

¿HAY QUE ADMITIR LA "FALACIA NATURALISTA"?

Francisco Carpintero

I. UN PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Algunos mantienen que es un signo de inteligencia saber distinguir entre las cosas que simplemente son o existen, de una parte, y las normas, de las que se dice que "deben ser" o que son *obligatorias*, o que generan un *deber*, etc. Parece, entonces, que lo normativo constituye algo así como un modo de ser o de hablar que es distinto de aquella realidad que solamente "existe".

Así, por ejemplo, se dice que del *hecho* de que el varón sienta naturalmente una inclinación hacia la mujer, no se deduce, o ello no implica, que los varones *deban* sentirse exclusivamente inclinados (*qua* varones) hacia las mujeres.

Plantear así este tema es cosa moderna, porque durante milenios se ha mantenido (y aún continúa vigente en amplios sectores de la mentalidad popular) que las inclinaciones naturales (que "son") crean para las personas derechos y deberes (que "deben ser"), es decir, que las cosas que son o existen son fuente de *normatividad*. En este sentido, por ejemplo, Isidoro de Sevilla cita como ejemplo de relación protegida por el "Derecho natural" la *coniunctio maris et foeminae*, porque estas relaciones son "naturales", esto es, nos las suministra la Naturaleza (¡Dios mío, qué imprecisión terminológica!), y Tomás de Aquino escribe en algún lugar de su "Suma

teológica", al tratar de las leyes, que el orden de los preceptos de la Ley natural sigue el orden de las inclinaciones naturales.

Planteado así el tema, la regulación de la conducta del hombre poseería unos puntos de referencia: un hombre *debe ser* lo que *es* un hombre. Cuando la reflexión se afina en este marco de pensamiento, cosa que sucede en la escolástica bajomedieval, algunos autores distinguen una vertiente de la razón que es puramente pasiva y mecánica, que se limita a captar las cosas tal como éstas aparecen ante ella, a la que llaman *ratio*, y otra dimensión también de la razón o inteligencia humana gracias a la cual tenemos acceso a la Belleza y al Bien, y ésta constituye el *intellectus*. Juan Cruz ha dejado algo escrito sobre este tema. Ciertamente, las cosas no son tan sencillas; basta leer algunas páginas de Leibniz, Lessing o Mendelssohn, ya en el siglo XVIII, para percibir que ni la llamada *ratio* es tan pasiva, ni el mencionado *intellectus* se puede describir tan someramente. Pero de momento, dejando estas erudiciones para gentes más leídas, nos podemos contentar con esta distinción.

De esta forma, lo que el hombre es no se confunde, sin más, con lo que cada hombre manifiesta en su conducta cotidiana; en la vida cotidiana vemos, por ejemplo, a hombres alcoholizados, pero el instinto para el Bien que posee nuestro "intelecto" nos hace *ver*, sin necesidad de pensar mucho, que el hombre que el jurista o el moralista han de tener en cuenta para medirse a sí mismos y medir a los demás, no es el hombre alcoholizado, sino a un hombre que no esté dominado por el alcohol, entre otras cosas.

Igualmente, también durante milenios, los hombres han entendido que junto a los datos normativos que proceden de la observación *inteligente* de la Realidad, tenemos, además, algunos principios muy elementales que nos enseña de un modo un tanto *a priori* la razón. Estos principios o reglas, que tanto admiraban a Kant, se pueden referir a diversas facetas de las cosas físicas, como es la regla que enuncia que "el todo es mayor que la parte", o pueden recaer sobre la regulación de la conducta del hombre. Por lo que respecta a estos últimos, los juristas romanos establecieron

hace más de dos mil años las normas fundamentales de la conducta práctica: *neminem laedere, honeste vivere, ius suum cuique tribuere*. Se trata de principios o normas, también "a priori", porque se le manifiestan a cualquier hombre sin necesidad de razonamientos especialmente complicados (incluso sin necesidad alguna de razonamientos), y que constituyen el fundamento mismo de buena parte de la Bondad humana. Jaime Mans tiene un libro espléndido donde recoge, a modo de diccionario, los llamados "principios generales del derecho". Al lector no se le escapará que estos principios poseen una naturaleza bastante vacía, por su falta aún de concrección.

De este modo, si atiendo a Aristóteles, a los juristas romanos o a muchos filósofos, puedo comprender que, si tenemos en cuenta estos primeros principios de la conducta humana, lo que es y lo que debe ser coinciden, al menos desde algunas vertientes o dimensiones decisivas. Es cuestión de comenzar por observar y estudiar *inteligentemente* a la Realidad, y de tener a punto la Inteligencia para comprender que no podemos hacernos daño injustamente a nosotros mismos o a los demás.

II. ESTE TEMA SE ENTURBIA EN LA MODERNIDAD

Los hombres sabios de la Edad Moderna o, al menos, un sector decisivo de ellos, vieron a la "naturaleza" o "realidad" de una forma distinta a la de la Antigüedad si es que queremos entender que algunos presupuestos fundamentales de la Antigüedad llegan hasta el siglo XVI y XVII.

Efectivamente, la "realidad" aparece ante los modernos que distinguen entre *res cogitans* y *res extensa* como reducida a esta última, es decir, como una especie de materia prima, resistente al esfuerzo del hombre, que puede ser, sin embargo, manejada sagazmente; la realidad no plantea exigencias prácticas a los hombres, sino sólo condicionantes técnicos; precisamente, en la

medida en que conozcamos las leyes necesarias de la materia (la "realidad"), estaremos en condiciones de dominarla. La Naturaleza, reducida ahora a *res extensa*, no presentó gran interés teórico para la mentalidad dominante en los siglos XVII y XVIII; los sabios estudiaron a la Naturaleza durante este tiempo, ciertamente, pero con unas pretensiones preferentemente técnicas: "saber para poder", era y es el tópico cuando nos referimos a la Modernidad bajo este aspecto.

Hablando en términos muy generales, parece que toda esta época estuvo dominada por una mentalidad, que se nos aparece un tanto subliminarmente en la Filosofía del Derecho, hasta que la explicitaron nítidamente Kant y sus discípulos, según la cual el peor enemigo que tiene el hombre es la naturaleza insuficientemente dominada. La Naturaleza deja de ser el hogar común (la Naturaleza como hogar quedó para el saber hermético, cuando no casi cabalístico), y se nos aparece como "el" enemigo. Hobbes lo expuso con claridad: lo "natural" es malo. El hombre en "estado natural" (esto es, el hombre en el *status naturae*) es el peor enemigo del hombre. Lo "natural" (¿?) es el *ius*, el poder que naturalmente poseemos para satisfacer nuestra ambición y vanidad; la salvación viene desde la Razón, ya que la *lex* (¿la *lex* forma parte de la Naturaleza?: nunca me ha quedado claro este tema en Hobbes) es un dictado *racional* que nos indica (¿nos ordena?) que tenemos que unirnos bajo un poder único y omnipotente si no queremos llevar una vida triste, corta y miserable (así se expresaba Hobbes).

Por tanto, la salvación para el hombre, la redención específicamente humana, proviene desde una argumentación "racional" con la que dominamos a la Realidad empírica. Gracias a este argumento los hombres creamos el Leviatán, que es un constructo de la Razón con el que vencemos la ceguera de la Naturaleza. De esta forma se va levantado como un muro opaco entre el mundo de la experiencia (habría que decir de la *empiria*) a través del cual conocemos la Naturaleza, y el mundo de la Racionalidad. La naturaleza (la Realidad) es vista como ciega o amorfa; hablar de

formas en la Naturaleza queda para Hermes Trismegisto. La razón (a la que ya no podemos llamar "Inteligencia", ni, de hecho, se la llamó así en estos autores) es la única instancia sagaz gracias a la cual tenemos acceso al mundo de las leyes naturales, de modo que, gracias a este conocimiento, fabricamos un mundo para el hombre –un mundo "humano"– muy distinto del de la necesidad o brutalidad natural.

Por este camino simplista, oponiendo la claridad y eficiencia de Newton al saber pintoresco de Trismegisto, a los últimos racionalistas modernos, y me refiero a los kantianos, les resultó muy fácil oponer radicalmente el mundo de la necesidad, *Nothwendigkeit* (así se escribía esta palabra en el alemán del siglo XVIII), que es el mundo perceptible por los sentidos, *die Sinnenwelt*, al mundo específicamente humano, que es el de la razón, *Vernunft*, y el de la libertad, *Freyheit*. Algo de esto dejé escrito en "La Cabeza de Jano". Es más, en la Filosofía práctica kantiana, coronación de la Modernidad, la "razón" –radicalmente opuesta a la necesidad o Naturaleza– no puede ser sino "libertad" o indeterminabilidad del arbitrio: *Willkühr*. Se llegó, pues, a una contraposición como dialéctica: libertad como lo constitutivo de la razón, y necesidad como lo arquetípico de la Naturaleza. La Razón consistirá, precisamente, en el conjunto de normas que nos dictamos para hacer posible la libertad interna (Moral) o nuestra libertad externa en el "mundo de los sentidos", *Sinnenwelt*. En este último caso, tal conjunto de exigencias constituye la "Metafísica del Derecho", *Metaphysik des Rechtes*, o "Doctrina del Derecho", *Rechtslehre*, que suele ser llamada por los kantianos de comienzos del siglo XIX "Doctrina pura del Derecho", *reine Rechtslehre*, para recalcar que, por ser una elaboración exclusivamente "racional", no contaba en absoluto con ningún dato procedente de la empiria. El único factor empírico que ellos tenían en cuenta era la *hipótesis* consistente en que una esencia racional (*vernünftiges Wesen*) se relacionara con otra esencia racional; como esta segunda parte de los tratados del *Naturrecht* no procedía según la estricta Razón

Pura, puesto que tenía en cuenta una hipótesis que no pertenecía a las exigencias necesarias de una razón individual, estos autores se veían obligados a abandonar el plano propio del "Derecho natural absoluto", y quedaban constreñidos a comenzar el tratado del "Derecho natural hipotético", *hypothetisches Naturrecht*. Siempre me ha parecido que constituye una inconsecuencia del racionalismo moderno el pretender proceder según la razón "pura", eliminado todo dato proveniente de la "experiencia", y, al mismo tiempo, forzados por la lógica o las exigencias de las cosas, tener que admitir forzosamente una hipótesis que sólo puede provenir desde la experiencia; pero, claro, de no admitir este dato *real* o "empírico" (por seguir su terminología), no hubieran podido escribir sus tratados de "Derecho natural". Y es que la necesidad de filosofar, esto es, de hablar desde las cátedras de acuerdo con las modas o exigencias de los tiempos, está antes que nada, sin que ninguna aporía, contradicción o inconsecuencia cohíba al racionalista sistemático.

