Ciencia, personas y derechos*

Science, individuals and rights

Francisco Carpintero Benítez

Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz. francisco.carpintero@uca.es.

Cómo citar: Carpintero, F. (2016). Ciencia, personas y derechos. *Inciso* 18 (1)19-40

doi: http://dx.doi.org/10.18634/incj.18v.1i.471

Recibido: 12/12/2015 Revisado: 01/29/2016 Aceptado: 01/060/2016

Resumen

Buena parte de los universitarios no se atreven a declarar que cada ser humano es una persona, y que sus derechos básicos surgen desde esta condición personal. En lugar de admitir esta realidad han construido teorías sobre la justicia de naturaleza exclusivamente racional, diseñadas sobre la igualdad de los sujetos. Resulta así que las personas deben sus derechos a razonamientos que ellas mismas hacen; estos razonamientos suelen ser llamados constructos, igual en la teoría física que en la teoría sobre la ética. El autor muestra algunos rasgos de estas construcciones racionales que se imponen, a modo de esquemas interpretativos necesariamente operativos, entre el hombre y la realidad que el género humano trata de explicar en cada ciencia; y cómo la mentalidad que estaba en su base ha caído con la crisis de la física tradicional, sin que los nuevos métodos de las ciencias naturales hayan superado este problema. Igualmente, destaca las funciones de las 'cosas' (ontología jurídica) que sirven de puentes entre los hombres y también de instrumentos a través de los cuales cada cual desarrolla necesariamente su personalidad.

Palabras clave: Constructos racionalistas, epistemología jurídica, ontología y metafísica jurídicas, persona en el derecho, teorías sobre la justicia

Abstract

Many university students do not dare to state that every human being is an individual, and that his/her basic rights surge from such personal condition. Rather than admitting this reality they have created theories on exclusively rational justice, designed on equality of subjects. It then results that individuals owe their rights to reasoning made by themselves; this reasoning use to be named constructs, both in physical theory and on theory on ethics. The author shows some traits of these rational constructions which prevail, as a manner of imperative schemes necessarily operative between man and the reality that the human kind tries to explain in each science, and how the mentality at its base has fallen with the crisis of traditional physics, without new methods of natural sciences having overcome this problem. Likewise, it highlights the functions of 'things' (legal ontology) which serve as links among men and also as instruments through which each one necessarily develops his personality.

Keywords: rationalist constructs, legal epistemology, legal ontology and metaphysic, the individual in the law, theories on justice.

* *Este estudio es el resultado las preocupaciones investigativas del autor alrededor del problema de la noción de persona en el derecho, de la que ya ha publicado otros ensayos.

Introducción

Es preciso indicar unos *praenotanda* para introducir este tema tan abstracto. Nuestra cultura está dividida incluso en la afirmación de la condición personal del ser humano. Existen dos actitudes últimas en este tema; una es la de los que mantienen que el ser humano es una persona y que, desde este carácter personal *découlent* sus derechos básicos; estos derechos primeros han de ser completados en un segundo momento por consideraciones racionales para declarar el perímetro y alcance de cada derecho. La otra actitud básica es la de los que afirman que los derechos existen, pero no sabemos por qué; mantienen que el consenso existente de hecho en torno a ellos es suficiente; en este segundo grupo han aparecido diversas teorías sobre la justicia que tienen en común su igual negación –o no mención- de la cualidad personal del hombre y la sustitución del reconocimiento de esta condición por construcciones racionales que normalmente están basadas en la igualdad de los individuos. Resulta así que la persona debe sus derechos a razonamientos que se los atribuyen.

Estos constructos racionalistas consisten en edificios de conceptos lógicamente consistentes o coherentes. Constituyen nominalismos conceptuales que introducen una homeostasis conceptual buscada y creada *ad hoc* de forma que, al estar basado este equilibrio rígidamente en la idea de la igualdad, determinan por sí mismos que si un individuo rompe alguna de estas exigencias, el conjunto intelectual se vuelve también contra el infractor, que queda al margen de las bondades que conlleva la igualdad. Para alcanzar el éxito de este tipo de razonamientos hay un hecho decisivo en su base, a saber, que todos los ciudadanos han de renunciar inicialmente a sus derechos para que la máquina lógica funcione del modo previsto. Esta renuncia total la impusieron Hobbes y, muy especialmente, Rousseau. Hoy está operativa, aunque expuesta con más amabilidad en Habermas o Rawls. Pero el autor de estas páginas está convencido que el ser humano tiene derechos porque es persona, y no acepta que sean las personas las que deben su condición a razonamientos que ellos mismas hacen. Y, puesto a tratar este tema, alude a la naturaleza de estos *constructos*, pues atisba que, si hay derechos humanos, estos derechos no se derivan desde construcciones lógico-abstractas, sino a que el autor de alguna de estas teorías tan lógicas es siempre un ser humano.

Las explicaciones nominalistas (el autor pide perdón por el uso de este término tan ingenuo) han vuelto a renacer en los últimos cuarenta años porque algunos hechos sucedidos en el siglo XX hicieron ver la necesidad de recurrir a alguna idea del derecho natural, pero la negación incondicionada –anterior a cualquier argumento- de la existencia de una ley o derecho natural, puso las cosas más difíciles. Provisionalmente, tras la Segunda Guerra Mundial comenzaron a hablar de los derechos de las personas, y la Declaración Universal de Derechos de 1948 usa generosamente el término 'persona'. Pero, ¿cómo hablar de las personas en un marco teórico entre nominalista y empirista? Porque la persona es una *cualidad* metafísica –como toda cualidad– que trasciende completamente la observación empirista. Al negar la personalidad les resultó un hombre con derechos, pero sin derecho a tener derechos.

Con el paso del tiempo la declaración de 1948, con sus carencias antropológicas y filosóficas, pareció pobre, y ha sido necesario completar las declaraciones de derechos con teorías sobre la justicia, y así sucede que tenemos hoy teorías sobre la justicia, pero con las limitaciones señaladas. De hecho, Kelsen, que fue el gran teórico positivista porque hizo posible introducir lo que él entendió que era la vida jurídica en un sistema bastante cerrado de conceptos, hubo de *deducir* a las personas en el derecho desde su teoría; era tal la prevalencia del momento cognitivo o mostrativo del cuerpo lógico-normativo que él exponía, que hubo de declarar que las personas solamente constituían (en la Teoría del Derecho) un concepto secundario o auxiliar (*Hilfsbegriff*), ya que el ordenamiento jurídico podía ser explicado desde el solo cuerpo de normas, sin necesidad de recurrir a esos elementos extraños como eran las personas; estas, según el orden jurídico[1]. Resultaba así, impecablemente desde el rigor lógico de esta teoría, que los judíos en el Tercer Reich solamente componían uno de los puntos

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

de atribución de un sector del cuerpo estatal de las normas jurídicas alemanas de aquella época.

¿Por qué estas actitudes tan vitalmente contradictorias? Jellinek, en un raro alarde de sinceridad, explicaba a comienzos del siglo XX que existen dos actitudes ante los temas más básicos de la convivencia: la cristiana y la atea[2]. Ahora no trato de convertir este estudio en un tema confesional, pero es necesario tomar en serio esta observación de Jellinek porque es innegable que las actitudes últimas determinan pesadamente lo que podamos escribir sobre los fundamentos del derecho.

Los positivistas, lastrados por sus bases empiristas

Los entendidos en filosofía distinguen entre el empirismo y el positivismo y, en el ámbito de nuestra disciplina, deslindamos a los empiristas como Ross de los positivistas como Kelsen o Hart. Pero en los momentos prácticos existen más afinidades que no diferencias entre ellos. Expliquemos esto.

Desde Hobbes a hoy se ha producido ante todo una revolución filosófica, no un simple cambio, y sufrimos todavía los efectos de los simplismos de toda reacción radical. En realidad esta revolución venía exigida por los cambios científicos que inauguraron Galileo y Descartes y, los cambios en las ciencias naturales precisaron una renovación epistemológica en el saber más abstracto que llamamos 'filosofía'. Para lograr esto fue necesario reaccionar entonces fuertemente contra las categorías propias de las filosofías escolásticas, y el camino elegido fue volver al materialismo sensista y fenomenista que viene expuesto en las bocas de varios personajes de los diálogos platónicos. Hobbes fue el iniciador de este vuelco en el plano más general de la filosofía. Le siguió, a su modo apasionado y contradictorio, Locke, y en pleno Iluminismo, Hume. Me limito a señalar a los filósofos más conocidos porque hubo más personalidades relevantes entre Hobbes y Hume; para estas inquisiciones más eruditas me remito a otros estudios[3].

El empirismo quedó momentáneamente ahogado con el triunfo de las fuerzas legitimistas ya que las muy diversas variedades del espíritu romántico anegaron el siglo XIX. Pero el *common sense* que se derivaba desde la visión mecanicista y materialista se impuso en el siglo XX y otra vez emergieron los empiristas, que se llamaron a sí mismos positivistas lógicos o neoempiristas. Pero esta vuelta al empirismo ha sido francamente confusa. Se integraron de pleno en él los integrantes del Círculo de Viena, y se podría decir que Ayer ha sido el albacea de su legado. Hubo otros autores que, forzados por el fenomenismo y el sensismo en el que se formaron inicialmente, no se integraron entre los de Viena. De un lado tenemos la filosofía crítica de Horkheimer y Adorno que, *por mor* de su marxismo inicial, desarrollaron una forma de aproximarse a la realidad humana que expulsaba de su ámbito a la metafísica y a la ontología. Junto a estos *paramarxistas*, otros autores también de formación inicialmente marxista hubieron de rogar que aceptáramos una petición de principio en las bases de sus teorías sobre la justicia, y tal fue el caso de Apel y Habermas. Y finalmente queda un grupo, el más numeroso, que ya no se atreve a hablar de marxismo, pero que ha sido marcado por el relativismo ético de moda en la Edad Contemporánea. Podríamos mencionar a Knapp o Bergbohm en el siglo XIX, o a Kelsen y Hart en el siglo XX. Estos sí han compuesto el grupo de los positivistas. Ruego

2 Georg Jellinek escribía que "Una mirada amplia sobre la literatura nos enseña que todo el problema puede ser reconducido a una sola y única causa. Existe una cultura moderna y una cultura cristiana que es el resultado de un espíritu religioso-cristiano, y que la cultura moderna busca la superación de la religiosa mediante la imposición de una Nada científico-natural a la que presenta como el resultado del esfuerzo humano". *Das Recht des modernen Staates*, Erster Band, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1900, pág. 85.

3 Vid. mis estudios *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012. *Dogmas y escepticismo. Presupuestos de Filosofía del derecho*, Escuela Libre de Derecho – Editorial Porrúa, México, 2013.

