

Consenso de los filósofos y libertad personal

Por FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

Universidad de Cádiz

SUMARIO: 1. ENSAYOS ILUSTRADOS.—2. HOY, UN MOMENTO SINCRÉTICO.
3. UNA SOLA RAZÓN, QUE SERÁ PRÁCTICA.—4. LO IMPOSIBLE SIGUE SIENDO
IMPOSIBLE, TAMBIÉN EN LA UNIVERSIDAD ACTUAL.—5. OBSERVACIONES PRO-
PIAS DE UN FILÓSOFO.—6. LOS JURISTAS TAMBIÉN OPINAMOS.—7. EL CON-
SENSO, A RASTRAS DE LOS PROBLEMAS DEL LENGUAJE.—8. ÉTICA DIALÓGICA
Y ÉTICA ÚNICA.

Toda Ética que se precie hoy ha de ser dialógica, esto es, ha de revestir la forma de un diálogo entablado entre dos o más «personas jurídicas»¹. Fue Samuel Pufendorf quien encaminó a la Ética (a la teoría sobre el derecho y la moral) por un camino nuevo hasta entonces, porque él mantuvo que la persona es aquel ser que no reconoce superior² y que goza de una *libertas ad analogiam spatii*³, esto es,

¹ Sobre la noción específicamente moderna de persona, *vid.* mi estudio «La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la persona jurídica», en *Anuario de filosofía del derecho* IV (1987), p. 477-522.

² «Respiciunt illae vel Personae vel Res, et utraque vel proprias vel alienas. Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum). Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda, aut tanquam vis seipsum invitum ad quid adstringendi, sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involuit negationem impedimenti ex alia quadam potestate superiore provinientis». Cfr. *De iure naturae et gentium libri octo*. Francofurti et Lipsiae, 1759, L. I, cap. I, § 19.

³ «Sic v. g. libertas, pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae». *Op. cit.*, L. I, cap. I, § 11.

como de un coto de libertad alrededor suya, que tiende a ser lo mayor posible: Es «velut maxime sui diffusiva»⁴. De acuerdo con este realce de la voluntad personal, las leyes, para ser vinculantes o generar un deber⁵, habían de ser creadas por aquellas mismas personas que resultarían obligadas, esto es, habían de ser autónomas. Éste es el motivo por el que Pufendorf, tras exponer las nociones más generales de su filosofía jurídica, comienza el tratamiento propiamente jurídico hablando, en primer lugar que de los pactos. En un texto especialmente relevante del «De Officio» llega a reconocer que los pactos constituyen la única categoría jurídica⁶, de forma que todo el derecho y ciencia jurídica se reducen al conocimiento de lo pactado⁷.

Todo esto planteaba problemas, incluso en el siglo XVII, porque a nadie se le escapaba que, privada de otra garantía, la minoría quedaba en manos de la mayoría, que podía cometer injusticia con ella. No era pensable recurrir a las garantías propias de las teorías sobre el derecho natural anteriores a la Edad Moderna, que aludían a un orden de bondad dictado por Dios a los hombres, cognoscible bien por la *recta ratio*, bien examinando las inclinaciones naturales del hombre⁸. Pufendorf consumó el proceso de emancipación del hombre frente a Dios escribiendo que si consideramos a la Naturaleza como «contra-

⁴ «Potestas est, qua quis legitime, et cum effectu morali agere potest... Est enim haec qualitas maxime velut diffusiva sui». *Op. cit.*, L. I, cap. I, § 19.

⁵ Pufendorf se mostraba preocupado por la confusión, ya existente en el siglo XVII, entre deber y forzamiento. Él dedicó mucha tinta a distinguir el deber, en sentido propio, de la simple coacción. *Vid. Op. cit.*, L. I, cap. VI, § 10.