Como es obvio, este Derecho natural "hipotético" sólo podía ser construido sobre la figura del pacto, puesto que unas esencias racionales, iguales, sólo pueden hacer surgir una *obligación* (*obligatio* o *Verbindlichkeit*) para otro cuando el interesado haya prestado libremente su consentimiento, esto es, pactando. De este modo, todo poder jurídico sobre otro (una *potestas juridica*) sólo puede ser, casi por definición, un poder transmitido.

Tenemos, pues, en la Modernidad, una separación total entre "lo dado" naturalmente, desde lo que no podemos extraer normas prácticas, y lo construido por la Razón, en lo que propiamente consiste la ciencia reguladora de la conducta del hombre. Así, la Razón o Racionalidad va apareciendo como una potencia con fuerza propia, que domina a la Naturaleza indolente y resistente. ¿En qué consiste esa "fuerza propia" de la Razón, que es el constituyente mismo de la actividad racionalista?

Esta pregunta sería fácil de responder si las declaraciones programáticas de los filósofos *iusnaturalistas* coincidieran con lo

que realmente hacen en las páginas de sus tratados de "Derecho natural"; cosa que no sucede. Efectivamente, una cosa son los *Prolegomena* de Grocio o las declaraciones genéricas de Pufendorf, y otra cosa muy distinta son sus razonamientos reales. De todos modos, sí es cierto, al menos, que estos autores, y otros muchos posteriores, sitúan un *principium unicum et evidens*, que es la *socialitas* en Grocio y Pufendorf, o una mixtura de paz y hedonismo en Thomasius, y desde tal *Principium unicum* deducen o, mejor, dicen deducir, todas las normas que ellos consideran necesarias, según la Razón, para la vida del hombre.

Ellos dicen seguir a la naturaleza y, de hecho, llaman a sus tratados "Derecho natural", pero lo cierto es que estos racionalistas modernos presentan una materia –"lo natural"– indolente y opaca, a-inteligente, que, por poseer esta naturaleza, hace resistencia al apetito "natural" (de sociabilidad, de placer, de paz o de libertad) del hombre. Esta resistencia de la Naturaleza es vencida por el uso de la Razón, que la domina al proceder según unas consideraciones utilitaristas; este "utilitarismo", que ya se manifiesta con toda claridad en Grocio, y antes en Vázquez de Menchaca, es el nervio, la verdadera palanca que hizo posible redactar los tratados del "Derecho natural" de la Edad Moderna. ¿Qué es la "Naturaleza" en este contexto? ¿Lo dado en el mundo externo o la racionalidad utilitarista que el hombre desarrolla? Quizá se pudiera pensar que tan "natural" es el *Sinnenwelt* como la Razón, de modo que el proceder "racional" es tan *universal* como el mundo perceptible por los sentidos; pero temo que quien piense así se sitúa fuera de esta época. En efecto, Kant distingue y opone la *Natur*, que es el mundo de la necesidad, de la causalidad, a la *Vernunft*, que es el mundo específicamente humano, el mundo de la libertad. Nada hay más alejado de la "Naturaleza" que la Razón; precisamente, todo el esfuerzo del hombre, personal y colectivamente, ha de ir encaminado a *domeñar* racionalmente a la Naturaleza. No olvidemos el planteamiento hobbesiano, que es que el marca la pauta de los tiempos modernos.

De este modo, la "Racionalidad", la fuerza propia de la Razón, es una mixtura de proceder racionalístico deductivo con consideraciones diversas, según cada autor, mediante las que se busca sacar el mejor partido para las propias ideas, dadas las circunstancias "naturales". Estas consideraciones utilitaristas, que componen la espina dorsal del pretendido deductivismo, constituyen, en mi opinión, el rasgo identificador de la Modernidad jurídica; sólo que, a diferencia de Aristóteles, por ejemplo, no se trata ahora de la *utilitas* que se fundamenta en la *theoria*, sino de un pragmatismo de naturaleza más bien técnica, conducido siempre, en definitiva, por las pasiones del hombre; si se presta una cierta atención a la obra de Hume, por ejemplo, podemos observar cómo la racionalidad vacía que propone este inglés no es más que un instrumento relativamente torpe al servicio de las pasiones humanas. Ahora, en los siglos XVII y XVIII, es difícil usar las palabras *praxis* y *poiesis*; ya no existe *praxis* o actividad "práctica" en el sentido griego del término, como tampoco un *agere*, como harían los filósofos bajomedievales; sólo queda una *tejné* o *poiesis* que el hombre vuelve hacia sí mismo para conformarse él mismo según unos sentimientos o pasiones muy genéricamente apreciados: *tranquilitas vitae*, según los primeros racionalistas modernos, o felicidad, o libertad del arbitrio. Todo el "Derecho natural" moderno no es más que un instrumentario al servicio de estas tendencias humanas; de ahí su carácter utilitarista-instrumental.

Cuando la corriente del Derecho natural alemán se depure, cosa que sucede con Kant y sus epígonos, todo el proceder "racional" girará en torno al concepto de "arbitrio", *Willkühr*, y, como estos iusnaturalistas otoñales usan indistintamente las palabras "arbitrio" y "libertad", la consideración exclusiva con la "libertad" lleva a algunos a pensar que el discurso moderno posee una fuerte eticidad, o una naturaleza –por decirlo con otros términos– anclada en la eticidad. No sé muy bien por qué se opina así; es posible que, como la palabra "libertad" está preñada de resonancias poéticas,

incluso místicas, el defensor moderno de la libertad aparezca superficialmente como el reivindicador de la dignidad del hombre, frente a la barbarie, la Inquisición, la ignorancia, etc., de los siglos pasados. Pero basta tener en cuenta la identificación continua y sistemática del término libertad con el de "arbitrio" para obtener una impresión muy distinta; para alcanzar, en definitiva, la opinión despectiva que Hegel tuvo de Kant y de su escolástica. Y es que la naturaleza instrumental de la racionalidad moderna se agota en una autopoiesis que gira en torno al arbitrio de los individuos. Quien valore en poco el adverbio *arbitrariamente*, o el adjetivo "arbitrario" (en el sentido en el que se dice que una decisión es "arbitraria") compartirá, le guste o no, la opinión de Hegel sobre la Modernidad.

Dicho sea de paso, el estado de la cuestión es hoy el mismo. Rawls o Habermas parten del binomio libertad-igualdad, binomio que constituye su *Principium unicum et evidens*, y buscan kantianamente generalizar la máxima (que ahora son los *intereses* de los hombres históricos) hasta convertirla en ley para todo ser racional. Sólo varía el procedimiento: para evitar el solipsismo de Kant, Habermas quiere ("necesita") encontrar unos sobreentendidos universales en el lenguaje, sobreentendidos o "condiciones de la posibilidad de entendimiento", etc. (la terminología de Habermas es tan variada como alemana) que hacen necesariamente del lenguaje una cosa forzosamente redentora. Como si el lenguaje no fuera ordinariamente y casi constitutivamente un medio de dominación y de prepotencia, como cualquier instrumento; me parece que Habermas no ha entendido bien a Hobbes. Rawls, por su parte, con sus extraños artilugios de la "posición original" y el "velo de la ignorancia", y otras cosas, pretende proseguir hasta su final, imparcial y coherentemente, el egoísmo de cualquier hombre empírico. La "Teoría de la Justicia" de Rawls podría haberse llamado también "El desarrollo imparcial del egoísmo" y, así, el título hubiera quedado más ajustado a la propuesta que hace. En cualquier caso, y sobre esto es sobre lo que deseo llamar la

atención, la *racionalidad* contemporánea no parece haber superado el carácter instrumental a que la condenó la Modernidad. El problema, entonces y ahora, es, instrumental, ¿con respecto a qué? Los intereses "emancipatorios" de Habermas, por ser un truco retórico para salir del paso, no hacen sino posponer y agudizar el problema

El núcleo del tema, el que hace posible en el plano literario la "falacia naturalista", es la base antropológica de la Escuela del Derecho natural moderno. En efecto, el único dato antropológico que conocen los modernos es un individuo aislado e independiente en el *status naturae*. Este individuo es "libre" porque no está mediatizado ni por los otros hombres ni por las "cosas" que componen la Naturaleza. La Naturaleza, como ya indiqué, es sólo, para ellos, un espacio plano y amorfo, resistente al esfuerzo; como es lógico, cada individuo será más "libre" en la medida en que dependa menos y *domine* más a la "Naturaleza" o *res extensa*, y en la medida en que sea independiente de los otros sujetos. Este hombre solitario sólo cuenta con su voluntad, que es o debe ser, en este contexto, un *querer* incondicionado, un *Wollen* puro, como quería Stammler. Esto quiere decir que el individuo moderno sólo cuenta con su arbitrio. La libertad, que en otras corrientes filosóficas había sido entendida como una realidad con base en las cosas, una base ontológica, es ahora sólo la "ontología" de la *juristische Person*; precisamente fue Kant el que acuñó esta expresión, la de "persona jurídica", en un sentido que poco tiene que ver con la *persona* latina, para designar con precisión a este hombre nuevo que no está mediatizado por nada ni por nadie en el ejercicio pleno de su arbitrio; a fin de que el arbitrio individual no quede destruido *à la Hobbes*, en el estado "hipotético" de concurrencia con otros arbitrios en un espacio geométrico limitado, Kant dicta el ordenamiento jurídico al modo de un orden general de libertad que haga posible, en el mundo de los sentidos, la mayor libertad o arbitrio posible de cada sujeto. Se trata, como destacó Hegel, de una libertad simplemente negativa, la propia del

Willkühr. Cada sujeto, al ser una "persona jurídica" y, por ello, con un arbitrio en principio indeterminable, es un *Selbstzweck*, un "fin en sí mismo"; esta expresión, tan equívoca, debe ser traducida –si pretendemos ser fieles al contexto histórico– como un "fin-para-sí-mismo". Consecuentemente, la justicia consiste en una actitud generalizada de abstención, *Enthaltung*, a fin de no invadir las "esferas de libertad" de las otras "personas".

