, con los ensayos de Viktor Cathrein y Heinrich Rommen, que insistieron especialmente en la base metafísica del derecho, manteniendo que el deber ser ha de derivarse desde el ser. En un segundo momento, esta Neoescolástica dio a luz a bastantes tratados de derecho natural, y en el ámbito de habla española dos de los más conocidos fueron el de Arthur Fridolin Utz y el de Johannes Messner.

También, después de la guerra civil, hubo en España un renacimiento de las explicaciones sobre la ley natural. Miguel Sancho Izquierdo y José Corts Grau, entre los filósofos del derecho, publicaron tratados sobre el derecho natural, insistiendo en que las leyes de origen humano han de acomodarse a los principios de la ley natural gracias a esa participación de la razón humana en la razón de Dios. Luis Legaz insistió en el carácter personal del ser humano, y entre los civilistas José Castán hizo lo mismo; de hecho, Castán fue el primer español que publicó un tratado sobre los derechos humanos. En Italia se distinguió Giuseppe Graneris, y en los dominios de la lengua francesa Louis Lachance o Dominique Leclerq.

Tenemos a personas distintas, como Sancho Izquierdo, Castán o Legaz entre los españoles, a Graneris entre los italianos, a Messner o Utz entre los alemanes. Los que adoptaron una actitud más confesionalmente católica insistieron en la *participatio* de la razón humana en la divina y en las naturalezas inmutables de las cosas: no fueron mucho más allá de Francisco Suárez, de cuya filosofía participaban entendiendo que las obras de Suárez constituían la culminación de toda la Escolástica. Es cierto que distinguieron, en el seno de la filosofía escolástica, entre los Conimbricenses y los Salmanticenses, pero ambos grupos de filósofos y teólogos fueron unidos en el momento de entender la ley natural en torno a las doctrinas de la *participatio* y del orden nouménico eterno, cuyas esencias inmutables compondrían la ley natural. Fue comprensible que esto sucediera así porque la encíclica “Aeternis Patris” de León XIII insistía en la vuelta a los textos tomistas en cuanto que acompañados por los comentarios de Cayetano y de Suárez. No es que esta anotación de León XIII marcara el rumbo del neotomismo de forma autoritaria: esta observación pontificia solo mostraba el desconocimiento de la historia de las doctrinas sobre la ley natural, y muy especialmente el

desconocimiento de las obras de Tomás de Aquino. Aquellos autores fueron muy escolásticos, pero poco tomistas.

Ha poseído una difusión especial la *Introducción crítica al derecho natural* de Javier Hervada, que ha superado las ocho ediciones. Hervada proporciona un conjunto de pensamientos, bien trabados y enlazados, que pueden proporcionar una base intelectual abstracta para quien reflexione sobre la justicia que ha de estar en la base del derecho. La filosofía que usa en sus reflexiones es la escolástica, pero sus argumentos rompen los moldes usuales de los neoescolásticos del siglo XX. Es una obra que no se deja encuadrar en las corrientes de pensamiento dominantes en el siglo XX, producto de la reflexión de quien, como él, posee una amplia experiencia propiamente jurídica.

2. *La hermenéutica*

Como Europa tenía mala conciencia tras la Segunda Guerra Mundial, algunos autores alemanes trataron de combatir la exigencia de la aplicación estricta de las leyes, y apareció en la Alemania de la posguerra la corriente hermenéutica. Su representante más divulgado ha sido Arthur Kaufmann, y en las universidades del sur de Europa le han seguido Andrés Ollero y Giuseppe Zaccharia.

Estos autores insisten en el momento de la interpretación de las normas o reglas generales, destacando la distancia que separa al momento legal, siempre abstracto, del momento de la aplicación concreta de la ley que, por ser concreto, aporta nuevos datos que no pueden ser contemplados en todos los casos por la ley general. Insisten en que no existe una ‘positividad instantánea’ (expresión de Ollero) que nos mostrara en su plenitud lo que ya es el derecho positivo; pues lo que es el derecho ha de ser extraído en cada caso en el ‘ir y venir de la mirada’ (una expresión de Engisch) desde el problema social concreto a la legislación, y desde esta otra vez a los hechos que se enjuician. Es doctrina aristotélica, que remató doctrinalmente Tomás de Aquino, quien, observando la excesiva desproporción entre lo legal general y lo humano concreto, y la imposibilidad de derivar siempre lo concreto desde lo legal, mantuvo que el hombre posee dos intelectos o entendimientos distintos: uno que conoce y juzga lo general, y otro que conoce y juzga lo concreto.¹⁴⁴²

Esta corriente hermenéutica ha tenido el mérito de haber destacado la singularidad y personalidad propia del momento interpretativo, en unas

¹⁴⁴² *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 2, en donde distingue dos intelectos: uno participado desde la ley natural y otro que trabaja *essentialiter* —según la forma de proceder que según él es la más propia de la razón humana— que se concreta en la *prudencia*.

circunstancias difíciles, ya que todavía en los años sesenta y setenta del siglo pasado los positivistas seguían manteniendo que las leyes generales simplemente se aplican a los casos concretos. Incluso uno de los últimos representantes de esta corriente, H. L. A. Hart, mantuvo que el único problema interpretativo era la ‘textura abierta’ que presenta toda comunicación humana. Pero esta corriente no ha propuesto una base antropológica que pueda ser considerada suficiente y que pueda servir de referente no solo para la aplicación de las leyes ya existentes, sino también para la creación de nueva legislación. Kaufmann se limita, por lo general, a combatir cierto nominalismo manteniendo que la decisión jurídica ha de estar de algún modo apegada a la ‘cosa’ que regula, ha de ser *sachlich*.

3. *Los sistemas de ética*

Al comienzo de este estudio indiqué al lector que me atendería a las doctrinas sobre la ley natural y que dejaría el estudio de los sistemas de ética social para los tratados sobre la filosofía del derecho. Pero es difícil seguir esta restricción, porque hoy dominan en Europa las explicaciones de Jürgen Habermas, y en mayor grado las de John Rawls, y sus teorías funcionan de hecho como sucesoras de alguna doctrina sobre la ley natural. La misma razón que me llevó a estudiar a Rousseau y Kant me lleva ahora a aludir muy someramente a las teorías de Habermas y Rawls.

La pérdida del referente de la ‘naturaleza’ como dato primario que proporciona una base para la argumentación que pretende superar el momento simplemente pragmático y llegar a ser de algún modo normativa, ha determinado la aparición de teorías que tratan de fundamentar alguna ética social que no pueden ser calificadas como jusnaturalistas. Aludí a los dos intentos más logrados del siglo XVIII: los de Rousseau y Kant, y es tal el apego de Rousseau al dato que de algún modo él sigue considerando ‘natural’, que no es fácil despegar su ensayo del conjunto de las doctrinas sobre la ley natural. Más tarde han aparecido las obras de Bentham, John Stuart Mill y, en el ámbito norteamericano, las de Peirce y Dewey. En el continente, los neokantismos estuvieron activos a comienzos del siglo XX, y la teoría más difundida fue la de Rudolf Stammler. Han constituido aportaciones que se les ha llevado el polvo de la historia, por más que los utilitaristas insistan, también hoy, en el valor de la obra de Bentham.¹⁴⁴³ Los dos intentos más logrados del siglo XX han sido los de Jürgen Habermas y John Rawls.

¹⁴⁴³ Es difícil aceptar la propuesta de Bentham. Está presente la observación que aporta MacIntyre, que el proyecto de Bentham no sirvió porque ya Stuart Mill se dio cuenta de lo

Habermas proviene de las filas de los sociólogos que inicialmente tuvieron una formación marxista, como era corriente entre los universitarios europeos de los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado. Su base filosófica es, obviamente, fenomenista, y ello le veda cualquier referencia a la ontología. El ser humano es comunicación, y la comunicación se hace realidad en el lenguaje: luego, es preciso centrar el estudio antropológico en el lenguaje humano. Habermas entiende que la humanidad ha alcanzado en el siglo XX tal grado de madurez, que ya nadie puede pretender poseer algún tipo de superioridad sobre los demás, por lo que el lenguaje en que se manifiesta lo humano ha de abandonar las manifestaciones de prepotencia que nos ha legado la tradición heredada, y ha de adquirir la naturaleza de un diálogo: la comunicación humana ha de ser siempre dialógica. El diálogo se caracteriza por la igualdad de los parlantes: todos han de tener las mismas posibilidades de intervenir, y las exigencias de todos han de tener igual peso. La comunidad hace una oferta de habla a cada miembro del diálogo ininterrumpido en que consiste la vida humana, y todos han de responder; si alguien se niega a aceptar esta oferta, debe ser tratado como un objeto.

Pero se puede objetar que la vivencia de la igualdad individual que según Habermas domina hoy, es un hecho más, de naturaleza simplemente sociológica, un hecho desde el que no resulta ningún deber para nadie. Habermas es consciente de esta dificultad del paso del momento estadístico al momento normativo, y del mismo modo que Karl-Otto Apel (el otro gran representante de esta ética dialógica), muestra su faceta alemana manteniendo que esta estructura dialógica de todo lenguaje es más que un hecho: es, concretamente, un *seminoúmeno* encastrado en la comunicación, que vive en ella, y que posee un valor normativo porque forma una ‘pragmática formal’ del lenguaje. ¿Por qué mantiene que es un ‘semi’ *noúmeno* en lugar de afirmar más sencillamente que se trata de una entidad *nouménica*? Hablar de *seminoúmenos* desde una base empirista es tan poco coherente como hablar de *noúmenos*, y la partícula ‘semi’ representa solamente una pequeña concesión a su filosofía que en su origen era empirista.¹⁴⁴⁴

polimorfo que era el término ‘felicidad’. “Y con Sigwid se aceptó por fin la imposibilidad de restaurar una estructura teleológica para la ética. Se dio cuenta de que los mandatos morales del utilitarismo no podían deducirse de ningún fundamento psicológico... Nuestras creencias morales básicas no forman unidad de ninguna especie, son irreductibles, heterogéneas; y su admisión es y debe ser inarguable”. *Tras la virtud, cit.*, pp. 89 y 90.