⁶ «Ab officiis absolutis ad hypothetica sit velut transitus per pacta intermedia, quippe cum omnia officia, praeter iam enumerata, pactum expressum aut tacitum videantur praesupponere. Igitur hoc loco agendum erit de natura pactorum, et quid illa ineuntibus observandum sit. Fuisse autem necessarium pacta inter homines ininvicem, satis manifestum est. Quanquam enim officia humanitatis late sese per vitam humanam diffundant, haud quidquam tamen ex eo solo fonte deduci omnia possunt, quae hominibus ab se invicem utiliter percipere licebat. Nam neque quibus ea est ingenii bonitas, ut omnia quibus aliis prodesse possunt, ex sola humanitate velint praestare citra explorata spem paria recipiendi... "Acaba concluyendo que": necessum fuit homines ipsos inter se convenire super eiusmodi rebus invicem praestantis, quae ex sola humanitatis lege certe invicem polliceri ab aliis non poterant». Cfr. *De Officio hominis et civis, secundum legem naturalem libri duo*. Trajecti ad Rhenum. 1728, L. I, cap. IX, § 1. Esos «oficios absolutos» a los que dice haberse ya referido no son más que la exigencia de igualdad y el tratamiento más filosófico acerca de la utilidad del derecho natural, la naturaleza de la ley, etc.

⁷ *Vid.* mi estudio «Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del derecho natural», en *Persona y derecho*, 12 (1985), pp. 79-85.

⁸ Tomás de Aquino fundamentó las exigencias del derecho natural en «el orden de las inclinaciones naturales del hombre». En la *Suma teológica* I-II, q. 94, art. 2, resp. escribe: «Quia vero bonum habet rationem finis, malum autem rationem contrarii, inde est quod omnia illa ad quae homo habet naturalem inclinationem, ratio naturalis apprehendit ut bona, et per consequens ut opere prosequenda, et contraria eorum ut mala et vitanda. Secundum igitur ordinem inclinationum naturalium, est ordo praeceptorum legis naturae». Un estudio más contextualizado, en mi *Historia breve del derecho natural*. Colex. Madrid, 2000, pp. 35-94.

distinta» (¿?) de Dios, la Naturaleza no nos impone ninguna obligación ni crea derechos para nosotros⁹. Por este motivo, él no aludió a las facultades morales que naturalmente corresponderían a los hombres, pues facultad hace referencia a una norma previa que crea tal poder, y tal norma sería la Naturaleza. Siguiendo las sugerencias de Suárez¹⁰ y, sobre todo, de Grocio, habló de una *qualitas moralis*, una cualidad moral que corresponde a cada individuo, sin más explicación¹¹. Es decir, el pensador alemán postuló la «libertad natural» de todos los seres humanos, pero no encontró ningún camino intelectual que le llevara a un sistema de contrapesos y garantías que impidiera (académicamente) que la mayor parte desconociera la igual libertad de las minorías. Por esta razón, Emerico de Vattel escribía algo más tarde que: «Cada ciudadano, al formar la sociedad se ha comprometido a procurar el bien, la tranquilidad y la seguridad de los demás. Por ello, si la parte más numerosa comienza a oprimir y a destruir a la más débil, viola sus compromisos y, de forma consecuente, la otra parte queda libre de los suyos»¹². Pero una forma tal de pensar suponía incurrir en una falta completa de seguridad política, que ya había denunciado Hobbes. Era preciso encontrar una forma de convivencia que llevara en sí las garantías perpetuas de su propia justicia.

1. ENSAYOS ILUSTRADOS

Fue Rousseau quien intentó esta última empresa. Realistamente, él reconoció que la mayoría puede decidir mal, porque los votos –por el motivo que sea– estén vendidos. A esta voluntad mayoritaria o simplemente empírica que resulta de las votaciones, la llamó voluntad de todos, *volonté de tous*. No reconoció ningún valor ético especial al

⁹ «Sed si per naturam intelligamur universitas rerum creaturarum, Deo contra-distincta, tunc negamus, potentiam naturae esse ipsius Dei potentiam, et illam cum hac eaque late patere... Sed et propria naturaliter determinatae illae res sunt, agentibus liberis contradistinctae; eoque homines circa actiones, quarum directio penas ipsos est, non a natura, sed a lege ad certi quid determinata sunt; et inde non statim illis ius ad agendum competit, quod intra vires naturae ipsorum est». Cfr. *De iure naturae...*, cit., L. II, cap. 2, § 2.