Más sucintamente, *Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia*, en "Dikaiosyne", Primera parte 23 (2009) págs. 25–65, Segunda Parte, 24 (2010) págs. 59–87. *Métodos científicos y método del derecho: una historia superada*, en "Persona y Derecho" 62 (2010/1) págs. 20-58. *Crisis de la ciencia, crisis del escepticismo ético*, en "Dikaion" (Universidad de La Sabana, Colombia) págs. 11–52. ¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?, en "Persona y Derecho" 66/67 (2012) págs. 315–352. *La fragmentación del discurso práctico o el plano medio en el que vive el derecho*, en "Revista de Ciencias Sociales" (Valparaíso) 66 (2015) págs. 13–61. Estos últimos estudios están disponibles en la web franciscocarpintero.com.

al lector que perdone esta imprecisión inicial, pero que es útil porque servirá para aclarar el tema en un primer momento.

(Ha sucedido que al comenzar el siglo XX, la teoría de la ciencia –también la del derecho- se deslizó descaradamente hacia el empirismo y diversos no-empiristas buscaron refugio en el amplio movimiento del 'positivismo'. Kelsen, entonces funcionario del Estado austriaco, hubo de buscar la extraña figura del Deber-ser como una constante del psiquismo humano; para ello se remitió a algunas de las enseñanzas de los neokantianos de aquel momento, que aún hablaban de los principios a priori del Entendimiento, aunque (parece) en un sentido algo apartado de Kant. Kelsen montó –desde su base epistemológica inicialmente empirista- la estructura del positivismo dominante en el siglo XX[4]).

Una condición imprescindible: La uniformidad y homogeneidad de la materia a explicar

Los positivistas al antiguo uso explican que los derechos existen, pero sin ninguna base más allá del lenguaje, de la historia o de los sentimientos extendidos; si plantean así este problema, nadie les hace injuria si no los trata.

Si nos vamos al campo de los constructos más modernos, echamos de menos a las personas humanas en Habermas y en Rawls; sus obras solo exhiben seres sin rostros ni funciones o necesidades propias, pero que están sometidos a las reglas *a priori* del lenguaje ideal (reglas que se reducen siempre y en definitiva a las exigencias de la igualdad individual), o que son capaces de calcular las consecuencias de sus decisiones y de desear para sí las situaciones que sean lo menos malas posibles[5]. Pero es difícil entender cómo una figura matemática, o geométrica, como es la igualdad, puede aspirar a la universalidad propiamente deóntica que es exigible en todo derecho o deber concreto. Han caído bajo el dominio de una falacia, que arranca desde una verdad indiscutible: que en situación de simetría, mis derechos son los derechos de los demás. Pero la actitud de los teóricos de los diálogos ideales implica tasar anticipadamente lo que debemos entender por una persona o un parlante, y establecer ellos las condiciones bajo las que el habla sería ideal. Habermas o Rawls tienen sus prejuicios –de los que no parecen ser conscientes- y exigen a todos que ellos también asuman normativamente estos principios-prejuicios fundados en bases empiristas. La igualdad parece más bien una exigencia del hombre que ya es social, un *posterius* a la experiencia humana que presupone unas culturas altamente desarrolladas.

Para hacer posible lo fácil sin esperar cosas imposibles, aparecieron los autores *personalistas*; pero desde la majestuosa representación de unos seres irrepetibles en la historia, cada uno de los cuales porta en sí la dignidad de toda la humanidad, es difícil entender a cada orden jurídico concreto en sus peculiaridades y en sus aplicaciones concretas: los problemas del personalismo suelen aparecer en los momentos hermenéuticos. Por esto, John Austin advertía que si los derechos son eternos e inmutables, la ciencia jurídica no tiene nada que decir sobre ellos[6]. Austin no se refería a los filósofos personalistas –entonces desconocidos bajo este rótulo– sino a los que propugnaban los derechos humanos afirmados a comienzos del siglo XIX. Los personalistas quieren ofrecer una ciencia absoluta que comprenda a

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

Dicho sea incidentalmente, Austin y Holland son demasiados distintos como para meterlos en el mismo saco.

5 Plantea problemas pensar cómo un sujeto abstracto puede desear lo que es menos malo para él. En Andalucía, las procesiones de la Cofradías en la Semana Santa constituyen el evento anual más deseado, ni siquiera superado por las Ferias. En el norte de España viven la Semana Santa de otro modo. Estos dos grupos nunca se han puesto de acuerdo, en este punto, sobre lo bueno y, por tanto, sobre lo menos malo para ellos. Si este hecho constituyera un problema aislado, que no fuera representativo de los problemas éticos centrales, no merecería ser mencionado.

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

toda la persona simultáneamente y olvidan que la necesidad de razonar –que se condensa en nuestro caso en la ciencia jurídica– nace precisamente desde la frecuente incapacidad del entendimiento humano para comprender directamente las exigencias de los objetos que estudia: es una tesis muy extendida que la necesidad de razonar no denota plenitud sino insuficiencia.

Pero no minusvaloremos a la corriente personalista, o a la corriente de los que defienden directamente a los derechos, porque la representación directa de las exigencias de la dignidad personal ha llevado a crear la Seguridad Social o a regular más humanamente el trabajo. Se hace realidad lo que explicaba Tomás de Aquino: que hemos de estar agradecidos a los que nos han precedido porque su trabajo es siempre valioso; notemos que Aquino, en esta observación, se refería a Anaxágoras, Demócrito, Epicuro y otros filósofos que estaban muy alejados de las bases intelectuales aristotélicas.

Hablaba de la reducción que ellos hicieron de las personas y de sus circunstancias, que quedaron simplemente como individualidades iguales: ya estaban homogeneizadas las materias que han de ser estudiadas. Esta uniformidad se ha conseguido en el derecho (al menos retóricamente) mediante el establecimiento de alguna variante del criterio de la validez. El estudioso observa una vez más que los positivistas del siglo XX (por llamarlos así) que han propuestos teorías sobre la justicia, han girado reiterativamente en torno a la pretensión de ofrecer un único y solitario criterio de la justicia –un plano de justificación– que serviría para guiar a la masa de normas y principios que compondrían el conjunto de cualquier ordenamiento jurídico. Es lógico que contemplen así este problema, porque desde el siglo XVIII buena parte de la reflexión jurídica ha visto su trabajo en elucidar 'el' concepto del derecho; si solo hay un único modo de manifestarse la vida jurídica, bastaría una sola receta sobre la justicia. Esta actitud porta cierta capacidad especial para el convencimiento, porque Bergson indicaba que la geometría es la metafísica natural de la razón humana[7]. Pero todo esto permanece en el plano de la imaginación, individual o colectiva, porque el mismo Bergson añadía: "La materia tiene una tendencia a constituir sistemas aislados que se pueden tratar geométricamente; y es por esta misma tendencia por la que nosotros la definimos". Pero también reconoce que "La metría no va hasta el fin, y que estos aislamientos no son jamás completos"[8].

Por otra parte, desde un punto de vista más material o de contenidos, las teorías de una sola solución de Apel o Rawls, son comprensibles porque ellos afirman aquella primera restricción epistemológica inicial que les fuerza a explorar una sola 'realidad'. Los geómetras saben que cuando el teorema a construir parte desde un solo dato, la imaginación está en su derecho de dispararse en direcciones distintas (y a veces arbitrarias) y, para evitar esta dispersión que se produce universalmente en todas las ciencias, ellos componen un *sistema*. Quieren lograr una figura sistemática estableciendo ante todo el método y solo después designan al objeto que ha de ser estudiado 'bajo' ese método. Poco importa que sean átomos de materia o energía, voluntades privadas o públicas, intereses de sectores de ciudadanos o tendencias psicológicas supuestamente comprobables empíricamente.

Estudiando este tema con estas restricciones, tenemos constructos sobre la justicia que no dan cuenta de la diversidad de las pretensiones de los seres humanos, pero que son fácilmente explicables gracias al carácter sistemático que les otorga la lógica desarrollada formal y materialmente en un solo plano[9]: sus autores los exponen, y los que los oyen o leen han de asentir gracias a la rigurosa trabazón lógica que muestran

7 Bergson explicaba que la creencia que los cuerpos vivos pueden ser estudiados como el sistema solar, matemáticamente, supone una cierta metafísica desarrollada tras los descubrimientos de Galileo, pero que, en realidad, es la verdadera metafísica natural del espíritu humano. Frente a ella, su claridad aparente, la forma como tantos pensadores excelentes la aceptan sin pruebas, y todas las reducciones que ella ejerce sobre nuestro pensamiento, nos ponen en guardia ante ella. Vid. *L'évolution créatrice*, en "Œuvres », PUF, Paris, 1959, pág. 511.

8 *L'évolution créatrice*, cit, pág. 502.

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

Más adelante habrá que volver sobre este tema, al que podemos llamar el del 'espacio humano'.

estas teorías. Planteada así cada teoría de la justicia, solo cabe o el asentimiento ante ella o su rechazo de plano; pues cuando una teoría rompe en su inicio con las otras explicaciones de la conducta humana en nombre de su carácter sistemático -que impone un solo y excluyente punto de partida axiomático-, el único recurso que le queda al discrepante es el rechazo total[10].

(Si un sistema es verdaderamente un 'sistema', ha de poseer sus axiomas, algoritmos y elementos functores para que la racionalidad 'resbale' desde el comienzo hasta el final y desde el final hasta los inicios. Esta posibilidad de ir desde el inicio al fin y al revés, es una de las grandes condiciones de la ciencia que estableció Hobbes[11]. Quizá es inútil indicar que estos desarrollos tan armoniosos solamente son posibles cuando su autor tiene claras las metas que ha de alcanzar, de modo que todo su discurso se encuentre siempre ya guiado por un 'fantasma' invisible pero determinante; los escolásticos llamaron a este factor el prosilogismo y los alemanes lo solían llamar el 'Leitfaden', es decir, el hilo conductor).

Propongo recurrir a una figura a la que podemos llamar, imprecisamente el 'espacio humano' que –dicho muy brevemente– consiste en atribuir a las personas las cualidades que son propias de una determinada concepción del espacio. Este desarrollo lógico–lineal proviene desde el hecho de que los autores de base empirista no acaban de entender, o rechazan, que las condiciones generales, necesarias o universales de un único espacio material –es decir, lo que podríamos llamar en su conjunto el 'espacio humano' y que ellos concretan en alguna variante del estado de naturaleza, posición original o diálogo ideal– no dan razón suficiente de las condiciones formales de la síntesis metódica que ellos proponen sobre la justicia[12]. Hablo de síntesis metódicas o de requerimientos formales porque todo deber es una síntesis que externamente reviste, por su exigencia de universalidad o de carácter categórico, formas lógicas. En la lógica aplicada al espacio, es decir en la Geometría, podemos hablar de espacios y de puntos y la persona que se deje convencer por este planteamiento inicial ya no podrá salir de él. Como es fácil confundir la universalidad con la infinitud, es fácil igualmente sublimar un momento destacado de lo humano considerado abstractamente (todo lo abstracto es infinito) y llegar a una teoría sobre la sociedad. Por este camino llegan a proclamar derechos humanos en el estilo y tono que ha sido usual desde el siglo XVII hasta la actualidad.