¹⁴⁴⁴ La generalidad de este tipo de propuestas no encaja en la cotidianidad nuestra. MacIntyre indica que “Weber y Nietzsche juntos nos proporcionan la clave teórica de las articulaciones del mundo social contemporáneo; sin embargo, lo que trazan con claridad son los rasgos dominantes y a gran escala del paisaje social moderno. Precisamente porque son muy eficaces en este sentido, quizá resulten de poca utilidad para quienes intentan delinear los

John Rawls es el autor que pasa, en algunos círculos, por ser el creador de un verdadero ‘hogar público’ que falta en las teorías utilitaristas y liberales al uso, porque parece que las teorías liberales han acabado exagerando el cumplimiento de las reglas formales de la democracia parlamentaria, pero no han sido capaces de crear metas sustantivas hacia las que deba tender la ‘maquinaria democrática’, de modo que nuestros principios políticos más bien parecen consensos sin metas claras, y esta situación lleva a una creciente anomia de los ciudadanos.¹⁴⁴⁵ Vallespín nos indica que “Éste es el sentido en el que hemos de tomar la afirmación de Nozick de que «hoy, los filósofos de la política, o deben trabajar dentro de la teoría de Rawls, o explicar por qué no lo hacen»”. Afirmación sin duda exagerada, pero válida para aquellos otros que siguen una similar línea metódica, como es el caso del mismo R. Nozick o James Buchanan”.¹⁴⁴⁶

No hay posibilidad de volver a un sistema ético que recuerde principios concretos de justicia, porque

El triunfo de las ciencias de la naturaleza modernas y de la filosofía de la mecánica natural acabarán dando el golpe de gracia a la concepción de la *participatio* de la razón humana en la *lex aeterna* divina. El individuo se remite a sí mismo como única realidad sustantiva en la que apoyar su percepción del mundo, a su razón natural, a los impulsos y capacidades que le son propios.¹⁴⁴⁷

La mentalidad expresada en estas últimas líneas responde a la proyección ideológica de los viejos moldes mecánicos; la mecánica cuántica, en el plano estricto de la física, y las aportaciones matemáticas de Kurt Gödel, han hecho que aquellos moldes veteromecánicos figuren en los armarios de las cosas viejas, no de las que están disponibles para el uso. Una persona que reconozca hoy la relativa verdad de la teleología aristotélica está mejor preparada para entender las explicaciones actuales sobre la realidad propiamente física que no los que afirman la imagen de la *machina mundi* o sigan creyendo en el poder desvelador de las matemáticas. Pero un investigador como Rawls, alejado de la filosofía de la ciencia, y permaneciendo anclado

rasgos a pequeña escala de las transacciones del mundo cotidiano”. *Tras la virtud, cit.*, p. 149. Lo mismo podríamos decir de las teorías de Habermas o Rawls, que más que reproducir el mundo social moderno representan teorías extremadamente abstractas y desencarnadas de unos teóricos que hace tiempo que han perdido el contacto con los supermercados.

¹⁴⁴⁵ E. Vallespín insiste en esta ausencia para destacar la importancia de la obra de Rawls. Véase *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza, 1985, p. 17-20.

¹⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 34.

oportune et importune en sus moldes materialistas, participa sin problemas de la única teoría de la ciencia que él conocía. Es útil hacer estas reflexiones para ilustrarnos sobre un marco que más que intelectual fue afectivo, y que aún hoy contribuye a formar una afectividad tan fuera de lugar como fuertemente vivenciada, pues algunos universitarios, aunque saben que el paradigma mecánico ya no es válido, consideran, sin embargo, que el sentido común que se desprendía desde este modelo científico es el único posible *a pesar de todo*.

Rawls, más pragmático que los representantes de la *praktische Philosophie* alemana, nunca habló de *noúmenos* o *seminoúmenos*, aunque sí de esquemas trascendentales. La base de su propuesta puede quedar resumida así:

El problema del liberalismo político se formula así: ¿cómo es posible que exista por tiempo prolongado una sociedad justa y estable de hombres libres e iguales, profundamente divididos por doctrinas razonables de ídoles religiosas, filosóficas y morales? Éste es un problema de justicia política; no un problema acerca del más alto bien... ¿Cuáles son los términos justos de la cooperación social entre individuos que se caracterizan por ser libres e iguales, pero están divididos por un profundo conflicto doctrinal?¹⁴⁴⁸

Él reitera que propone una teoría ideal, que debe ser entendida en el marco de un Estado nacional. De forma parecida a Habermas, entiende que hoy la exigencia de igualdad está tan extendida que no hace falta fundamentarla: más bien hay que partir desde ella, y la carga de la prueba recaerá sobre quien la niegue.

Parte del hecho de que la gente tiene ideas religiosas, morales, políticas y jurídicas propias: a estas ideas, que son compartidas por sectores de la población, él las llama ‘morales comprensivas’. Estas morales deben ser respetadas, y la teoría de la justicia ha de consistir en un procedimiento racional-ideal que permita alcanzar un consenso solapado sobre los bienes primarios imprescindibles para formar una sociedad bien ordenada. Él, desde su base lingüística y estrictamente fenomenista, no cree en las personas.¹⁴⁴⁹ Solo quiere introducir “En las concepciones del bien de la gente,

¹⁴⁴⁸ *Liberalismo político*, trad. de S. R. Madero, México, FCE, 1996, p. 19.

¹⁴⁴⁹ Refiriéndose a su figura de la ‘posición original’ escribe: “Como recurso de representación, el hecho de su mencionada abstracción puede suscitar malas interpretaciones. En especial ésta: la descripción de las partes puede parecer que presupone una concepción metafísica particular de la persona; por ejemplo, que la naturaleza esencial de las personas es independiente de sus atributos contingentes, y previa a ellos, incluyendo sus metas finales y sus vinculaciones y, ciertamente, su concepción del bien y su carácter, en conjunto. Estoy convencido de que esta errónea interpretación constituye una ilusión cuya causa radica en

un elemento *trascendente* que no admite ninguna componenda”.¹⁴⁵⁰ Lógicamente, no cree en el pluralismo realmente existente, ni lo apoya, a pesar de algunas protestas en sentido contrario.¹⁴⁵¹

Este procedimiento racional consiste en que los individuos se sitúen en un ‘estado de naturaleza’ que él llama ‘posición original’. Pero si cada uno de los individuos se sitúa voluntariamente en tal estado, arrastrará consigo sus prejuicios y sus intereses: para evitar este falseamiento de la igualdad, ha de recaer sobre los sujetos situados en la posición original el ‘velo de la ignorancia’, que hace que cada cual ignore por completo cuál será su posición profesional o económica en una sociedad futura. En esta posición, el planteamiento sería el siguiente:

La justicia puramente procedimental significa que, en su deliberación racional, las partes no se consideran obligadas a aplicar o a suscribir ningún principio de derecho y de justicia previamente formulado o que sirva de antecedente. En otras palabras, no reconocen como representantes racionales, opinión ajena a su propio punto de vista, que los restrinja con principios de justicia previos e independientes. Esto modela la idea de que, cuando los ciudadanos están situados simétricamente unos respecto de otros, les toca a ellos especificar los términos justos de la cooperación social a la luz de lo que ellos consideran su propia ventaja, o el bien que persiguen. Recordemos que esos términos no los fija ninguna autoridad externa a los ciudadanos, digamos, p.e., la ley de Dios; ni tampoco se reconocen como justicia respecto de un anterior e independiente orden de valores derivados de la intuición racional.¹⁴⁵²

En esta posición original cada sujeto ha de desear para sí lo menos malo posible en el futuro; para ello ha de aplicar a sus expectativas el ‘criterio maximin’, que indica que las partes han de optimizar el mínimo aceptando una distribución desigual solo si ello va en beneficio de los menos aventajados por si resultara que cualquiera de los que deciden pudiera encontrarse en ese grupo.¹⁴⁵³ En principio, este consenso ideal no recae sobre todas las

no advertir que la posición original es un recurso de representación. El velo de la ignorancia, por citar una característica prominente de esa posición, no tiene implicaciones metafísicas específicas sobre la índole del yo; no implica que el yo sea ontológicamente anterior a los hechos acerca de las personas que las partes no deben conocer ni tomar en cuenta”. *Liberalismo político, cit.*, p. 49.

¹⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 19. Las cursivas son mías.

¹⁴⁵¹ Escribe que “El hecho de este razonable pluralismo debe distinguirse del pluralismo como tal”. *Ibidem*, p. 57.

¹⁴⁵² *Ibidem*, p. 58.

¹⁴⁵³ Es una exigencia extraña. MacIntyre repara en que el problema de fondo que encierra esta pretensión está en que en muchos casos no hay título previo expreso a tenor del cual po-

manifestaciones de la vida social: él explica que es un consenso simplemente solapado o parcial que deja al margen las morales comprensivas ya existentes. Retengamos un dato: él no afirma lo existente, sino que simplemente lo ignora tras descalificarlo.

Pero la noción que tiene Rawls de la posición original dista de estar clara. Al hablar de un consenso solapado parecería que los ciudadanos solo habrían de decidir sobre algunos ‘bienes primarios’, como podría ser el fomento de la autoestima. Pero una lectura así de la obra de Rawls desvirtuaría un nervio profundo de la obra de este autor, ya que él quiere una verdadera cooperación democrática que vaya más allá del simple atenerse a reglas formales: quiere una sociedad cooperativa y solidaria. En la posición original “Las restricciones impuestas sobre el conocimiento y las creencias de las partes afectan a los siguientes hechos y propiedades: las partes no saben el lugar social que ocupan, su status o clase social, desconocen también sus habilidades o dotes particulares, *su concepción del bien...*”.¹⁴⁵⁴ Si es preciso poner a disposición del diálogo común la propia concepción del bien, con las implicaciones religiosas, políticas, morales o jurídicas que esta renuncia implica, el consenso más parece que afecta a la totalidad del ser de las personas que no tiende a solaparlas parcialmente en temas meramente políticos. Porque es meta irrenunciable de Rawls llegar a una moral pública que todo ser racional haya de compartir, y para ello hay que partir solamente de nuestra más profunda comprensión de *nosotros* mismos y de nuestras aspiraciones, de nuestra conciencia de que, dada nuestra historia y las tradiciones encarnadas en nuestra vida pública, la forma de vivir a la que hay que llegar ha de ser la más razonable para nosotros; esto implica que el judío o el católico que sea consciente de la secularización de nuestra sociedad ha de poner sus creencias al servicio del logro de esta mentalidad *nuestra*. Emerge así un nuevo hombre nouménico, que consiste en el ‘equilibrio reflexivo’, que no se confunde ni debe confundirse con las opciones morales, religiosas, etcétera, que ya existen en la sociedad, sino que ha de sustituirlas.

Se le objetó a Rawls que el deber está ausente de su teoría, ya que es cada sujeto el que ha de problematizar sus pretensiones usando las figuras de la posición original, el velo de la ignorancia, etcétera. El individuo no *debe* tematizar sus pretensiones, sino que es mejor que haga esto por su propio interés: Rawls supuso un conjunto de individuos que han de pensar del mismo modo llevados por su igual egoísmo. Algunos sectores de la izquierda

damos juzgar de la posesión (en el caso de Nozick) ni sabemos quién es el menos favorecido (en el caso de Rawls), porque el menos y el más favorecido resultará de mi veredicto. Véase *Tras la virtud, cit.*, p. 193.

¹⁴⁵⁴ Vallespín, *Nuevas teorías...*, *cit.*, p. 71.

opusieron esta actitud suya a la filosofía de Apel y Habermas, ya que estos alemanes piensan en un *semioúmeno* que por constituir una pragmática formal (y por tanto universal) del lenguaje, se impone normativamente al conjunto de los individuos con independencia de lo que piense o de lo que haga cada uno. El *noúmeno* alemán conllevaría una pretensión de obediencia, y puede parecer que genera un deber trascendiendo el autointerés, mientras que la teoría de la justicia de Rawls no supera las exigencias del egoísmo individual.¹⁴⁵⁵ Ante esta objeción, Rawls publicó un segundo estudio, que era una recopilación de algunas conferencias suyas, al que tituló *Liberalismo político*. No abandonó su base inicialmente individualista, y no impuso exigencias nouménicas —aunque alude ocasionalmente al carácter *trascendental* de su teoría—, pero esta obra marcó el comienzo de lo que han llamado el Segundo Rawls, ya que él hace frecuentes llamamientos a la “Actitud cooperativa que es propia de los miembros de una sociedad democrática”. Reforzó parcialmente las exigencias lógicas derivadas del igual egoísmo por un discurso de tono enérgico que recurre a las agallas que hay que tener para proceder solidariamente.