Al filo de este bosquejo histórico, tan grosero e impreciso, podemos comprender que en la segunda mitad del siglo XVIII, el ambiente dominante en cualquier facultad de Derecho europea exigía que la filosofía práctica fuera una actividad exclusivamente "racional", en el sentido aludido. La Naturaleza o lo natural, es decir, lo perceptible por la empiria (el término *Empirie* desplazó al de *Erfahrung*, que ellos intuían como más impreciso) sólo suministra leyes naturales que pueden ser convertidas en reglas técnicas o "imperativos" hipotéticos, pero en modo alguno en normas prácticas. Es lógico que David Hume explicitara, sin introducir gran novedad, el pensamiento dominante. He aquí el conocido pasaje de su "Tratado de la naturaleza humana" en el que alude a la irrelevancia de lo "natural", de lo que simplemente *es* o *existe*, para la ciencia práctica:

"No puedo dejar de añadir a estos razonamientos una observación que puede resultar de alguna importancia. En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: *es* y *no es*, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto este *debe* o *no debe* expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece

absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. Pero como los autores no usan por lo común de esta precaución, me atreveré a recomendarla a los lectores: estoy seguro de que una pequeña reflexión sobre eso subvertiría todos los sistemas corrientes de moralidad, haciéndonos ver que la distinción entre vicio y virtud, ni está basada meramente en relaciones de objeto, ni es percibida por la razón" (Trad. y ed. de F. Duque. Madrid, 1988, págs. 633-634).

Esta mentalidad, ya con una expresión literaria precisa, la encontramos igualmente, por ejemplo, en John Stuart Mill, quien escribía años más tarde, con entera naturalidad, que "En este caso, como en el de nuestros demás sentimientos morales, no existe una conexión necesaria entre la cuestión de sus orígenes y la de su fuerza vinculante. El que un sentimiento nos sea proporcionado por la naturaleza, no legitima, necesariamente, sus incitaciones" (*El utilitarismo*. Trad. E. Guisán. Madrid, 1984, pág.101)

A partir de la consolidación y explicitación expresa de este modo de ver las cosas, el idioma ya distinguió nítidamente dos realidades distintas; hablo de realidades "distintas" porque no parece, a la vista de los textos, que el "ser" y el "deber ser" fueran vistos como dos facetas o dimensiones diferentes de una misma realidad. Así pues, aparecieron dos términos precisos para designar cada realidad: el *Sein* y el *Sollen*. Perdóneme el lector por exponerlos en lengua alemana, pero es que han sido conocidos universalmente bajo esta formulación, y la difusión extraordinaria de las obras de Kelsen no ha sido ajeno a ello.

En esta contraposición entre "Deber" y "Ser", ambos términos han sido reificados hasta extremos asombrosos. A lo largo de la primera mitad del siglo XX, casi siempre de la mano de Kelsen y sus discípulos, el "deber" o *Sollen* ha sido entendido como un modo de ser, como una "categoría lógica" irreductible e indecible desde el "ser".

El "Deber ser", según los carriles trazados por la Modernidad, brota desde el ejercicio de la voluntad de un sujeto; se trata, pues, de un acto de "querer algo", de un *Wollen*. Stammler, a comienzos del siglo XX, caracterizó al Derecho, esencial y primariamente, como un *Wollen* que poseía determinados requisitos: autárquico, inviolable, entrelazante. Con la caracterización como "querer" queda aún más marcada –al menos en el simple sonido de las palabras– su diferencia con el "ser" opaco que ha de moldear el "querer" humano, sin que en ningún momento este acto de "querer" encuentre algún punto de referencia, en cuanto a su orientación, en el "Ser" indolente y amorfo.

Kelsen, siempre perspicaz, explicó que el *deber (Sollen)*, que lo concibe a modo de "categoría lógica" irreductible al "ser", surge siempre por una decisión de una voluntad, del "querer" de un legislador o de las autoridades subordinadas a éste. De este modo, el "Deber-ser" tiene su origen siempre en un *Wollen*, en un acto de voluntad empíricamente comprobable. Todo esto se vuelve turbio, objetaba Alf Ross: ¿cómo es posible que el campo de la empiria, que es el del "ser", exclusivamente, dé origen a un "deber-ser"? Se trataría, explicaba Ross –creo recordar que en *Sobre el Derecho y la justicia*– de un hecho parecido al de pretender que un animal de una especie biológica dé origen a otro animal de otra especie completamente distinta. Siempre discutido en congresos y publicaciones, Kelsen admitió que la forma cómo surge el "Deber-ser", es decir, cómo deriva su existencia del acto empírico de querer u ordenar, *ist ein Mysterium*. Dejo de lado las ironías de Ross cuando comenta que ¡por fin! Kelsen ha dicho la verdad: toda la teoría del "deber-ser" es un misterio.

A la altura de 1960, la Filosofía del derecho estaba atrapada en una trampa típicamente escolástica: la distinción del ser y del deber-ser como dos realidades distintas e irreductibles la una a la otra. Hubo muchas argumentaciones para mostrar su distinta estructura óntico-lógica, la distinta lógica que dominaba al ser y al deber-ser (para este último se inventó la lógica "deóntica"), etc. En fin, había

toda una corriente escolástica, por ello muy acabada y perfilada, que nos hacía ver que un "deber" sólo podía surgir desde otro "deber", y todo deber, en definitiva, desde un "querer". Algunos autores alemanes de la postguerra hablaron de la *Natur der Sache*, pero sus argumentaciones fueron, de hecho, irrelevantes, ante la masa de literatura que explicaba el origen, fundamento y alcance del "deber-ser".

El "deber-ser" no necesitó de ninguna fundamentación propiamente humana, racional, que aludiera a las causas, razones o motivos por los que realmente (más o menos, "moralmente") estuviéramos obligados a acatar lo que "debe-ser". Vino en su ayuda la teoría de la *imputatio*. Esta noción tiene un origen algo espúreo. Christian Thomasius, en su "Paulo plenior historia juris naturalis", aparecida a comienzos del siglo XVIII, explicó que la noción de "mérito" que se manejaba usualmente, era demasiado complicada, porque los escolásticos distinguían entre el mérito de condigno, congruo, etc. El, para evitar estas complicaciones, proponía seguir el proceder de los libros de contabilidad de los comerciantes, en los que una cantidad de dinero *se debía* porque "constaba en cuenta": *Zur Rechnung halten*. De este modo, la obligación tenía un fundamento exclusivamente cartular, y no era preciso añadir más complicaciones. Así aparece la palabra *Zurechnung*, que Thomasius, con aires de originalidad, la traduce como "imputación", *imputatio*. El círculo intelectual de la autonomía del "deber-ser" se cierra aún más, porque este deber-ser se expresa como una "imputación" que tiene como fundamento su peculiar asiento contable, la letra de la ley, sin necesidad alguna de buscarle fundamentos en la Realidad extra-legal. A los primeros genuinos "positivistas" –pensemos en Falck o Kielruff– el instrumento de la *Zurechnung* les resultó especialmente útil: bastaba, según ellos, remitirse al precepto legal concreto, y la *imputación* que resultaba creaba un deber-ser que hacía superflua cualquier justificación ulterior.

Desde luego, este "Deber-ser", así planteado, era cosa poco seria, por más que la escolástica positivista de la primera mitad del siglo XX insistiera, de la mano del rudimentario neokantismo de Kelsen, que se trataba de una "categoría lógica" que nos permitía ordenar y, por ello, comprender, un sector de la experiencia. Ross, cuya obsesión en la vida pareció ser la de contradecir la "esfera" del "deber-ser" kelseniano, dedicó un grueso libro (la *Kritik der sogennante praktischen Vernunft*) a mostrar que el *Sollen* era en Kant una exigencia de la razón práctica que resultaba cuando se daban determinados requisitos, pero que jamás podía ser entendido, como pretendía Kelsen, a modo de una "realidad" que no encajaba en el espacio ni en el tiempo. Por este hecho, en la reacción empirista del primer tercio de este siglo, la pugna entre el Ser y el Deber-ser, médula de la *falacia naturalista*, se decanta a favor del "ser", ante la inconsistencia de la pretensión de construir una filosofía práctica de la mano de pretendidas categorías lógicas a priori. Sucedió, empero, que, perdida completamente la tradición cultural que permitía distinguir entre lo simplemente empírico (la *ratio*) y lo verdaderamente real (el *intellectus* o Inteligencia) que nos abre el acceso hacia la Belleza y el Bien, no quedó ante la vista más que el "ser" amorfo y a-valorativo; en tal circunstancia, Ross, siguiendo los pasos de Hägerström, con el acompañamiento de Lundstedt y Olivecrona, redujo el *deber* a la psicología, esto es, a las vivencias dominantes en los mentes de los jueces, porque Ross, entre otras cosas, estaba bastante tocado por el pensamiento norteamericano. De este modo, rechazando lo que él llamaba la "metafísica" de las pretendidas "categorías lógicas a priori" del neokantismo kelseniano, el "deber" se ancló y se fundió con el "ser", aunque pagando el precio de dejar de expresar alguna normatividad, en el sentido preciso de este término. Así acabó, en una vía muerta, la *falacia naturalista* que expresó literariamente Hume.

Otra vía muerta, en la quedó archivado el término "deber", ante la imposibilidad de hacer algún uso inteligente de él una vez que se

le ha separado del suelo nutricio del ser, la ofreció la filosofía analítica. Efectivamente, Peirce consideró que el lenguaje era la patria "común" de los datos sensoriales atómicos percibidos por los seres humanos, por lo que la filosofía civilizada del siglo XX debía de ocuparse del lenguaje, solar acotado de todas nuestras experiencias que pretendieran ser científicas. Los anglosajones, engolfados con el lenguaje, descubrieron, entusiasmados, que "se pueden hacer cosas con las palabras", y hablaron exhaustivamente, fastidiosamente para cualquiera que proceda sin especiales prejuicios, de enunciados "performativos". Los mandatos u órdenes en que consiste el Derecho (sigue presente el *Wollen* neokantiano, aunque ahora escrito en lengua inglesa y con el pretexto de hacer filosofía "del lenguaje"), serían enunciados performativos, con los que no se describe nada, pero sí se intenta transformar la realidad. Por este camino, desaparece también la dualidad humeana entre ser y deber-ser, y la norma práctica queda reducida a un sector del único "ser" existente: una parte de nuestro lenguaje, expresiones lingüísticas imperativas, esto es, redactadas en estilo gramatical imperativo. Una vía muerta, decía, porque no me imagino a un juez diciéndole a un condenado: "Queda usted condenado a cinco años de cárcel por haber quebrantado la forma imperativa del lenguaje de la ley".