Nadie duda de la 'infinitud' de algunos derechos -no se puede admitir nunca que sea condenado un inocente-, pero las infinitudes deben quedar en su lugar porque los derechos de cada uno a usar de su casa o de su automóvil poseen ciertamente carácter categórico o universal, pero no son absolutos. La solución fácil a la que llegaron los discípulos de Kant fue concebir a todos los derechos como 'esferas de libertad' (*Freiheitssphären)* y mantener una igual limitación de esas esferas a fin de que cada cual posea la mayor libertad posible. De ahí deriva una frase que habitualmente es usada en contextos simplistas, que viene a decir que la libertad de cada uno termina donde comienza la igual libertad de los demás; quien se tome en serio esta explicación de las libertades jurídicas no podrá explicar casi nada. El investigador, antes que otra cosa, ha de situar a su cotidianidad bajo el microscopio de la actitud inquirente propia de todo estudioso, y concluirá entonces que las exigencias geométricas que se derivan desde esta mentalidad explican solamente algunos momentos de su vida; la mayor parte de la vida del derecho, si se atiene a estos límites, se le escapa y se refugia en los campos de la irracionalidad.

(Algunos teóricos del derecho quieren imaginarse este espacio determinado y cerrado procediendo de forma sistemática, es decir, suponiendo un único espacio con exigencias formalmente iguales, y para ello recurren a alguna modalidad del criterio de la validez jurídica: todo lo que pase un test idéntico para todas las normas es derecho. Es cierto que la diversidad de las exigencias de la justicia más genérica opera también en el plano formal –¿quién

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

11 Hobbes exigía que el conocimiento fuera reversible: "Ratiocination to same generation of the same". *Elements of Philosophy*, London, 1839, pág. 6, de modo que conozcamos lo que siempre es igual a sí mismo.

12 Vid. esta observación en Saumells, *La ciencia y el ideal metódico,* Rialp, Madrid, 1958, pág. 48.

puede prescindir de algún criterio de justificación? –pero no se confunde con él o se agota en él, esto es, en el cumplimiento de las exigencias de este criterio solitario: hay una pluralidad inabarcable de criterios, tantos como necesidades humanas. Si nos vamos a un nivel más profundo del discurso, normalmente el legislador aparece como el gallo que canta cuando amanece; lo preocupante es que el gallo crea que amanece porque él canta.

Este tema es difícil para el estudioso de hoy porque nos hemos revestido de la universalidad infinita que propia de las ciencias naturales: no hay más que observar a Kant en su empeño por elevar a ley (Gesetz) propiamente universal todo lo que constituya un motivo pragmático para la acción. A la cultura triunfante de hecho desde la Modernidad no le va afirmar que algo que puede ser útil o decisivo en unos casos, resulta nocivo en otros momentos de la vida. El criterio de la validez resulta muy útil para explicar la vida política pero, tomado excluyentemente, distorsiona el mundo del derecho.

La representación imaginaria de este 'espacio humano' ha de ser tomada en serio porque los hombres, al menos desde la Edad Moderna a hoy, cuando hablamos de las instituciones jurídicas, tendemos a representarnos un 'espacio' sin formas en el que estarían activas las distintas ramas del derecho. Por eso hablamos de zonas oscuras, de lagunas, etc., no siempre conscientes de su carácter meramente alegórico y bastante paralógico de estas nociones en las ciencias humanas. Descartes, cuando estableció la existencia de lo que él llamó la res extensa, reprodujo magistralmente lo que todos pensaban pero no explicitaban. Como es patente, este espacio-soporte de todo aquello sobre lo que razonamos ha de ser informe o uniforme).

Hoy resulta espinoso volver sobre este tema, porque lo cierto es que Descartes identificó la materia con el espacio[13], y desde la extensión de la mentalidad que representó su obra, todo materialista ha pensado en términos de espacio plano, porque, en general el materialismo consiste en la sustitución de las formas plurales por la representación imaginaria de la 'materia' siempre igual, sin relieves[14], y desde esta imaginación tan extraordinariamente limitada, subordinan la condición formal de sus teorías sobre la justicia a una condición material del espacio sensible. Así llegan a una analiticidad inesquivable, y si examinamos la estructura más íntima del diálogo ideal de Habermas o de la posición original de Rawls, veremos que todo está ya explicado desde el momento en que el lector de sus obras acepta la igualdad de los sujetos en ese solar casi material que es el la posición original o la estructura del diálogo impuesto inicialmente: la condición material del espacio ya determina las naturalezas de las síntesis formales que pueden ser hechas desde los hombres activos en 'esa' zona. Es patente que ellos subordinan la razón formal de ser de la justicia (reducida a una sola nota que, a fin de cuentas, está tomada desde la experiencia) a una condición material creada por la conciencia imaginaria, y quieren deducir aquella desde esta, como si la igual posición geométrica asegurara, partiendo desde cuerpos materialmente *iguales*, la rectitud de lo decidido.

Por el contrario, parece preferible exigir construcciones dialógicas cuyo carácter formal y sintético no reconozca como fundamento íntegro suyo –es decir, único– el ámbito material en que se representan. Queremos síntesis formales –como lo son los conceptos jurídicos– que no dependan solamente de una representación imaginaria de los cuerpos en el espacio[15]. Estamos ante un problema de adecuación a lo plural que es diverso, porque parece que los derechos de las personas (pensemos en los derechos humanos fundamentales, en los derechos del trabajador, en el *jus cogens* que es imprescindible en los contratos, o en los derechos que se derivan desde las hipotecas o los testamentos) no pueden ser reconocidos o creados por la afirmación de un solitario cauce a la vez genético y procedimental.

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

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

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

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

Las ausencias se mostraron operativas en la filosofía

Este momento de la explicación abre caminos distintos que reclaman una elucidación, y es preciso elegir uno de ellos descartando a los otros. Puestos a realzar el tema que interesa en este estudio, la pregunta que se impone ahora es la de interrogarnos hasta qué punto los sistemas éticos que pudiéramos llamar mecanicistas o binómicos estaban determinados por métodos científicos que hicieron de las ausencias el quicio de su validez. Porque se insinúa la sospecha que insiste en que las limitaciones intrametódicas, que fueron imprescindibles para echar a andar la física moderna, la medicina científica, etc., han sido útiles en sus respectivos ámbitos; pero que el estudio del hombre, siempre pugnando entre su subjetividad individual y su personalidad tan individual como compleja, no se deja estrechar por esas limitaciones iniciales. Pues el ser humano vive, si no en la infinitud, sí en la universalidad, como reconoce cualquiera que vivencia un derecho o un deber en su persona.

Podría pensarse ingenuamente que las limitaciones y las ausencias no son productivas por sí mismas. No ha sido así, porque la mentalidad del Iluminismo descubrió que toda negación es un arma práctica omnipotente, ya la negación aporta una universalidad –gracias a su naturaleza simplemente formal– de aquello que es negado. La negación selectiva *semper et ad omnes usos* de algunos factores ofrecidos por la experiencia, posibilita la vigencia de la aparente validez positiva –afirmada ahora, sin embargo, con alcance igualmente universal– de los otros factores que el científico exige en las bases de sus explicaciones. Estos teóricos se comportan como los ladrones que desconocen las propiedades de los otros pero que, una vez que ellos parecen ser los propietarios, exigen a todos que respeten lo que presentan como propiedad suya[16].

Una vez establecido el marco científico tan previo como aparentemente necesario, que es el que dará origen a esas *philosophies nécessitaires* a las que aludía Gonseth rehaciendo el idioma francés, la tarea histórica de los filósofos de base materialista o empirista ha consistido en razonar desde los elementos que han pasado los filtros puestos por ellos. Pues Según Gonseth, el investigador que abandona el espíritu científico y se refugia en un sistema previo a su búsqueda, hace de su teoría una *philosophie nécessitaire*, y ha de declarar insolubles los problemas que no se ajustan a las restricciones iniciales puestas por él mismo. Amplía esta tesis cuando escribe que, "Si el cuadro de este trabajo lo permitiera, no pensaría en hacer la historia de la geometría bajo su aspecto más teórico, sino la historia de las doctrinas previas (normalmente implícitas) según las cuales la verdad geométrica se hace concorde con el aspecto físico y con las imágenes que los sentidos nos procuran de él. Esta historia está aun por hacer"[17]. Este autor mantiene que el empirismo lógico fue un ejemplo de *philosophie nécessitaire*, ya que extendió una amplia tautología sobre los objetos que los neoempiristas creyeron que estaban bajo su jurisdicción, basándose en una instancia automática de legitimidad[18].

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

17 "Si le quadre de ce travail le permittait encore, c'est n'est pas l'histoire de la géometrie sous son aspect théorique que nous songerois à refaire, mais celles des doctrines préalables (les plus souvent implicites) selon lasquelles la vérité geométrique s'accord avec l'aspect physique et avec l'image que les sens procurent de celle-ci. Cette histoire est à faire". *La géometrie et les problèmes de l'espace,* Dunond Éditeur (Paris)—Éditions du Griffon (Neuchâtel), 1955, vol. VI, pág. 529. El lector puede comprobar que la reconstrucción de cualquier doctrina epistemológica pasa por denunciar la confusión de los conceptos con la imagen física que los subyacen; estas imágenes constituyen usualmente el armazón más destacado de estos prosilogismos omnipresentes.

No debieran haber insistido excluyentemente solo en los datos que dejan pasar sus criterios de justificación sino, más positivamente, en los distintos criterios de validez que son concordes con los datos que es preciso procesar intelectualmente desde el punto de vista del derecho[19]. Pues es necesario tener en cuenta que el arrendatario tiene el deber de cuidar de la cosa que le ha sido arrendada, de modo que si no se admite la realidad 'objetiva' de este tipo de exigencias (más allá de lo que se pueda obtener a través de cualquier consenso ideal), el derecho deviene una técnica sencillamente imposible por inexplicable. Pues las instancias solitarias de validez determinan poco y, por el contrario, las exigencias diversas de los datos en que vivimos son las que debieran haber explicado las posibilidades de los criterios de las distintas justificaciones. Pero la historia llevó el tema de otro modo, y ha sido previsible que la institución del derecho que tomaron como prototípica, la del derecho real de propiedad, fuera definida por un solo rasgo negativo, la exclusión de los demás de la cosa que es propiedad de alguien[20].