¹⁰ Francisco Suárez había escrito a comienzos de siglo, que: «Quod licet proprietates physicae manantes a natura, soleant esse immutabiles naturaliter; nihilominus de proprietates quasi morales, quae sunt veluti dominia, seu iura». Cfr. *Tractatus de Legibus, ac Deo legislatore*. Reproducción del IEP, Madrid, 1967, L. III, cap. 3, § 6.

¹¹ Sobre este tema, *vid.* el estudio de J. J. MEGÍAS, «De la facultad moral a la cualidad moral», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, IX (1992), p. 325-349.

¹² «Chaque citoyen, en formant la société, s'est engagé... 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 du Droit de la Nature de M. le Baron de Wolf*. Berne, 1742, p. 348.

resultado de tales votaciones¹³. Su problema, tal como él lo planteó, estribaba en encontrar una forma de asociación que, por el simple hecho de ser como era, produjera una voluntad siempre justa. Esto es, propuso un régimen político que decidiera mediante votaciones sobre las cuestiones fundamentales, aunque reconocía que el resultado de las votaciones no lleva en sí mismo los criterios de su propia corrección.

¿Había llegado a un punto muerto? Juan Jacobo Rousseau poseyó grandes dotes literarias, y por esta vía escapó a las acusaciones más obvias. Su salida fue idear una voluntad general distinta a la simplemente mayoritaria, a la que llamó *volonté générale*, que siempre es justa y recta¹⁴, que en cierto modo ya preexiste a las votaciones, de forma que, mediante estas últimas, no se la crea sino que únicamente se la desvela. Rousseau se apoyó concienzudamente en el prestigio que la expresión «volonté générale» poseía en los círculos que él frecuentaba en París, y por este simple hecho ya tenía mucho ganado ante el gran público. Pero el problema realmente decisivo desde su planteamiento político, que era el de discernir la justicia de la voluntad mayoritaria, quedó sin respuesta¹⁵. Cualquier lector puede observar su recurso literario: A partir del libro II, capítulo VI, de su «Du contrat social», el ginebrino dejó de aludir ya a la simple «volonté de tous», y siempre que habla de la voluntad social la convierte en *volonté générale*. Así produjo la impresión de que cualquier manifestación de las votaciones creaba una verdadera voluntad normativa según los presupuestos que él mismo había diseñado.

El problema de la contraposición entre idealidad y realidad siguió persistiendo en el siglo XVIII. Kant, preocupado por las consecuencias políticas y humanas del utilitarismo inglés y de las soluciones de las del tipo de las de Rousseau, que llevaban hacia un poder totalitario, proclamó la heteronomía del orden moral y jurídico. El ordenamiento moral sería como ese firmamento de estrellas, que él observaba sobre su cabeza, ya perfectamente constituido. Lo mismo sucedía con las leyes políticas ya existentes, a las que había que obedecer en cualquier caso¹⁶. Pero el universo moral presentaba una dimensión propia suya: Las normas morales habían de ser cumplidas por sí mismas (aus Achtung), no por las ventajas que proporcionara su cumplimiento. La

¹³ Explica esta faceta de la «volonté de tous» en el *Du contrat social ou principes du droit politique*. Gallimard. Paris, 1964, L. II, cap. III, p. 380.

¹⁴ *Op. cit.*, L. II, cap. III, p. 371, de esta edición.

¹⁵ Harold Laski observaba que esta solución de Rousseau era sólo una evasión del problema: «but when he was confronted with the problem of an institutional expression for that insight, his solution was, in fact, an evasion of it». *A Grammar of Politics*. Routledge. London-New York, 4.^a ed., 1941, p. 15.

