

PERSONA HUMANA Y PRUDENCIA JURÍDICA

Francisco Carpintero

Sumario: I. Introducción; II. Causa y título en el Derecho; III. El Derecho que protege directamente a las personas; IV. ¿Podemos tocar el tema del «realismo jurídico»?; V. Tesis romanista; VI. La dignidad y la autonomía personales, un asunto algo oblicuo; VII. Aporías de considerar al Derecho preferentemente como una cualidad de la personalidad; VIII. La ambivalencia de la libertad de la voluntad; IX. Una intuición razonable como tesis siempre presente; X. No es tan malo el «realismo».

I. INTRODUCCIÓN

El término «persona» es equívoco cuando lo usamos en el derecho, porque durante la Edad Contemporánea hemos estado bajo la influencia de la categoría de la *juristische Person*, según la terminología que acuñaron los discípulos de Kant ¹ siguiendo los pasos de su maestro. Hoy entendemos bajo el término «persona» únicamente al ser humano individual, y si queremos referirnos a las entidades que poseen personalidad jurídica hemos de usar la expresión «persona jurídica».

No siempre ha sido así. En la jurisprudencia romanista, los juristas distinguían fluidamente entre «persona», que siempre hacía referencia a algún respecto de un ser humano, y a la «persona como persona» ², con

¹ Vid. mi estudio La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la persona jurídica», en *Anuario de la Filosofía del Derecho IV* (1987) pp. 477-522.

² Bartolo de Sassoferrato, por ejemplo, escribía que «*Pro solutione hujus conrarii distingue, secundum Guglielmum Ant. Consideratur persona ut personae: et tunc una persona non potest sustinere vice plurium personarum. Aut consideretur persona respectu alicuius qualitatis, vel officii: et tunc aut officia invicem se competiuntur, aut non, primo usu potest sustinere vice plurium*». Cfr. *Corpus Juris Civilis, cum Commentariis Accursii*. Reproducción de O. Zeller de la edición de Lyon de 1628. Osnabrück 1965. *Additio* de Bartolo a la glosa «a», D.L.I, Tit. VII, «*Si consul*». John Austin explicaba que «*I shall take this occasion of recalling your attention of the double meaning of "persona" in the Roman Law as signifying, sometimes a physical or real person, and a sometimes a status or condition*». Cfr. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophies of Positive Law*. 5a. ed. John Murray, London, 1911, vol. I, p.363. Las intensidades son de Austin.

la que designaban al ser individual de naturaleza racional, por seguir la expresión de Boecio. Hasta el siglo XVII ambas nociones de persona coexistieron amistosamente, hasta que Samuel Pufendorf explicó que la persona sólo puede consistir en un ser que goza de la cualidad moral de la «*libertas ad analogiam spatii*» que es «*velut maxime sui diffusiva*»³. De este modo, la noción de persona como término omniabarcante y sistemático de cualquier construcción jurídica apareció beligerantemente, con la pretensión de hacer olvidar la noción de «persona jurídica» o simplemente *persona*, como la llamaron los juristas hasta entonces.

Desde la Ilustración hasta hoy ha dominado esta última noción de la «persona jurídica», como un individuo cargado de «cualidades morales» (según la terminología moderna), y ahí están actualmente algunas declaraciones de derechos humanos para mostrar este hecho. Sin embargo, al jurista siempre le ha costado razonar profesionalmente cuando ha prescindido de las nociones de *officium* o de persona, y por este motivo, aunque la ciencia jurídica moderna sea presentada como el desarrollo de una cualidad fundamental de la persona humana, en los estudios jurídicos observamos cómo sus autores razonan frecuentemente con la vista puesta más en la persona jurídica que no en la «*persona ut persona*». Podríamos decir que el gremio de los juristas ha mantenido y mantiene una actitud cripto-prudencial aun cuando las declaraciones programáticas vayan en otra dirección.

De todas formas, no tiene sentido enfrentar la noción prudencial de persona a la categoría de la *juristische Person*. La insistencia en una de estas dos vertientes del derecho concreto constituirá un hegeliano «principio del entendimiento», siempre unilateral en sí mismo. Porque si a veces hemos de considerar sobre todo consecuencias reales, estas consecuencias van dirigidas y seleccionadas por principios normativos

³ En el *De iure naturae et gentium libri octo*, L. I, cap. 1, parágrafo 11, escribe: «*Sic v. gr. Libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae*». Edición de Francofurti et Lipsiae de 1759. Reproducción de la editorial Minerva, Frankfurt am Main, 1967. En el L. I, cap. 1 parágrafo 19 de esta misma obra explica que «*est enim haec qualitas maxime velut diffusiva sui*».

propios solamente del ser humano. Y esta complementariedad quiere decir, además, que estas dimensiones del hombre siempre presentes, en ocasiones se superpondrán, y a veces una prevalecerá sobre la otra con cierta pretensión de exclusividad.

II. CAUSA Y TÍTULO EN EL DERECHO

Si el hombre puede ser sujeto de derechos y obligaciones, esto se debe a que es «persona humana». La personalidad humana está presente en todas las manifestaciones jurídicas: un animal nunca puede ser sujeto de derecho. Ésta es la causa última del derecho. Junto a la causa está el título jurídico, que es aquella realidad más concreta e inmediata gracias a la cual alguien puede exigir jurídicamente algo. El título presupone necesariamente la causa ⁴, y por este motivo rara vez la causa genérica es alegada expresamente en la vida jurídica. Supuesto que todos nosotros somos personas, normalmente es necesario demostrar la existencia del título por el cual pretendemos algo. En la ciencia jurídica, la faceta más propiamente personal o normativa suele ir unida a la preferentemente real o consecuencialista. Sin embargo, existen muchos supuestos en la vida del derecho en la que la causa funciona directa e inmediatamente como título jurídico. Veamos este hecho.

III. EL DERECHO QUE PROTEGE DIRECTAMENTE A LAS PERSONAS

El derecho se divide en dos grandes ramas, al menos desde este punto de vista que ahora sigo: el derecho que protege directamente a

⁴ Lord Kames, enfrentándose a David Hume, escribía que: «*For the truth of the matter is, that the term "fitness" and "unfitness", in their present signification, depend entirely upon the moral sense. "Fitness" and "unfitness", with regard to a certain end or purpose, are qualities of action which may be gathered from experience. But "fitness" or "unfitness" of actions, as importing "right" or "wrong", as denoting what we ought to do, or abstain from, have truly no meaning... The doctor's error therefore is a common one, that he endeavors to substitute reason in place of sentiments*». Cfr. *Essays on the principles morality and natural religion*. London, 1758. Reproducción de Scientia (Aalen), 1976, p.71.

los seres humanos, por causa de ser tales, y el derecho en el que las personas están *mediadas* por las cosas, de forma que el título para exigir el derecho y el alcance de este derecho vienen determinados en buena medida por la cosa que relaciona a los sujetos. En el primer caso, estamos ante la vertiente del derecho más conocida y vulgarizada: fundamentalmente el derecho penal. Determinar si la manifestación primaria y fundamental de la vida jurídica son los problemas penalistas, o si son las manifestaciones propias del derecho civil mercantil o administrativo, es una opción personal ⁵. En cualquier caso, sí queda patente que lo que conocemos como «derecho» se compone de conjuntos heterogéneos de normas y principios que poco tienen en común, fuera de constituir reglas vigentes socialmente que, llegado el caso, pueden ser exigidas mediante la coacción.

Lo específico del derecho penal es suponer un universo humano acabado: cada persona está completa en ella misma, en lo que es y en lo que hace, y la finalidad más directa de esta rama del derecho es que respetemos las cosas tal como están. A diferencia de la mayor parte del derecho que existe para hacer realidad social bienes que aún no tenemos, el derecho penal supone un universo clausurado, y por este hecho reclama únicamente una actitud general de abstención ante lo que los demás son y tienen. Por ello, si el resto del derecho crea libertades positivas, esto es, libertades «para...», el derecho penal se limita a establecer seguridad en lo que ya hay, una libertad simplemente negativa, ya que es el derecho que defiende a las personas frente a las interferencias de los demás.