III. ¿QUÉ PODEMOS HACER?

Este tema es muy complejo, porque presenta muchas vertientes, y no sé exactamente qué punto de vista es el más adecuado y sencillo para aludir a él. Un punto de partida, entre otros, puramente didáctico, podría ser el de considerar nosotros que las "cosas" existen, sin más. Ahí *están* mi mesa de trabajo, el papel sobre el que escribo, mi suegra, etc. Esto, dicho así, puede parecer algo bárbaro, propio de un hombre casi prehistórico como fue Aristóteles, o de un *barbarus scholasticus*, como Thomasius Ila-

maba a todos los "escolásticos", entre ellos Tomás de Aquino. Pero que "las cosas existen y están ahí" es una consideración adecuada para un jurista, que no entra, ni suele conocer, las distinciones heideggerianas entre los planos óntico y ontológico, por ejemplo, y que, desde luego, no admite que "las cosas en sí son incognoscibles", como argumentaba impecablemente Hume. Si las "cosas en sí fueran incognoscibles", me podría decir un colega de Derecho civil, ¿qué hacemos con las hipotecas? ¿Es que el Banco Hipotecario no puede "demostrar" que existe la finca y, en consecuencia, no puede cobrarse el crédito si hay impago? Claro, los juristas, que se mueven entre cosas serias, y la índole del objeto les determina una actividad igualmente seria, saben que existen los padres, los hijos, los matrimonios, los bienes muebles y los bienes inmuebles. El poner en duda la existencia de estas cosas queda, según los juristas, para los filósofos cuando filosofan, porque en su vida normal, los filósofos razonan como juristas, y saben perfectamente que están casados, que tienen hijos, que son dueños de un bien inmueble, y otras muchas cosas más. Serían interesante hacer un estudio (desde el punto de vista de la Psicología) de esta extraña esquizofrenia de los filósofos, que son hombre normales en todo, pero *qua philosophi* ponen en duda, o declaran incognoscible, la casa en la que viven.

El jurista, si es hombre leído, se consuela, de todas formas, pensando que los filósofos no se aclaran mucho entre ellos. Piensa, ciertamente, que Hume *demonstró* magníficamente –con todo lo buena que puede ser una argumentación– que sólo disponemos de percepciones discontinuas que nosotros unimos gracias a un hábito psicológico; piensa que James, Peirce y Dewey demostraron que el lenguaje es la patria común y única de estas percepciones discontinuas; sigue pensando que Russell borró la distinción fregeana entre sentido y significado –igualmente con otra argumentación digna de mérito– y que, en consecuencia, los filósofos del siglo XX han mantenido, *qua philosophi*, que el estudio del sentido del lenguaje (puesto que ya no existen,

hablando con propiedad, referencias semánticas) es la única ocupación que ellos consideran verdaderamente seria y científica. Pero el jurista se consuela presenciando la pelea de familia que mantuvieron Schlick, Hanhn, Neurath, Carnap o Ayer, entre otros muchos, porque la *filosofía* que ellos mantienen queda presa y descalificada en el círculo vicioso que se produce al pretender ser empirista y descubrir continuamente que los datos protocolares son seleccionados en función de las ideas (*teorías*) previas a estos datos aparentemente "empíricos". Y el jurista, animado por las contradicciones de estos filósofos, y no sin una cierta satisfacción que procede como de un afán de revancha, se pregunta si no tendrá razón verdaderamente Toulmin cuando mantiene que el discurso verdaderamente "científico" es el discurso jurídico, y no el discurso formalizado según las reglas de la ciencia física.

Es decir, se ha producido una bancarrota en la filosofía *teórica* del siglo XX que arranca de Hume y que pasa por Kant; al menos, así piensa el jurista. Pero la filosofía *práctica* realizada por los filósofos *qua philosophi* (no perdamos de vista la esquizofrenia fundamentante) ha seguido su vida tal cual, como si siguiera existiendo el optimismo empírico-lógico de Carnap o Neurath, que prescinde de las "cosas" en nombre del "método científico".

Efectivamente, desde que Manfred Riedel comenzó a insistir en la necesidad de una filosofía práctica acorde con los tiempos que corren (¡siempre la moda!), cada Feria del Libro nos trae un nuevo sistema *constructivista* que, naturalmente, pretende agotar la verdad del fundamento y justificación del comportamiento humano. La Realidad, las "cosas" siguen siendo ignoradas en nombre del lenguaje, y los filósofos siguen ofreciendo *teorías* acerca de la corrección del comportamiento humano que hacen sonreír a los jueces y juristas, quienes, afortunadamente, no se las toman en serio.

Después de mucho tiempo de aridez teórica sobre este tema, Rawls se sintió en la obligación de ofrecer una explicación exquisitamente racionalista de la filosofía práctica. Una vez iniciada

la moda, en los últimos quince años han proliferado de tal modo los libros sobre la *racionalidad práctica*, que el investigador se siente aturrido porque apenas si tiene tiempo de leer la avalancha de literatura que aparece en los catálogos de tantas editoriales.

¿Qué hemos conseguido con esta proliferación de *teorías* sobre la "racionalidad práctica"? Me parece que estamos otra vez ante una situación muy similar a la de comienzos del siglo XIX, cuando había tantos y tan variados tratados de Derecho "natural" o "racional" que muchos universitarios comenzaron a decir abiertamente (una vez que el jurista práctico perdió el complejo de inferioridad frente a sus colegas del "Derecho natural") que tanta cantidad de *teorías* diferentes sólo podía obedecer a que la imaginación, desligada de las cosas, pagaba los gastos de la invención. Se trataba, según el siempre irónico Seidensticker, de una inútil *Papier-Consumtion* que estaba motivada, según él, por la especulación de gabinete, que desatendía la observación de la Realidad, es decir, abandonando lo que entonces llamaban *die Empirie*.

Muchos juristas y filósofos, entonces, reclamaron acabar con la especulación "teórica" pero, en lugar de pensar en la experiencia, hablaron y tuvieron en cuenta exclusivamente la empiria. El título del discurso programático más conocido de esta época, el de Johann Anselm Feuerbach, *Ueber Philosophie und Empirie...*, ya es, de por sí, suficientemente ilustrativo. Así pues, no hubo lugar para la experiencia, que no se entendía después de dos siglos de predominio absoluto del racionalismo ético-jurídico, que había acabado desplazando, hasta el día de hoy, a una explicación de la realidad que permitiera superar el dato meramente empírico en nombre de lo real. Fue comprensible que los investigadores de Etica y de Filosofía del Derecho, se volvieran hacia lo que entonces parecía lo único seguro. A pesar de los esfuerzos de Frege, es también comprensible, en alguna medida, el rumbo unilateral que los de Viena dieron al tratamiento de la empiria y del lenguaje.

¿Qué hemos conseguido con tantas *teorías* contemporáneas sobre la "racionalidad práctica"? Quizá no sería exagerado decir que se ha producido, otra vez, una *unnützig Papier-Consumtion*, como explicaba Seidensticker, o que ocuparse continuamente con tal filosofía, tal como de hecho se hace, *eine sehr unpraktische Sache (ist)*, como dice mi amigo José Llompart. Me temo, a la vista de la situación, que estamos ante un camino agotado, porque el estudio de las condiciones del "habla racional" o de las exigencias de la imparcialidad no da más de sí; el esquema generalizador del imperativo categórico kantiano ha sido aplicado ya en casi todas las variantes *intelectuales* posibles y, a pesar de ello, no hemos creado nada que sea de utilidad para nuestra vida cotidiana, para un abogado o para un magistrado que tiene que argumentar seriamente, en un tribunal. Claro que los filósofos, *qua philosophi*, desde sus cátedras y publicaciones especializadas, seguirán haciendo aparecer más teorías sobre los universales implícitos en el lenguaje, etc. Sería interesante pensar qué sucedería si los filósofos desaparecieran como estamento profesional remunerado y con posibilidades de poder (de poder académico: nombrar otros catedráticos, dominar la política de cátedras y profesorado mediante la dirección o inserción en una "escuela" etc.). Hablando con seriedad, ¿seguirían publicando tantas sutilezas –las que distinguen a Hare de Tugendhat, por ejemplo– que son inviables ante un juzgado? Es lícito que un jurista se haga estas reflexiones, porque él no puede juzgar con distingos y sutilidades que no expresen contundentemente una faceta de "las cosas".

Parece que va llegando el momento de, una vez superado el complejo de inferioridad inevitable ante todo lo *racionalista*, busquemos unos criterios que dirijan normativamente el habla, pero unos criterios que han de ir más allá de la simple herencia *intelectual* de igualdad-libertad individuales que nos dejó la Modernidad. Que es preciso superar y completar a Rawls, Habermas, a los de Erlangen, y a otros tantos, con la búsqueda de unos criterios de la *praxis* humana que, lejos de ser a priori

(siempre igualdad-libertad, en definitiva), han de ser buscados en esa vertiente de la Realidad que son "las cosas". Y esto implica reclamar los criterios necesarios de una Ontología (sería preciso perder el pudor que se produce cuando empleamos este término) ética y jurídica.

Desde luego, el jurista, hombre de letras –pero, afortunadamente, no de tantas letras que le conviertan en racionalista– en esta necesidad de "volver a las cosas mismas" no hará las extensísimas digresiones de Husserl, con quien, por otra parte, (el jurista) difícilmente estará de acuerdo. Pero como existe la *Jurisprudentia*, esa "Ciencia del Derecho" o ese saber *sobre* el Derecho, que se manifiesta ininterrumpidamente en tantos libros y en tantas sentencias que se emiten a diario, y como aquellos libros y estas sentencias no son simples cuentos de hadas, invenciones arbitrarias, y el jurista sabe que esta *Jurisprudentia* no ha cambiado sustancialmente en más de dos mil años –a pesar de la diversidad de contextos históricos, de entendimientos y sobreentendimientos intersubjetivos que se han producido entretanto– el jurista sospecha que él mismo, en la resolución de los conflictos que son jurídicos, procede sobre bases más sólidas y concretas de las que él mismo tiene explícitamente consciencia. Entonces comienza a entrever que tiene sentido plantearse qué relaciones mantiene, de hecho, ese "deber-ser" en que consiste la "ciencia jurídica" con el resto de la Realidad, que los filósofos designan con el escueto "ser".

1. *Unas observaciones por delante*

Tengo el convencimiento de que el cultivador del Derecho se mueve, en esta "ontología jurídica" cotidiana con la desenvoltura y la frescura propias de quien apenas sabe más "filosofía" que la que estudió en el Bachillerato. El sabe muy intuitivamente que se ocupa de "cosas" (es decir, de relaciones entre personas que están *mediadas* por las exigencias ineludibles de las cosas que cons-

tituyen la materia y el objeto de esas relaciones). A veces se ocupa de relaciones muy directas entre las personas, que apenas están mediadas por cosas ajenas a las "personalidades"; entonces, el caso es distinto en pequeña medida, y más bien tiene que preguntarse acerca de la finalidad típica de esas relaciones aparentemente tan personales. Y quedan más tipos de casos en los que ha de analizar la estructura propia de unas relaciones en las que intervienen seres humanos, con sus exigencias típicas o más concretas. Si no existe ni tipicidad ni, sobre todo, cosas, como sucede con la amistad, o con las relaciones basadas en el amor, entonces el jurista sabe que no tiene nada que hacer: está ante el campo al que es ajeno al Derecho.