¹⁶ Trató este tema ampliamente en la *Rechtslehre* que apareció en 1796, como segunda parte de la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, especialmente a partir del § que tituló «Observaciones generales sobre los efectos jurídicos que resultan de la naturaleza de la asociación civil». En la edición castellana de Arnaldo Córdova (UNAM, 1978), pp. 149 y ss.

moral era, pues, radicalmente autónoma, porque cada sujeto, para obrar con relevancia moral, necesitaba asumir personalmente, o admitir interiormente, las normas morales que había de cumplir: Nunca en la historia de las ideas éticas se había exigido tanto. Se opuso así al eudemonismo usual de la mayor parte de los iusnaturalistas del siglo XVIII (que se disolvía en consecuencialismos fáciles), y recabó la indefinible noción del deber como el eje imprescindible de la moral. Pero al establecer categóricamente la exigencia del deber expulsó al derecho del campo de la Ética, porque la moral era ante todo el terreno del deber, y esta categoría del deber no era –según él– propia de lo jurídico. El motivo para el seguimiento de la moral (*Befolgungsmodus*) sería la conciencia del deber, y el del derecho, la *Zwang*, la coercibilidad¹⁷. El derecho, al ser obedecido por miedo a la sanción que se derivaría de su incumplimiento y no por conciencia del deber, seguiría en la dimensión del *Sinnenwelt* o mundo de lo natural, el de las simples pasiones humanas no mediadas necesariamente por la Ética. Gerhard Dulckeit reparó hace años en esta expulsión del derecho del campo moral y en la consiguiente irrelevancia ética o moral de las manifestaciones de la vida jurídica¹⁸.

2. HOY, UN MOMENTO SINCRÉTICO

Nuestra filosofía práctica más reciente no cree en un orden nouménico, como el kantiano, que nos enseñe la verdad práctica de una vez por todas. Ha asumido la exigencia de historicidad de los contenidos éticos y aspira a un diálogo progresivo en la historia que elimine las posibilidades de prepotencia. Porque la exigencia más típica de este diálogo sería la simetría de las partes dialogantes. Nuestros filósofos siguen un camino que simultáneamente es moderno, como el de Pufendorf, pero también ilustrado, como el de Kant. A diferencia de Pufendorf, que no pudo establecer garantías de justicia en la conclusiones de los acuerdos, y a diferencia de Kant, que entendió que la verdad práctica ya está dada en el mundo trascendental y nouménico del que participamos todos, nuestra filosofía más actual quiere la variabilidad histórica que hizo posible Pufendorf, pero con las garantías objetivas que añadió Kant.

¹⁷ Sobre la falta de valor ético del derecho en la Ilustración, *vid.* mi estudio «Deber y Fuerza: la Modernidad y el tema del deber jurídico», en *Obligatoriedad y derecho. XII Jornadas de filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, 1991, pp. 151-182.

¹⁸ *Vid.* *Naturrecht und positives Recht bei Kant*. Reproducción de Scientia (Aalen) de la edición de Leipzig de 1932. Este problema, y otros que plantea la doctrina kantiana sobre el derecho positivo ya habían sido denunciados lúcidamente antes, entre otros, por Friedrich FISCHER en *Ueber den gegenwärtigen Stand des Naturrechts*. Basel, 1837, pp. 12-13.

Normalmente, esta nueva filosofía parte desde un interés que sea generalizable, lo que no deja de constituir un punto de partida interesante, y discutible¹⁹. Porque estos filósofos entienden que cualquier interés puede ser generalizado de hecho jurídicamente, y esto abre la puerta a la prepotencia –lo que es rigurosamente cierto–. Para referirse a este hecho Habermas –en quien ejemplifico esta tendencia universitaria– suele usar una fraseología impresionante, en éste como en los otros puntos que él trata, y habla de una constelación de intereses fácticos, de un plexo de poder, etc., que nos transmite la historia. Este problema le interesó especialmente cuando polemizó con Gadamer, a finales de los años ‘60 y comienzos de los ‘70, y quiso mostrar que las relaciones de poder transmitidas por la tradición no llevan en sí la garantía de su humanidad. Luego el círculo hermeneútico que propone Gadamer no puede funcionar a modo de esquema heurístico que filtre necesariamente nuestra percepción (actual) del valor. Si acaso, hay que precaverse contra la tradición. Algo parecido vivencia Rawls, y de ahí su empeño en sentar las bases de una sociedad bien ordenada, partiendo *ex novo* en sus consideraciones.