La ideología político-jurídica liberal hizo del derecho penal la manifestación primera y ejemplar del derecho. Supuso una libertad originaria general (una *lex permissiva originaria*), que correspondería por igual a todas las personas, dando origen a las «esferas de libertad»,

⁵ Carl Friedrich von Weizsacker escribe que «La esencia del derecho no es el derecho penal, que suele hacer más impacto en la opinión pública, sino el derecho civil». *El hombre en la historia*, trad. de Carmen Gauger, Circulo de Lectores, Barcelona, 1993, p.165. Es interesante comprobar como un físico que hace Filosofía llega a afirmar esta tesis. Lo que indica que no es un prejuicio propio (solamente) de los juristas privatistas.

Freiheitssphären ⁶, por definición individuales. Toda norma jurídica se presentó de este modo con un carácter negativo, ya que desde estos supuestos toda normatividad, del tipo que fuese, coartaba necesariamente la libertad primitiva o fundamental.

Los derechos humanos participan de esta heterogeneidad a que aludía. Por un lado, los derechos que han triunfado históricamente, que han sido los que protegen el despliegue de las personalidades individuales ⁷, presentan hoy una naturaleza preferentemente penalista. Porque lo específico de este grupo de derechos individuales ha sido suponer un universo ya constituido que ha de ser protegido, a saber los «derechos naturales del hombre» que peligraban en el «estado de naturaleza»: la libertad, igualdad y propiedad, los tres *Urrechte* de la teoría kantiana de los siglos XVIII y XIX ⁸. Su función promocional de la persona ha sido discutida históricamente, ya que si las declaraciones de derechos del tipo de la francesa de 1789 han constituido la base teórica de las revoluciones políticas liberales, los socialistas las han impugnado históricamente por entender que sólo contemplaban la instauración de una forma política, insuficiente por sí sola para promocionar realmente la libertad, igualdad o dignidad de las personas. Actualmente presentan un carácter preferentemente defensivo, porque los regímenes políticos no tanto han de justificarlos constitucionalmente como de justificarse a sí mismos si los limitan.

⁶ Fue también Pufendorf el que enunció muy claramente esta ley primera, aunque sin llamarla así expresamente En el *De iure naturae...*, *op.cit.*, L. I, cap. T, parágrafo 15, escribía: «*Enimvero si accurate velimus loqui, neque iste effectus proprie ex permissione legis resultat, sed ex propria cuiusque libertate. Circa qua enim lex mihi impedimentum non ponit, circa eadem libertate gaudeo; cujus hic praecipue est effectus, ut ne quis mihi innoxium eiusdem exercitium turbet... cum remoto impedimento naturalis libertas ultro velut reviviscere censeatur*». Sobre esta tesis en el otoño de la Modernidad, *vid.* mi estudio *La Cabeza de Jano*, Universidad de Cádiz, 1989, pp.103-1 17.

⁷ Ya en 1745, Francis Hutcheson, desde una tradición ética y jurídica distinta a la centroeuropea, escribía que: «*Stratus est "Hominis conditio permanens, varia jura, et longam obligationem seriem includens": Estque vel "solutus et liber" quem constituit ipsa natura; vel "adventitius", ab aliquo hominum instituto ortus. "Libertatis solatae et naturalis", status est "eorum qui nulli communi hominum imperio subjiciuntur"... Denominatur autem status a jure et legibus in eo vigentibus, non ab iis que, pro hominum pravitate, contra leges fiunt. Est igitur libertatis naturalis status, amicus et pacatus*». *Cfr. Philosophiae moralis institutio compendiria, libris tres.* Glasgow, 1745, p.144.

⁸ *Vid. La Cabeza de Jano*, *cit.*, pp.53-61.

Estos derechos se diferencian de los protegidos por los códigos de derecho penal en que suelen venir recogidos en leyes fundamentales y no en los códigos penales, y en que no contemplan tanto las agresiones que una persona particular pueda hacer a otra, sino los atentados del poder público contra los ciudadanos. Quizá por este motivo algunos autores actuales, como Dworkin, se inclinan a entender que todo derecho ha de ser un derecho «contra el gobierno».

De otra parte, existen derechos que son llamados «derechos sociales», que no se limitan a garantizar la libertad e integridad de las personalidades individuales, sino que atienden al desarrollo más pleno de los seres humanos. Pero estos derechos no han sido recogidos por lo general en las leyes fundamentales de los Estados contemporáneos. Porque nuestra cultura político-jurídica, diseñada sobre los patrones liberales, considera totalitaria cualquier instancia que se interponga entre las voluntades de los ciudadanos libres y el poder del Estado. Siempre ha existido enemistad entre los derechos individuales mencionados anteriormente y estos derechos sociales: una enemistad política que, cabalmente no debería ser teórica. Pero sucede que estos distintos grupos de derechos responden a mentalidades distintas, y todavía no hemos conseguido agruparlos vitalmente.

Además de los «derechos sociales» existen grupos de derechos humanos que intentan garantizar el derecho a estar enfermo, o a estar desempleado, o a ser anciano, y poder sobrellevar estas situaciones con dignidad. No se puede decir de ellos que participen del talante defensivo de los derechos individuales. Sería difícil adscribirlos ahora a ningún grupo determinado. Cosa que, por otra parte, tampoco es necesaria en este momento.

IV. ¿PODEMOS TOCAR EL TEMA DEL «REALISMO JURÍDICO»?

Aludir a la vertiente *realista* de la ciencia jurídica constituye un tema espinoso, porque el peligro del positivismo sociológico planea continuamente sobre el que lee u oye que la persona humana es relevante jurídicamente ante todo por referencia a las cosas. Es lógico que se acuse a esta interpretación del estilo jurídico romanista de cosificante o reificante: una cosificación en la que las personas desaparecerían en su individualidad creadora e irrepetible.

Además, el estudio de este problema se ha vuelto ahora, a finales del siglo XX, más delicado, porque las ideas que nos llegan a los universitarios desde las tesis sistémicas de Luhmann o desde el análisis económico del derecho, pierden al ser humano en una tecnocracia omniabarcante.

Parecería que los juristas, siempre con *calaveras de plomo*, como expresaba el poeta, no acaban de percibir que cada ser humano es único, irrepetible en la historia. Porque cualquier persona sensible ante la estética capta siempre la infinitud de cada uno de nuestros actos, su valor incalculable. La manifestación principal de la personalidad, que es quizá la voluntad, es igualmente inconmensurable, y por este hecho todos han de ceder ante una persona que actúa con la «*rectitudo voluntatis propter se servata*» como se expresaba Anselmo de Canterbury para definir la justicia.

Por estos motivos los *moderni* propusieron en la ciencia jurídica y en el derecho (generalizadamente a partir del siglo XVII), una relación entre persona y persona que no estuviera mediada por «las cosas». Quizá les parecía indigno que un sector fundamental de la conducta del ser más elevado de la naturaleza estuviera medido por algo infrahumano. Coherentemente con esta premisa, la Modernidad propuso que la voluntariedad individual fuese el único supuesto de la

imputatio o *Zurechnung* legal, como comenzó a llamarse la relación del hombre con las normas jurídicas desde Christian Thomasius ⁹.

La reacción del Romanticismo contra la Ilustración, en el conjunto del proceso histórico que ha sido conocido como «la revuelta de la conciencia contra la razón», provocó –especialmente en el área de cultura francesa– una cierta tendencia a disolver las competencias de los hombres en aquellas conductas que exigían sus *funciones* sociales. Un expositor radical de esta mentalidad fue Comte y, sin necesidad de alegar ejemplos tan extremos, tenemos ante la vista a toda la corriente «solidarista» que, de la mano de Duprat, Hauriou, Duguit, etcétera, negó hasta la posibilidad misma de la existencia de los derechos subjetivos.

Por este camino, la discusión se ha vuelto agria porque las actitudes se han endurecido. Unos quieren hacer arrancar todo el derecho desde las antiguas «cualidades morales» de los individuos, de forma que reducen las manifestaciones más básicas de todo el derecho a derechos subjetivos. Los otros, para garantizar la objetividad del arte de hacer justicia, niegan hasta la existencia misma de estos derechos.