Habermas domina magistralmente las filosofías dominantes en el siglo XX, y examina atentamente los problemas que plantea cada una de las facetas de estos sistemas filosóficos; esto hace que sus obras posean un contenido especialmente denso y que su lectura no sea fácil. Rawls publicó hacia 1960 su *Teoría de la justicia*, que es una obra francamente extensa, reiterativa y con contradicciones, al menos en los matices. Más tarde la rectificó, pero solamente en su tono, con la que llamó *Liberalismo político*. Aunque estamos en ambos casos ante libros extensos, las propuestas sobre la justicia que hacen Habermas y Rawls son bastante magras. En definitiva, se basan en el viejo sueño rousseauiano, que exige que esté vigente un conjunto de reglas procedimentales que han de guiar la elección de cada cual, de forma que si la preferencia de cada sujeto se ajusta a estas reglas se produce necesariamente una situación de equifuncionalidad que afecta igualmente a todos los individuos.¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵⁵ Aún en su segunda obra, *Liberalismo político*, sigue manteniendo que “La capacidad de adoptar una concepción del bien es la de conformar, examinar y buscar racionales una concepción de una ventaja o bien racional propio”. Véase *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁵⁶ Rawls rechazó expresamente este tipo de teorías y dejó escrito que “En estas observaciones resulta claro que la idea de reciprocidad no es lo mismo que la idea de mutua ventaja. Hagamos cuenta de que trasladamos a un número de personas de una sociedad, en la que propiedad es muy desigual, producto de la suerte y de la fortuna... No hay ninguna garantía de que todos saldrán ganando si juzgan la situación basados en sus actitudes previas... Ninguna teoría razonable de la justicia podría superar la prueba de la ventaja mutua si se interpreta de esta manera. Sin embargo, no es esto lo importante. El objetivo consiste en

Obviamente, el problema que resulta desde estas teorías ‘ideales’ (Rawls insiste reiteradamente en que la suya es una *teoría ideal*) es el mismo que se le planteó a Rousseau: el de discernir entre la voluntad empírica expresada en las urnas y la voluntad buena o verdadera que no coincide con la voluntad expuesta expresamente. Rousseau llamó ‘voluntad de todos’ (*volonté de tous*) a la voluntad manifestada realmente, y Rawls llama ‘morales comprensivas’ a las ideas religiosas, morales, políticas y jurídicas que ya están vigentes en la sociedad; declara que estas morales están equivocadas todas, y les opone la ‘libertad como tal’,¹⁴⁵⁷ que es la idea de libertad que él quiere expresar.¹⁴⁵⁸ ¿En qué se diferencia esta libertad ‘como tal’ de las ideas políticas, etcétera, que ya existen? En ningún momento responde a esta pregunta.¹⁴⁵⁹ Solo indica que “Este fundamento, como explicaré en el párrafo 4, resulta ser una concepción de las necesidades de las personas en tanto que ciudadanos”.¹⁴⁶⁰ Pero el problema, desde estos supuestos, consiste en que siempre es posible negar los derechos de las personas en nombre de la libertad como tal o en nombre de los derechos ciudadanos ‘en tanto’ que ciudadanos. Si Rawls fuera coherente con sus declaraciones iniciales de buscar solo un consen-

especificar cualquier idea aceptable de reciprocidad entre ciudadanos libres e iguales en una sociedad bien ordenada. Las llamadas tensiones de compromiso... forman parte del proceso de transición, pero las cuestiones relacionadas con esto pertenecen a la teoría no ideal, y no a los principios de justicia aplicables a una sociedad bien ordenada”. *Ibidem*, p. 41.

Este texto es francamente ambiguo, como lo es buena parte de su obra en los momentos capitales, y no queda clara la diferencia entre su propuesta ética y el resto de los sistemas éticos que sí se presentan expresamente para conseguir ‘ventajas mutuas’.

¹⁴⁵⁷ “Se afirman o profesan muchas doctrinas comprensivas razonables, y no todas pueden ser verdaderas (en realidad, ninguna de ellas puede ser verdadera)”. *Ibidem*, p. 76.

En otros momentos añade que “¿Tiene alguna importancia que asuman las partes si el pluralismo como tal es el instituido, el que se encuentra en uso, o lo es el pluralismo razonable? La respuesta a esta pregunta es importantísima: los mismos principios de la justicia son seleccionados en ambos casos...”

Podemos asumir que ambos hechos son apropiados... decir que la justicia como imparcialidad tiene un amplio alcance, equivale a que las partes supongan que el pluralismo como tal es el establecido. Decir que el contenido de la justicia como imparcialidad no recibe influencia de la sinrazón, esto es, de la existencia de doctrinas comprensivas irrazonables, es aceptar que las partes suponen que el pluralismo razonable es el que prevalece”. *Ibidem*, p. 80.

¹⁴⁵⁸ Escribe que “El liberalismo político no es un liberalismo comprensivo... Sin embargo, el liberalismo político afirma la segunda opción en cada caso respecto a la concepción política de la justicia que preconiza un régimen constitucional democrático. Afirmar esas opciones en este caso fundamental es parte del constructivismo político... El liberalismo político constituye su forma de filosofía política como poseedora de materia propia”. *Ibidem*, p. 21.

¹⁴⁵⁹ Véase mi estudio *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993, pp. 45 y ss.

¹⁴⁶⁰ *Liberalismo político, cit.*, p. 176.

so solapado, tal peligro estaría conjurado; pero el tono de su obra es muy distinto.¹⁴⁶¹ Valora negativamente las ideas políticas, morales, etcétera, ya constituidas.¹⁴⁶² ¿Desde qué base parte, entonces? Sobre este punto sus declaraciones son bastante reiterativas, frecuentemente oponiendo la no racionalidad de las morales comprensivas ya existentes a la razonabilidad, que sería su actitud. Habla de los principios de justicia que son razonables, etcétera, pero en el momento de preguntarle sobre los contenidos sustantivos de esos principios, contesta que “En general, no tenemos nada que se parezca a un punto de vista que sea realmente comprensivo en lo religioso, filosófico y moral, y mucho menos hemos intentado estudiar los demás punto de vista que en realidad existen en la sociedad, ni intentamos elaborar un punto de vista para nosotros mismos”.¹⁴⁶³ Es un extraño nominalismo que trata de fundamentar su valor práctico precisamente en la ausencia de contenidos que vayan más allá de la igualdad de las partes en el diálogo. En las líneas anteriores a éstas ha dejado escrito que “El bien, la bondad como racionalidad, nos permite decir que las cosas son buenas (dentro de la concepción política) si tienen las propiedades que para nosotros es racional desear como ciudadanos libres e iguales”. Esta indeterminación de los resultados finales de estas teorías parece que constituye un rasgo necesario de todo constructivismo ético.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁶¹ Declara que “La única restricción sobre los proyectos de vida es que estos proyectos sean compatibles con los principios públicos de la justicia, y que las exigencias o reclamaciones sólo se promuevan en cuanto a ciertas clases de cosas (bienes primarios) y en la forma que especifican tales píos. Esto implica que los sentimientos fuertes y las aspiraciones muy profundas hacia ciertas metas no pueden, como tales, motivar que la gente reclame la asignación de recursos sociales, ni para exigir a las instituciones públicas que asignen recursos para lograr esos fines”. *Ibidem*, p. 185.

¹⁴⁶² Sin embargo... resulta imposible que la estructura básica de un régimen constitucional justo no tenga importantes efectos e influencias respecto a qué doctrina comprensiva dure y gane adherentes a través del tiempo; y es inútil intentar contrarrestar estos efectos e influencias, o incluso valorar, para propósitos políticos, cuán profundas e *invasoras* serán estas doctrinas. Debemos aceptar los hechos de sentido común de la sociología política”. *Ibidem*, p. 188.

¹⁴⁶³ *Liberalismo político*, *cit.*, p. 201.

¹⁴⁶⁴ John Finnis capta este hecho, y lo denuncia reiteradamente en *Ley natural...*, *cit.*, *per totum*. La explicación más exacta que he encontrado sobre el núcleo de la propuesta rawlsiana es la de M. A. Rodilla, cuando mantiene que Rawls trata de ofrecernos un conjunto de principios morales intuitivos que constituyen una explicación de sí mismos: “Una explicación (*explication*) de esos juicios se define como un conjunto de principios tal que si cualquier hombre competente hubiera de aplicarlos de forma inteligente a los mismos casos sometidos a examen, sus juicios —que mediante el uso explícito y constante de los principios se hacen sistemáticamente no-intuitivos— serían sin embargo idénticos, caso por caso, a los juicios del grupo de los jueces competentes”. “Buchanan, Nozick, Rawls. Variaciones sobre el estado de naturaleza”, *Anuario de Filosofía del Derecho* II (1985), p. 271.

Las obras de estos autores no deben ser llamadas, hablando con rigor, propuestas éticas, ya que la ética supone el *deber* o, si ese no es el caso, un sistema de ética ha de mostrar el camino para descubrir el deber. Pero desde la pura inmanencia del lenguaje de Habermas o desde los argumentos de Rawls, que solamente viven en el plano lingüístico, no se descubren ni se crean deberes. Habermas capta esta insuficiencia del simple dato sociológico de la igualdad individual y propone que consideremos un *cuasi-noúmeno* normativo que forma una pragmática formal del lenguaje. Esto puede ser útil para quienes crean en *noúmenos* propiamente normativos que habitan en el lenguaje; lo que es el caso de muy pocas personas; y en cualquier caso, éste es un tema de fe muy personal. Rawls trató de incorporar a su teoría ese ‘mordisco normativo’ que le reprochaban algunos de sus críticos, y el segundo Rawls habla en un tono más moralizante. Pero es cuestionable que desde un discurso de tono enérgico surja algún deber para nadie.

Quizá la objeción más profunda que se les puede hacer a estas éticas constructivistas que pretenden calificar sus resultados desde las condiciones y cualidades de los axiomas iniciales es la que expone Finnis cuando indica que la corrección de la respuesta a una pregunta determinada nunca se establece o se refuta por la respuesta a la pregunta, enteramente diferente, de cuáles son las circunstancias concomitantes y las precondiciones físicas, biológicas y psicológicas del surgimiento de esa pregunta.¹⁴⁶⁵

Es posible ahondar más en el universo ideológico de Rawls y proponer nuevos escorzos para el estudio y valoración de su propuesta, y si el lector busca objeciones razonadas y expuestas con claridad, tiene a mano la obra de Carlos I. Massini,¹⁴⁶⁶ y la remisión a este estudio me libera ahora de seguir el camino de las críticas puntuales. Ahora quisiera más bien aludir al problema común a todas estas teorías (ya que no doctrinas) que han apare-

Emergen por sí solos los peligros del consenso ideal. Los que han de dialogar han de ser hombres competentes que han de aplicar de forma inteligente —no de cualquier forma— esos principios, de modo que su dictamen coincida en cada caso con el de los jueces competentes. Son demasiadas restricciones de carácter personal.

¹⁴⁶⁵ *Ley natural...*, cit., p. 97. En la página siguiente explica que “Decir que el conocimiento *debe* ser un valor real porque los hombres inteligentes o los grandes hombres, o los hombres maduros lo han considerado un valor [se ha referido a Sócrates, Platón, Galileo y Maitland] y un aspecto de su propia realización plena, no es hacer lo que podría llamarse una inferencia. Porque nuestra estimación de una persona plenamente realizada, madura, grande, o en el aspecto relevante, inteligente, sólo se hace posible gracias a nuestra propia comprensión no derivada que lo que esa persona es o hace realmente, es realmente bueno (en los aspectos relevantes). La *premisa* de la aparente inferencia descansa por ende en su *conclusión*”. *Ley natural...*, cit., p. 98.