Son necesarios, pues, unos factores que simultáneamente purifiquen la cultura transmitida y creen otra, en cambio continuo, pero excluyendo la prepotencia. Obviamente, nos proponen una ética procedimental. Como la exigencia de asumir la historicidad les hace imposible mantener la permanencia de las normas concretas, el elemento absoluto pasa desde los contenidos concretos al procedimiento general y unitario. Notemos que la exigencia de objetividad (por llamarla así) sigue igualmente presente, con la única diferencia que ahora se ha desplazado al procedimiento que ha de seguir el diálogo. Por esta razón hablan de las reglas de un diálogo racional. Parece que el espíritu filosófico de la Edad Contemporánea es más proclive a creer en las objetividades de un procedimiento que no en el de unas normas o principios concretos²⁰. Porque la fe filosófica de que habla-

¹⁹ La doctrina sobre los intereses conductores del conocimiento humano está presente en muchas obras de Habermas. Por citar las simplemente las más representativas, *vid.*, por ejemplo, *Erkenntnis und Interesse*. Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1973, y *Theorie und Praxis*. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1971. Más temáticamente, en polémica con LUHMANN, en *Vorbereitende zur eine Theorie der kommunikativen Kompetenz*, en HABERMAS-LUHMANN, «Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leitet die Systemforschung?». Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1971, pp. 101-141.

²⁰ Es un hecho notable comprobar cómo se ha desplazado el acento de la credulidad. Desde la Edad Moderna no admitimos la objetividad de los principios morales generales (como el que prohíbe abusar de las mujeres), pero admitimos sin reservas críticas la posibilidad de una «teoría» procedimental que sí tiene valor objetivamente vinculante. Naturalmente, los estudiosos discrepan entre ellos, porque cada cual propone una teoría distinta (de hecho, cada Feria del Libro nos trae una nueva teoría sobre la razón práctica), pero lo que no falla es la fe en la posibilidad de un cauce procedimental de valor objetivo.

Parece un intento discutible para la ciencia jurídica porque ya W. E. Hearn advertía (razonando como jurista) que la ciencia usual del derecho estaba realizada muy

ba Kant ha creado todo un estilo (ajeno al propio Kant) que entiende que puesto que no existen substancias ni cosas en sí mismas, y si existen no podemos conocerlas²¹, hay que abandonarse a esa corriente o flujo que sería la razón pura, movida siempre por los intereses de la razón²², en la que no existen ideas sino sólo su uso²³, que hace que la razón misma no exista en sí misma, sino únicamente en tanto que instrumento de unos «intereses superiores»²⁴. La idea tradicional de la razón como un potencia ya existente (*Vermögen*) se desvaneció en la filosofía ilustrada alemana, y este desvanecimiento llega hasta hoy bajo la forma de una alegre desenvoltura, prácticamente metafísica, que hace posible que cada pensador proponga el esquema utópico que se le ocurra. Porque, según Kant, la razón no existe desde el punto de vista teórico, como tampoco existen así las ideas: Su existencia es cuestión práctica²⁵.

Sería difícil aseverar hasta qué punto la verdad moral es, según Kant, independiente del proceso por el que llegamos a ella. Su intención personal era clara; pero la dinámica propia del estilo filosófico que él puso en marcha era otra. Si seguimos algo unilateralmente, algunos de los nervios claros de su obra, el aparentemente severo pensador prusiano vino a proponernos que sólo existe una sola razón, la racionalidad práctica, puesto que el uso de la razón sólo puede ser práctico, y la filosofía ética que arrancó de la Modernidad se ancló en

unilateralmente, según el método de los economistas, que aislaban un solo rasgo de la conducta humana a fin de poseer un *corpus* de nociones que pudieran manejar con facilidad. Vid. *The theory of legal duties and rights: an introduction to Analytical Jurisprudence*. Melbourne-London, 1883, p. 2. Lord Kames, en uno de los mejores estudios ético-jurídicos del siglo XVIII, apostillaba que «So various is human nature, and so complicating its actions powers, that it is not readily to be taken in at one view». Cfr. *Essays on the principles of morality and natural Religion*. London, 1758. Reprod. de G. Olms (Hildesheim), 1976, p. 10.