V. TESIS ROMANISTA

Sin embargo hay que decir en sede jurídica que el talante «realista» (del término *res*, cosa), juega una función importante en el derecho,

⁹ En el capítulo VII de sus *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* (ed. de Hale et Lipsiae, 1718) comenzó el tratamiento del «*De normae applicatione*». No le convenía el tratamiento escolástico de este problema porque era demasiado complicado, ya que estos autores distinguían «*de imputatione ex lege et ex arbitrio, ex gratia et ex debito, de merito de congruo et condigno, etc.*» (Cfr. Parágrafo XLIX). Él prefirió resumirlo todo en la categoría unitaria de la *imputatio*: «*Declarare vero, quod aliquis dignus sit praemio, vel poena, imputare est*» (Parágrafo XXI). En su opinión: «*Imputare nativa significationes terminus aritheticus est, et significat in rationes referre, auf Rechnung schreiben*» (Parágrafo XXIV). Con la *imputatio* o *Zurechnung* declaramos únicamente que alguien ha sido causa moral mediata o inmediata del acto: *vid.* Parágrafo XXVI. Esta terminología la usó con toda naturalidad ya Christian Wolff: «*Das Urtheil, wodurch man erklärt, die freyen Ursache sey entweder die handelnde Person von der Handlung selbst, oder derjenigen, was an derselben erfolgt es sey gut oder böse, wird die "Zurechnung" genennt*». Cfr. *Grundsätze des Natur und Völkerrechts*. Halle im Magdeburgischen, 1754, parágrafo 2, titulado «*Die Zurechnung*».

porque parece que frecuentemente son «las cosas» las que hacen posible buena parte de las relaciones jurídicas.

Efectivamente, un dicho antiguo relacionado con esta jurisprudencia mantiene que «el hombre es relevante ante el derecho por referencia a las cosas». Porque aunque el derecho también cumple la función de proteger, directa o indirectamente nuestras personalidades, en la *mayor parte del derecho* el problema es distinto, porque ahí no se relacionan simplemente voluntades o personalidades: necesitamos «cosas» que nos pongan en contacto para poder hablar de «derecho»¹⁰. Porque las principales relaciones en las que las personas se relacionan positiva y *directamente* son las amorosas: y estas relaciones no tienen relevancia propiamente jurídica: si acaso, serán tenidas en cuenta en el derecho como unas circunstancias más, si ése es el caso.

Veamos: el profesor de universidad está vinculado al resto de la comunidad universitaria por una *cosa* muy concreta que hace posible su *officium* o *status* jurídico¹¹: la institución universitaria. Lo que él pueda hacer o exigir depende ante todo de lo que requiere el funcionamiento correcto de la universidad. Ésta es la razón por la que el rector de la universidad puede exigir al profesor que imparta su docencia, o que investigue y publique. Pero el rector, *qua* rector, no puede exigirle en derecho a ese profesor que le haga su declaración de la renta, porque esta relación no pertenece a la naturaleza (por así decir) de la institución universitaria. En cierto modo llevaba razón Locke en este punto, cuando explicaba que el sargento, que puede obligar al soldado a ir hasta la boca de los cañones, exponiéndole a una muerte segura, no puede sin embargo exigirle ni un penique de su peculio¹².

¹⁰ John Austin explicaba que: «As Person, Thing and Forbearance, are inseparably connected with the terms "Right" And "Duty", so are Injury and Sanction imported by the same expressions». Cfr. *Lectures...*, cit., vol. I, p.410.

¹¹ Austin añadía: «And there is a certain difference between positive and negative duties. The end or scope of positive duties, and of the "jura in personam" which correspond to them, is the performance of that to which the party obliged by the duty is bound». Cfr. *Lectures...*, op.cit., vol. I, p.444.

¹² «But yet we see, that neither the serjeant, that could command a soldier to march up to mouth of a cannon, or stand in a breach, where he is almost sure to perish, can command that soldier to give him one penny of his money». Cfr. «Of Civil Government Book II», en *The works of John Locke*, London, 1823, vol. V. parágrafo 139.

Las exigencias de la institución universitaria determinan igualmente la licitud de lo que pueden decidir los universitarios acerca de su trabajo. Hablamos frecuentemente de «los derechos» de los profesores, de los alumnos, etcétera, en el gobierno de los órganos de la universidad, y esta terminología, sin dejar de ser cierta, puede inducir a la imprecisión. Porque resulta patente que profesores y alumnos no pueden ponerse de acuerdo sin más acerca de lo que *quieren* como personas individuales, ni los unos pueden hacer prevalecer sus intereses sobre los otros, porque entonces el poder público debería cerrar esa universidad por razones de orden público y de moralidad. Más bien sucede que la función asignada socialmente a la universidad determina lo que pueden exigir unos y otros. Es decir, una propuesta de los profesores o de los alumnos será lícita en principio, y podrá ser sometida a votación, si tal propuesta va encaminada al mejor funcionamiento de la universidad.

El problema se sitúa en un primer momento en la diferencia entre un interés y un derecho, o entre un bien y *aprovecharse*, según expresa el lenguaje usual. Porque aunque es verdad que somos forzados por el derecho, nadie nos oprime, pues el bien –según pone Platón en boca de Sócrates– cuando se manifiesta es común a todos. Entonces podemos hacer realidad ese *opus libertatis* al que aludía Pedro de Alvernia. En cambio, si somos forzados por el arbitrio ajeno, entonces estamos bajo un *opus servitutis*, que consiste, según explicaba este comentarista de Tomás de Aquino, en obrar «*non secundum voluntatem propriam, sed secundum alterium libitum*»¹³. Posiblemente por esta razón, los discípulos de Kant explicaban la exigencia del *Selbstzweck* del maestro indicando que ella implicaba «no ponerse al servicio de los fines arbitrarios de otro»¹⁴.

Si introduzco una digresión, observo que no existe una cualidad universal (en el sentido *moderno* de esta expresión) que califique a unos intereses como «jurídicos» y que descalifique a otros intereses desde este

¹³ Vid. de Aquino, Tomás, *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, Marietti Torino-Roma, 1966, comentario al L. VI, lectio 1, parágrafo 957.

¹⁴ Vid. *La Cabeza de Jano*, *op.cit.*, pp.94-98.

punto de vista. El jurista sabe que ha de moverse en un término medio que no se pierde en la inmediatez de la empiria, ni se diluye en ideales muy generales, tales como el fomento de la sociabilidad, de la libertad o la utilidad del género humano. Porque frecuentemente será justo lo que demande una situación concreta, y la justicia así apreciada sólo podrá ser referida a ese tipo de situaciones o de instituciones. De modo que, tratándose de una misma persona, una actuación suya podrá ser justa desde unos «respectos», e injusta desde otros. Cada realidad concreta demanda «su» justicia.

Ciertamente, frente a esta visión tan angélica, siempre podremos decir que en los órganos de gobierno universitarios (como en la mayor parte de los órganos de gobierno que existen) suele prevalecer la fuerza, expresada en el mayor número de votos. Pero esto mismo ha sucedido desde que existen los hombres: con frecuencia el derecho o la justicia desaparece bajo la fuerza. Y si el derecho se presta a encauzar civilizadamente la prepotencia, la amistad se presta igualmente a introducir suavemente la complicidad. Sergio Cotta ha sostenido reiteradamente que así como no podemos condenar la amistad por facilitar unas cosas, tampoco podemos descalificar al derecho porque a través de él algunos persigan fines ajenos al derecho mismo¹⁵.

Volviendo a nuestro tema, notemos que en este planteamiento no cabe hablar de «derechos», en el sentido usual de esta palabra, que denota de hecho y ante todo libertad del arbitrio¹⁶. Porque iría incluso contra el idioma decir que el profesor tiene libertad de dar o no dar las clases que ha de dar. El átomo de la juridicidad (por hablar así) no son los derechos o los deberes de los profesores, ya que estos derechos

¹⁵ Vid. *El Derecho en la existencia humana*, Trad. De Ismael Peidró. EUNSA, Pamplona, 1987, p.194.

¹⁶ James Lorimer exponía este hecho al indicar que: «*The natural Laws by which human relations are governed... are, in a limited sense, laws of freedom*». Cfr. *The institutes of Law*, 2a. ed., London, 1880, p.4. El Derecho natural tardío de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX entendió tal Derecho como integrado exclusivamente por derechos subjetivos de libertad. Vid., por ejemplo, mi estudio *La Cabeza de Jano*, op.cit., pp.43-61.

y deberes parecen más bien derivados de una situación previa: la de ser profesor de universidad. Derechos y deberes se producen *uno actu*¹⁷, y el estudio del derecho ha de comenzar por el de la naturaleza de esa situación que genera tales competencias.