Ya que estamos introducidos en un asomo de crítica a estos constructos racionalistas en los que los elementos posteriores justifican a los anteriores, y estos, a su vez, son válidos porque se deducen desde aquellos primeros datos o 'hechos', es aconsejable limitar otra vez la extensión del campo de este estudio y aludir a algunas manifestaciones básicas del funcionamiento práctico de los axiomas usados, las estructuras de los teoremas –plagados de elementos ya insilogizados– y los prosilogismos que hacen avanzar los razonamientos desde una premisa a otra en el interior de cada teoría del derecho. Perdieron de vista la vieja regla que explicita Saumells: "Hay que reconocer que la edificación de una axiomática válida toma en consideración las condiciones de un principio de coordinación previo. No se axiomatiza en el vacío, sino que el principio de síntesis es un elemento dado con anterioridad a la labor metódica axiomatizante"[21].

La finalidad de la Universidad no es arengar en un sentido u otro, ni mantener banderas que ya no responden a la realidad que tratan de significar. Lo procedente es preguntarnos por qué esta mentalidad aludida, aunque grabada en profundidad en muchos, se ha derrumbado. Y, puestos a dar explicaciones, parece que lo más procedente es indagar en la evolución de sus bases más teóricas, normalmente operativas de formas subliminales.

El problema primero: la *Machina Mundi* perdió su prestigio

Los cambios metódicos han afectado especialmente a las ciencias de la naturaleza, de modo que Euclides fue destronado por Descartes, normalmente enemigo de Galileo, y Newton superó a estos dos investigadores; pero no consiguieron nada definitivo porque Maxwell, Bohr, Planck, Gödel o Einstein hicieron enmiendas tan severas a Newton, que las mecánicas anteriores ha quedado como métodos útiles solo en ocasiones.

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

El relativismo metodológico actual ha surgido desde la comprobación de las carencias de cada uno de estos métodos, y por ende de su relativa fiabilidad; ha sido lógico que hoy entendamos que la epistemología que hace posible cada ciencia ha nacido desde

18 Vid. *L'idée de dialectique aux Entretiens de Zurich*, en "Dialectica" I, (1947) págs. 25- 31.

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

20 Vid., entre otras obras, José Justo Megías en *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable.* Universidad de Cádiz, 1994. Traté este tema, a comienzos de la Edad Contemporánea, en *La Cabeza de Jano*. Universidad de Cádiz, 1989. Está disponible en la web franciscocarpintero.com.

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

factores humanos, es decir, desde las distintas posibilidades y desde las distintas limitaciones que aporta el psiquismo según las posibilidades siempre sectoriales –o desde distintos escorzos- del conocimiento del hombre. Todos están de acuerdo en que estos razonamientos metódicos verifican datos aparentemente elementales pero que ya han sido discriminados según los axiomas puestos por cada método: Los datos adquieren valor científico ante todo por el método que los realza insertándolos en una explicación determinada y limitada. Un hecho que se complica porque algunos métodos, como el de Einstein no serán nunca ni verificables, y quizá ni siquiera falsables.

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

El transcurso de la ciencia en el siglo XX ha hecho ver que los fundamentos de la visión mecanicista y binómica del mundo están periclitados, a pesar de responder al sentido común más extendido, y pocos piensan hoy en la *machina mundi*, que estaría compuesta por una sola realidad camaleónica que presenta externamente tantas caras. De hecho, el joven Einstein buscó poner de relieve absurdos de Newton y publicó su primer estudio –cofirmado con su primera mujer, en una Revista rusa– sobre problemas de la capilaridad, porque la capilaridad era absurda desde la interpretación mecanicista entonces al uso. Más o menos por el mismo tiempo, diversos estudiosos de la física estaban cuestionando la imagen de la realidad proporcionada por el Iluminismo. Desde comienzos del siglo XX la comunidad científica perdió la fe en la uniformidad de la realidad creada o descubierta según un único método, y la fragmentación metódica acabó con los sueños universales de la ciencia del siglo XVIII. Lo realmente cierto es lo expresado por Gonseth: el hombre no ha sido nunca tan fuerte como hoy, y nunca han sido tan impenetrables sus conocimientos[22].

El investigador, que durante estos últimos veinte años ha compartido sus charlas también con profesores de física, geometría y matemáticas, ha entrevisto que los físicos actuales saben tan poco de 'eso' que ellos estudian, como el filósofo sobre las ideas, o el sociólogo sobre el sustrato último de las normatividades y regularidades mostradas por los grupos sociales. Al caer de su pedestal la imagen uniforme y mecánica, desapareció del marco universitario esa mentalidad difusa que entiende que todos los movimientos no son sino manifestaciones de una única realidad primera y fundante, de modo que conociendo la en definitiva única ley de ese movimiento, la ciencia podría explicar la estructura monótona de los fenómenos que solicitan la atención del jurista. En otras palabras, es difícil hoy tener fe en un protoelemento que pudiera dar lugar a todo lo que es o existe. Es cierto que si hablamos de la realidad con la generalidad con que Dilthey hablaba de la vida, o Platón y Kant de sus mundos nouménicos, podemos unificar la totalidad de sus movimientos de forma meramente intelectual, atendiendo a un solo posible fundamento de su síntesis formal. Pero esto parece empresa fallida ya antes de comenzarla, porque así sólo lograríamos crear una síntesis tan extremadamente formal y negativa por excluyente, que la realidad contemplada quedaría inexplicada por desfigurada y por sectorial. Los teóricos más relevantes de la física han sido conscientes de este problema, y Whewell ya advertía, hace más de ciento cincuenta años, del peligro de estas nociones tan generales[23].

Si el autor de estas líneas estuviera convencido de que la explicación del mundo del estilo de Newton es, *a pesar de todo* (que es el tipo de convencimiento que exhiben algunos universitarios) la necesariamente arquetípica, adoptaría gustosamente una actitud como la de ellos, y contemplaría como se extiende

22 Vid. *Editorial*, en "Dialectica" XX (1966) pág. 9.
23 Vid. *The Philosophy of Inductive Sciences founded upon their History*, London, 2ª ed., 1847, vol. I. Hay *reprint* de Johnson, New York, 1967.

ante su vista una llanura uniforme y amorfa –la del ordenamiento jurídico, compuesto por normas siempre iguales a sí mismas- cuyas estructuras formales él ha de explicar gracias a un criterio único de naturaleza lógica. Entre los autores positivistas estas estructuras estaban constituidas por la vivisección de las normas en "supuesto de hecho—deber ser—sanción"; otras categorías básicas para el estudio de la primitiva Teoría del Derecho han sido la del criterio de validez o de justificación, la *imputatio*[24], la de la pirámide normativa, y otras más. Pero el investigador no tiene ese tipo especial de fe que se precisa para creer en esas nociones tan formales y lógicamente impecables, porque el derecho es realidad viva, y sus movimientos no componen un templo de cristal siempre transparente por su calidad lógica. Tampoco piensa que los asuntos humanos hayan de ser estudiados de forma igualmente homogénea, esto es, a través de un único método que solamente alcance a 'cosas' uniformes. Tanto los empiristas como Knapp como los positivistas como Kelsen, propugnaron este modo de proceder porque su materialismo les imponía considerar que todos los *fenómenos* habían de estar en el mismo plano ¿epistemológico? porque únicamente serían destellos aislados de la única materia o energía existente[25]. Ellos hicieron descansar sus intuiciones últimas en el behaviorismo o conductismo que ha sido propio de los materialistas de todos los tiempos; este conductismo es útil a veces –como bien saben los psicólogos y los sociólogos– pero se demuestra distorsionador si es elevado al rango de patrón último del conocimiento sobre el hombre.

Estos investigadores debieran haber tenido en cuenta que los hombres no nos entendemos a nosotros mismos. Montesquieu mostró cómo las leyes de los Romanos respondieron a necesidades cambiantes, pero en ningún momento explicó por qué cambiaban las necesidades o por qué el Imperio se fue a pique paulatinamente. (Es fácil referirse a la pérdida del vigor humano, a la desmoralización colectiva, etc. Pero son las causas de estos hechos las que importan en definitiva y esto fue lo que no explicó Montesquieu).

Primeras críticas: homogeneidades, el único criterio de justificación, estructuras simplemente formales, y otras cosas más

Esta forma de considerar al derecho ha tenido su historia propia, y más bien reciente. Reparemos –solamente para introducir el tema– en que cualquiera observa que las competencias jurídicas del arrendatario de un bien inmueble son excesivamente distintas de las competencias de un inspector de Hacienda, o que las prestaciones sociales que puede exigir un parado son cosa diferente de las exigencias de cada cual para no ser molestado en su casa. Pero estos hechos no arredran a estos teóricos, porque ellos quieren proceder científicamente y la visión moderna de la ciencia da por supuesto un objeto unitario sobre el que ha de recaer la atención del científico. Tal cosa hicieron Newton o Laplace con los átomos, o Bentham con los intereses humanos[26]. Pero si distinguimos entre el contexto de presentación –que sería lo expuesto materialmente en sus obras– y el contexto de representación o de justificación –que podría ser el conjunto de factores que validan metódicamente a esas exposiciones, más allá de la simple coherencia lógica[27]– vemos que el peso de la ciencia ha cargado desde el siglo XVII a hoy en los diversos contextos representativos o justificatorios: posiblemente Galileo no sabía bien lo que encontraría, pero conocía cómo proceder. En todo caso, la mentalidad estrictamente materialista expresada por Helvetius, d'Holbach y otros ilustrados, todos ellos suponían un sustrato material dócil y amorfo que solamente esperaba a los científicos inteligentes que, a través del único método científico, desentrañaran sus secretos.

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

25 Ludwig Knapp explicaba en frase lapidaria que "Todo es lo mismo. No existe ninguna diversidad última". *System der Rechtsphilosophie,* Erlangen, 1857, pág. 25. Cito a este filósofo, poco conocido hoy, porque quizá fue quien con más precisión y acribia expuso la filosofía materialista en el siglo XIX alemán. F. González Vicén supo apreciar la calidad de su obra en el conjunto de la literatura materialista del siglo XIX. Kant, bajo el influjo de la separación cartesiana entre *res cogitans* y *res extensa*, se alegraba de que los físicos hubieran reducido la realidad 'material' sólo a dos elementos, los ácidos y los alcalinos, y se preguntaba, festivamente, si no lograrán en el futuro reducir la *res extensa* a un único género bajo un solo principio. Así, en *Crítica de la razón pura*, A552.

26 La importancia de Bentham en la formación de la *Jurisprudence* fue realzada por John M. Lightwood en *The Nature of Positive Law,* Macmillan and Co., London, 1883, págs. 57-60.

27 Vid., aunque no con esta terminología, Gonseth, *Mon itinéraire philosophique*, en "Dialectica" 20 (1966), págs. 390-405.