²¹ La razón de este hecho la expone claramente MASSINI: «El primero de los caracteres de la actual conceptualización de la justicia consiste en la negación radical de todo bien común a los miembros de la sociedad, desde el cual deban basarse las exigencias de la justicia; y no sólo no existe, desde esta perspectiva, ningún bien común objetivo, sino que los bienes que persiguen de hecho los hombres son meramente empíricos, particulares e inconmensurables, razón por la cual, si se estableciera como obligatoria la prosecución de un bien cualquiera, se estaría imponiendo a un sujeto un bien que no es el suyo, sino el escogido o elegido por otro sujeto diferente... Esto significa que las exigencias de la justicia no habrán de fundamentarse en ciertos bienes humanos básicos, o en una idea de la perfección humana en sociedad, o en un bien común que se participe por todos, sino más bien en principios que aseguren la posibilidad de que cada uno pueda lograr los objetivos que libremente se ha propuesto; es evidente que estos principios habrán de encontrarse en un nivel deónticamente superior al de cualquier bien subjetivo». Cfr. «De las estructuras justas a la virtud de la justicia», en «*Philosophica*» (Valparaíso, Chile), 16 (1993), p. 178.

²² Así lo explica KANT en *Crítica de la razón pura*. Trad. de P. Ribas. Alfaguara. Madrid, 1988, A 357 y A 359.

²³ Vid. *Crítica de la razón pura*, ed. cit., A 666.

²⁴ *Crítica de la razón pura*, ed. cit., A 643

²⁵ Vid. *Crítica de la razón pura*, ed. cit., A 797-798, entre otros lugares.

esta tesis. Y, a falta de una vertiente teórica que posibilite, concretando, el esfuerzo universitario, se despliega mucho más ampliamente que una imaginación faústica, y todo parece posible si es debidamente argumentado. Consecuencias de haber prescindido de esa *theoria* que nos indica intuitivamente que está mal mentir o robar.

Añadiría, aunque esto suponga embarullar el orden de la exposición, que parece que hay una confusión en el uso del término interés. Kant usó la palabra interés para referirse a los motores o muelles de la razón pura, trascendental, que cumplían la función de provocar el movimiento perpetuo en el Olimpo de la Racionalidad. Obviamente, esos intereses nouménicos nada tenían que ver con los intereses materialistas o eudemonistas propios de la filosofía ilustrada, contra los que el de Königsberg reaccionó. Sin embargo, Jhering volvió a situar los intereses reconocibles empíricamente en el primer plano de la consideración jurídica, y a partir de entonces la universidad alemana confundió unos y otros intereses, creando un *mixtum compositum* algo extraño, que se expresó en unos «intereses» del tipo de los de Thomasius o Jhering pero participando del carácter trascendental o nouménico kantiano. Y, en sede de jurista, que no de filósofo, me parece que han creado un híbrido extraño que hubiera horrorizado a Kant y a Jhering. Porque si Kant rechazó los intereses personales en nombre de la pura objetividad del deber, Jhering entendió que los contenidos de todo sistema normativo son simplemente culturales e históricos²⁶.

3. UNA SOLA RAZÓN, QUE SERÁ PRÁCTICA

En la reacción antiempirista que acaeció en el siglo XX, el péndulo que guiaba los nervios de la filosofía se ha desplazado de un lado a otro, y si los diversos empirismos negaron la posibilidad de cualquier filosofía práctica, la reacción contraria niega la escisión de la filosofía en teórica y práctica y quiere que sólo haya una sola consideración filosófica unitaria, aunque preferentemente práctica²⁷. Actualmente estamos ante otra variante de la filosofía constructivista, que crea su objeto de estudio (en este caso, el hombre) al mismo tiempo que lo conoce.