Si el jurista es muy erudito y ha leído libros sobre Filosofía, entonces puede expresarse en un lenguaje distinto del jurídico (el lenguaje jurídico es enormemente directo y realista y, por ello, muy intuitivo, con poca capacidad didáctica) y, sobre todo, puede ocuparse de explicar más *racionalistamente* lo que el jurista realiza todos los días racionalmente. Entonces, puede hacer saber a su compañero, el jurista poco leído, que como el personaje de Molière, los hombres normales, los juristas, siempre hablan en prosa, es decir, siempre hacen filosofía jurídica, aunque no sean conscientes de ello. No creo que el jurista filosófico añada nada importante al jurista simplemente inteligente; pero le explica, dentro de la pobreza inherente al lenguaje más abstracto, lo que la inteligencia conoce como "evidente" o, más bien, necesitado de poco raciocinio.

Este jurista culto sabe, porque es jurista y lleva muchos años analizando relaciones, distinguiendo problemas allí donde sólo se ve a primera vista un todo confuso, que su actividad intelectual es, fundamentalmente, una reflexión sobre la realidad. Que, precisamente porque él estudia casos reales (ya sucedidos, o que otros juristas se han imaginado) su razón no violenta lo que existe, porque si procediera así caería en la arbitrariedad. Este jurista distingue entre el dato empírico y el dato real y, de forma normal-

mente inconsciente, procede a lo que la Psiquiatría alemana del siglo pasado llamaba *die Erhöhung des vorgegebenen Daseins*, esto es, a poner en su lugar (real) las deformidades empíricas que encuentra. Para este fin no le hace falta estudiar Etica, en especial; sabe distinguir entre el mal padre, que debe ser privado de la patria potestad sobre sus hijos, y el padre bueno o aceptable, que puede ser cualquier padre *normal*.

De hecho, sus valoraciones vienen dadas y medidas, en la mayor parte de los casos, desde la observación y *reflexión* sobre la Realidad. No cree en tablas de valores inmutables y objetivos, como los de Hartmann, aparte de que lo más normal es que nunca haya oído hablar de este filósofo. El intenta, simplemente, poner en orden, mejorar, lo que existe, y las medidas valorativas le suelen venir dadas por lo existente, cuando este existente está bien, es bueno, es decir, cuando funciona con la normalidad prevista; sabe que no hace falta ninguna facultad especial en el ser humano que le permita distinguir lo que "va bien" de lo que "no va". El jurista suele tomar lo que va bien como su meta ideal normal.

Lógicamente, no cree en utopías, suponiendo que se pudiera definir lo que es una "utopía". Tiene valoraciones últimas, que a veces son las de la moral positiva de su época, y más de uno es consciente de que será mejor jurista, y sus obras pasarán en mayor medida a la posteridad, en la medida en que menos se deje llevar por esos ideales que antes cambiaban con cada generación, y que ahora cambian cada diez años. En el lugar de los *Ideales*, esa palabra que inventó la filosofía idealista alemana a finales del siglo XVIII, nuestro jurista no cree en "principios únicos". El tiene en cuenta la experiencia (*die Erfahrung*, y no *die Empirie*), una experiencia que, por ser inteligente y, en cuanto tal, supera la simple empiria, cuenta con la "Inteligencia" que eleva al plano real lo que la "ratio" capta, como un simple espejo, acriticamente. El jurista es siempre crítico, criticista, con lo que le "es dado" por la vertiente empírica de la razón.

Más bien sucede que la "experiencia" le muestra muchas relaciones, muy dispares, guiadas por principios muy distintos, porque, aún cuando considere globalmente las partes del Derecho (que eso ya es demasiado abstraer), la experiencia le enseña que los principios rectores del Derecho de contratos no tienen nada que ver con los principios fundamentales del Derecho de familia; aunque tiende a perder la esperanza en el género humano, porque cuando habla con un filósofo, no puede ponerse de acuerdo con él sobre estos extremos: el filósofo no ha estudiado Derecho, ni tiene experiencia propiamente jurídica, y cree ver el ordenamiento jurídico como "un Todo". Al filo de sus conocimientos, él, por el contrario, no entiende las teorías de Habermas, por ejemplo, que ha heredado una vertiente de la razón moderna y tiende a ver la justicia como el predicado de "un Todo" único que, por si fuera poco, debe *derivarse* desde el "principium unicum et evidens" que sería esa comunidad de parlantes que hablan "bien", racionalmente, porque no hay predominio. Tampoco entiende muy bien el intento de Rawls, que, desde el "postulado" (¿?) de la igualdad-libertad (imparcialidad) ignora la pluralidad y la riqueza de la vida práctica humana. La verdad sea dicha, el jurista se siente algo acomplejado ante los libros de Tugendhat o Rawls, fundamentalmente porque su lectura le resulta difícilísima; y, si logra entenderlos, no puede admitir que esa complejidad viva de la existencia humana pueda estar regida por una única categoría normativa. Por este hecho, él entiende –y yo entiendo que él entiende muy bien– que la Filosofía o Teoría jurídica de las Universidades consiste en un escolasticismo (el escolasticismo que se deriva de la filosofía dialéctica alemana, o de los intentos de rehabilitar a Kant a través de "intereses" generalizables en el lenguaje, etc.) que lleva una vida propia, al margen de las exigencias humanas cotidianas. Que los universitarios que se ocupan de estos temas viven en una continua autofagocitosis: redactan libros, que no sirven para el abogado o el magistrado, pero que les resultan muy útiles a los universitarios para adquirir prestigio, ganar plazas docentes, etc., siempre dentro

de la Universidad. A veces, el "prestigio" se amplía, y es posible que un escolástico de éstos adquiriera cierto renombre ante alumnos indefensos, especialmente si son de los primeros cursos.

El jurista desconfía de las teorías de los "derechos humanos". No entiende bien el fundamento básico de estas teorías, que no es más que la consideración de unos individuos "aislados" (en el *status naturae*, dicen los entendidos), que no poseen más que su "Personalidad", en el sentido kantiano del término. Observa, por el contrario, que la mayor parte de las relaciones jurídicas poseen una estructura más o menos necesaria que viene dada por la realidad de los objetos ("las cosas") en juego, en las que poco o nada cuenta la Voluntad "radical" de los sujetos. Por este hecho, mira con cierta desconfianza las obras de tantos *pensadores*, como C. S. Nino, por ejemplo, porque le parece que estos señores no saben distinguir entre libertad y arbitrio, de modo que no pueden explicar donde debe comenzar a ser limitado el arbitrio del individuo porque comienza a ser dañado el hombre como persona; porque diluyen al hombre en el individuo empírico (la "persona jurídica" kantiana), en la materialidad de su querer empírico, "querer" que –por mucho que provenga de una persona– con cierta frecuencia se diferencia poco, o nada, de la apetición animal, de ese animal que todos llevamos dentro. Y ello, aunque los "pensadores" mantengan que todas las animalidades han de ser respetadas igualmente.

El jurista sabe que su labor no es pasiva, de modo que él se limitara a dar expresión literaria o normativa a un "orden del ser" acabado y disponible, en el que todos coincidiríamos. Sabe que hay mucho que hacer tras las líneas generales que trazan las leyes, los decretos, las sentencias anteriores. El jurista más *técnico*, que es poco más que un gestor administrativo, se dedica normalmente al Derecho público, por lo que se ocupa de concordar y relacionar "normas" que aparecen en las leyes, y especialmente en los decretos, que dictan los políticos, que obedecen a intereses de muy diversa índole, no siempre confesables; este jurista depende de los decretos del "Boletín Oficial del Estado", y de muchas órdenes y

circulares, y su tarea, como digo, suele ser un tanto automática; casi todo es cuestión de estar al día o, como se decía en los tiempos de la transición, de "estar al loro". A veces, este tipo de jurista plantea un problema de la mano de alguna grandiosa cuestión de justicia, basándose en la interpretación que él hace, o que le viene sugerida, de algún artículo concreto de la Constitución; esto es más frecuente en los tiempos de crisis, un tanto magmáticos y proteicos desde el punto de vista de la organización social y de la justicia, en los que se ha debilitado el marco de precomprensión ordinario y falta aún seguridad jurídica.

Otro tipo de jurista no suele depender en tanta medida de las leyes políticas, sino que más bien atiende a naturaleza de las relaciones que están en juego, en las que hay unos bienes objetivos, que se trata de proteger mediante la administración de justicia. Este segundo jurista sabe que las "leyes" no son iguales o que tienen la misma relevancia para su labor. El conoce intuitivamente que existen unas leyes-marco, que determinan los trazos fundamentales de la convivencia política, que se plasman en la Constitución y en las leyes que se pueden llamar propiamente "políticas", que son las que determinan, por ejemplo, cómo debe funcionar el Parlamento o cómo y cuando deben ser las elecciones a diputados; sabe, porque así se lo muestra la historia, que estas leyes instauradoras de las formas políticas, cambian mucho, y que afectan poco a la justicia: la justicia siguió siendo la misma, en Roma, bajo la Monarquía, la República, o el Imperio, aunque esto no lo entienden quienes reducen el Derecho a la política. Igualmente sabe que, además de estas leyes fundamentales de la convivencia, existen otras de finalidad distinta, con objetivos más concretos: son las que crean facilidades para adquirir bienes inmuebles mediante préstamos hipotecarios, o dan facilidades para expropiar terrenos porque hay que construir pantanos, o fomentan las fábricas de aviones o la exportación de zapatos; estas leyes, por depender de coyunturas económicas y técnicas, cambian mucho, casi tanto como los decretos de materia fiscal y laboral; unos y

otros no suelen perseguir la consecución de bienes –¿cómo lo diría?– muy constantes en el hombre, sino que todo depende de la oportunidad del momento. Y, finalmente, el jurista sabe que existe una tercera actividad, que debe contar, entre otras cosas, con los dos tipos de leyes aludidos anteriormente, actividad que no viene determinada tanto por "normas" como por "principios jurídicos", porque en ella se atiende a las relaciones que están en juego y que configuran el problema, por lo que el jurista analiza y distingue relaciones y problemas; por este hecho, el jurista digno de este nombre (otra cosa es el servidor del Estado), ante la normal insuficiencia de las simples "normas" jurídicas en tantos casos, sabe que no solamente "aplica" las normas legales, sino que tiene en cuenta, y juega, con muchos principios jurídicos, de distinto rango; suele percibir que su trabajo es esencialmente valorativo, entre otras cosas porque, frecuentemente, las valoraciones son las que determinan en última instancia la configuración del supuesto de hecho y, con él, la norma que aparecerá como "aplicable". Este jurista, como digo, atiende a la "vida humana", y más que ser un "aplicador" de normas es un "creador de soluciones", a condición de haber "analizado" previamente el problema de una forma competente.