¹⁴⁶⁶ *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004.

cido desde el siglo XVII a hoy, y que tratan de prescindir del momento teológico. Es indiferente referirnos a autores de la Edad Moderna (Pufendorf, Gundling) o de la Edad Contemporánea (Rawls o Habermas): desde que la reflexión sobre la doctrina ética trató de emanciparse de cualquier vertiente teológica, las explicaciones han girado tan reiterativa como monótonamente sobre una posición original, un diálogo ideal inicial —un ‘estado de naturaleza’ en definitiva— que supone unos individuos (no unos hombres) aislados y situados en un espacio tan plano como uniforme. Estos individuos solo disponen de su igual voluntad libre, y algunos autores, como Locke o Nozick, añaden que, además de esta libertad, poseen propiedades que han de defender en la sociedad.

Esta forma de proceder ha gozado siempre de éxito, porque es simplista y se ajusta bien a algunas exigencias básicas del psiquismo humano. Pero su simplicidad es solo aparente: en realidad, el autor que parte desde alguna versión del estado de naturaleza lanza una síntesis a priori, a la que también podemos llamar definición genética, en la que los términos que parecen solo iniciales llevan en sí, forzosamente, los axiomas y las reglas de inferencia para llegar axiomáticamente al resultado que cada cual quiere. Estas teorías componen formas de razonar en cierto modo irrefutables porque son estrictamente analíticas: es el eterno juego del *mos geometricus*.¹⁴⁶⁷ Pues si unos individuos libres tienen propiedades de las que quieren disponer con libertad y seguridad, el paso desde el estado de naturaleza a la sociedad política no puede tener otra finalidad que una mejor protección de esas propiedades. Si esos individuos así diseñados son egoístas y poseen un cierto conocimiento de lo que es la vida social —aunque nunca han vivido en sociedad— habrán de querer para sí, esto es, para todos, lo menos malo o lo mejor posible. Por este camino la razón descansa, la inventiva crece y se crea la apariencia de seguridad que es propia de toda analiticidad.

Éste es el camino más fácil, siempre de la mano de esquemas geométricos. Pues cuando nos representamos a los sujetos en el estado de naturaleza nos lanzamos a nosotros mismos una *picture* o *Bild*, que nos muestra un espacio más o menos circular en el que existen puntos aislados, que serían los hombres; estos hombres son iguales en derechos, porque todos los puntos son iguales por definición. Esto lo entiende sin problemas el psiquismo nuestro, porque los investigadores nos proponen a veces imágenes geométricas, y Henri Bergson explicó acertadamente que la geometría constituye

¹⁴⁶⁷ Me he ocupado de los problemas que suscitan las síntesis a priori en mi estudio *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, cit., pp. 1-140.

la ‘metafísica’ natural de la razón humana.¹⁴⁶⁸ En estos casos confluyen la certeza de la geometría con la evidencia del texto literario. Sucede entonces un hecho curioso al que ya aludí: el lector de estos estudios que exponen estas teorías que parten desde algún tipo de estado de naturaleza alcanza un momento en el que él es capaz de reconciliar el esquema geométrico que le es propuesto con los términos que lee en el libro; entonces *comprende* y acepta la teoría que está leyendo sin ser consciente de que solamente está reconciliando él en su mente la imagen visual que le han lanzado con los conceptos abstractos propios de la filosofía. Entonces la razón se cierra sobre sí misma, en cierto modo queda bloqueada, y la diversidad es sustituida por la figura única que clausura el discurso racional.

4. *Las teorías sobre los derechos humanos*

Las declaraciones revolucionarias francesas quedaron desprestigiadas a lo largo del siglo XIX, y la ONU lanzó, en 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Le han seguido muchas otras declaraciones, porque durante los años sesenta y setenta del siglo pasado bastaba una pequeña excusa para que un grupo de intelectuales lanzaran su propia declaración sobre el tema deseado. Los derechos del hombre han pasado por situaciones paradójicas, porque inicialmente fueron defendidos por las izquierdas, y, una vez instaladas estas personas en el poder, hoy son más alegados por las derechas. ¿Dónde ubicarlos? No es posible hacer esto de una forma enteramente clara. Lo cierto es que los derechos defendidos son los derechos individuales, y no los derechos sociales, pues las izquierdas crearon el Estado, y esta forma de gobierno necesita la atomización de los ciudadanos; para ello deslegitima aquellas ‘sociedades intermedias’ a que se refería Rousseau.

El otro problema es el del empirismo persistente: los defensores tradicionales de los derechos humanos no aceptaron ninguna base ontológica para estos derechos: entienden que la intersubjetividad del consenso existente en torno a ellos dispensa de una fundamentación más teórica.¹⁴⁶⁹ Pero

¹⁴⁶⁸ “Crear que los cuerpos vivos pueden ser estudiados como el sistema solar, matemáticamente, ésta es una cierta metafísica desarrollada tras los descubrimientos de Galileo, pero que verdaderamente es la metafísica natural del espíritu humano”. “L’évolution créatrice”, *Œuvres*, 5a. ed., Paris, PUF, 1991, p. 511.

¹⁴⁶⁹ Pero la falta de ontología se hace notar también en el campo más estrictamente jurídico. John Austin nos indicaba que si los derechos son sagrados, ilimitados, etcétera, la ciencia jurídica no tiene nada que decir sobre ellos. Véase *Lectures...*, *cit.*, p. 119. MacIntyre añade que “Ahora la protesta es casi enteramente un fenómeno negativo, que ocurre característi-

el investigador ve claramente que si él puede exigir a sus alumnos que estudien, y que no puede exigirles que le hagan favores personales. Esto se debe a que los alumnos y el profesor están vinculados por la cosa de la docencia; sus competencias mutuas no vienen marcadas por derechos, sino por relaciones bien *reales* que poseen su propia consistencia. Además, siempre existe la posibilidad de positivar los derechos morales de unos y otros, pero ya hacía observar Allen, en polémica con Lundstet, que la moral no deja de ser tal porque sea positivada.¹⁴⁷⁰ En la práctica, para concretar estas exigencias, los asuntos son llevados ante el Tribunal Constitucional. Pero el derecho que dictan sus jueces es un derecho *ex post facto*, es decir, dictaminado después de las leyes; es cierto que ha de existir una fase hermenéutica de la regla general, pero el *ex post facto* de los tribunales constitucionales más parece frecuentemente una labor legislativa que no judicial.

Actualmente las reflexiones sobre la política y el derecho han quedado *clausuradas* por las doctrinas acerca de la democracia y sobre los derechos humanos. Una de las muestras más persistentes de esta clausura es el uso continuo del término ‘democracia’. Es preferible la expresión que usaba Gumersindo de Azcárate en su ensayo ya clásico: la de régimen parlamentario. Si prescindimos del halo mágico que rodea a la palabra ‘democracia’, observamos que un régimen parlamentario tanto resuelve problemas viejos como plantea problemas nuevos o, simplemente, convive algo apaciblemente con los problemas que siempre hemos tenido. Ahora no es el momento de hacer un esquema que complete el estudio de Azcárate, poniéndolo al día. Pero sí hay que destacar que la unión de las doctrinas de los derechos humanos con las teorías sobre la democracia deja qué desear, al menos tal como se desenvuelven en la praxis política usual. Un Estado social de derecho es preferible a otros regímenes políticos, pero ni la praxis concreta ni la doctrina abstracta ha dado aún su última palabra.

camente como reacción ante la supuesta invasión de los derechos de alguien en nombre de la utilidad de otro alguien. El griterío autoafirmativo de la protesta surge de que el hecho de la incommensurabilidad asegura igualmente que quienes protestan tampoco pueden perder en una discusión. De ahí que el lenguaje de la protesta se dirija de modo típico a aquellos que ya comparten las premisas de los que protestan”. *Tras la virtud, cit.*, p. 98.

¹⁴⁷⁰ Carleton Kemp Allen estudió extensamente las relaciones entre derecho y moral, normalmente mostrando las dependencias de aquel desde ésta. Véase *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1931, pp. 111 y ss. En la página 173 de esta obra escribe: “There is a profound fallacy, one which has always been the vulnerable point of positivism as a system of philosophy and has withheld from any general acceptance. A moral principle does not cease to be moral because it is necessary. On the contrary, all moral principles are, in a sense, necessities of existence”.

5. *Los aristotélicos*

Durante el último tercio del siglo pasado ha ido *in crescendo* una actitud que ha olvidado los modelos políticamente correctos bajo los que se expresaba la doctrina de Aristóteles y de Tomás de Aquino, y que ha prestado mayor atención a las fuentes directas: cosa que no hizo el movimiento neoescolástico que emergió tras la llamada de León XIII.

En este nuevo descubrimiento del tomismo ha jugado una función importante Michel Villey. Ha sido una figura paradójica: ayuno de filosofía, incluso de la tomista, se dejó guiar por su instinto jurídico y galvanizó durante bastante tiempo a quienes buscaban en la doctrina de la ley natural algo más que la consabida *participatio* de la razón humana en la ley eterna y el recurso a las naturalezas inmutables de las cosas. Él no partió desde la filosofía, ni tampoco desde el *jus commune* (al que no pareció conocer), sino desde su formación romanista. Intuyó que el espíritu del derecho romano se expresaba en la doctrina de Tomás de Aquino, no en Suárez o en Grocio, y vinculó a la teoría sobre la ciencia jurídica con la filosofía práctica tomista. Durante una generación su obra más conocida —*La formation de la pensée juridique moderne*— ha sido el referente de quienes buscaban superar el positivismo y el neoescolasticismo. Esta obra suya deja mucho qué desear desde el punto de vista del rigor histórico, pero ha cumplido la función indicada: la de volver las cabezas hacia una dirección más sólida que la representada por los neoescolásticos anteriores.

Efectivamente, tras aquella primera generación de escolásticos que representé en Cathrein y Rommen, y la generación siguiente, personificada en estas líneas en Utz y Messner, o en Leclerq, Graneris o Lachance, la conciencia colectiva ha redescubierto a Aristóteles y a Tomás de Aquino. La historia de A. MacIntyre es conocida: hombre de formación marxista, estudió a Aristóteles para combatir mejor al liberalismo, y la lectura del griego le llevó a Tomás de Aquino: vio un mundo más rico de humanidad e ingresó en la Iglesia católica. Autores también de formación tomista —tomista, no escolástica— son hoy John Finnis o Robert P. George. En Italia, Francesco Viola está examinando cuestiones fundamentales de Aristóteles, especialmente la de *natura*, y Michel Bastit, en Francia, ha hecho aportaciones importantes a la noción de ley y de lógica jurídica. Reitero que estos autores no se integran en el movimiento neotomista de Rommen, Gilson o Messner: con ellos se ha abierto paso una nueva vitalidad, que quedó truncada cuando las obras de los escolásticos tardíos distorsionaron el pensamiento de Tomás de Aquino.