No podían admitir pluralidades porque entendían que las leyes universales que observaban, o que postulaban cuando no podían observarlas directamente, eran idénticas para todas las realidades que estudiaban: esta es una diferencia básica con la mentalidad de los juristas, historiada tardíamente por Vicente Gravina y, a su modo, más imaginativo y creativo, sin pretensiones de hacer historia de los *jurisprudentes*, por Giambattista Vico. Sucedió que aquellos científicos suponían un singular isomorfismo entre el psiquismo humano y la 'materia' que estudiaban: gracias a tal igualdad de planos, el complejo neuronal del hombre podía penetrar en los objetos estudiados, entre ellos el de su misma mente. (Locke explicaba que él solo exponía una copia de su mente[28]). Como para los materialistas la formación de estos objetos había sido casual, violenta y amoral, la cuestión de las finalidades, y en general de las formas o cualidades distintas, estaba fuera de lugar, y la única causa del movimiento a tener en cuenta era lo que los escolásticos llamaban la causa eficiente[29]: el científico solo había de reconocer las impulsiones mecánicas, manifestadas de modos distintos, según las leyes de la inercia universal.

Sólo era cuestión de tiempo para que los positivistas del siglo XIX, en su afirmada actitud realista –no hay más que pensar en Knapp o Bergbohm y en su complejo de superioridad sobre los *jusnaturalistas* de su momento– dejaron de lado los estados de naturaleza y los contratos sociales y se centraron directamente en el estudio de las disposiciones dictadas por 'la voluntad' del Estado, a las que suponían siempre ya constituidas y operativas sin más[30]. En el mundo del Estado les saltaba a la vista –por así decir– ante todo el conjunto de las normas jurídicas, que componían al Estado mismo, y ellos entendieron que el estudio jurídico verdaderamente científico consistía en desvelar las estructuras formales de estas normas y las de los conjuntos ordenados que estas normas formaban. Será siempre un misterio entender por qué tenían fe o creían en esas estructuras formales, es decir, necesarias[31]. Todo lleva a entender que traspasaron las exigencias de la mentalidad de los físicos a las ciencias humanas, y como los físicos mantenían la existencia de una máquina universal que operaba de acuerdo con leyes universales, ellos pensaron que todo lo que existe, también el derecho, había de moverse al compás de leyes que formaban estructuras necesarias.

Si preguntamos sobre el por qué último de esta tendencia imperativista que uniformaba las manifestaciones de la vida jurídica bajo el modelo universal de la orden o del mandato, podemos responder con cierta verosimilitud que esto fue así porque los juristas necesitaban –a semejanza de los nuevos físicos– un *corpus certum* sobre el que trabajar con aire propiamente científico. Varios de los juristas alemanes de comienzos del siglo XIX –aquellos kantianos que historié en "La Cabeza de Jano"[32] – se quejaban de la falta de un estatuto científico definido de la ciencia del derecho, y manifestaban el desprecio y las burlas que otros investigadores lanzaban sobre ellos[33]. El camino metódico a seguir parecía

28. *Essay on Human Understanding,* en "The Works of John Locke", London, 1823, vol. I*,* pág. 13.

29 Francisco Suárez, adelantado a la Modernidad en éste como en otros temas, reducía de hecho todas las causas a la causa eficiente: "De efficiente etiam patet, quia sua natura efficit ut res habeat esse quod antea non habebat, et ad hoc per se ac directe tendit actus ejus: ergo efficiens est quasi fons et principium per se influens in effectum: quod esse effectus distinctus est ab esse efficientis: ergo tota deffinitio causae proprissime concernit efficienti". *Metaphysicorum Disputationum tomi duo*, Coloniae, 1614, Dist. 12, Sect. 3, § 3. Aunque es posible que el universitario que anticipó más claramente esta mentalidad, sesenta años antes que Suárez, fuera Domingo de Soto en sus comentarios a los libros de la física de Aristóteles.

30 Estudié este hecho en *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Actas, Madrid, 1993. Perdieron de vista una adver tencia que explicita Saumells: que no entendieron que "sus exhortaciones metódicas estaban inspiradas por una metafísica implícita o explícita cuya conexión efectiva con la ciencia queda siempre por demostrar". *La ciencia y el ideal metódico*, cit., pág. 142.

31 Austin había suavizado estas exigencias insistiendo reiteradamente en que "The inferences suggested to our minds by repeated experience and observation … which is essential to practice guided by experience and observation". *Lectures*.., cit., pág. 115. En esta misma página declara lúcidamente que "*Truth* is always particular, thought langage is commonly general". Quien explicó más claramente para el gran público en qué consistía o cómo se formaba esta ciencia de las categorías formales del derecho, fue quizá Carleton Kemp Allen, en *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1931, págs. 1-30. Allen sólo exponía, sin aprobar, porque no compartía las tesis de esta escuela. Aunque como juicio de conjunto sobre esta corriente, James Bryce indicaba que no había nada claro en la Escuela Analítica. Vid. *Analytical School*. *The Methods of Legal Science*, en "Studies in History and Jurisprudence", Oxford, 1901, las críticas dispersas a lo largo del vol. II.

32 *La Cabeza de Jano*, cit.

33 Vid. una crítica extensa a lo largo de los *Juristische Fragmente* de J.A.L. Seidensticker, Göttingen, 1802. Fue tal la actitud

claro: así como los físicos suponían los fenómenos homogéneos porque procedían desde una materia única y por tanto idéntica a sí misma, los estudiosos del derecho imaginaron un mundo de solas voluntades cualificadas que daban origen a las normas jurídicas.

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

Esta presentación pretendidamente kantiana o neokantiana de la realidad jurídica presenta reparos, y de hecho lleva a dificultades metódicas que molestan demasiado al estudio de las facetas de las personas. Por ejemplo, algunos investigadores mantienen que "tras la crítica kantiana a la cosa en sí" (que es el tópico en el que se refugian frecuentemente los que niegan el conocimiento de las vertientes semánticas de las regulaciones jurídicas) no podemos saber lo que es el hombre como persona, ni admitir cualquier dato que nos introduzca en las vertientes ontológicas de sus acciones[34].,

(Pero, aparte de que Kant refutó expresamente lo expresado en esta frase como de estilo, y estas categorías –la del Ser y Deber ser- no figuraron en sus tablas de principios puros del Entendimiento o *Verstand*. Kant únicamente estableció, entre otros muchos lugares, que "Los cuerpos son simples fenómenos de nuestro sentido externo, no cosas en sí mismas"[35]. En este tipo de declaraciones se refiere exclusivamente a la intuición de los cuerpos en el espacio, tal como los tratan las ciencias naturales.

Se ocupó de excluir al derecho de estas limitaciones en A43-44, al escribir que "El concepto de *derecho*, del que el entendimiento sano hace uso, contiene indudablemente todo lo que la especulación más sutil es capaz de desarrollar a partir de él, pero en el uso común y práctico no se tiene conciencia de las diversas representaciones incluidas en este pensamiento. Por ello no puede decirse que el concepto común sea sensible ni que contenga un mero fenómeno, ya que el derecho no puede manifestarse, sino que tenemos su concepto en el entendimiento y representa una propiedad (la propiedad moral) de las acciones, una propiedad que pertenece a éstas en sí mismas. Por el contrario, la representación de un *cuerpo* en la intuición no contiene absolutamente nada que pueda pertenecer a un objeto en sí mismo, sino simplemente el fenómeno de algo y el modo según el cual ese algo nos afecta". Sigo la traducción de la traducción indicada).

Este modo de proceder tampoco encuentra apoyo en las nuevas metodologías científicas; pues los métodos de la física que prometían explicaciones comprehensivas de lo existente, mostrando su necesidad universal según las leyes causales, han pasado. Estas líneas no implican afirmar que, depuesto el rey gobernante, hayamos de volver, por un afán de legitimismo monárquico, a las actitudes anteriores. Estas páginas no afirman que podemos conocer un orden del ser objetivo, etc., como afirmaron Gabriel Vázquez de Belmonte o Luis de Molina a finales del siglo XVI y han repetido muchos escolásticos desde entonces a hoy. Solamente indican que no disponemos ya de razones para mantener en el derecho un escepticismo del tipo del que mantuvo Hume; pues tantas razones tenemos para tomar en serio la epistemología de Hume como para dejarla

irónica de Seidensticker, que publicó anónimo este pequeño libro.

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

35 *Crítica de la razón pura*, trad. P. Rivas, Alfaguara, Barcelona, 1988, A357.

de lado. Hoy, seguir las consecuencias del binomio Newton-Hume (un 'binomio' realmente artificioso) compone una cuestión de fe.

El ser humano permanece a través de los métodos diversos ideados para explicarlo por el mismo hecho que indican los geómetras, que distinguen entre un espíritu científico, que lleva hacia la razón de ser de los teoremas, y el espíritu demostrativo, que es el cauce elegido, siempre algo discrecionalmente, para encauzar el desarrollo teoremático propio de todo método. El hombre aporta ambos planos, el científico y el demostrativo. Por eso su racionalidad, llevada por el ideal científico, cuestiona una y otra vez las distintas razones demostrativas que idea la comunidad científica en cada momento. Tomás de Aquino captó lúcidamente este tema, es decir, la diferencia entre la razón científica y la razón simplemente demostrativa, cuando estableció que es tal la diferencia entre las proposiciones generales y las conclusiones concretas, que es preciso suponer que el hombre dispone de dos entendimientos distintos para juzgar sobre cada una de ellas[36].

Los partidarios de la *autopoiesis* humana no estarán de acuerdo con esta tesis, porque ellos entienden que la conciencia y el conocimiento de la tecnología, llevada hasta sus últimas virtualidades, permitirá que el hombre se vuelva a constituir y reconstituir indefinidamente. Pero la carga de la prueba recae sobre ellos, porque carecen de alguna base científica sobre la que fundamentar esta esperanza; como ellos han montado sus explicaciones sobre lo que consideran el fracaso de los empeños por mostrar algún tipo de ontología, son ellos los que han de mostrar cómo las actitudes antiontológicas que se derivaron fundamentalmente desde Hume, pueden ser aún viables cuando el modelo científico sobre el que montaron sus explanaciones Hume o Kant ha perdido su validez universal; desde luego, los movimientos tendenciales o finalistas que Planck o Heisenberg han observado –cuestión experimental, no de lucubraciones– constituyen absurdos en las bases de las explicaciones *autopoiéticas*.

36 El de Aquino se ocupó reiteradamente de este tema en *Suma teológica*, I-II, q. 14. art. 3, en *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu "Summa contra Gentiles"*, Marietti, Torino-Roma, 196, parágrafos 475 y 1247.