Este jurista se sabe, ciertamente, creador, pero creador de "Derecho", no creador de formas sociales nuevas; la creación de nuevos moldes para la convivencia es tarea del político, quien se suele preocupar poco por lo que *realmente* está bien o mal; el político sigue atentamente la evolución de la oportunidad del momento, procurando captar la solución que le dará más votos o le hará menos impopular; por esto, a diferencia del jurista, su preocupación primordial no es la justicia o la injusticia; para sus finalidades, usa y abusa de la estadística, y el jurista poco tiene que ver con estadísticas. El político en las democracias contemporáneas, como recalcó Max Weber ya en los primeros decenios de este siglo, es una mezcla de *showman* y de ejecutivo que sabe

manejar a su partido; y al jurista le interesan poco la interpretación escénica y los asuntos "de partido".

Aunque un jurista fino tendrá muy en cuenta lo que enseñaba François de la Connée ya en el siglo XVI: que la justicia en lo político exige que se haga lo que es posible, y que esto "posible" es justo, tan justo como los principios generales inmutables del Derecho, por lo que "lo que es posible" es algo que se puede "exigir" a cualquier político. Comprende que no andaba muy descaminado Connanus cuando explicaba que el "Derecho natural" tiene dos vertientes, una que mira a la justicia (*iustitiae unam*) y otra que atiende a la utilidad (*utilitatis alteram*). Por ello, contempla al político, a pesar de tantas cosas, como el diseñador de "algunas" de las líneas *más generales* de la convivencia justa, o de la justicia.

El jurista de este tipo es, pues, un creador de soluciones, lo que implica ser un buen analista de problemas. Como creador que es, sus casos suelen ser largos y complicados, aunque él evita la complejidad connaturalmente porque *siente* aquella regla de oro que indica que *difficultates multiplicare non est solvere*. Este tipo de jurista no siempre gana mucho dinero, y no suele tener vocación política, a diferencia del tipo anterior, el jurista-gestor, pero en sus libros –si es que escribe– es donde realmente se aprende Derecho y, con él, a saber "aplicar" las normas y, sobre todo, los principios. Esto motiva que sus obras sean útiles internacionalmente por lo que, a veces, son traducidas a otros idiomas; y ello explica que sigan poseyendo interés aún bastante después del tiempo en el que fueron escritas; porque si bien fueron escritas "en" un tiempo, sus planteamientos y soluciones son válidos "para" mucho tiempo. Tan válidos como permanentes son los problemas humanos que son desentrañados en ellas.

Nuestro hombre, por lo demás, es consciente que lo que él propone procede más del *esprit de finesse* pascaliano que no del *logos apofantikós*; éste suele ser otro rasgo que le caracteriza. Por este hecho, a veces siente pena ante las ansias de rigor de tantos

contemporáneos. Y no queda acomplejado ante el aparente problema de la *falacia naturalista*.

2. *Las trampas del lenguaje y la importancia de las razones*

Uno de los motivos del éxito de Kelsen, durante la primera mitad de este siglo, pudo haber sido el prestigio que entonces poseía el Estado; de hecho, la mayor parte de los juristas de esta época pensaban sinceramente que el Derecho no era más que el conjunto de órdenes o mandatos que venían desde la cúpula estatal. Esto explica que el mismo Kelsen, cuando mostraba el por qué de la aparentemente misteriosa norma "hipotética" o "fundamental", indicara –con bastante precisión– que él no hacía sino reproducir el modo ordinario como la mayor parte de los juristas veían al Derecho y al Estado.

Pero ya han pasado los tiempos en los que Estado tenía tan fuerte predicamento y, ahora, otra vez, se nos impone la necesidad de estudiar la legitimación de las normas jurídicas, cosa superflua cuando reinaba el principio de *Das Gesetz ist das Gesetz*. Ante esta necesidad, desde hace unos veinte años, casi todos los filósofos del Derecho tocan el tema del "deber jurídico", es decir, el de las razones o motivos por las que "debemos" (estamos "obligados") a obedecer a las normas jurídicas. Esto implica, entre otras cosas, que la categoría del *Sollen* o "Deber-ser" como una realidad autosubsistente, se ha desvanecido; que el relativismo moral que estaba en la base de la separación entre Ser y Deber-ser, con la consiguiente negación de cualquier ontología jurídica, ya no es de recibo; que, al plantearnos el tema de las causas de obediencia al Derecho, la separación entre lo que simplemente "es" y el mundo normativo, debe ser revisada. Ha caído el mito del Estado (quién no piensa en Cassirer!), y con él, la categoría del "deber-ser", fundamento a posteriori de la *falacia naturalista*.

De este modo, estamos otra vez, históricamente, ante el tema del "deber", "obligatio", que durante estos últimos cien años había sido sustituido por las nociones del *Sollen e imputatio*; pero hoy, estos sucedáneos de la noción y de la realidad del deber ya no dan más de sí: se ha agotado el Estado.

Hart ha indicado insistentemente que el término "deber", en el que confluyen ser y deber-ser, es indefinible. Es posible que a Hart no le falte algo de razón, porque ¿cómo podríamos reducir tantas situaciones que se nos presentan en la vida, en las que "tenemos que" hacer u omitir algo, a la noción genérica de "deber"? Veamos tres supuestos cotidianos: a) debo evitar que la policía municipal imponga multas a mi coche por estar mal aparcado. Realmente, me importan poco las excesivamente quisquillosas ordenanzas municipales, pero "debo" evitar las multas porque mi familia me "recriminará" mi conducta, ante el despilfarro económico que ellas suponen, dada la desmesurada cuantía de las multas municipales en España. Precisamente reconocemos la existencia de un "deber" -así lo indica Hart, entre otros- cuando se producen críticas justificadas a una conducta; b) estoy obligado a educar bien a mis hijos; c) la Iglesia y mi conciencia me recuerdan que debo adorar a Dios.

Es decir, "tengo que" evitar las multas, "tengo que" educar a mis hijos, "tengo que" adorar a Dios. El idioma nos tiende trampas: en los tres casos usamos la expresión "tenemos que" o *debemos*, pero ¿no se trata de situaciones demasiado distintas para que los términos "tener que" o "deber" posean concluyentemente un significado unívoco? Porque, desde luego, cuando tenga que rendir cuentas, Dios no me preguntará -al menos, así lo espero- si han puesto muchas o pocas multas a mi coche.

Con estas advertencias, ¿en qué consistiría el "deber"? En una primera aproximación, yo diría que el deber consiste en un "tener que" (hacer u omitir algo) "para" alcanzar algo relevante en mi vida. La conjunción "para" designa la causa o justificación que me obliga al esfuerzo: la causa determina la existencia del deber. Sobre

esto ha escrito mucho Toulmin. El motivo determinante del "deber" es esa "causa": una necesidad de la vida cotidiana, de aquello que "es", como diría Hume.

He hablado de un "tener que" "para alcanzar algo relevante" para mi vida. Esto conlleva implicaciones diversas. Si "tengo que", es decir, si es mi "deber" alcanzar ese "algo", es evidente que no queda a mi arbitrio tender o no hacia ese objeto; decimos, entonces, que es un Bien que he de perseguir necesariamente (me refiero a una necesidad *moral*) o que es un mal que he de evitar necesariamente. Esto es, sin embargo, un poco peliagudo.

Kant, ante este problema, sin reparar en la naturaleza del Bien a conseguir o del mal a evitar, estableció unívocamente que el "deber" se especifica por su naturaleza categórica: sería –según Kant– un "tener que" incondicionado; es decir, el "deber" no se caracteriza como tal por el bien a alcanzar (su "causa"), sino por ser una categoría o estructura permanente de la Razón práctica. Pero este planteamiento ya resultó muy poco convincente incluso en su momento y de ahí, por ejemplo, las críticas de John Stuart Mill.

La salida más fácil ante este problema consistiría en decir, quizá, que ese objeto que se ha de alcanzar es, "en sí", un Bien o un Mal: *per se et sua natura*, como escribían los escolásticos de los siglos XV y XVI; en tal caso, el deber de evitar algo malo "en sí" sería "incondicional". Estaríamos, pues, ante una explicación del problema similar a la de Kant en algunos aspectos. Pero dejemos ahora los Bienes "en sí" o las cosas malas *per se*; haberlas, las hay, pero nuestra vida cotidiana no consiste en perseguir este tipo de cosas, que sólo dan razón de un sector muy reducido de la vida práctica; en este sentido, Fernando Inciarte suele decir que la elección moral no suele estar entre lo bueno y lo malo, en términos absolutos, sino entre lo mejor y lo peor, que son siempre términos como más relativos o de naturaleza relacional. Quizá fuera más sensato pensar que lo que debo alcanzar, en mi vida ordinaria (que es el banco de pruebas de cualquier explicación), "en sí" no es

bueno ni deja de serlo, sino que, "por alguna razón concreta", ahora es importante "para mí" el alcanzarlo. Entonces, el peso de la determinación de lo que es "bueno", se traslada a "las razones" por las que una cosa, en principio quizá ni buena ni mala, es buena o mala "para mí", *ahora*. Dicho de otro modo: normalmente, salvo casos extremos, lo que es bueno o malo necesita ser justificado, esto es, razonado. Y razonamos teniendo a la vista los datos contingentes, circunstancias, que nos ofrecen la vida personal y social, lo que "es".

Necesitamos aportar razones, "causas" de nuestro comportamiento, y las distintas naturalezas de las causas que existen y que motivan el "deber" de mi comportamiento pueden ser tan variadas que quizá podamos pensar que la naturaleza misma de los distintos "deberes" es, también, muy diversa. No sé si Hume y John Stuart repararon en este problema; creo que no, porque ellos hablan del "deber" (*ought*) como de una categoría unívoca, lo mismo que Kant y Kelsen. ¿Existe o puede existir una noción unitaria y unívoca del "deber"? Parece difícil, porque los deberes concretos de la vida corriente sólo tienen esto en común: que existe una buena razón para hacer algo, o para dejar de hacerlo.