No es posible exponer, siquiera sea esquemáticamente, las líneas básicas del pensamiento de estos autores. Además, hay serias diferencias entre ellos, porque el crudo aristotelismo de MacIntyre choca con la formación de otras personas que saludan amablemente a este aristotelismo redescubierto. La exposición conjunta del pensamiento de estos autores requiere un estudio que habrá de ser denso y extenso, y que hoy no está aún publicado.¹⁴⁷¹

III. TAREAS PENDIENTES

Werner von Heisenberg proponía en su estudio *Física y filosofía*, publicado en los años cincuenta del siglo pasado, volver a la noción de naturaleza de Aristóteles. Hasta que él, Planck o Bohr irrumpieron en la física, había dominado omnímodamente la mecánica de Newton, que consideraba al mundo como una máquina dotada de una inercia de alcance universal, en la que cabalmente no habría pluralidad de formas. Este modo de entender lo que existe pasó a las doctrinas sobre la ética. A los materialistas les resultaba evidente que todas las cosas eran únicamente manifestaciones circunstanciales de un solo protoelemento, fuera materia o movimiento. Los que no eran materialistas no mantuvieron esta tesis, pero estaban indefensos ante ella porque no estaban en condiciones científicas de explicar ni a Dios ni al hombre en el interior del paradigma científico dominante de la máquina universal: les resultó no solo un *Deus ex machina*, sino también un *Homo extra machinam*.

Indicaba que también los escolásticos aceptaron la idea de la unidad, porque para ellos la naturaleza constituía una unidad. No tuvieron en cuenta que Aristóteles designaba a la unidad de lo existente como el *kosmos*,¹⁴⁷² y que no puede existir una sola naturaleza porque cada cosa posee su propia naturaleza, pues una es la naturaleza de un gorrión y otra la naturaleza de una paloma y que el término ‘naturaleza’ en Aristóteles y Tomás de Aquino tanto designa la forma o esencia como la fuerza que lleva a cada cosa a ser *Cum tota sua essendi potestate*. Para hacer justicia a la historia hay que reconocer que los jusnaturalistas o los moralistas de los siglos XVIII y XIX se enfrentaron a un enemigo que entonces era invencible. Pero los fundamentos de la ciencia han cambiado, porque la mecánica cuántica nos ha mostrado

¹⁴⁷¹ Un primer adelanto de este estudio es el libro de R. Ramos Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, 2012.

¹⁴⁷² Viola, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, cit., pp. 78 y ss.

que en el interior más íntimo de los movimientos físicos viven muchas formas distintas. Descartes había puesto los cimientos más elementales para afirmar la teoría del mecanicismo universal al separar la *res cogitans* de la *res extensa*, porque él suponía que la *res extensa* era como una superficie amorfa o monoforme. Tirso de Andrés, simultáneamente físico y filósofo, nos indica que la *res extensa* se nos ha muerto porque ha resultado más pensante de lo que indicaban los moldes veteromecánicos.¹⁴⁷³

Al faltar el paradigma mecánico, muchos se han sentido huérfanos, y parece que es propio de la Posmodernidad la ausencia de ideas científicas, morales, etcétera. La mejor muestra de este desgarrón ante todo humano lo tenemos en la obra de Rawls, que propuso prescindir de las ideas que ya tenemos —las llamadas por él ‘morales comprensivas’— para dejarnos guiar solo por un sentido de la justicia extremadamente elemental. En estos ámbitos está condenado el cognotivismo ético, y solo valen los sistemas éticos procedimentales, es decir, constructivistas, porque parece que lo que el hombre crea ha de tener mayor valor para él que lo que ha recibido.

Esta mentalidad tiene demasiado de desgarrada y anárquica, y parece que su vigencia social se explica ante todo por la ansiedad de quien ha perdido unas bases que hasta hace poco parecían sólidas. No eran propiamente bases científicas, porque la mecánica clásica veía poco y postulaba mucho; pero eran sentimientos que otorgaban un fundamento para la superioridad intelectual: el investigador en humanidades de la Edad Moderna y de buena parte del siglo XX no conocía las leyes básicas de la termodinámica tal como las formuló Newton, pero tenía fe en el mecanicismo universal, y esta fe le hacía sentirse seguro en su rechazo de la ontología y del finalismo.

Seamos honestos: la nuestra es cabalmente una crisis de éxito. Señala un fracaso solamente para quienes, irracionalmente, pusieron su esperanza en los moldes mecánicos. Hablo de irracionalidad porque las categorías básicas de la mecánica clásica no solo no estaban verificadas, sino que a partir del Congreso de Copenhagen de 1929, cuando la pequeña comunidad de los físicos de entonces decidió adoptar la mecánica cuántica, la Universidad reconoció que estas categorías veteromecánicas estaban sencillamente negadas por la observación: no se ha tratado de que una teoría haya sucedido a otra; ha sucedido ante todo que lo que está observado experimentalmente ha sus-

¹⁴⁷³ Desde el punto de vista de un físico, De Andrés explica que “Por muy paradójico que resulte el camino [el que arranca de Descartes], la *res cogitans* se nos acaba de morir, ya que sólo queda la *res extensa*... Si el *cogito*, si pensar, consiste en una pura capacidad racional o formal, pertenece también a la máquina extensa material. En la *res extensa* hay más logos y capacidad de *logos* de lo que nunca pensó el racionalismo”. *Homo ‘cybersapiens’. La inteligencia artificial y la humana*, Pamplona, Eunsa, 2002, p. 79.

tituido a lo que estaba sustentado solo por conjeturas basadas en el sentido común que estas mismas conjeturas habían creado en buena medida.

En honor a la verdad hay que reconocer que este es un problema con más trasfondo del que se desprende de estas líneas, porque ya indiqué que Henri Bergson nos informó sobre una intuición suya que parece especialmente acertada, a saber: que la geometría es la metafísica natural de la razón humana. Esto es patente: las ciencias no avanzaron hasta que se montaron sobre figuras geométricas, y el profesor vivencia cotidianamente cómo sus alumnos le entienden bastante mejor cuando él dibuja figuras en la pizarra; buena parte de los más modernos métodos didácticos audiovisuales están al servicio de este proyectar figuras al servicio de las otras explicaciones de clase. Heisenberg, más allá de Bergson, reconoce que el lenguaje de la mecánica clásica es otro escalón de la racionalidad humana; es decir, que responde igualmente a las necesidades formadoras de conceptos del psiquismo humano. De ahí buena parte de las dificultades del físico actual, concluye Heisenberg, que ha de exponer lo que no se aviene con Newton con el lenguaje de Newton.¹⁴⁷⁴ El desfase es inevitable.

1. *La ontología reaparece en el derecho*

Hagamos cuentas, como para obtener un saldo: hemos perdido una redícula de conceptos especialmente bien adaptados a nuestra psique, quizá porque esos conceptos y tropos eran creación de nuestro psiquismo cuando trabaja bajo unas condiciones determinadas. Ha cambiado el marco para la creación de conceptos, y aparentemente hemos perdido aquella extraña facilidad para las explicaciones de todo tipo. Pero la actitud pesimista se vuelve más positiva cuando el investigador observa que los moldes viejos no tanto explicaban como destacaban objetos del estudio por el procedimiento de excluir lo que ellos no estaban en condiciones de estudiar: la aparente claridad de sus estudios era resultado, en buena medida, de exclusiones impuestas en virtud del método. La exigencia de estudiar únicamente ‘cuerpos regulares’, es decir, las cualidades medibles en tamaño, peso y figura, declaraba incognoscible en sede científica —esto es, física— todo lo que sobrepasara estos límites: como la noción de profesor no puede ser estudiada según estas limitaciones, la ‘cosa’ del profesor o de la docencia había de ser declarada no relevante ante la ciencia: había recaído la interdicción de la

¹⁴⁷⁴ *Física y filosofía*, trad. de F. Tezanos, Buenos Aires, Ediciones La Isla, 1959, p. 39. Lo mismo indica MacIntyre, que entiende que el lenguaje de la ética actual es un compuesto de retazos de sistemás éticos heteróclitos. Véase *Tras la virtud*, cit., p. 18.

ontología en los temas humanos, porque muchos han considerado que la llamada a las ‘cosas’, que es el alma de la ontología en el derecho, implica un dogmatismo inaceptable.¹⁴⁷⁵ Pero el autor de estas líneas sabe, con toda certeza, que es deber de él, porque es profesor, explicar con la claridad suficiente como para que le entiendan sus alumnos. No es una obligación simplemente moral, que solo le obligue a él internamente, ni su condición de profesor consiste en un cuerpo físico que pueda ser medido externamente de acuerdo con las reglas de medición de los ‘cuerpos regulares’: se trata de una ‘cosa’, la docencia, que compone una realidad intelectual tan válida como la ley de la gravitación universal. MacIntyre nota que tampoco hace falta una estructura previa y teórica para deducir tal tipo de deberes.¹⁴⁷⁶

En realidad, estos derechos y deberes portan en sí, en su espontaneidad, las medidas mismas para su medida,¹⁴⁷⁷ porque lo realmente importante que ha de hacer el profesor le viene impuesto por la naturaleza misma de la docencia: carece de sentido afirmar que el conductor debe conducir con prudencia porque así lo exige la legislación existente en España. Finnis explica que, ciertamente, podemos confundir la falta de derivación de un principio con una falta de justificación o una falta de objetividad.

Pero en otros casos anuncia la evidencia; y estos casos han de ser encontrados en todo campo de investigación. Porque en todo campo hay y debe haber, en algún punto o puntos, un término para la derivación y la inferencia. En ese punto o puntos nos encontramos cara a cara con lo evidente que hace posibles todas las inferencias subsiguientes en ese campo.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷⁵ C. S. Nino indicaba que “Lo que caracteriza a las teorías dogmáticas es que se presentan como descriptivas de algún aspecto importante de la realidad social o del status ontológico de alguna institución o concepto. De este modo aparece como si su aceptación o rechazo dependiera de su verdad o falsedad empírica o trascendente. Sin embargo las teorías dogmáticas están constituidas, lo que no siempre resulta evidente, por enunciados de índole normativa, según lo ponen de manifiesto las funciones que cumplen tales teorías”. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 334.

¹⁴⁷⁶ *Tras la virtud*, *cit.*, p. 106.

¹⁴⁷⁷ Tomás de Aquino nos indica que “Illud enim quod mensuratur, non videtur esse aliud quam mensura”. In *XII libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio*, Antwerpiae, 1612, vol. III, § 636.

¹⁴⁷⁸ *Ley natural...*, *cit.*, p. 101. El tema de fondo lo expone Hervada al destacar que el derecho trata con cosas. Véase “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Persona y Derecho* 18 (1988), p. 284. Idea que reitera en su *Introducción crítica al derecho natural*, p. 42, cuando indica que “Lo justo es lo mismo que lo suyo; por lo tanto, según hemos visto, lo justo es una cosa o conjunto de cosas, no es lo que se llama derecho subjetivo, sino las cosas que, desde la perspectiva de ese derecho, reciben el nombre de derecho subjetivo”.

Hablo de una realidad intelectual válida, y podría hablar igualmente de objetiva o universal: pues cuando una realidad impone un deber exigible por los demás (en el sentido estricto de la palabra ‘deber’), abandona el mundo del posible solipsismo de un sujeto que tiene su propio conocimiento moral y entra por el camino de una objetividad real que nadie puede desconocer. El investigador examina su vida cotidiana: al levantarse por las mañanas le gusta oír las noticias por la radio, y no debe molestar a sus vecinos; va a la Facultad con su automóvil, y debe conducir con prudencia; imparte sus clases y ha de explicar con claridad. Tiene estos deberes y también tiene diversos derechos en cada una de estas actividades: nos limitamos a registrar estas realidades morales tan posibilitantes como limitadoras. Estos deberes y derechos no pueden ser explicados en virtud de algún contrato social o de alguna ética dialógica que desemboque en definitiva en algún tipo de acuerdo construido.¹⁴⁷⁹ En realidad, estos derechos y deberes son previos a cualquier pacto: carece de sentido decir que tenemos el deber de conducir con frecuencia para no violar un pacto concluido con nuestros conciudadanos. El derecho a la integridad física es anterior a cualquier acuerdo, y los contratos solo aparecen en materias sobre las que no existe una regulación que venga impuesta necesariamente: el viejo dicho romanista expresaba que *Ubi desinit humanitas ibi incipit contractus*.