Como quedó apuntado, el investigador considera excesivamente grosero el intento de comprender el derecho desde un solo contexto de validez o de justificación, es decir desde el excesivo estrechamiento de la razón demostrativa, porque él comprueba que uno es el fundamento del deber del profesor de preparar sus clases, y otro el del derecho por el que el arrendador puede exigir el precio del arrendamiento. Piensa que en el lugar de tal contexto solitario, es preferible situar una pluralidad de contextos justificatorios y otro contexto de presentación, que sería lo concretamente expuesto en los libros sobre derecho. Aunque en la vida práctica es francamente difícil –quizá imposible– separar ambos planos. (Lo que nos llevaría a otra cuestión también latente en estas páginas, a saber, si es posible distinguir en teoría lo que en la vida cotidiana no puede ser disociado. Un tema ya aludido y cuya elucidación teórica queda para otro momento).

Ningún investigador puede pretender exponer la verdad absoluta de su visión del derecho, porque las nociones formales que operan en toda ciencia, trabajan de un modo –igual en la física como en el derecho– que podríamos llamar imprecisamente *dialéctico* o, quizá con más precisión, *tópico*. Cualquiera se siente molesto por utilizar el término tópico, por el excesivo desgaste que conlleva. Pero sucede que ante la lógica binómica o bivalente, las cosas son o no son excluyentemente, de modo que las categorías lógicas se proyectarían sobre lo percibido normándolo sin residuos o excepciones[37], y si queda algo sin explicar, el tratadista de Lógica declara que esas cosas constituyen aporías. El proceder tópico o dialéctico, más ajustado a los derroteros de la matemática, la geometría o la física actuales, muestra que las nociones formales no gozan de lo que usualmente se entiende como validez 'universal'; simplemente, a veces han de ser aplicadas, y a veces no. La lógica binómica que establece que las cosas pueden ser/no-ser, ha quedado sustituida por la lógica

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

trivalente de Planck que indica que las cosas "son/no–son/pueden–ser".

Podría parecer que hoy es ociosa la crítica a la unidad o uniformidad científica, porque la Edad Postmoderna insiste en la fragmentación de lo existente y por tanto de la razón que lo conoce (Lipovetski), en el pensamiento débil (Vattimo), o en la derrota de la razón (Finkielkraut). Pero estas propuestas siguen el ritmo de los tiempos, según la moda académica exhibida ahora fundamentalmente por Luhmann. No sucede que Luhmann sea enteramente original, pero ha radicalizado algunas tesis de Bertalanffy en un lenguaje brillante y efectista. Pero, ¿las teorías sistémicas se dirigen realmente a resolver fragmentaciones o complejidades? Porque estos autores sistémicos hablan continuamente de "reducir la complejidad", y hoy cualquier conjunto conceptual que ayude en tal empresa reductiva es visto con buenos ojos. Sin embargo, no cabe hablar de tal complejidad en las teorías sistémicas, aunque de hecho este pensamiento insista en la pluralidad de los sistemas, y en la tarea de reducir la complejidad de cada uno de ellos para que cada sistema disponga de la información suficiente para responder adecuadamente a las incitaciones del entorno. Esta terminología no es honesta: estas teorías no reconocen ni la pluralidad ni, en consecuencia, la complejidad: ellas solamente tienen ante la vista a un misterioso elemento –tan misterioso como omniabarcante- que reacciona de formas binómicas a los estímulos del entorno de acuerdo con la información de igual naturaleza que posee en ese momento cada sistema[38]. Henri Bergson denunciaba este pensamiento biológico–mecanicista que se encarga de hacer coincidir la adaptación pasiva del *milieu* y la adaptación activa del organismo[39]. Permanecen bajo el antiguo mito materialista que insiste en la unidad y uniformidad de lo existente, tanto en su constitución como en las estructuras de sus funcionamientos, únicamente diferenciadas por el más y el menos.

Ellos no son honestos, porque los discursos que nos ofrecen en sus obras tienen las mismas estructuras proposicionales que los demás discursos humanos. Son inteligibles porque adecúan sus argumentos a lo que las cosas dejan decir desde ellas: ellos no proponen criptogramas ni acertijos, sino que siguen las exigencias ontológicas de las realidades sobre las que hablan. Usan continuamente los esquemas gramaticales de Sujeto-Verbo-Predicado o de Sujeto-Verbo-Complemento directo, las posibilidades de los adverbios y conjunciones, etc. Utilizan exactamente las mismas estructuras gramaticales y lingüísticas que las de las doctrinas que quieren combatir. Y estas estructuras son inteligibles gracias a la carga semántica de cada término que usan.

Si fueran sinceros, deberían indicar que propugnan un muy pequeño sector de las matemáticas de conjuntos, ya que desde este tipo de matemáticas los hombres podemos ser considerados iguales *tout court* solamente desde algunos respectos. Al seguir un único punto de vista, el razonamiento puede presentarse, ciertamente, como sistemático, gracias a su simplicidad. Pero nuestra vida –aunque la consideremos únicamente desde el punto de vista del derecho– no es tan simple. De estos autores se podría decir lo mismo que decían los norteamericanos de los años 30 del siglo pasado: que Henry Ford era capaz de fabricar autos de todos los colores a condición de que todos fueran pintados de negro.

Se abre un momento más positivo: los movimientos distintos de las personas

Si no aceptamos la sola ley del único movimiento siempre igual, abandonamos la Mecánica y entramos por los campos de la Biología. No es lícito hablar del movimiento en general, porque este concepto implica una abstracción excesiva. Tomás de Aquino indicaba que hablar de la vida implica demasiada abstracción porque así como la carrera no es más que el conjunto de los actos concretos de correr, la vida no va más allá de los actos concretos de vivir[40].

Esta noción unitaria del movimiento fue discutida -en tanto que unitaria- antes de comenzar la Edad Moderna. Platón se inclinaba por un Cosmos ordenado de acuerdo con un plan único, siempre de arriba abajo. Pero Aristóteles solo reconocía seres

38 Vid., entre otros muchos, Luhmann, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, trad. de J. Beriain y J. M. Blanco, Trotta, Madrid, 1998, págs. 59-62.
39 Vid *Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit*, en « Œuvres », PUF, Paris, 1959, pág. 555.
40 Vid. *Suma teológica*, I, q. 18, art. 2.

concretos que devienen ellos haciendo realidad las formas propias de sus movimientos específicos; la explicación de Aristóteles no pretendía ser una teoría de la naturaleza en su conjunto, ni del elemento común a todas las cosas, sino una teoría de las naturalezas de las cosas individuales, es decir, de los movimientos de cada ser. Su discípulo, Tomás de Aquino, distinguía cuidadosamente la forma -que es aquello por lo que un pino engendra otro pino- de la *natura*: esta era (ante todo o también) el principio interno animador del movimiento de cada cosa[41]. El deseo de cada ser que tiende a la plenitud de su vida constituye el núcleo de esta concepción de la vida. Popper escribe que: "La situación es la siguiente: la teoría precede a la observación. La teoría puede en verdad ser influida por medio de observaciones. Tomemos como ejemplo un niño recién nacido: espera ser protegido, cuidado y alimentado. Naturalmente, no quiero decir que lo espere conscientemente, pero el organismo está enfocado a ello, el organismo lo espera, y esta esperanza del organismo, esto es, la esperanza inconsciente o no formulada, precede sin lugar a dudas a la esperanza consciente y formulada lingüísticamente. Y las esperanzas se corresponden con el ámbito de las teorías, hipótesis, prognosis, formuladas lingüísticamente. Esto significa, con otras palabras, que la función biológica de una esperanza se corresponde casi exactamente con la función biológica de una teoría. Naturalmente, una teoría tiene también otras funciones"[42].

La variedad de las formas del deseo hace de la naturaleza un concepto marcadamente analógico[43]. En el plano de la ética, la persona es la titular última de sus acciones, y estas acciones son realmente distintas porque responden a movimientos distintos de los mismos hombres. No se trata de aludir a los movimientos distintos de las distintas personas, sino a los diversos movimientos necesarios en un mismo ser humano; pues el investigador, cuando conduce su auto por la mañana hacia la Facultad tiene unas responsabilidades, y cuando prepara y da sus clases vive otras exigencias. Es cierto que desde la difusión de la mentalidad representada por la obra de Dworkin, los estudiosos aluden ahora a unos principios jurídicos que parecen reconocer la diversidad de las formas jurídicas; pero esto es un espejismo, porque tales principios, al carecer de cualquier referencia ontológica o metafísica, esto es, de las referencias necesarias a las facetas de las personas que buscan vivir como tales, se disuelven retóricamente en el siempre monótono polvo que levanta doctrinalmente la Constitución actualmente vigente en cada una de sus andaduras.

¿Es lícito pedir sin más la consideración de las vertientes ontológicas de las acciones, como exigiéndolas por una cuestión de principios? Si vuelvo sobre un tema ya tratado –sin pretensiones de aburrir al lector– Saumells explica que una realidad es la razón metódica y otra la razón demostrativa[44]. Sabemos que la razón metódica responde al espíritu científico, que es el que lleva a diseñar los métodos, por muy distintos que estos sean. La razón demostrativa es más modesta: se aferra a los modelos teoremáticos que ya conoce, o que innova, tratando de sacarles el mayor partido; el científico que permanezca en este momento de la ciencia, por miedo, por incompetencia o por prejuicios, tendrá que declarar aporéticas las cuestiones a las que él no sabe responder, y poblará la ciencia con nuevos misterios. Lo que es un problema serio en el derecho: porque ninguno de nosotros sabe lo que es el tiempo o el espacio: pero todos podemos saber, en el plano del conocimiento teórico, que el tren de la tarde para Sevilla sale de Jerez a las 16,45; y que el profesor tiene el deber objetivo de conducir con prudencia cuando va a la Facultad. La razón metódica de nuestra cotidianidad desborda a la razón demostrativa que se monta sobre limitaciones puestas por cada método concreto. Porque conocemos el deber de conducir con prudencia de acuerdo con un *modo* concreto del conocimiento, y el deber profesional de ser claro en las explicaciones según otro modo del conocimiento. Hace años se publicó un libro de Teoría del Derecho firmado por una profesora italiana que comenzaba indicando que su objeto de estudio

41 Es la fuerza que hace que cada ser tienda hacia lo que es suyo "Secundum totam essendi potestatem". *Sum. Gent*., § 260.

42 *Sociedad abierta, universo abierto*, trad. de S. Mas, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 32.

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

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

era el derecho positivo y el método de aproximación era la filosofía analítica: no cabe mayor ingenuidad.