En este sentido, los pre-modernos sabían distinguir varios tipos de *deberes*. No me refiero ahora a los distintos deberes que engendran las normas jurídicas, las normas morales, o los usos sociales; también los antiguos tenían presente que una cosa son las normas del decoro, y otra las de la virtud. Más bien quisiera referirme al caso de las *leges mere poenales*. Efectivamente, para salvar la autonomía moral de la persona individual, amenazada por el principio que mantiene que las leyes obligan en conciencia a su cumplimiento, diversos escolásticos mantuvieron que, respecto *a cada ciudadano*, una ley podía presentársele como "meramente penal", siempre que tal ley no reprodujera una exigencia muy inmediata de la justicia. En tal caso, ante esa ley considerada *personalmente* como "meramente penal", el ciudadano no estaba "obligado" a obedecerla, pero si efectivamente no la obedecía,

entonces debía pagar una multa. No se estaba obligado al cumplimiento de la ley pero sí al pago de la multa, porque aquellas personas sabias establecieron que el principio de autoridad debía prevalecer siempre, pero no incondicionalmente. Hoy apenas entendemos estas matizaciones: ¿falta de sensibilidad? Aquellos pre-modernos sabían que la Autoridad y sus órdenes eran imprescindibles para la convivencia, y de ahí el principio incondicionado de acatar la ley, aunque no el de obedecerla. Y es que se consideraba entonces que toda desobediencia motivada por desprecio al superior en cuanto tal, constituía siempre un "pecado" grave, porque atacaba los fundamentos de la convivencia. Y también se consideraba entonces que una excesiva heteronomía podía destruir la dignidad de la persona. Cuestión de saber matizar, porque, como escribía Odofredus, *in dividendo tota est difficultas*.

Estamos, pues, ante razones o causas que, en cierto modo, han de ser consideradas personalmente, *pro casu*. El *intellectus* tiene en cuenta las circunstancias y decide que, siendo así ahora las cosas, es preferible (es *mejor*) que esta tarde el estudiante salga con los amigos que no que se quede en casa estudiando; las circunstancias determinan que el principio supremo para el estudiante ("El estudiante debe estudiar") quede momentáneamente subordinado a otro que, superficialmente, podría parecer incluso deleznable: el estudiante debe divertirse con los amigos.

Esta forma de proceder no puede asumirla el monismo reduccionista, que tiende a establecer una jerarquía inmutable de "valores" o bienes. Este monismo no puede entender que, ciertamente, tenemos bienes supremos: la vida, la dignidad, la sociabilidad (Grocio y Pufendorf), la paz (Thomasius), la indeterminación del arbitrio individual (Kant), pero que no existe una jerarquía inmutable entre ellos, sino que las "circunstancias", siempre variables, deciden su variación en la escala. Por este hecho, es lícito y recomendable (¿es un deber?) hacer la guerra, con la consiguiente pérdida de vidas, cuando hay un fuerte interés económico en juego; algo así sucedió con la llamada "Guerra del

Golfo". Una persona un tanto unidimensional, simple, que se mueve con una pretendida jerarquía inmutable, no puede entender las sólidas razones que se pueden alegar, justificadamente, para la pena de muerte o para hacer la guerra; no puede entender tampoco, que él también puede alegar razonadas argumentaciones en contra de estas realidades; porque ese tipo de personas *siempre* considerará a la vida como "el" valor supremo, por lo que pretenderá que su argumentación es apodíctica. De todos modos, la experiencia de estos últimos veinte años me enseña que quien piensa así suele defender el aborto provocado, por ejemplo, porque este tipo de personas consideran, en su simplismo, que, junto con la conservación de la vida, la norma suprema de la Moral y del Derecho es la que ordena respetar incondicionalmente la autonomía *personal*. Se llegan, de este modo, a situaciones paradójicas que el racionalismo que les ha dado origen no puede explicar.

Así pues, el contexto, las circunstancias, determinan el Bien que debe prevalecer: son las circunstancias las que (salvo casos extremos) seleccionan los principios de la justicia aplicables al caso, y no al revés. Los principios no se imponen en la grandeza de su sublimidad; en la vida real aparecen más bien como seres suplicantes que piden que se les tenga en cuenta. Y como la elección suele ser entre lo que simplemente es "mejor" o "peor", como ya indiqué, el principio grandioso puede quedar postergado: el contexto vital decide. Esto implica, entre otras cosas, que no cabe la deducción axiomático-geométrica que pretendían, en el terreno de la ética, los partidarios del "deber-ser". Porque la determinación del principio o de la norma que ha de prevalecer se produce al filo de un proceso que "induce" la solución más correcta (la "menos mala", diría Jean-Marc Trigeaud) desde las circunstancias, desde lo que *existe* cotidianamente. Realmente, ¿es posible la separación entre "ser" y "deber-ser"? Me temo que el planteamiento humeano y kantiano de la "falacia naturalista" procede de la adopción dogmática de un determinado marco intelectual

escolástico que, por venir y vivir de libros y teorías, poco se ajusta a la vida normal.

Naturalmente, la inducción de la solución mejor, o menos mala (Hugo de Roy ya explicaba, en el siglo XVII, que en toda decisión jurídica siempre hay justicia e injusticia), se produce mediante un juicio prudencial, que da origen a lo que los juristas antiguos gustaban llamar una *opinio probabilis*; al decir *opinio* sobra ya el adjetivo *probabilis*, pero algunos juristas se expresaban así para destacar más expresamente las cosas. Lo siento, pero no existe un rigor deductivista o cientifista que nos guíe infaliblemente en la vida práctica. Ya indicaba antes que el jurista se compadece de tanta gente que quiere precisión y exactitud en la vida, en *su* vida.

Tenemos, pues, razones y argumentos (*in casos dubios, per argumenta et rationes*, decía Baldo) que proceden desde la Realidad externa al individuo. Ya Tomás de Aquino dejó escrito, a propósito de la justicia, que "la razón es medida por las cosas", esto es, que lo justo o lo injusto –a diferencia de lo que puede suceder a veces en otros sectores de la Moral– es una "cualidad de los actos", no de las personas. A fin de corregir lo que pudiera hacer de unilateralidad excesiva, quisiera hacer dos matizaciones sobre la génesis del "deber": una, que las circunstancias mandan sobre los principios, pero, simultáneamente, ellas son ordenadas por los principios; a este tema dedicaré las líneas siguientes. La otra es más intuitiva y, por ello, más difícil de explicar.

Veamos. Javier Hervada mantiene que la justicia es una cualidad de las personas, que el Derecho existe porque el hombre es persona. Esto puede parecer, a primera vista, que se contradice con lo que he escrito. Me parece que no es así. Sucede, más bien, que la palabra "justicia" aparece en dos ocasiones fundamentales, pero en ambas con sentidos distintos, porque no es lo mismo hablar de *justicia* que de "in-justicia"; no solamente les separa la negación. Efectivamente, la *justicia* hace referencia a lo que es justo, a una medición que realiza el llamado a juzgar en el marco de la Ciencia jurídica; esta medición "objetiva" –hablo de "objetiva" porque

depende de las cosas, de los "objetos"– es un tanto intelectual, fría humanamente. La "injusticia", en cambio, es algo muy distinto; la injusticia es una vivencia radical, inexplicable por ello, en la que las personas perciben que se ha violado algo constitutivo de su humanidad, de su "ser persona". El sentimiento de la injusticia es, quizá, el motor más potente de la Historia; cosa que no sucede con la frialdad de la Ciencia jurídica. Por esta razón, la injusticia es también y en cierto modo, el origen del Derecho; hace años que Alvaro d'Ors indicaba que, aunque la injusticia parece presuponer la justicia, en el orden genético real sucede al revés: en el Derecho, lo primero que existe es la vivencia de la injusticia, es decir, la ruptura de una normalidad que, hasta que no es quebrada, no parece tener relevancia jurídica. Es obvio, y aquí Hervada lleva toda la razón, que la Personalidad vulnerada es el dato primario del Derecho.

3. *¿Qué hacemos con los principios?*

Hasta ahora he aludido a la necesidad de inducir la mejor solución posible desde el contexto humano en que nos encontramos en cada momento determinado, mostrando el entrelazamiento entre el ser y el deber ser. He reiterado que la voz cantante la llevan lo que superficialmente podrían aparecer como las simples circunstancias: ellas son las que seleccionan los principios judiciables a la vista de la justicia concreta. Pero en este juego recíproco de contexto y principios, se presentan un par de dudas.

En efecto, las circunstancias corresponden a nuestra realidad cotidiana, forman parte del mundo del "ser" y de ahí que algún jurista romano dejase escrito que *ex facto oritur ius*. "El Derecho no se deduce desde los principios", *ius ex regulis non summat*, escribía este mismo jurista. Pero, por mucha autoridad que posea un jurisprudente romano, es preciso reconocer que el contexto de

circunstancias quedarían en el plano de la simple facticidad si no fuera animada por los "principios". Por ello, es preciso matizar el adagio que reza *ius oritur ex facto*.

Obviamente, los principios supremos que regulan nuestra conducta no se perciben por los sentidos: no forman parte del mundo del ser en el mismo sentido en que decimos, por ejemplo: "Pedro se ha roto una pierna". Más bien, ellos constituyen el fondo mismo de la moralidad y de la justicia, como destaca Jacinto Choza: constituir el fondo quiere decir que no es posible ir más allá de ellos, que no pueden argumentarse porque no son *deducibles*. ¿Estaríamos entonces ante el mundo del "deber-ser" sustantivo y autónomo? No lo creo.

Estos principios, que forman la estructura básica de la conciencia moral, y que quedaron magistralmente resumidos en la *jurisprudencia* romana en el *neminem laedere*, *honeste vivere* y *ius suum cuique tribuere*, son demasiado formales, demasiado amplios y, por ello, vacíos de contenido si no entran en contacto con las circunstancias. Scheler y Hartmann, especialmente este último, entendieron, como filósofos que eran, que los principios –a los que conoceríamos mediante una intuición estrictamente eidética– formaban como un mundo aparte, una esfera *axiológica* o de "deber ser", que existe paralela al mundo de la historia. Me resulta difícil enfrentarme a un autor de tanto prestigio como Hartmann, pero tengo la impresión, que sería cuestión de desarrollar convenientemente en otro lugar, que estos principios, por ser formales, no son nada sin la experiencia práctica, necesariamente casuística y concreta. Que no cabe hablar de su existencia separada, como no es correcto hablar de una esposa sin marido.