Por estos motivos es preferible el término *competencia* al de «derecho». La competencia denota en mayor medida una capacidad ordenada y reglada según lo que demanda aquello que nos vincula. La competencia no es mía ni tuya, porque es de todos: la objetividad del bien que nos une (esto es, el funcionamiento correcto de la universidad) determina en buena medida lo que se nos puede exigir y lo que podemos demandar, de acuerdo con el bien de toda la sociedad. El derecho subjetivo, en cambio, está como más teñido por la *irresponsabilidad*: ningún juez podrá pedirnos cuenta de lo que hagamos en nuestro tiempo libre¹⁸. La responsabilidad que surge objetivamente desde el manejo de lo que es de todos se contrapone, pues, a la irresponsabilidad propia de quien utiliza lo que únicamente es suyo. Aunque cualquiera puede percatarse de que estoy utilizando dos nociones, al menos, del derecho subjetivo bastante distintas¹⁹.

Naturalmente, la categoría de la competencia no prejuzga nada acerca de lo que en otros momentos he llamado «bienes constantes»,

¹⁷ Austin explicaba que: «Consequently, the term "right" and the term "relative duty" are correlative expression. They signify the same notion, considered from different aspects, or taken in different series. The act of forbearance which are expressly or tacitly enjoined, are the objects of the rights as well as the of the corresponding duty». Cfr. *Lectures...*, op.cit., vol. I, p.400.

¹⁸ «A person has a right, when the law authorizes him to exact from another an act of forbearance. The test of a right: that (independently of positive provision) the acts of forbearance enjoined are not incapable of being enforced civilly or in the way of civil action. i.e. at the discretion or pleasure of the party towards whom they are to be done or observed. For to talk of a man enforcing a duty against himself is absurd. And where there is no determinate person towards whom it is observed, it is incapable of being enforced civilly». Cfr. Austin, *Lectures...*, vol. I, p.398.

¹⁹ Una sería la del derecho subjetivo como simple irresponsabilidad, como la de usar o no lo que es nuestro, a la que Hohfeld llamaba «privilegio», y otra la del derecho o poder concedido expresamente por el Derecho. Sobre esta última categoría escribía Holland: «What then is a "legal right"... It is one man's capacity of influencing the acts of another, by means, not of his own strength, but of the opinion or the force of society». Cfr. *The Elements of Jurisprudence*. Oxford, 13a. Ed., 1924, p.82.

que son aquellos derechos que nos acompañan siempre y a todos sitios, tales como la pretensión a no ser discriminados por razones extra-profesionales, el derecho a la limpieza, a la rapidez, a la libertad, a la comodidad, etcétera. Obviamente estos derechos se extienden y recortan según la índole del negocio que nos ocupa: un profesor de universidad puede exigir mucha más libertad que un militar. Y notemos también que, aunque estos bienes constantes se adecuan sin más en su contenido y alcance a la situación que hace al caso, ellos se fundamentan en la personalidad humana. De forma que, medidos por las cosas, constituyen verdaderos «derechos humanos».

VI. LA DIGNIDAD Y LA AUTONOMÍA PERSONALES, UN ASUNTO ALGO OBLICUO

Tomás de Aquino insistió en que los hombres nos perfeccionamos en mejor medida actuando virtuosamente que no haciendo cosas virtuosas. Éste es el motivo por el que no aceptaba el ejemplo aristotélico del médico: porque Aristóteles explicó que así como el médico no busca la salud en general, sino solamente la salud de *este* enfermo, el hombre no ha de tender al bien en general, sino a «su» curación. Este ejemplo no sirve, explicaba Tomás, porque el hombre no debe esforzarse especialmente por alcanzar una curación, en cierto modo una realidad externa a él, sino por actuar según actuaría una persona virtuosa²⁰, porque «el acto de la virtud es más importante que la virtud misma»²¹.

Esto es, a Tomás le preocupaba ante todo la *praxis* del hombre, esa faceta intransitiva de las acciones humanas que tiende (según la

²⁰ «*Et dicit quod sapientia et prudentia faciunt quidam aliquid ad felicitatem. Sed exemplum quod inducebatur non erat conveniens. Non enim hoc modo se habet sapientia et prudentia ad felicitatem, sicut ars medicinae ad sanitatem, sed magis sicut sanitas ad opera sana... Felicitas autem non est opus exterius operatum, sed est operatio procedens ab habitu virtutis*». Cfr. *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomachum expositio*, Marietti, Roma, 1964, parágrafo 1267.

²¹ «*Unde operatio secundum virtutem est perfectior quam ipsa virtus*». Cfr. *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomachum expositio, op.cit.*, parágrafo 152.

terminología que popularizó Erich Fromm) a que el hombre sea más, no a que tenga más cosas. Porque la *praxis* del buen hombre no es tanto una realidad que demanda objetividades que él pueda alcanzar *directamente*, cuanto ganar dignidad y libertad a través del desempeño digno de las personas jurídicas y *officia* que le han tocado en suerte en la vida, voluntariamente o de forma impuesta. Porque si todos los esposos hemos elegido libremente a nuestra esposa no hemos elegido así a nuestros hijos.

En un juego vital demasiado complejo como para describirlo con la sequedad propia de la argumentación, más bien observamos que nos vamos haciendo día a día como personas creativas y libres, de maneras algo indirectas. Porque un hombre que es al mismo tiempo marido, padre y profesional, va haciendo realidad su autonomía, creatividad y dignidad al desempeñar adecuadamente esas personas jurídicas u *officia* de marido, padre o profesional. Y de este modo la creatividad y la dignidad son el *leit motiv* de la actuación diaria, aun cuando no se las persiga directamente, y ni siquiera se sea consciente de ello. Porque un niño que al aprender a escribir pretende tener una letra personal, antes conseguirá tenerla fea que no personal ²². Y es que una libertad sin bienes a los que tender no sería tal libertad, sino un *arbitrium merae indifferentiae*, según se expresaban los escolásticos de la Baja Edad Media. Y parece que no sería correcto erigir a la indeterminación de la voluntad (que a veces es, ciertamente, un momento necesario de la libertad individual) en la nota distintiva de la voluntad humana.

²² Immanuel Kant escribía: «De modo propedéutico, y a título de introducción, yo había definido la Moral como una ciencia que enseña, no cómo hemos de ser felices, sino cómo hemos de llegar a ser dignos de la felicidad. Junto con esto, tampoco he descuidado advertir que no por ello se exige al hombre, cuando se trata del cumplimiento del deber, renunciar a su fin natural, la felicidad, pues no puede hacerlo... pero sí tiene que prescindir por completo de esa consideración cuando entra en juego el precepto del deber». Cfr. *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»*. Trad. de Pérez López y Rodríguez Aramayo. Tecnos, Madrid, 1986, p.10. Ruego al lector no confunda mi actitud con la expresada aquí por el severo pensador prusiano. Pues nunca he creído en esa actitud puritana de «cumplir el deber por el deber mismo»: normalmente, y salvo casos algo extremos, ha de haber una buena razón para que exista un deber.

De hecho, Hegel señaló la diferencia entre *Besonderheit* y *Einzelheit*, una distinción que parece no tanto basada en una Filosofía determinada como en la observación calmada de la realidad cotidiana. Porque una persona puede cumplir mal lo que constituyen las dimensiones fundamentales de su estar en el mundo, no tanto porque haga las cosas deliberadamente mal como por un exceso de pretensión de autonomía. Esto sería propio de ese primer momento en el que predomina aún la indeterminación²³, esta nota «personal» que hace que una persona se aparte de la moralidad, que es ese camino por el que todos transitan y nadie se distingue, según explicó el mismo Hegel²⁴. La *Einzelheit* implica una vertiente distinta de nuestras acciones: toda persona inteligente deja acuñado el sello de su propia personalidad en aquello que hace, aunque se trate de funciones estereotipadas por el derecho. Los que somos padres de hijos aún pequeños estamos en condiciones de entender especialmente bien esta posibilidad de nuestra actuación.