Hablo del ocultamiento de la variedad que es hecho posible gracias a aquellas primeras limitaciones puestas en virtud del método, porque si la racionalidad que de hecho está en la base de cualquier metodología científica muestra que no coinciden el método que trata de normar la recepción cognitiva de las experiencias, y las experiencias mismas, el espíritu científico ha de imponerse sobre el momento simplemente metódico. El científico es siempre un investigador vinculado al material duro que él ha de explicar fatigosamente; el hecho de que él supere a veces las explicaciones anteriores, y que a su vez sus explicaciones hayan de estar abiertas para ser superadas por otras, no quita un ápice de verdad a esta realidad. La imposición del ámbito científico sobre el metódico determina que el deseo de saber del estudioso no quede nunca satisfecho, porque los desarrollos teoremáticos nunca están a la altura de sus conceptos, ni siquiera a la altura del método; el investigador sabe que ha llegado hasta el final, y que ha conseguido la demostración, pero no acaba de entender la razón de su discurso[45]. Tomás de Aquino, hombre observador, ya explicaba que demostramos sin conocer el porqué de la demostración[46]. Esto explica por qué, aun usando un mismo método, los resultados son distintos; pues, pese a encuadrarse en el ámbito 'positivista', las doctrinas de Bergbohm, Nawiasky, Kelsen o Hart son diferentes. No tienen ante la vista la advertencia de Tomás de Aquino: que demostramos sin saber cómo: se puede demostrar algo, pero no sabemos lo que sea la argumentación en sí misma.

Sin duda alguna, nadie puede pretender que su explicación esté libre de impugnaciones, pero obtenemos un campo común, más de entendimientos que no de disensiones, si permanecemos fieles a la cotidianidad jurídica nuestra, esto es, al derecho positivo y a las nociones y a la *protheoria* que animan a las manifestaciones de nuestra vida. Porque tenemos el derecho de preguntarnos para qué sirve –y por tanto de donde proviene– el fundamento jurídico operativo del poder del padre sobre sus hijos, del capitán sobre su barco, el del policía sobre los ciudadanos, el del funcionario sobre los ciudadanos administrados, y si no lo hiciéramos abdicaríamos de nuestra condición racional. No es un problema de considerar residuos jusnaturalistas o metafísicos, sino de fidelidad al derecho que usamos cotidianamente, que hemos de explicar según categorías racionales, no fingidas o postuladas por falta de explicación convincente. Hay una justicia ya dada, pre-teórica –tema en el que insistió MacIntyre hablando de los conceptos normativos- que antecede *necesariamente* a la reflexión ética[47]. Porque cada poder jurídico o moral no puede ser sino la función de una necesidad concreta, y si un poder práctico –es decir, en el marco de la filosofía práctica– no sirve a la resolución de una necesidad humana, entonces la razón manda que se lo considere prepotencia.

Si prescindimos de la visión del mundo del derecho propia del Iluminismo, la persona atenta a lo que percibe no observa modificaciones simplemente binómicas que estén en condiciones de ser atribuidas a una sola protorealidad, sino tendencias humanas realmente distintas que originan problemas igualmente diversos. Porque toda mutación binómica es necesariamente excluyente –explicaba Bergson- y si tomamos esta idea como la guía para explicar la evolución, más bien parece exterior a lo que estudiamos y, desde luego, no da razón de la formación de los sistemas complejos[48]. Porque las exclusiones empobrecen y la complejidad enriquece. Efectivamente, el ser humano, que se mueve tras finalidades distintas precisamente porque tiene ante él problemas diferentes, se hace dirigir por patrones de conducta que no solo tienen metas diversas, sino estructuras igualmente desiguales porque responden

45 Así, Saumells, *La geometría euclídea*.., cit., pág. 18. Vid., entre otros lugares, *Sum. Gent*., § 2323.

46 *Sum. Gent.*, § 2323.

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

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

a sus finalidades distintas. Al movernos en el plano medio de la realidad que es propio del derecho[49], el jurista no tiene necesidad de preocuparse por las profundas cuestiones que tanto interesaban –en tono materialista- a Helvetius, Condorcet o Laplace; él se mueve en una realidad simultáneamente alejada de las profundidades de los que se ocupan de los fundamentos de la física y de las superficialidades de los que toman al *selfish* como criterio máximo para calcular las adecuaciones de las acciones humanas.

Habrá quien niegue esta fragmentación de la racionalidad humana. Unos la negarán porque considerarán únicamente el lenguaje, y ellos mantienen la unidad lingüística. Otros, porque contemplarán a la persona en toda su dignidad: estos últimos debieran tener en cuenta que Tomás de Aquino reconoció que la razón es una forma lógica vacía que es llevada a la acción movida por las tendencias naturales del hombre e impulsada por aquellas cosas concretas que ella conoce y que más tarde desea[50], y que, en planos más concretos, él declara que la persona es solo el *homo larvatus*[51]. No existe una racionalidad única, o una sola pragmática formal del lenguaje, que determine unívocamente las conductas humanas. Es cierto que en el mundo del derecho, el único sentido de base o final (por usar esta expresión tan exquisitamente alemana) es solo la persona; aunque normalmente –esto es, no siempre- no aparece la persona como tal en primer término: se nos manifiesta en sus derechos y deberes con la seguridad social, con sus hijos, en el trato con sus superiores y subordinados en la empresa, en su responsabilidad en el tráfico rodado. La 'persona desnuda' se nos muestra solo en las exigencias de sus derechos fundamentales; en los restantes casos siempre esta presupuesta la realidad personal en las relaciones sociales y por esto el de Aquino recordó que la 'persona' es la *prima substantia* de Aristóteles, con lo que reconoció la especial calidad ontológica del ser humano. Pero mantiene igualmente que la persona es solo el *homo larvatus*[52], ante todo en potencia para recibir determinaciones ulteriores que son las que compondrán normalmente sus derechos y capacidades jurídicas[53]. Aunque la expresión *homo larvatus* puede entenderse en sentidos distintos en el interior de la obra tomista.

(Efectivamente, esta expresión también designa las máscaras que los actores usaban en el teatro griego, según atestiguaba Boecio. Tomás escribe, en este segundo sentido que "Según Boecio, el nombre de persona viene de 'personar', ya que los recitadores de tragedias y comedias usaban máscaras para representar a aquel cuyas gestas narraban recitando. Y de ahí que se haya convertido en corriente que cualquier individuo del que se pueda hacer una narración sea llamado persona; por este motivo se llama persona en griego a lo que viene antes, ya que las máscaras se ponían ante la cara"[54]. Como es patente esta expresión tiene un cierto matiz despectivo, y el de Aquino se preguntaba si no es irreverente llamar persona a cada una de las tres Personas divinas[55] . Pero todo ser humano ha de 'vestir' necesariamente una o varias personas, por lo que si el término 'persona' apuntaba a la radical incomunicabilidad de cada hombre, no es menos cierto que la 'representación' de las personas –en este otro sentido- es una necesidad tan 'natural' y perentoria como la propia incomunicabilidad que es un constitutivo esencial de la cualidad personal.

49 Sobre este plano medio, vid. mi estudio *La fragmentación del discurso práctico o el plano medio en el que vive el derecho*, en "Revista de Ciencias Sociales" (Valparaíso) 66 (2015) págs. 13-61. Disponible en la web franciscocarpintero.com.
50 Vid. *Suma teológica*, I-II, q. 50, art. 4.
51 Vid. *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*, Tomus Sextus, "Opera Omnia", Romae, 1570, L. I, Dist. 23, q. 1.

52 En el lugar indicado de los *In IV Sententiarum* alude a la fuerte discusión entre los doctores sobre el significado del término persona. La persona, tal como la expone Boecio, es un "completum existens in natura intellectuali". *Ibidem*, art. 2. En este mismo artículo explica que, a causa de esta indeterminación en sus funciones sociales, "Persona autem significat hominem larvatum, sicut dictum est".
53 Sobre la persona como la *prima substantia* de Aristóteles, vid. *Suma teológica*, I, q. 29. art. 1.

54 "Et secundum Boetium, sumptum est nomen personae a personando, eo quod in tragoediis et comoediis recitatores sibi ponebant quamdam Larvam ad repraesentandum illum cujus gesta narrabant decantando. Et inde est quod tractum est in usu ut quodlibet individuum hominis de quo potest talis narratio fieri, persona dicatur; et ex hoc etiam dicitur prosopon in Graeco a pro quod est ante, et sopos quod est facies, quia hujusmodi Larvas ante facies ponebant". *In IV Sent*., L. I, Dist. 23, q. 1.
55"Videtur quod nomen personae non proprie dicatur in divinis. Persona enim significat hominem larvatum, ut dictum est, art. antec. cujus figura repraesentatur. Sed hoc non potest Deo convenire nisi metaphorice; nec etiam habet figuram quae repraesentari possit, ut dicitur Isa. 40, 18: cui similem fecistis Deum? *In IV Sent*., L. I, Dist. 23 q. 1 a. 2.

En este segundo sentido parece más adecuada –en el marco de este derecho jurisprudencial- la descripción de François Conan, para formalizar el significado jurídico de este término que se había vuelto polémico por las entonces incipientes corrientes jusnaturalistas, quien explicó que "Persona est hic nobis homo communicationem habens". Para él, el nuevo derecho natural que ya despuntaba, que se basaba en considerar las pasiones de los individuos aislados en el *status naturae*, "era el derecho del hombre solitario"[56]).

Al ser las cosas las que más frecuentemente nos relacionan –hecho especialmente palpable en la profesión de cada uno–, vemos que la racionalidad es fragmentaria porque tiene un fuerte carácter objetual y de ahí el dicho aristotélico que expresa que "La razón no mide a las cosas, sino al revés": *Ratio non est mensura rerum sed potius e converso*[57]. El sueño cartesiano de la *Mathesis universalis* impidió momentáneamente reconocer este hecho tan conocido en la ciencia del derecho anterior al siglo XVII. Recapitulemos: como mostró Gödel, en todo constructo lógico-formal hay verdades indecidibles, de modo que la misma consistencia del sistema formal es una de esas propiedades indecidibles, que no podemos probar ni invalidar; dicho de forma más escueta, si un constructo intelectual no muestra él expresamente sus contradicciones, entonces esas contradicciones existen necesariamente en el exterior de ese constructo y le afectan igualmente[58]. Al hablar de las personas aparecen de modo estruendoso estos axiomas limitadores: un jurista puede escribir un libro sobre un nuevo contrato mercantil, y lo que él opine sobre tal contrato se mueve sobre un escenario invisible, que son las personas en sus necesidades concretas y en su universalidad normalmente hecha posible por este tender hacia sus fines según sus necesidades: estos factores personales podrían ser considerados los axiomas indecidibles o limitadores que dan el sentido último al trabajo de ese jurista.

A modo de conclusiones

Toda expresión jurídica es comentario de un texto. Este comentario es, en el caso de los derechos, una *Commentatio personarum*. Se nos entrelazan dos problemas: uno, relativo más directamente a las personas, como cuando afirmamos que todos tienen derecho a estar protegidos en la enfermedad; el otro es más propio de la técnica jurídica, y por eso distinguimos las competencias propias de un Registrador de la propiedad de las competencias de un notario.