Sucede —como repara Hervada expresamente— que nos movemos en un plano metafísico, y si no queremos usar este término podemos usar el de ontológico. De las tres vertientes que Frege distinguía en el lenguaje —sentido, significado y significación— la que alude al significado es sencillamente inesquivable. “El conocimiento metafísico forma parte del modo común y corriente de conocer propio del hombre, cuya inteligencia opera metafísicamente de modo constante, como lo muestra el más simple análisis del lenguaje”.¹⁴⁸⁰ Efectivamente, seamos *realistas*: en este momento yo estoy lanzando sobre el lector muchos conceptos, la mayor parte de los cuales solo

¹⁴⁷⁹ La renuncia al constructivismo implica admitir la heterogenia de los principios prácticos y declarar que el derecho a conducir nada tiene que ver con el derecho del profesor a dar sus clases. Esto no implica en modo alguno que la heterogeneidad del orden moral es tal que no puede reconciliarse con un orden moral único. El plano en el que habitan estos derechos es un plano intermedio entre la inmediatez de una conducta y el *telos* último del hombre.

MacIntyre escribe acertadamente que “Las intenciones necesitan ser ordenadas tanto cronológica como causalmente; no existe una conducta identificable previa e independientemente de las intenciones, creencias y situaciones”. *Tras la virtud, cit.*, p. 255. Desde luego, esto es cierto, pero la admisión de un fin último de la vida del hombre no implica tener que admitir un sistema de normas éticas que esté plagado de axiomas y de clasificaciones en grupos y subgrupos.

¹⁴⁸⁰ J. Hervada, *Lecciones de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1989, t. I, p. 74.

pueden ser entendidos unívocamente. Pues si digo que el profesor debe explicar con claridad, todos entienden esta frase como llena de sentido; pero si indico que el profesor debe explicar de color negro, esto es un disparate. Con esto no trato de mantener que el que investiga la ética o la naturaleza deba disponer necesariamente de unas nociones metafísicas inmutables y eternas, al modo como las proponían Molina o Suárez. Quiero indicar que las construcciones gramaticales que se exponen bajo el modo de sujeto-verbo-predicado, o como sujeto-verbo-complemento directo, el uso de las formas adverbiales, de los modos de las conjunciones, etcétera, todo ello solo tiene valor humano si es usado ‘correctamente’, es decir, de acuerdo con la vertiente semántica del lenguaje.

David Hume indica, al final de su tratado sobre el conocimiento humano, que los libros que no están hechos según las demostraciones que se basan en los números y en las figuras deben ir a la basura; como es lógico, se refiere a los libros de los escolásticos, no a los suyos, porque al escribir esto, Hume debiera haber tenido en cuenta que él había publicado tres estudios de extensión razonable en los que no demuestra nada según las posibilidades de las figuras y de los números. También debiera de haber reparado en que lo que él publicaba podía ser entendido por sus lectores porque él sigue las posibilidades semánticas de cada término y de cada categoría lingüística, y produce o causa razonamientos según diversas leyes dialécticas sobre la causalidad en los conceptos; pues en las demostraciones que tratan de cosas concretas es correcto decir que el fuerte viento provocó el derrumbamiento de la valla, y en el plano de los conceptos más abstractos es también correcto mantener que la impresión que causó el jefe del gobierno fue mala porque habló con falta de seguridad. Lo extraño es que él usó cientos de veces los principios de la causalidad así entendidos para mostrar ‘lógicamente’ que la idea misma de la causalidad es gratuita o absurda.¹⁴⁸¹

¹⁴⁸¹ Indica MacIntyre que “Si bien se puede seguir a Lawrence o Tolstoi sin caer en una inconsistencia, no es posible, en forma coherente, efectuar una defensa racional explícita y articulada de sus doctrinas. Y el hecho de que tanto Lawrence como Tolstoi manifestaron ante todo el intelectualismo que condenaron vigorosamente mediante el empleo de sus recursos intelectuales, sugiere que cierto tipo de posición aristotélica es inevitable”. *Historia de la ética*, trad. de R. J. Walton, Barcelona-México-Buenos Aires, Paidós, 1988, p. 81.

La razón de esta opinión de MacIntyre puede encontrarse en una idea de Fernando Inciarte: “Ahora bien, si al pasar a la *intentio obliqua* se deja al margen por completo la *intentio recta* y, al dejar la actitud abocada directamente a las cosas, se olvida la vuelta ‘a las cosas mismas’, la reflexión progresiva deja de ser reflexión sobre la cosa —en un sentido amplio de la palabra ‘cosa’— para convertirse en una reflexión sobre la reflexión, cuyo fin —de acuerdo con el carácter iterativo de la reflexión— se pierde de vista al final”. *El reto del positivismo lógico*, Madrid, Rialp, 1974, p. 54.

En este punto hay una gran diferencia entre los estudiosos de las ciencias naturales, siempre dependiendo de sus *constructos* para entender algo, y el investigador de los temas humanos.

¿Alguien quiere discutir ‘lógicamente’ la existencia y validez de estas objetividades al mismo tiempo morales y jurídicas? Quien mantenga que el conductor no debe conducir con prudencia, ése debe comparecer ante el tribunal de la razón para explicar su extraña actitud. MacIntyre alude a los ‘conceptos normativos’ que ya tenemos en nuestra vida: entrar en un restaurante es un concepto normativo, porque presupone una regulación jurídica; nadie puede ir a una cafetería y explicarle al camarero que él necesita cosas que no puede encontrar en ese establecimiento. Entrar en la cafetería, subir al autobús, sentarse a la mesa en familia para el almuerzo: todos estos son conceptos normativos que hemos de dar por supuestos en nuestra cotidianidad.¹⁴⁸²

El espíritu moderno-contemporáneo ha sido antiontológico, porque al hombre de estos cuatro últimos siglos le ha molestado reconocer algún deber o derecho que no esté creado por él, por su actividad racional —¿inteligente?— que se muestra en tantas éticas constructivistas. Este hombre ha seguido la intuición que expresa MacIntyre cuando habla de optar entre la función social o el individuo: “Lo crucial, en realidad, es el punto en el que las dos partes contendientes están de acuerdo, a saber, que tenemos abiertos sólo dos modos alternativos de vida social, una en el que son soberanas las opciones libres, y otra en el que la burocracia es soberana para limitar precisamente las opciones libres y arbitrarias de los individuos”.¹⁴⁸³ Frente a este dilema es necesario reconocer que el profesor universitario que diseña un sistema de ética puede hacer esto porque ya dispone de unos medios y libertades que no los ha deducido desde ningún sistema ético.

Todo sistema de ética social es, en buena medida, un *posterius* respecto a la vida cotidiana. Es cierto que los jusnaturalistas de la Edad Moderna consiguieron acabar con la sociedad estamental y con la monarquía absoluta; pero se trató del desenvolvimiento puramente formal o doctrinal de unas afectividades concretas que ya existían antes de que cada autor redactara

¹⁴⁸² A. Llano vuelve a suscitar el tema que he llamado de las ‘medidas ya medidas’, o conceptos normativos, cuando indica que “Existen, por cierto, criterios para la valoración —como bueno o malo— del producto de la *poiesis*: son los criterios técnicos o artísticos. Más aún, si no pudiéramos valorar lo hecho y el hacer, no tendríamos un concepto cabal de la identidad del producto y del hacer que los suscita. La finalidad de un reloj es medir el transcurso del tiempo. Si no lo mide bien, decimos que es un reloj *malo*”. *La nueva sensibilidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 208.

¹⁴⁸³ *Tras la virtud, cit.*, pp. 53 y 54.

sus obras; ellos no ‘crearon’ nada partiendo desde sus axiomas; ya en el siglo XVI existía un profundo sentimiento de la libertad individual, y parte de la doctrina que compuso la Escuela del derecho natural moderno se limitó a insistir en la igual libertad de todos los seres humanos en el estado de naturaleza; rescataron esta categoría —la del *status naturae*— desde los textos romanos y del *jus commune* y potenciaron la doctrina de la *naturalis obligatio*, que ya venía expuesta claramente en los textos romanos y medievales. Hicieron de portavoces amplificadores de lo que ya había.¹⁴⁸⁴

2. *Las personas*

La historia de la noción de persona es la más paradójica de la historia sobre el pensamiento jurídico-político. En su sentido actual, nace en las obras de los Padres de la Iglesia, que habían de explicar que Dios era uno y trino: un solo Dios con tres personas distintas. Pero aquellos teólogos extendieron esta noción a todo ser individual de naturaleza racional: todo hombre era una persona, caracterizada ante todo por su incomunicabilidad. Los Nominales de los siglos XIV y XV difunden la noción de persona hasta convertirla en un tópico usado con normalidad, y los jusnaturalistas del siglo XVII tomaron esta noción de las obras de los teólogos anteriores.

A. *Las negaciones de las personas*

Pero al llegar al siglo XVIII tropezó con el materialismo, porque las filosofías materialistas no pueden admitir un ser radicalmente incomunicable que es capaz de contraer deberes. Por supuesto que ni Helvetius ni d’Holbach negaron expresamente la existencia de las personas; pero su negación estaba implícita en los fundamentos de sus obras. No existe una monografía de confianza que muestre el desarrollo del ateísmo desde el siglo XVI al XIX. Francisco Suárez, hacia 1610, ya detectaba su presencia, y el avance de las ideas científicas a lo largo del siglo XVII implicó casi necesariamente el avance del ateísmo, porque la imagen del mundo que resultaba desde las propuestas metódicas de Galileo, Descartes y Newton llevaba hacia la máquina universal en la que Dios no tenía lugar. Ya indiqué que no solo resultó un *Deus ex machina*, sino también un *Homo extra machinam*, por lo

¹⁴⁸⁴ M. Beuchot explica que “Es cierto que los derechos humanos se fueron gestando en la historia, y que sólo son comprensibles con una idea del individuo y de la sociedad peculiares; pero la misma historia ha hecho que esas ideas aparezcan en un momento determinado”. *Derechos humanos...*, cit., p. 7.

que la negación de Dios en nombre del mecanicismo universal implicaba al mismo tiempo la negación de las personas.

Nadie discutió expresamente sobre las personas, pero nadie se engañaba: la negación del deber de obedecer el derecho era una consecuencia del materialismo; por este motivo, el siglo XVII asistió a un duelo entre los materialistas, que explicaban que existe el deber de cumplir el derecho cuando está prevista una pena para el caso de su incumplimiento, y los conservadores, que mantenían que la pena solo se imponía cuando se había incumplido un deber previo. De ahí que Francisco Suárez, atento a las corrientes intelectuales que emergían a comienzos del siglo XVII, declarara beligerantemente que “Poena pendet a culpa”.¹⁴⁸⁵ Las nociones de persona y de deber fueron unidas, en su afirmación y en su negación, y como el siglo XIX estuvo dominado por la idea del mecanicismo universal, casi ningún autor de lo que ahora llamaríamos teoría o filosofía del derecho planteó en sus capítulos el tema del deber jurídico. Kelsen sí estudió este problema, e historió el estado de la cuestión en sus *Hauptprobleme*, aparecido hacia 1920. Pero él, materialista, no podía admitir la noción de persona, y dejó establecido en su *Reine Rechtslehre* que, en el derecho, la persona es una categoría simplemente auxiliar, creada por la reflexión sobre el derecho, que no designaba sino un punto de atribución de un sector de las normas jurídicas.¹⁴⁸⁶ De acuerdo con su pensamiento tan depurado por la lógica, los judíos en el III Reich eran solamente puntos de atribución de un sector de las normas jurídicas del Reich alemán.