James Lorimer matizaba, defendiendo a Hegel de la acusación de conformismo con lo que ya hay, que:

«El camino correcto en este tema es, probablemente, que Dios no es una Persona, sino “la” persona-personalidad misma; mientras que el hombre es una persona en virtud de su limitada realización de la Personalidad»²⁵.

Porque el hombre debe ser consciente, cuando él se quiere situar en un plano como teológico, de la idea que también expuso Lorimer:

«Lo que nos ha sido revelado, primariamente y en definitiva, “es el camino de Dios hacia el hombre”, no el del hombre hacia el hombre»²⁶.

²³ Vid. Parágrafos 6 y 7 de la *Rechtsphilosophie de 1820*. Edición y comentario de Karl-Heinz Ilting. Frommann-Holzboog. Stuttgart-Bad Cannstatt, 1974.

²⁴ Vid. *Rechtsphilosophie, op.cit.*, parágrafo 14, Agregado.

²⁵ «The correct view of the matter probably is, that God is not a Person, but “the” person-personality itself; whereas man is a person in virtue of his limited realization of Personality». Cfr. *The institutes of law, op.cit.*, p.21.

²⁶ «What is revealed, primarily and least, “is the way of God to man”, non of man to man». Cfr. *The institutes..., op.cit.*, p.41.

VII. APORÍAS DE CONSIDERAR AL DERECHO PREFERENTEMENTE COMO UNA CUALIDAD DE LA PERSONALIDAD

Los *moderni* mantuvieron que en el «estado de naturaleza» (que ellos postularon como marco heurístico necesario para entender verdaderamente la situación del hombre en el mundo) nadie posee un *privilegium* o *Vorrecht* para dictarle a otro lo que debe hacer.

Ante esta objeción lógicamente tan impecable ha habido históricamente dos respuestas notables. En la línea más moderada del «derecho natural» ilustrado, la representada normalmente por los discípulos de Christian Wolff, Burlamachi mantenía que la sujeción nacía desde la necesidad²⁷. Una respuesta con mucha razón, porque siempre los juristas han entendido que la necesidad es la principal fuente de la justicia. Aunque, en plena época del Despotismo ilustrado, quizá esta observación no fuera tan inocente.

Siguiendo otro camino, los discípulos de Pufendorf y Locke habían mantenido que, puesto que no existe un privilegio a favor de alguien para dictar a otro cual es su deber, la única *jurisdictio* posible es aquella que surge desde el acuerdo voluntario. De este modo el pacto se erigió en la única categoría jurídica admisible, como mostró ejemplarmente Henricus Koehler muy tempranamente²⁸. Más tarde, en el siglo XIX, Savigny transportó sistemáticamente esta doctrina al derecho privado²⁹.

²⁷ «L'idée du souverain détermine celle des "sujets". Un "sujet" est donc une personne qui est dans l'obligation d'obéir. Et comme la "puissance" et la "bénéficence" constituent le souverain, il faut au contraire supposer dans la personne des sujets la "fiblesse" et les "besoins" d'où résulte la dépendance». Cfr. *Éléments de droit naturel*. Lausanne. Reproducción de Vrin, París, 1981, p.20.

²⁸ Su obra *Iuris socialis et gentium ad ius naturales revocati specimina VII*. Francofurti ad Moenum, 1738, fue la más coherente, en el siglo XVIII, desde este punto de vista.

²⁹ William Markby nos informaba que: «Lasalle says (Preface, p.viii): "If it is well know that in Germany, Savigny, as the head of the historical school, is considered to be the most representative of the reactionary party, whereas his notions upon the subject of acquired rights are in reality revolutionary and subversive"». Cfr. *Elements of Law with reference to principles of General Jurisprudence*, Clarendon Press. Oxford, 1905 (6a. ed.), p.33, nota a pie. Un estudio temático del tema ha sido el de Hans Kieffner, *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechtes im 19. Jahrhundert*, en *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum problem ihrer Beziehung im 19. Jarhundert*. Ed. por Blühdorn-Ritter. Vitorio Klostermann. Frankfurt am Main, 1969, pp.3-26.

Si la respuesta de Burlamachi representó una defensa del *regime paternale* político que tanto combatió Kant, la opción representada por Pufendorf y Locke nos ha introducido en un laberinto, pues justamente bajo la categoría interpretativa del pacto se nos vuelve opaco la mayor parte del ordenamiento jurídico argentino o español. Y parece que no hay modo de filtrar toda la vida jurídica a través de un ideal, cuando ese ideal es manifiestamente inadecuado o insuficiente con aquello que debería explicar. Porque así como sería muy difícil medir en litros la temperatura del agua, también le resultaría costoso a un jurista medir desde la voluntariedad de los ciudadanos esos metros cúbicos de papel que componen cualquier repertorio nacional de legislación y jurisprudencia.

Ante ésta y otras dificultades hemos echado mano de la categoría del consenso ideal. Realmente, la salida de buscar un consenso contrafáctico nos hace retroceder a los tiempos de Thomasius, Darjes, Nettelbladt o Burlamachi, porque parece que ningún hombre actual busca un *padre providentísimo* que le señale el camino de su vida. Y por mucha retórica con que se defienda esta figura, parece que el consenso ideal sigue siendo una esfinge sin enigmas.

VIII. LA AMBIVALENCIA DE LA LIBERTAD DE LA VOLUNTAD

A pesar de estas dificultades, el derecho y la ciencia jurídica siguen apareciendo como el reino de la *libertad*, aunque no en el sentido jurisprudencial³⁰, sino moderno.

Los antiguos escolásticos describían la libertad como la tendencia racional hacia el bien ya conocido. Es posible que, como casi todas

³⁰ En una literatura centroeuropea de los siglos XVII y XVIII, los *iusnaturalistas* de esta época solían oponer la actitud de los «jurisprudentes» (siempre romanos o romanistas del *Jus Commune*) a la de los juristas modernos. El simple uso de la palabra *jurisprudente* implicaba referencia al Derecho romano.

las definiciones, ésta tampoco sea correcta porque insiste demasiado en una sola faceta del asunto, y deja fuera otras varias sin las cuales no podemos entender la función de la voluntad en nuestra vida.

Efectivamente, esta noción de voluntad presupone un bien ya conocido al que el ser humano sólo habría de encaminarse. Una noción quizá simplista de la voluntad, porque frecuentemente, como no sabemos qué hacer, la realidad fundamental es la «buena voluntad» de quien quiere hacer algo que todavía no conoce³¹. Tomás de Aquino fue consciente de esta ambivalencia de la voluntad y subrayó que en los asuntos de la justicia el criterio realmente último sobre lo justo y lo injusto es el hombre que trata de vivir la justicia, de modo que existen personas que pueden ser llamadas como la «justicia animada»³². Con lo cual, explicaba el de Aquino, se plantea un interesante problema: porque si es justo el que da a los otros lo que *realmente* les corresponde, pero el criterio último para saber qué es lo que corresponde a los demás no es sino el *arbitrium boni viri*, ¿no estaremos cayendo en un círculo vicioso? Un tema interesante que Tomás resolvió remitiéndose a la «recta razón»³³.

De todos modos, no cabe duda que la voluntad consiste en un *querer*, en un esfuerzo tras algo conocido, o desconocido. Y este querer lo hacemos realidad apartando posibilidades que rechazamos. Porque parece que las leyes fundamentales de la termodinámica, que aluden a acciones y reacciones, encuentran también algunas aplicaciones en los hombres, y de este modo toda voluntad positiva, que consistiría en un esfuerzo hacia un bien ya determinado, es al mismo tiempo una voluntad negativa que rechaza para nosotros todo aquello que nos distrae de lo que queremos conseguir.

³¹ Sobre este tema es importante el estudio de F. Inciarte, «Sobre la verdad práctica», en *El reto del positivismo lógico*. Rialp, Madrid, 1974, pp.159-216.

³² *Vid. Suma teológica*, II-II, q.60, art.1.

³³ «*Videtur autem hic esse quoddam dubium. Nam si veritas intellectus practici determinatur in comparatione ad appetitum rectum, appetitus autem rectitudo determinatur per hoc quod consonat rationi verae... sequitur quaedam circulatio in dictis determinationibus*». Cfr. *In decem libros Ethicorum...*, *op.cit.*, parágrafo 1131.