Los filósofos que parten desde bases empiristas no pueden hablar de personas ni de derechos de las personas; para ellos la persona solo puede ser un punto ideal de imputación, o de atribución, de las reglas o normas jurídicas; pero, de acuerdo con sus teorías, los derechos que conceden estas normas no nacen desde los seres humanos, sino desde las situaciones ideales del habla dialógica –un habla que solo se compone de reglas procedimentales, como denunciaba amargamente Spaemann[59]– de las que resulta que el hombre no es reconocido como tal, en su condición de persona, sino que únicamente cuenta como parlante individual en situación de simetría

56 *Commentariorum Juris Civilis Libri* X, Basel, 1562, L. I, cap. 5, § 1.

57 "Ratio humana non est mensura rerum, sed potius e converso". *Suma teológica*, I-II, q. 91, art. 3. En las *Quaestiones Disputatae* llega a decir que "Dicendum quod nomen mentis a mensurando est sumptus ... et ideo nomen mentis hoc modo dicitur in anima sicut et nomen intellectus: solus enim intellectus accipit cognitionem de rebus quasi mensurando eas ad sua principia". Edición del Studio Domenicano, Bologna, 1992, q. 10, art. 1.

58 Kurt Gödel, a la edad de 25 años, publicó su Über formal unentscheidbare Sätze der "Principia Matemática" und verwandter Systeme, en "Monatshefte für Mathematik und Physik", 38 (1931) págs. 173-198.

59. Spaemann nos indica, en su polémica con la propuesta puramente procedimental de Habermas, que "Esta ampliación histórico-filosófica del concepto de emancipación y de mayoría de edad hace que se desvanezca la diferencia entre mayoría y minoría de edad. Los conceptos se transforman, para expresarlo en el lenguaje de la lógica moderna, de predicadores de dos términos, en otros de uno. Apuntan a una propiedad que se puede tener en mayor o menor medida y no a una relación clara. Se sustraen a la esfera del derecho". Vid. *Crítica de las utopías políticas*, no consta traductor, Eunsa, Pamplona, 1979, págs. 252-253.
Efectivamente, estas éticas discursivas interpretan el proceso de emancipación en la justicia según el modelo del psicoanálisis, y vivencian la justicia como la progresiva supresión de las barreras que impiden la comunicación correcta: siempre atienden al momento genético según una vaga referencia a una meta ideal solitaria, que es en definitiva la supresión teórica de la coacción en el entendimiento social. Los seres humanos seríamos siempre pacientes en manos del médico colectivo, que atiende a nuestra perfección constante y sin término. Este planteamiento sitúa al terapeuta –que no puede ser sino el filósofo de la reflexión po lítica- en una posición de permanente superioridad sobre el resto de los ciudadanos. Sobre estema publiqué un estudio, *Consenso de los filósofos y libertad personal*, en "Anuario de Filosofía del Derecho" 19 (2002) 255-282. Disponible en la web franciscocarpintero.com.

con los otros participantes en el diálogo; solo tienen en cuenta una pequeña faceta humana; las personas permanecen seguras porque serían parásitos de las reglas dialógicas. Ya indiqué que han diseñado a unos seres extraños que tienen derecho a que se les apliquen las reglas de un diálogo ideal pero que por sí mismos no parecen portar derechos excepto el derecho a hablar y a decidir en libertad. Fue triste que algunos filósofos del derecho (¿?) argentinos tacharan de 'fundamentalista' a Carlos S. Nino por mantener la exigencia de algunos principios ético–jurídicos muy elementales.

Diversos investigadores –no siempre los más numerosos– se resisten a dejar reducidas a las personas a las sombras traseras de sus acciones –según la frase de Jesús Ballesteros– de modo que sus derechos broten desde instancias que no son personales ni normativas, sino teóricas y abstractas; sin duda las teorías han de estar al servicio de las personas, pero no pueden suplantarlas. A su vez, los intentos personalistas siempre habrán de contar con que las cualidades y las necesidades personales han de ser concretadas por los conceptos y las técnicas jurídicas, y este es el mérito innegable que siempre comportará el derecho positivo. (A raíz de la aparición de la obra de Viktor Cathrein, *El eterno retorno del derecho natural*, algún profesor alemán publicó sobre "El eterno retorno del derecho positivo". Ambas partes llevaban buenas razones). Es patente que carece de sentido oponer metódicamente el derecho positivo a los derechos humanos; los juristas solamente se remiten a estos derechos o a la ley natural cuando tropiezan con un problema moral grave.

Durante estos últimos cuatro siglos ha estado en juego la noción aristotélica de las sustancias: Hobbes, Locke o Hume hicieron de ellas el banco principal de sus tiros. Locke dedicó mucha tinta a negar el conocimiento de las sustancias, pero el investigador tiene la impresión de que luchaba contra fantasmas que solo había creado su imaginación: para él las sustancias eran como puntos de materia situados en un espacio sin fondo ni límites, es decir, imaginado, y llevado por esta imaginación nos propuso el ejemplo del mito hindú: la tierra está sostenida por los hombros de un gigante; el gigante es soportado por un elefante; el elefante está sobre una tortuga; y ¿sobre qué se asienta la tortuga?[60]. Llevaba razón el de Aquino cuando indicaba que los materialistas griegos no superaban la imaginación[61]. El que reflexiona sobre el derecho no tiene ni la más remota idea de qué es el espacio, el tiempo, o la razón última de los movimientos de las partículas en el interior de los átomos. Pero sabe que los razonamientos que hay que proporcionar cuando se juzga a un ladrón corriente, a un funcionario que prevarica o a un conductor imprudente, son y han de ser *necesariamente* distintos. Y también que *debe* argumentar contra los ladrones, los prevaricadores y los imprudentes. El primer deber nos lleva a la ontología en el derecho; y el segundo a los requerimientos de la realidad metafísica de la persona humana.

Referencias bibliográficas

Allen, C. K., (1931) *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.

Aquino, T. (1570) *In IV Sententiarum (In Primum et Secundum Sententiarum)*, Tomus Sextus, "Opera Omnia". Romae.

_____ (1961) *Liber de Veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu "Summa contra Gentiles"*. Torino-Roma: Marietti.

Austin, J. (1911) *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*, 5ª ed. London: John Murray.

Bergson, H. (1959) *Matière et mémoire*. En « Œuvres ». Paris:PUF.

_____. (1959b) *L'évolution créatrice*. En "Œuvres ». Paris:PUF.

_____. (1959c) *Matière et mémoire. Essai sur la relation du corps à l'esprit*, en « Œuvres ».

60 Añade que el filósofo europeo que cree en las sustancias procede igual, ya que opina que una sustancia "Is that which supports accidens", y no sabe de lo que habla. Vid. *Essay on Human Understanding,* cit., vol. I, Book II, Chap. XII, § 18, pág. 167.
61 *Suma teológica*, I, q. 75, a. 1.

Paris:PUF.

Carpintero Benítez, F. (1989) *La Cabeza de Jano*, Cádiz: Universidad de Cádiz.

_____**.** (2009) Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia. D*ikaiosyne, Primera parte, 23*, 25–65.

_____. (2010) Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia. D*ikaiosyne, Segunda Parte*, 24, 25–65.

_____. (2012) ¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural? *Persona y Derecho*, 66 – 67.

_____.(2012) *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna.* Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

_____.(2015) La fragmentación del discurso práctico o el plano medio en el que vive el derecho, *Revista de Ciencias Sociales*, 66, 13–61.

_____**.** (2008) Nuestros utilitaristas malentienden a Kant. En *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro Homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*. Zaragoza: El Justicia de Aragón. 141-166.

_____**.**(2013) *Dogmas y escepticismo. Presupuestos de Filosofía del derecho.* México: Escuela Libre de Derecho – Editorial Porrúa.

_____**.**(2006) ¿Regla de reconocimiento, o contexto de reconocimiento? En *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 171-195.

_____. (2002) Consenso de los filósofos y libertad personal. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19.

_____**.**(S.f.) *Crisis de la ciencia, crisis del escepticismo ético.* En *Dikaion* (Universidad de La Sabana, Colombia).

_____**.** (2004) Imputatio. *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXXXI.

_____. (1993) *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Madrid: Actas.

_____. (2010) Métodos científicos y método del derecho: una historia superada. *Persona y Derecho* 62, 1.

Conan, F. (1562) *Commentariorum Juris Civilis Libri* X.

Descartes, R.(1953) *Discours de la méthode*, en "Œuvres". Paris: Gallimard.

Gödel, K. (1931) Über formal unentscheidbare Sätze der "Principia Matemática" und verwandter Systeme. En *Monatshefte für Mathematik und Physik*, 38.

Gonseth, F. (1947) L'idée de dialectique aux Entretiens de Zurich. *Dialéctica,* I.

_____(1966) Mon itinéraire philosophique. *Dialectica 20.*

_____**.** (1966), Editorial. *Dialéctica* XX.

_____**.** (1955) *La géometrie et les problèmes de l'espace.* Dunond Éditeur (Paris)—Éditions du Griffon (Neuchâtel).

Hobbes, T.(1989) *Elements of Philosophy.* London.

Jellinek, G.(1900) *Das Recht des modernen Staates*. Berlín: Erster Band, Allgemeine Staatslehre, Berlin.

Kant, I. (1988) *Crítica de la razón pura*, trad. P. Rivas. Barcelona: Alfaguara.

Kelsen, H.(1960) *Reine Rechtslehre*. 2ª ed. Wien.

Knapp, L.(1857) *System der Rechtsphilosophie.* Erlangen.

Lightwood, J. M. (1883), *The Nature of Positive Law.* London: Macmillan and Co.

Locke, J.(1823) *Essay on Human Understanding.* En The Works of John Locke, London.

Luhmann, N. (1998) *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia.* Trad. de J. Beriain y J. M. Blanco. Madrid: Trotta.

MacIntyre, A. (1987) *Tras la virtud*. Trad. de A. Valcárcel. Barcelona: Crítica.

Megías. J. J. (1994) *Propiedad y derecho natural en la historia: una relación inestable.* Cádiz: Universidad de Cádiz.

Muguerza, J.(ed.) (1998) *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate.

Popper, K. (1984) *Sociedad abierta, universo abierto*. trad. de S. Mas. Madrid: Tecnos

Saumells, R. (1958) La *ciencia y el ideal metódico.* Madrid: Rialp.

_____. (1970) *La geometría euclídea como teoría del conocimiento.* Madrid: Rialp.

Seidensticker, J. A. L. (1802) *Juristische Fragmente*. Göttingen.

Spaemann, R. (1979) Crítica *de las utopías políticas*. Pamplona: Eunsa.

Suárez, F. (1614) *Metaphysicorum Disputationum tomi duo*. Coloniae

Viola, F. (1998) *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea.* trad. de V. Bellver, Comares. Granada.

Whewell, J. (1847) *The Philosophy of Inductive Sciences founded upon their History*. 2ª ed. London.