La persona es hoy un tema molesto (doctrinalmente) para las izquierdas, porque es la noción máximamente metafísica. Al constituir un tema último no caben reflexiones que analicen esta noción, y solo podemos afirmarla o negarla. Como nadie es tan estulto como para afirmar expresamente que los seres humanos no somos personas, lo normal es no tratar este tema e insistir, en cambio, en los derechos humanos, que funcionan como el sustitutivo de la noción de la personalidad. Hablaba de molestias simplemente doctrinales porque en su vida cotidiana, los universitarios que dejan de lado la noción de persona se molestan o se indignan igual que los otros seres humanos cuando ven violado un derecho propio; en la misma línea de incoherencia, aluden a la moral en tono objetivo mediante la descalificación que implica el adjetivo ‘inmoral’. Si el término ‘moral’ les resulta molesto, usan el de ‘ética’ que, en sus argumentos, representa lo mismo que la palabra ‘moral’. Buena parte de estos problema se ‘resuelven’ sustituyendo términos y expresiones. ¿Durará mucho tiempo este juego de confusiones?

¹⁴⁸⁵ *Tractatus de legibus...*, cit., L. I, cap. 14, § 7.

¹⁴⁸⁶ *Reine Rechtslehre*, Wien, Frank Deuticke, 1960, § 33.

Los modernos abusaron de la figura de la persona independiente, y la noción de la *juristische Person* kantiana denotó ante todo soledad, egoísmo e insolidaridad. La empresa para construir el Estado al margen de las confesiones religiosas requirió desconocer esta construcción tal como se conocía en el siglo XIX —solamente bajo la forma kantiana—, ya que ellos necesitaban erigir el poder del Estado como una fuerza independiente de las ideas morales, religiosas o políticas; necesitaban, además, disponer de una doctrina ético-jurídica que les posibilitara vencer la eventual resistencia de las voluntades de las personas individuales; en una palabra, necesitaron desconocer la noción de persona tal como se la había legado la Modernidad. Nuestros abuelos no distinguieron entre la persona de Kant, que solo admitía una libertad ‘formal, negativa y vacía’,¹⁴⁸⁷ y la personalidad humana, que en el derecho, más que pugnar por la soledad, llama a la solidaridad. El camino que siguieron para posibilitar la nueva forma política fue negar la existencia de la moral objetiva y la del derecho natural, y quizá esta no fue la solución adecuada, como mostró amargamente el siglo XX.

B. *El orden jurídico solo contempla personas*

La persona se encuentra ahora ante dos problemas: uno antropológico, otro político. Desde el punto de vista político-jurídico, una persona es, de hecho, un ser que no acaba de encontrar acomodo en las explicaciones al uso. No se sabe qué hacer con la cualidad personal del ser humano, y muchos recurren a los derechos humanos, que representarían en su conjunto a los derechos de la personalidad o a la cualidad jurídica de cada persona. Esto último no tiene sentido: algunos derechos humanos fueron proclamados beligerantemente en 1948, precisamente porque eran desconocidos en la mayor parte del mundo: fueron presentados como excepciones a una praxis generalizada, y participaron del carácter puntual y preciso que es propio de toda ley que establece excepciones a una regla jurídica general. Este carácter detallista participa tanto del sentido de la regla que establece que todo lo no expresamente prohibido está permitido, como de la que indica que lo no expresamente permitido está prohibido. Es obvio que cada Estado hace el uso que más le conviene, en cada momento, de cada una de estas reglas, y si en el derecho penal está vigente la primera, en el derecho administrativo en general —lo que los alemanes llaman el *Staatsrecht*— parece estar vigente la segunda: de ahí las autorizaciones administrativas o legales que se requieren para organizar actividades que, aunque puedan ser

¹⁴⁸⁷ Véase mi estudio *La Cabeza Jano*, *cit.*, pp. 43 y ss.

técnicamente complicadas, son humanamente próximas, tales como montar emisoras televisivas o crear centros de enseñanza.

De hecho, aún es válida en muchos tratados y manuales escolares la regla que indica que el derecho privado sirve a los intereses de los privados y el derecho público sirve a los intereses públicos, de forma que en el derecho privado cuenta ante todo la autonomía de los ‘particulares’, a los que supone que están dotados de derechos subjetivos para actuar libremente,¹⁴⁸⁸ mientras que en el derecho público domina el principio de sujeción, como también establecía Savigny.¹⁴⁸⁹ Ciertamente, esta opinión, tomada en la literalidad en la que la he expuesto, está hoy desprestigiada, pero el simple hecho de que fuera expuesta en Centroeuropa, con toda naturalidad, recientemente, nos hace ver cómo la figura del *subditus* (que significa obediente o sometido) coexiste con la del *cives*, en la que predomina su *status activus*, es decir, su capacidad para crear nuevas mediaciones sociales. La oposición entre el súbdito y el ciudadano es todavía demasiado tosca, sin pulir.

Ni todo lo que parece privado es privado ni todo lo que parece público es únicamente público. Desde el momento en que un gobierno elimina impuestos para que aumente la capacidad de consumo de los ciudadanos y crezca así la actividad empresarial, y el aumento del empleo es visto como el bien público máximo de ese momento en ese Estado, las barreras entre lo privado y lo público se difuminan. El Estado, ciertamente, recoge impuestos para el gasto público: pero los beneficiarios de las ayudas del paro o de la seguridad social serán personas ‘privadas’, y quienes perciban sus sueldos como funcionarios, o quienes cobren sus facturas por la construcción de obras públicas, serán igualmente personas ‘privadas’. El problema reside

¹⁴⁸⁸ Savigny trató este tema amplia y complejamente en el vol. I de su *System der heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840. Al definir la relación jurídica indicó que “Erscheint uns jedes einzelnen Rechtsverhältniß als eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregeln bestimmt. Dieser Bestimmung durch eine Rechtsregel besteht aber darin, daß dem individuellen Willen ein Gebiet angewiesen ist, in welchem er unabhängig von jedem fremdem Willen zu herrschen hat”. *Op. cit.*, p. 333.

La cita es un monumento a la ambigüedad. De acuerdo con otras declaraciones suyas, este poder otorgado a la voluntad de cada persona sería el elemento constitutivo del derecho privado. Pero ahora no está definiendo la relación que es solamente propia del derecho privado, sino la relación jurídica sin más. En la página siguiente remacha este clavo e indica que “Das Wesen des Rechtsverhältnisses wurde bestimmt als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens”.

¹⁴⁸⁹ En el *System...*, *cit.*, vol. I, p. 23 explica que “Dennoch bleibt zwischen beiden Gebieten ein fast bestimmter Gegensatz darin, daß in dem öffentlichen Recht das Ganze als Zweck, der Einzelne als Untergeordnete erscheint, anstatt daß im Privatrecht der Einzelnen Mensch für sich Zweck ist, und jedes Rechtsverhältniß sich nur als Mittel auf sein Daseyn oder seine besondere Zustände bezieht”.

en que solamente existimos personas, y aunque una persona pueda ocupar ocasionalmente un puesto en la función pública, será siempre una persona. Quienes quieran levantar un monumento a las instituciones reparará en que el catedrático de filosofía del derecho ejerce una función pública; quienes posean una visión más amplia repararán en que ese hombre es inescindiblemente ‘una’ persona en la que tanto influyen los estímulos considerados como públicos como las incitaciones que provienen desde otras instancias.

C. *Persona humana y razones para obedecer el derecho*

Desde el punto de vista preferentemente más general —podríamos llamarlo antropológico— estamos lejos de tener claro un estatuto de la persona en la sociedad. Pues si uno es el momento para ser independiente, otro es el momento para obedecer. Recabo en este momento la autonomía moral de naturaleza tomista, que entiende que la libertad consiste ante todo en ser uno mismo el principio del propio movimiento.¹⁴⁹⁰ Si el investigador se ve a sí mismo como profesor y entiende que la docencia le exige explicar con calidad y claridad, su esfuerzo por obtener la claridad y la calidad no lo vivenciará como una imposición externa. Si él entiende que la policía ha de dirigir el tráfico, las limitaciones que se sigan desde esta función tampoco las vivirá como imposiciones arbitrarias. Una conciencia cívica mínimamente desarrollada lleva a situarse en el lugar de los demás, y, si se consigue esto, la convivencia jurídica es (por decirlo con terminología hegeliana) el reino de la libertad realizada. No expreso sin más buenas intenciones: Tomás de Aquino estableció reiteradamente que el ‘yo’, es decir, la conciencia o consciencia —los latinos no distinguían entre ambas palabras— arrancaba desde el “saber con otro”, *Cum alio scientia*. Efectivamente, una persona que no esté en condiciones de contrastar su propia identidad con las identidades de los otros¹⁴⁹¹ acabará constituyendo una autoidentidad simplemente formal, en

¹⁴⁹⁰ *Suma teológica*, I-II, q. 1, art. 4. Aquí establece que ésta es la condición para que el bien sea ‘propio’ del mismo sujeto que actúa, ya que los movimientos que son impuestos *ab alio* son necesariamente violentos. En la *Sum. Gent.*, § 150, explica coherentemente que la “Necessitas ex alio” violenta la libertad. Una tesis que reitera en otros muchos lugares de su obra; por ejemplo, en *Suma teológica*, I-II, q. 6, art. 2. Para un desarrollo temático del *Cum alio scientia tomista*, véase mi estudio “Persona, derecho, judicatura”, en *El derecho a la justicia imparcial*, Granada, Comares, 2012, pp. 1-40.