Es fácil pasar de un aspecto de la voluntad al otro, porque es posible que en este proceso de apartar posibilidades, alguno no siga el consejo de Goethe cuando escribía que «el que quiere algo grande ha de saber limitarse», y que se quede en el simple plano de apartar todas las posibilidades que pudieran comprometerle.

Creo que éste fue el núcleo del mensaje ilustrado, según lo expuso Pufendorf: conseguir para cada sujeto una *libertas ad analogiam spatii*, que ha de ser lo mayor posible. Kant coronó esta mentalidad moderna y definió metafísicamente el derecho como un conjunto de condiciones que han de hacer posible la mayor libertad de cada cual, en el conjunto de un orden de libertades iguales. La figura primera y sistemática del derecho sería así una especie de conjunto social de cotos de arbitrariedad personal (los modernos borraron deliberadamente las diferencias entre *libertas* y *arbitrium*, *Freiheit* y *Willkühr*) en los que no aprecio tanto la afirmación dividida de unas libertades, esto es, de unas posibilidades de obrar, como una ausencia. Por este motivo, Hegel llamaba a la propuesta kantiana sobre el derecho como la «libertad del vacío»³⁴. En tal caso no habría tanto libertad como simple apatía, falta de pasiones vigorosas. Fracasó Helvetius, que en el afán típicamente ilustrado de poner la razón al servicio de las pasiones del hombre, requería ante todo verdaderas pasiones, dignas del ser humano.

IX. UNA INTUICIÓN RAZONABLE COMO TESIS SIEMPRE PRESENTE

Me parece que este planteamiento moderno, aunque correcto para explicar algunos momentos de nuestra vida, peca de insuficiencia. El peligro estaría en admitirlo como esquema interpretativo general, cosa que consiguió eficazmente la Ilustración, que supo de su éxito desde su mismísimo inicio: porque en los asuntos académicos sucede

³⁴ Trata este tema abundantemente en *op.cit.*, parágrafos 13 y ss.

lo mismo que en las batallas antiguas, que el general que lograba elegir el terreno tenía ganada la pelea.

Sin perjuicio de la razón parcial que asiste a la categoría del «estado de naturaleza», propongo tener presente también otra situación vital como marco explicativo inicial de buena parte del derecho, y este marco sería el siguiente: ¿con qué título podemos superar la libertad de arbitrio de alguien y decirle: «Tú *debes* hacer esto»? Ante todo cuando *participamos* con él en «algo» que nos es común. Porque es cierto que ningún hombre dispone de un privilegio para dictarle a otro hombre lo que el otro ha de hacer. Pero es igualmente cierto que el vecino del piso tercero sí está *legitimado* (extraña palabra) para indicarle al vecino del cuarto que no deje abiertos los grifos del agua. Y si el vecino del piso superior los deja abiertos, entonces incurre en una justa responsabilidad objetiva. Es preciso *inducir* desde este dato, y desde otros como éste, si es queremos dar cuenta de todo el derecho ³⁵.

Un filósofo del siglo XVIII diría que ambos vecinos no viven ya en el estado de naturaleza, sino en el estado hipotético o adventicio de sociedad, porque los vincula un bien común: el inmueble en el que viven. Ciertamente, viven simultáneamente en un estado de naturaleza plagado de *cualidades morales* (y no es un *status naturae* asilvestrado, como quiso Hobbes) en cuanto salen a la calle. Porque en la calle no tenemos bienes comunes, en plural ³⁶, que posibilitan exigencias heterónomas como las del derecho civil: ahí somos indiferentes

³⁵ Al proceder así, sigo un sensato consejo de William Markby, que nos indicaba: «*Right is a term which, in its abstract sense, it is the highest degree difficult to define. Fortunately, were the term is used to describe a particular relation or class of relations, and not as abstract expression of all relations to which the name may be applied, it is easier to conceive*». Cfr. *Elements of Law...*, op.cit., p.92.

³⁶ Yo no hablaría en este momento de un «Bien Común», que aparece ahora como una categoría preferentemente político-jurídica. Prefiero seguir en estos momentos el discurso de Cotta cuando, tras aludir al Bien Común, explica que «no existe un solo tipo de unión (ni siquiera como ente político) sino muchas formas y muy variadas; pero eso sí, todas ellas poseen en común una misma estructura, que es las constituye en la identidad supraindividual». Cfr. *El Derecho en la existencia humana*, cit., p.93. Por lo demás, me resulta evidente que la universalización que se consigue filtrando cada interés por las exigencias de toda la comunidad es el criterio último que distingue el «bien» del simple provecho individual o de clase.

unos a otros, y el derecho sólo protege esta abstención de entrometernos. Pero, abandonado el supuesto excluyente del «estado de naturaleza», alguien puede disponer sobre la conducta personal de otro, porque aquello sobre lo que está disponiendo es tan del uno como del otro. Y así resulta que los hombres mandamos unos sobre otros por medio de las cosas comunes, y el negocio máximamente común en el que participamos todos es nuestra misma convivencia que tomada en su sentido más amplio, llamamos convivencia política.

Este tema conecta directamente con la polémica que hubo en el primer tercio del siglo XIX acerca de cuales son los límites del poder del Estado. Un problema insoluble si pedimos precisión, porque carecemos de criterios estables para saber hasta dónde puede llegar la *jurisdictio* de la sociedad sobre los individuos. Los constituyentes de 1789 quisieron establecer esos criterios recurriendo a las libertades individuales, y ello no parece incorrecto siempre que tengamos presente la unidimensionalidad de esa visión de la convivencia política. Porque el siglo XX ha hecho posible que los que tienen dinero paguen por los que no lo tienen, y que exista la seguridad social basada en ese mismo principio; y esto no lo podemos explicar desde las libertades personales. Es más bien una expresión concreta de la frase de Cremes: «*Homo sum et nihil humanum alienum mihi esse puto*».

Una aclaración: en este punto pueden entrar en conflicto vertientes de la misma realidad, que pueden parecer causas de distintas *jurisdicciones*, lo que quizá no sea el caso. La convivencia política se caracteriza por sus relaciones de jerarquización y subordinación, de creación continua de nuevas «jurisdicciones», y quiero indicar que es indiferente ahora que este poder sea ejercido por el mismo gobernante político o por cada ciudadano cuando es respaldado por el derecho. Pero, sea un caso u otro, el ejercicio de este poder debe estar adecuado a la naturaleza de aquella conducta concreta que es demandada, y desde este respecto no existe diferencia entre la *jurisdicción* que ejerce el poder, y la que ejerce un particular. Porque si son unos bienes comunes concretos los que posibilitan la relación jurídica, esos mismos bienes son los que nos permiten calcular el alcance de nuestras

competencias o de las competencias del poder político. De modo que si la relación existe en ambos casos gracias a un presupuesto real, es también el carácter real de ese presupuesto el que permite saber hasta dónde podemos exigir a la otra parte de la relación jurídica.

No hay que decir que algunas veces disponemos unos sobre la conducta de otros sin más relación que la valoración positiva de la propia personalidad. Porque si la Modernidad valoró a la *moralische Person* de forma preferentemente negativa, y así llegó a la exigencia general de una abstención, nuestra época también valora las personalidades de formas más positivas, y por este motivo nuestras sociedades han instituido la seguridad social, o algunos exigen que el gobierno destine el 0.7% del presupuesto nacional para ayudar a naciones pobres. Ésta es una exigencia específicamente moral que ha sido trasladada al plano jurídico, un «cristianismo práctico», como decía Bismarck para referirse a las leyes de enfermedad y accidentes en el trabajo que él mismo había creado. Y no sucede nada extraño porque admitamos que por exigencias necesarias de la naturaleza humana, algunos principios elementales de la moral pasan y han de pasar al plano jurídico.

Aunque constituiría una ingenuidad pensar que las exigencias normativas, de principios, o morales, se limitan a este plano de las reformas legislativas más generales. El jurista sabe que ellas están presentes en casi todos los momentos de su argumentación, incluso cuando su razonamiento recae sobre temas aparentemente apartados de la moral general.