El tema de los principios, de los primeros principios prácticos de la razón, se presta al ridículo en sectores filosóficos bastante amplios, a causa de las inevitables implicaciones teológicas que conlleva admitir una "conciencia" moral. Domina, por esto, la mentalidad racionalista constructivista, y muchos autores se preguntan irónicamente que dónde reside esa misteriosa facultad que

sirve para percibir tales principios. Me temo que Scheler y Hartmann, al haber exagerado el valor de la intuición, porque según ellos, toda relación valorativa es *intuída*, han prestado un flaco servicio a la Filosofía práctica. Con el descrédito de este tipo de intuicionismo universal, ha sufrido bastante la causa de "mostrar" que, por ejemplo, la vida humana debe ser respetada. Ahora, con el constructivismo otra vez, las verdades básicas deben ser *demostradas*: así, Rawls, por ejemplo, desde algo mucho menos importante que la vida, como es la imparcialidad, "demuestra" que la vida debe ser respetada. Todo sea por la imparcialidad.

Sin embargo, los principios fundamentales están ahí. No solamente el contexto de circunstancias quedaría, sin ellos, en el plano de la pura facticidad, como indicaba antes, sino que las exigencias que provienen de estos contextos nos abandonan en el momento de las decisiones más importantes, como indicaba Helmut Coing, hace ya bastantes años, en su manual de Filosofía del Derecho. Efectivamente, el que un hombre sea un enfermo del corazón (cosa que constituye una "circunstancia") nos indica, normativamente, que no podemos forzarle a tomar parte en la lucha contra un incendio forestal. Pero, ¿qué *circunstancia* nos indica si es admisible o no el *apartheid* racista? Un castizo podría decir: la "circunstancia" de que todos los hombres somos iguales, o que poseemos la misma dignidad. Pero la dignidad del hombre, de la que deriva la exigencia del trato igual, no es una simple circunstancia.

Los principios básicos de la actuación humana no constituyen ninguna realidad misteriosa, como intenta hacernos creer la filosofía constructivista; simplemente, "están ahí", son, por así decir, un "hecho" más. En este sentido, Kant acertaba parcialmente cuando describía a la moralidad como un "Faktum". El problema que plantean estas primeras normas de la razón práctica para las filosofías *racionalistas* es que tales principios no pueden ser argumentados, no son *deducibles*, y los racionalistas no admiten

nada que no puedan deducir. Tal era el caso de Descartes, que no quedó satisfecho hasta que no se demostró él a sí mismo que él mismo existía, gracias a un razonamiento muy conocido: yo dudo (acerca de que existo), luego pienso, luego –si pienso– es que existo. La demostración de Descartes era todo lo buena que podía ser una argumentación, indicaba E. Gilson: su único defecto (el que hace que apenas sirva para nada) es que es una demostración. Todavía queda mucho camino por recorrer para que nos demos cuenta que el conocimiento directo, es decir, el que nos proporcionan inmediatamente los sentidos o el sentido interno acerca de mi existencia, es el verdadero conocimiento, la única fuente fiable de certeza. El conocimiento indirecto, argumentativo, o deductivo, además de derivar su certeza relativa desde datos que nos proporciona el conocimiento directo (del que depende esencialmente, porque la mente humana piensa con la "lógica de las cosas, de la realidad", no con una pretendida lógica autónoma), apenas sirve para nada: sólo nos suministra una certeza a medias, de poca calidad. Y, sin embargo, prácticamente toda la Filosofía práctica sigue siendo ¡aún hoy! una filosofía deductivista.

Los deductivistas, que siguen anclados en Descartes y en el empirismo que arranca de Hume, no admiten que estos primeros principios prácticos puedan ser objeto de un conocimiento "directo". Por este motivo, los utilitaristas de todos los tiempos, desde Bentham hasta Rawls, pretenden deducir la prohibición del asesinato desde unos *razonamientos* que ellos suponen que son más importantes que el asesinato mismo. Hablando con seriedad, al margen de las *filosofías* que hacen que algunos investigadores se hagan famosos por su ingenio, ¿existe alguna razón más importante que la vida misma? El derecho a la vida que posee todo ser humano, ¿acaso no se nos "muestra", con evidencia de suyo? Yo diría que la exigencia del respeto a la vida, que "conozco" sin razonamientos o argumentaciones, da origen a una serie de normas morales y jurídicas que se derivan desde esta norma fundamental; pero lo que me cuesta admitir –es un problema de sentido de la

realidad— es que el derecho a la vida pueda ser *deducido* desde normas secundarias. La norma que ordena: "Respetar la vida de los demás hombres" no puede ser derivada de alguna otra norma que se suponga superior a ella misma, por mucho que en ello se empeñen las diversas filosofías que sustituyen la "evidencia racional" por los razonamientos racionalistas.

Este es el motivo por el que no es posible argumentar, o justificar, o deducir, la prohibición de los asesinatos. Sí podemos, en cambio, mostrar o razonar que es lícita la guerra, porque entonces, por encima del derecho fundamental en principio a la vida, se presentan otras exigencias superiores en "ese contexto". Sí podemos razonar que es lícita la posibilidad de los homicidios en circunstancias determinadas (pensemos en la propia defensa), es decir: podemos mostrar cómo un principio básico es desplazado por otro principio que, *prima facie*, es inferior; pero las razones que sirven para justificar la guerra o la propia defensa no sirven para justificar el asesinato. Lo que nos indica ahora, entre otras cosas, que quizá ese principio que se conoce como "derecho a la vida" no es, ni mucho menos, un principio *unitario* que soportara algunas *excepciones*; que no es un principio que, enunciado, sin más, nos diera a conocer la plenitud, el alcance y los límites suyos; una mentalidad quizá simplista lo tomaría, ciertamente, como un principio unívoco y excluyente, y condenaría todo tipo de homicidios, como los que se producen en las guerras, en la legítima defensa o cuando alguna persona defiende un bien de gran valor: determinadas propiedades, o una mujer que defiende su dignidad ante un violador. Pero, al margen de las mentalidades simples que lo entienden absolutamente, no creo que ni siquiera se pueda decir de él que es principio "unitario" (no sé cómo llamarlo). Tengo la impresión que la licitud de los homicidios en los casos de pena de muerte, de guerra, de defensa de bienes de gran valor, etc., no son simples *excepciones* a tal principio pretendidamente universal; pienso, por el contrario, que la licitud de la guerra, o de la pena de muerte, o la de la defensa de algunos bienes (la propia vida, la

dignidad, etc.) lleva "en sí" su "propia" justificación, sin que se necesite pensar que son casos excepcionales en los que quedaría –por así decir– *derogado* el principio universal que otorga el derecho a la vida. Por esta razón, entiendo que el derecho a defenderse constituye un principio autónomo, con sustantividad propia, que queda oscurecido si lo presentamos como un caso excepcional en que el que se deroga el derecho a la vida. Claro que esta argumentación no la podrá entender quien mantenga una mentalidad deductivista y tienda a presentarse el mundo de la ética como un orden escalonado y jerarquizado de normas y principios, con una jerarquía *en principio* inmutable, en la que lo más que se puede admitir (si es que se admite, cosa que no sabe hacer un pacifista) es que el principio *superior* puede ser derogado si se producen determinadas circunstancias. Lo cual no quiere decir, en modo alguno, que se caiga en el relativismo fácil: jamás estará justificado un asesinato, jamás podrá ser condenado un inocente. Pero lo que pretendo indicar es que el principio según el cual "nadie puede ser asesinado" no agota todo lo que se puede hacer respecto del "derecho a la vida", que está sometido y se compone, en la realidad, de principios muy diversos.

Estos principios básicos no son argumentables. No se puede decir: "No debes mentir "para" no perder tu dignidad". Aquí, a diferencia de lo que sucede en otros tipos de argumentaciones, la conjunción "para" no crea o constituye la razón para no mentir: decir la verdad constituye ya, por sí mismo, una faceta de la dignidad del hombre. Por esta razón, este principio sólo puede expresarse diciendo: "Debes decir la verdad", o "No debes mentir".

Estamos, pues, ante un juego esencialmente entrelazado de circunstancias y principios, es decir, de principios fácilmente cognoscibles por la conciencia moral del hombre, y de otras normas y principios que es preciso inducir desde las circunstancias. Ni las circunstancias tienen relevancia al margen de la conciencia que expresa los principios, ni éstos pueden servir sin el

contexto concreto. Por esta razón, cuando los romanos decían "ex facto oritur ius", tenían razón, pero sólo desde un punto de vista; y cuando se afirma que el Derecho es una condición o exigencia de la Personalidad humana, también tenemos razón, pero sólo desde algunos puntos de vista.

De todos modos, amigo lector, este tema es bastante complejo, y no se presta a que nadie quede convencido, sin más. Todos sabemos que el místico Shibli, de Bagdag, murió en el año 954. Es menos conocido que después de su muerte, le vió uno de sus amigos y le preguntó: "¿Cómo te ha tratado Dios?" Shibli dijo: "Me hizo presentar ante él y me preguntó: "Abu Bakr, ¿sabes por qué te he perdonado?" Le dije: "Por mis buenas obras". Me respondió: "No". Le dije: "Por mis peregrinaciones y ayunos y por mis oraciones". Me dijo: "No, no es por esto por lo que te he perdonado". Le dije: "Por mis viajes en busca de la sabiduría y porque fui a visitar a los piadosos". Me dijo: "No". Le dije: "Oh, Señor, éstas son las obras que llevan a la salvación, que para mí tenían la preferencia sobre todas las demás y por las que siempre pensé que tú me perdonarías". Me dijo: "Sin embargo, no te he perdonado por estas obras". Le dije: "Señor, ¿por qué, entonces?" Me dijo: "¿Te acuerdas de que un día ibas por las calles de Bagdag y encontraste un gatito que ya estaba muy extenuado por el frío y que iba de una pared a otra en búsqueda de abrigo contra el frío y la nieve, y que tú, por compasión, lo cogiste y abrigaste en tu capa, y lo llevaste y protegiste del tormento del frío?" Le dije: "Sí, me acuerdo". Me dijo: "Porque tuviste compasión de aquel gatito, yo también me compadecí de tí"¹

Y es que, lector, como puedes ver, Kant y los que argumentan llevan muy poca, pero que muy poca razón. Y Hume no es una excepción.

1. Annemarie SCHIMMD (ed.), *Die orientalistische Katze*. Ed. E. Diederichs, Köln, 1983. Citado por P. WATZLAWICK en *Lo malo de lo bueno*. Herder, Barcelona, 1987, págs. 113-114