¹⁴⁹¹ Indica MacIntyre que “Hay muchos casos en los que existe una cierta distancia entre papel e individuo; en consecuencia, varias gradaciones de duda, compromiso, interpretación o cinismo pueden mediar en las relaciones del individuo con el papel. Con lo que he llamado personaje las cosas suceden de modo completamente diverso; y la diferencia surge del hecho de que los requisitos de un personaje se imponen desde fuera, desde la formas cómo los

la que la universalidad que es propia de todo derecho (pues todo derecho o deber implica un cierto carácter categórico o absoluto) quedará confundida con la simple infinitud de una subjetividad que no tiene límites; en tal caso llevaría razón Niklas Luhmann cuando expresa que la consideración científica no puede arrancar desde el individuo, ya que el sujeto aspira a serlo todo.¹⁴⁹² Hablaba de las buenas intenciones; la moral entendida como el conjunto de las buenas intenciones parece ser un producto de la Modernidad, que trató de limar el egoísmo humano; aquellos *moderni* primero presentaron a un individuo aislado y egoísta en el *status naturae* que posteriormente vería recortadas sus facultades en la sociedad. El egoísmo es, desde luego, peligroso, pero no menos peligroso es el altruismo con el que intentaron corregirlo.¹⁴⁹³

¿Qué hacemos con el individuo dotado de una personalidad tan única como irrepetible? ¿Qué hay del alma inmortal? MacIntyre indica que ante los ojos de Dios soy un individuo distinto de mis papeles, anterior a ellos. Pero, prosigue este autor, esta propuesta es una trampa: surge desde la filosofía platónica y cartesiana, en la que el alma preexiste a toda encarnación y existencia social, y, por tanto, tiene una existencia anterior a cualquier rol social. Pero para el catolicismo yo soy mi cuerpo, y mi cuerpo es social. La doctrina católica mantiene que, sea cual sea la cosa a que yo pueda pertenecer, también soy miembro de una comunidad eclesial. Tengo que buscar el bien humano dentro siempre como una parte de la comunidad ordenada, y en este sentido el eremita o el pastor de las montañas es tan miembro de la comunidad como el habitante de las ciudades.¹⁴⁹⁴

La personalidad individual implica necesariamente portar en sí las personalidades de las otras personas, y este es un momento de ese *Cum alio scientia tomista*. Si ahondamos en las vivencias que acompañan a las otras personalidades, superamos la visión kantiana, que solamente reconocía hombres unos al lado de los otros, como “Las piedras en el pedregal”, según una expresión que usó la doctrina alemana de comienzos del siglo XIX. Reitero que no es el momento de expresar opiniones sobre la solidaridad, la cooperación, o sobre otros sentimientos nobles. La radicalidad de la personalidad implica asumir en sí misma no solo la existencia de unos ‘otros’ imprecisos o difuminados a los que solo haya que respetar, entendiendo por tal cosa el

demás contemplan y usan esos personajes para entenderse y valorarse a sí mismos”. *Tras la virtud, cit.*, p. 46.

¹⁴⁹² *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, trad. de J. Beriain-J. M. García Blanco, Madrid, Trotta, 1998, pp. 59-62.

¹⁴⁹³ MacIntyre, *Tras la virtud, cit.*, p. 281.

¹⁴⁹⁴ *Tras la virtud, cit.*, p. 216.

abstenerse de interferir en sus vidas: los discípulos de Kant mantuvieron la necesidad de una libertad formal, negativa y vacía, porque entendieron que ante las otras personas solo cabe jurídicamente una actitud, que es la de la abstención (la *Enthaltung*) de irrumpir en sus vidas.

Esta doctrina no es únicamente insolidaria, es ante todo irreal. Cada persona porta en sí las personalidades de los demás. Un ser humano no lleva consigo la *persona ut persona* (según la terminología de los juristas) de los otros en su incomunicabilidad radical: este sí es el momento de un respeto que ha de tener mucho de abstención; desde este punto de vista está presente la observación de Scoto cuando indicaba, al comienzo de su comentario al tercer libro de las Sentencias, que cada persona constituye la última soledad del ser.¹⁴⁹⁵ Dejemos la incomunicabilidad, con su correspondiente soledad, para aludir a un momento de la persona que es tan necesario como insuficiente. Es insuficiente porque a todos se nos exige, y se nos debe exigir, que entendamos las razones de lo que los juristas llamaban las *personae juridicae*: el investigador es vecino y conciudadano, es conductor, es profesor, y ha de conocer los deberes y derechos que comporta cada una de estas condiciones suyas y las razones por las que existen. Por el mismo motivo, ha de conocer las competencias de un vendedor ambulante, del rey o de los bedeles de la facultad. Las competencias de los demás no irrumpen en nuestra vida violentamente, sino con naturalidad, porque esa mínima formación cívica a la que aludía antes conlleva una educación ante las funciones sociales, sean las nuestras, sean las de las otras personas. Cuando obedecemos el horario de las clases que ha establecido el administrador de nuestro campus universitario no obedecemos a una persona extraña: seguimos nuestra profesión, es decir, nos obedecemos a nosotros mismos.

Al hablar de las ‘personas jurídicas’ no aludo a entidades intelectuales que sean producto de la fantasía. Si reparamos en el hecho de que las razones que hay que dar al profesor para que no moleste a sus vecinos, para que conduzca con prudencia y para que explique con claridad en sus clases, son razones *necesariamente* distintas, estaremos en condiciones de entender que tratamos con entidades bien reales. Son realidades intelectuales, del mismo tipo de las que usan los que se dedican a las matemáticas, a la geometría o a la física. La presión brutal que ejercieron en la Edad Contemporánea las corrientes empiristas y positivistas hicieron creer, equivocadamente, que los científicos se movían con leyes bien reales porque eran ‘positivas’, mientras que los que hablaban de la justicia simplemente parloteaban. Hoy

¹⁴⁹⁵ Beuchot es uno de los pocos autores que se hace eco de esta tesis de Scoto. Véase *Derechos humanos...*, cit., p. 21.

sabemos que los constructos que usan los físicos son tan ‘reales’ como los que usamos los juristas, y que las leyes matemáticas y geométricas tienen frecuentemente componentes bastante más arbitrarios que muchas nociones del derecho.¹⁴⁹⁶

D. *Una antropología por hacer*

La persona que diseñaron los Nominales, que fue la recogida por la Edad Moderna, supone un hombre ya constituido en sus facultades racionales y sensitivas. Es un ser que arrolla lo que encuentra a su paso, porque se considera infinitamente superior a lo que le viene dado. Sin perjuicio de la relativa razón de este modo de considerar al hombre, parece que, después de tantas aventuras intelectuales sobre lo que puede ser la personalidad humana, ha llegado el momento de releer el tratado *De Anima* de Aristóteles. Este libro ha sido comentado con lucidez especial por dos investigadores, uno Alejandro de Afrodisias, y el otro Tomás de Aquino. Ellos muestran que el alma del hombre comienza por lo que come el ser humano, se expande por lo que son sus cinco sentidos (vista, oído, olfato, gusto y tacto) y culmina en su naturaleza racional. Tomás de Aquino añadió que el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales del hombre: la primera es la que tenemos en común con todos los seres, que es la de sobrevivir; las segundas son las que tenemos en común con los animales, como es la unión del macho con la hembra; las terceras son las propias de la naturaleza racional, como es el deseo de conocer. Para estos autores no es la razón la que mide a las cosas, sino al revés: “Ratio non est mensura rerum sed potius e converso”.¹⁴⁹⁷

El hombre, es decir, el alma del hombre o todo el hombre, no es un ser extraño a su mundo, sobre el que podría dominar a su antojo, siguiendo la doctrina que entiende que todo el mundo ha sido creado *Ad obsequium hominis*. Una tesis cierta, pero matizable. Tomás de Aquino reitera que las potencias humanas (sean las cognoscitivas o las de otras índoles) “se especifican por sus objetos”,¹⁴⁹⁸ lo que quiere decir que el hombre tiene la facultad

¹⁴⁹⁶ Véanse mis estudios “Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia”, *Dikaiosyne*, primera parte 23 (2009), pp. 25-65. Segunda parte, 24 (2010), pp. 59-87. Disponibles en versión electrónica en *saber.ula.ve*. “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *Persona y Derecho* 62 (2010/1), pp. 20-58. Más extensamente en *Los constructos racionales en las teorías sobre la justicia*, Saarbrücken, Editorial Académica Española, Lap Lambert Academic Publishing, 2011, y *La crisis del Estado...*, *cit.*

¹⁴⁹⁷ Véase, entre otros lugares, *Suma teológica*, q. 91,3.

¹⁴⁹⁸ Véase, entre otros lugares, *Sum. Gent.*, § 2079. *In tres libros de Anima*, Antwerpiae, 1612, vol. III, l. II, § 24. *In IV Sent.*, l. II, dist. 24, q. 1, a. 3.

del oído porque tiene sonidos que oír, o que posee la capacidad de razonar porque hay conceptos que necesitan ser captados y razonamientos que necesitan ser hechos. El hombre no se encuentra arrojado a un mundo que le es extraño. Si el hombre habitara una casa que no es suya, bien habría que mantener con Scoto que no tiene más normas que las que se derivan desde el amor de Dios, o bien habría que emprender el desarrollo de alguna teoría ética constructivista. Pero el ser humano sí habita su propia casa, al menos hasta cierto punto: de ahí el dicho medieval *Homo est in mundo sicut filius in domo*.

Han pasado muchos siglos en los que hemos creído avanzar en los temas humanos —y efectivamente ha habido avances notables—, pero en los que también ha habido retrocesos *in humanis*. El trío formado por Galileo-Descartes-Newton ha marcado el punto de inflexión decisivo de nuestra cultura, al menos en la teoría de la ciencia. Pero como el paradigma científico que ellos propusieron ha sido negado en sus bases fundamentales, hemos de volver a los tiempos anteriores a ellos; no en la física ni en otras ciencias, pero sí en los temas del hombre. Algunos filósofos, como MacIntyre, entienden que hay que volver a tomar la discusión sobre la ética tal como quedó en los tiempos premodernos, y estudiar la *modestia* ontológica de aquellas explicaciones mecánicas que han de tener el mismo destino que la filosofía implícita en la mecánica clásica. Esta ha sido, precisamente, la tragedia de Kant: la filosofía de la ciencia que expone en su *Doctrina de los elementos* depende tanto de Newton, que su mundo nouménico de los principios a priori del Entendimiento no tiene más valor que el que queramos conocer a aquella mecánica ahora llamada simplemente mecánica clásica, con una validez meramente parcial.

Sin duda, la crisis de la ciencia clásica ha marcado el despertar de posibilidades que hasta hace poco tiempo solo parecían pertenecer al sentido común, como es el caso de la filosofía aristotélica. Desde luego, las explicaciones físicas de Aristóteles no nos sirven porque hemos perfeccionado los instrumentos de observación, y la comunidad científica ha desarrollado esquemas intelectuales que, aplicados al mundo físico, mejoran aquellas explicaciones de primera hora. Pero el hombre sigue siendo la aporía que se resiste a ser explicada a través de la oposición clásica entre la naturaleza o lo ya-dado, y el mundo del espíritu o de la libertad: dejemos estas oposiciones para los kantianos.

Abandonemos igualmente los términos en los que la mentalidad materialista propuso la antítesis entre la razón teórica y la razón práctica, aquella precisa y esta sin más posibilidades que la proposición de utopías: ¿acaso es una utopía recordarle al profesor que ha de conducir con prudencia?

Las potencias del hombre, cognoscitivas o de otros tipos, dependen desde su entorno, porque han sido creaciones del entorno. Ese extraño animal llamado a la vida eterna ha sido creado en la mayor parte de sus sectores y dimensiones por 'su' mundo. Es un ser especialmente carente, plagado de necesidades, y la satisfacción de esas necesidades no es arbitraria: una carencia implica la ausencia de algo, y es en ese algo donde hay que buscar. Si efectivamente abandonamos la oposición entre la razón teórica y la razón práctica que propusieron los materialistas de primera hora, y si abandonamos la pretensión frankfurtiana de reducir toda la racionalidad a razón práctica, tenemos autores contemporáneos que han despertado el letargo del estilo aristotélico de explicar al hombre. He aludido a algunos de ellos. El reto quizá más inmediato que existe hoy, referido a la ley natural y en general a la ética, es estudiarlos para exponer sus explicaciones compaginándolas hasta donde sea posible. Es una tarea ardua, porque implica vulnerar el sentido común típicamente occidental, que entiende que las potencias humanas son anteriores a sus efectos: en otras palabras, hay que superar a Juan Duns Scoto y a su escuela, y es preciso dejar en su sitio a la mentalidad que sostiene que la naturaleza es ajena al hombre, ya que el ser humano crea, y lo natural es lo que ya está dado. Viene a la cabeza el dicho latino: *Homines, qui metuunt facilia et sperant impossibilia...*