X. NO ES TAN MALO EL «REALISMO»

Este realismo jurídico que racionaliza buena parte de las conductas humanas en función de las exigencias de «las cosas», ha de repugnar a toda persona de ánimo delicado. Álvaro d'Ors aludía a este hecho cuando nos indicaba a los que entonces éramos sus alumnos en primer curso de la licenciatura que los saberes y las artes suelen llevar

nombres femeninos, y que éste no era el caso del derecho. Quizá por esto, el jurista siempre ha sido visto con marcada antipatía, y de ahí el antiguo dicho alemán «*Juristen, bösen Christen!*», o la actitud más cercana del conde Tolstoi. A los poetas, literatos y artistas se les levanta monumentos en las plazas, se les dedican calles. Aparte de la «*Savignystraße*» en el «Westend» de Frankfurt, no conozco ninguna manifestación pública de este aprecio social.

Pero no es tan malo este talante *realista* de los juristas, ni lo creo acreedor a tanta antipatía. Veamos varias caras amables de su trabajo.

La ayuda directa a otra persona genera resentimiento porque es humillante. Si Kant hablaba tan mal del *regime paternale*, al que presentaba como el más tiránico de todos los regímenes políticos posibles³⁷, era por este hecho. Una persona sensata huirá de hacer limosna, si es que pretende que no la odien. Y si en lugar de dar, alguien exige de otro algo directa o personalmente, entonces nos situamos en la situación contraria (como diría Hohfeld) a la del paternalismo, que es la prepotencia.

En cambio, cuando somos conscientes que la exigencia o la donación viene demandada por las exigencias mismas del vínculo que nos jerarquiza, y pasan a un segundo plano los factores personales, no se produce conciencia de paternalismo o de prepotencia. De este modo paradójicamente para los develadores de la mentalidad jurídica prudencial, vemos una consecuencia más humana (entre otras facetas posibles de estas consecuencias) de esta actitud jurídica.

Y si la exigencia no puede fundamentarse en la naturaleza de la relación –como ha sucedido históricamente, por ejemplo, con la creación de los diversos institutos que componen la seguridad social– lo mejor es llevar al plano legal lo que hasta entonces estaba en manos

³⁷ *En torno al tópico...*, *op.cit.*, p.28.

de la generosidad, la magnificencia o la caridad. Porque la caridad sigue siendo una virtud muy estrictamente personal, pero la manifestación social de ella debe moverse en otro plano.

Otro asunto, debatido hoy especialmente por nuestros colegas anglosajones, es el de la inconmensurabilidad de los derechos. Efectivamente, si enfrentamos dos personalidades humanas, de valor necesariamente inconmensurable, sin hacer referencia a este *medium rei* al que aludía Tomás de Aquino de la mano de Aristóteles, el jurista apenas puede llegar a una determinación razonable o justa, porque carece de criterios para calcular: falta esa «cosa común» que señala las competencias de cada uno. En tal caso aflora una aporía que señalaban Horkheimer-Adorno para referirse a la Modernidad que negó este «realismo» jurídico:

«El surgimiento del sujeto se paga con el reconocimiento del poder como principio de todas las relaciones»³⁸.

De una forma más sencilla, Domingo de Soto nos advertía que cuando se descuidan los bienes comunes son los pobres los que acaban pagando siempre³⁹.

No es que ahora me oponga a introducir la amistad como fundamento del derecho: todos sabemos que muchos institutos jurídicos que no podrían encontrar apoyo en la «naturaleza de las cosas», únicamente pueden entrar en el plano jurídico de la mano de consideraciones fundadas en el valor de la *persona* humana. No me refiero ahora a este hecho, sino a los problemas específicos que ha originado históricamente una pérdida de vista excesiva de la mentalidad jurídica *realista*.

³⁸ *Dialéctica del Iluminismo*. Editorial Sudamericana Trad. De H.A. Murena, Buenos Aires, 1987, p.22.

³⁹ «*Fit enim inde ut soli pauperes legibus coerceantur: sed qui illis indiget, subiciantur nulli*». Cfr. *De justitia et jure libri decem*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967, L. I, q. 7, art. 3.

Para *decidir* sobre el alcance de estos derechos en una democracia política o en un organismo que funcione por votaciones, lo lógico es recurrir a los votos. Pero el criterio del mayor número sería la expresión de la simple y desnuda fuerza si lo trasplantamos sin más consideraciones a todos los asuntos del derecho. El mayor número es un criterio útil en la gestión más propiamente política, y al filo de él nombramos los gobiernos, hacemos referendos, etcétera, y todo esto es una gran cosa. Pero, en el derecho, si prescindimos de las exigencias *reales* allí donde se nos manifiestan y nos dejamos guiar, en cambio, por los intereses de la mayoría, entramos por el camino de la prepotencia. En tal caso, tal como denunciaba Emerico de Vattel, la minoría queda desligada de sus compromisos ⁴⁰, porque la simple fuerza encauzada políticamente no puede sustituir la valoración jurídica.

Tema complejo siempre, porque buena parte de las relaciones jurídicas han sido constituidas desde las leyes dictadas por los políticos. Y si los asuntos más específicamente jurídicos se guían ante todo por consideraciones reales, muchas decisiones políticas que crean normas jurídicas marchan según consideraciones personales.

No podemos perder de vista las exigencias de las situaciones, que tienen la inmensa ventaja de crear competencias normalmente ya medidas. Porque si una conducta humana se deja medir es porque ya está medida previamente, de modo que podemos hablar de unas medidas «ya medidas». Por contra, si prescindimos de esta mediación lo normal será que se imponga en nuestra imaginación la figura de las mediciones arbitrarias, que son las que hacemos todos los días calculando mediante kilogramos, litros o kilómetros. Y esta mentalidad nos conducirá a un tipo de medición que ya no será ni objetivo ni pacífico, sino resultado del equilibrio de las fuerzas. Del mismo equilibrio de fuerzas que hace que unos Estados sean cada año más ricos y, en

⁴⁰ «*En quel cas la moindre partie n'est pas obligée de se soumettre à la pluralité. Chaque citoyen, en formant la société, s'est engagé à procurer le bien, la tranquillité et la sûreté des autres. Si donc la plus nombreuse partie entreprend d'opprimer et de perdre la plus foible, elle viole ses engagements, et par conséquent, l'autre partie est déliée des siens*». Cfr. *Questions de droit naturel et observations sur le traité de la nature de M. le Baron de Wolf*. Berne, 1742, p.248.

cambio, continentes enteros constituyan países en vías de desarrollo. Sucedió que la mentalidad moderna separó la norma, que sería la medida de los hechos, que constituirían «lo medido»⁴¹, y aquí percibimos un cierto sabor de medición mecánica que pone todo el énfasis en el derecho, *quod est scriptum*, e ignora la función marcadamente realista de la ciencia jurídica que, como escribía Pedro de Bellapertica, no está escrita, sino que es un *scire*⁴². Y no es lícito este trasvase de categorías geométricas al mundo humano.

Además, aun dentro de una política nacional, nosotros, las personas humanas, cuando faltan los bienes comunes solemos pasar desde la libertad e igualdad a considerarnos competidores, enemigos en potencia. Otro tema en el que ha insistido agudamente Sergio Cotta⁴³. Y sería digno de cuestionarse si esta situación de choque directo entre las personas, consecuencia de la falta de realidades que las unan y determinen las competencias de cada cual, es verdaderamente la situación jurídica por excelencia, o si nos devuelve a una sociedad pre-romana.

⁴¹ Este planteamiento lo observamos ya en Pufendorf, para quien los preceptos del Derecho natural son solamente «modos» (*modi*), «superimpuestos a los seres inteligentes» (L. I, cap. I, parágrafo 3). Estos «modos» no poseen en modo alguno una naturaleza «real» en el sentido mas amplio del término: «*Enimvero ut Res, quatenus sub obiectum iuris, in censum entium molalium proprie referamus, opues non videtur*» (L. I, cap. I, parágrafo 16). Lógicamente las leyes no deben ser obedecidas por lo que ellas expresan, sino por la voluntad de quien las impone: «*Actio necessaria est, quam ex lege aut iustis superioris omnino facere tenetur ius, cui ea lex aut iussum, fuit datus. In hoc consistit haecce actionum moralium necessitas*» (L. I, cap VII, parágrafo 2). De forma coherente con lo expresado, concluye que «*Actionem bonam moraliter... dicimus, que cum lege congruit; malam, quae ab eadem discrepat. Scilicet formalis ratio bonitatis et malitiae actionum consistit in habitudine, seu relatione determinativam ad normam directivam, quam dicimus legem*». Cfr. L. cap VII, parágrafo 3 de su *De iuris naturae et gentium...*, *op.cit.*

⁴² «*quia ius est scriptum, et jurisprudentia est scire*». Cfr. Petri de Bellapertica. *Iureconsulti Gallorum clarissimi, in libros Divi Justinini Sacratiss, Principis, Commentarium loge acutissimi Lugduni*, 1586, p.50.

⁴³ *Vid*, por ejemplo, *¿Qué es el Derecho?* Trad. de J.J. Blanco, Rialp, Madrid, 1979, pp.41-42, donde escribe que: «La conciencia propia del hombre no se limita, empero, a asumir su imperfección; se extiende también a la presencia de los demás en nuestra vida. Pero como ya anticipé, esa presencia puede devenir un obstáculo para el desarrollo al que todos, de algún modo, tendemos... Frente a los otros me siento menos fuerte, menos hábil, menos inteligente, etc. Muy a menudo, pues, en la vida cotidiana y en el plano psicológico, el otro aparece como obstáculo..., rival. En esta perspectiva, el pleno desarrollo de la personalidad requerirá, si no la eliminación, sí al menos la subordinación del otro al yo».

La finalidad de la Filosofía del derecho es explicar los caminos hacia el eudemonismo, no hacia el hedonismo. Porque en los «sistemas de ética» omnicomprendivos que se desarrollaron en la Ilustración, que abarcaban la moral, el derecho, la legislación, la política, sus autores situaron como criterio lo que llamaban «útil» para el género humano. Y esta categoría tan *directa* de la utilidad plantearía serios problemas a un jurista.

El tema se sitúa en que no sería correcto hablar de hedonismo ni de mediocridad para referirnos a la filosofía práctica de Aristóteles y Tomás de Aquino. Sí es correcto hacerlo para referirnos a las obras de Helvetius, d'Holbach, etcétera. Porque en la filosofía aristotélica, el saber práctico es *a posteriori*, ya que sigue los vericuetos, las contradicciones y las finalidades de cada «cosa» concreta en sus repercusiones sobre la vida de los hombres. En esta corriente no existiría propiamente una filosofía práctica universal, sino solamente unas observaciones de naturaleza más bien prudencial acerca del talante general de cada hombre para enfrentarse a las cosas diversas. Será inútil que busquemos en la escuela aristotélica un método preciso que nos proporcione la fórmula universal y unitaria para hacer justicia.

Del mismo modo, en la jurisprudencia romanista observamos más bien como una cierta conciencia de que las cosas son tal como se nos presentan, es decir, variadas, múltiples, irreductibles en su multiplicidad. No existe un plano nouménico superior (del tipo de las *teorías* de los ilustrados) que reduzca este abigarramiento a un lenguaje unitario. No existe una sola lógica, sino tantas lógicas como cosas. De ahí la tesis tomista más básica para comenzar el estudio de la justicia: «la razón es medida por las cosas». Es comprensible, en este marco más general, que sean las exigencias reales de cada cosa las que determinen en buena medida la solución justa, no tanto porque constriñan la personalidad humana, como porque posibilitan el desarrollo de tal personalidad. Porque con frecuencia, los aparentes factores condicionantes son, en realidad, más que nada y ante todo, elementos posibilitantes.

Aquí reside una de las inflexiones más importantes que separan la mentalidad prudencial de la sistemática: los *moderni*, lejos de ajustar su razón a la lógica propia de cada cosa, en la que vieron una limitación intolerable, pretendieron hacer una «metafísica del derecho» desde un *principium unicum* (*Metaphysik des Rechtes*, la llamaba Kant), que nivelara en un plano inteligible necesariamente único la complejidad de lo humano. Según las dos grandes tendencias que ha habido históricamente desde este punto de vista, el elemento único que fue considerado consistió en la libertad individual (pensemos en Pufendorf, Gundling o Kant), o bien en la «utilidad»: ahí tenemos a d'Holbach, Helvetius, Hume, etcétera.

La obra de Locke, que quiso poner la filosofía práctica al servicio del mantenimiento y desarrollo de las propiedades existentes, constituyó una vereda que no fue seguida, con esta radicalidad, por casi nadie. La propuesta de Adam Smith, tal como se nos manifiesta en sus *Lecturas sobre ética* (él era profesor de ética) fue mucho más matizada.

Estos filósofos que elaboraron teorías utilitarias para todo el derecho y la ciencia jurídica, olvidaron que la injusticia no suele consistir en no observar directamente las reglas del juego, ni en querer el aprovechamiento propio haciendo daño a los demás, de modo que no podamos elevar nuestra máxima a la categoría de ley. Perdieron de vista que la justicia consiste en tratar a cada cosa según su modo o respecto. Porque la injusticia más generalizada en los Estados democráticos consiste en tratar a la belleza según criterios económicos, o a la santidad según criterios de popularidad, o juzgar la hombría de bien según consideraciones de oportunidad. Olvidaron que no todo es siempre lo mismo.

El problema salta a la vista: quisieron tratar y buscar la libertad directamente. Trataron de diseñar y buscar lo útil de forma también directa. ¿Esto es posible? Siguiendo lo que parece una tendencia irreprimible del género humano, Fernando Vázquez de Menchaca describió la libertad y la utilidad conjuntamente, en 1559, como

«*utile, id quod libet*»⁴⁴, y lo mismo hicieron a su modo los grandes cabezas de fila de las direcciones de la ética y de la Filosofía del derecho modernas, Pufendorf y, tras Helvetius y d'Holbach, Hume y Bentham.

Estos filósofos nos propusieron que consideráramos como bueno o malo en los demás aquellas acciones ajenas «que nos son útiles»⁴⁵. Pero todos captamos que lo que es útil desde un punto de vista (un «respecto» decían los escolásticos, y aún hoy se expresan así los anglosajones) es nocivo desde otro punto de vista: el azúcar es un alimento excelente para la mayoría, pero para algunos enfermos es un veneno. Parece que tenía una razón profunda Wittgenstein cuando escribía que: «En la Lógica no hay nada más general ni nada más especial»⁴⁶.

En la ética aristotélica hay un punto final, la «felicidad». Pero al no poder ser alcanzada sin más, como un simple *terminus ad quem*, nos son necesarias actividades prácticas que aparentemente se presentan como términos *per quos*. Esta terminología es útil en las representaciones de problemas geométricos o técnicos, pero despista en los temas prácticos o humanos. Porque, a diferencia de lo que sucede en un viaje, nuestra vida no tiene un término *ad quem* y un conjunto de tramos intermedios o términos *per quos*.

No podemos distinguir con tanta claridad entre fin último e instrumentos que median. Además, quizá fuera indigno de la vida humana que situáramos su fin fuera de ella misma.

Es posible que aquellos ilustrados, al querer señalar una categoría unitaria y final, fuera la *libertas ad analogiam spatii*, o la «utilidad»,

⁴⁴ **Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres**, Venetiis, 1559, cap. 17 párrafo 3.

⁴⁵ **De l'espirt**. Paris, 1759, p.37.

⁴⁶ «*In der Logik kann es nicht Allgemeineres und Spezielleres geben*» Cfr. «Tractatus logico-philosophicus», en **Wirkausgabe**, vol. 1,1., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, párrafo 5.454.

invirtieran los términos humanos del problema, y por esta razón es mejor llamar hedonismo que no-eudemonismo a sus propuestas. Porque una persona sí puede empeñarse en ganar dinero (la «utilidad») y efectivamente ganarlo. Pero quizá no puede, de esa misma forma, pretender ser libre y serlo.

Y es posible que éste sea el motivo último por el que siempre ha habido y habrá enemistad entre la mentalidad que representan Pufendorf y Bentham, y la realización de los derechos humanos. Porque los intelectuales que se ocupan del derecho tienden a pensar según categorías únicas y pierden de vista esta irreductibilidad de las cosas que nos mueven a los hombres.