La filosofía dialéctica alemana ha visto, y ha insistido especialmente, en la distinción entre filosofía teórica y práctica como una grieta abierta en el mundo humano desde el siglo XVIII. La falta de humanidad que se dejó sentir en la Segunda Guerra Mundial y en el

²⁶ Vid. «Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik», en *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft* (Schmoller's Jahrbücher) 6. Jahrgang, 1882, Erstes Heft.

²⁷ Sobre este problema a lo largo del siglo XX, vid. el estudio de Daniel INNERARITY, *Praxis e intersubjetividad. La teoría crítica de Jürgen Habermas*. EUNSA. Pamplona, 1985, pp. 17-104.

desarrollo del capitalismo sería una consecuencia –mantienen los frankfurtianos– de esta división de la filosofía. Porque ellos entienden que cuando la *theoria* sólo muestra «lo que es», sin ninguna pretensión normativa, la *praxis* humana queda desprovista de puntos de referencia objetivos para su actuación. Y como el ser humano no puede quedar a merced de los distintos puntos de vista de los parlantes en un diálogo inconmensurable, es necesario proceder a señalar un cauce necesario del diálogo que elimine las posibilidades de un desvío inhumano. De este modo, la filosofía práctica contemporánea (pensemos en autores tan distintos como Apel, Habermas o Rawls) quiere erigirse en la locomotora del cambio filosófico, como ya hiciera en la Modernidad –aunque aquella vez equivocadamente, según ellos–.

4. LO IMPOSIBLE SIGUE SIENDO IMPOSIBLE, TAMBIÉN EN LA UNIVERSIDAD ACTUAL

Tenemos históricamente dos polos entre los que ha girado, entrapada, la espina dorsal de la Ética moderna: la exigencia a priori de que los hombres se den a sí mismos sus propios ordenamientos normativos, y la demanda de una racionalidad pura que garantice la justicia de las decisiones que tomamos históricamente los hombres autónomos. Todos desconfían de los pactos efectivamente concluidos en la historia, porque especialmente tras la crítica de Habermas a Gadamer, nuestra universidad se ha vuelto consciente de que todo pacto, en principio, no es más que un ejercicio de fuerza, en el que gana el más fuerte. Por este motivo, a la exigencia del diálogo hemos unido un adjetivo que, aunque reviste diversas formas, pueden quedar resumidas en una: el consenso ideal. Curiosamente, el empirista siglo XX se ha atrevido a usar un rótulo que hubiera sido impensable en el fenomenismo sensista del siglo XVIII.

Quisiera centrarme en un tema. Unas veces podemos plantearnos si es posible una cosa, y otras si esa cosa es lícita. En la técnica resulta patente que muchas cosas no son posibles, pero en el campo de las Humanidades parece dominar un modo de pensar difuminado que entiende que todo es posible y que las únicas limitaciones a esta posibilidad en general son aquellas que provienen de la coherencia con la propia forma de entender las cosas. No quiero referirme ahora a problemas humanos, sino a las posibilidades de lo real, no siempre masa dúctil para los universitarios, como la plastilina en manos de los escolares. Veamos: la lengua alemana posee dos verbos para indicar estas distintas opciones. Uno es el verbo *können*, que mienta el poder hacer algo física o realmente. Otro es el verbo *dürfen*, que significa si es lícito o no hacer una cosa. Así, si alguien pregunta si puede pescar en un río, no usará el *können* (puede pescar todo el que tenga los avíos suficientes), sino el *dürfen*: «Darf ich angeln?», que vendría a ser:

«¿Puedo pescar?». Quiero desechar esta segunda posibilidad, para quedarnos sólo con la primera, la que expresa el poder ser. Porque puede que suceda que los hombres no somos tan autoplásticos que podamos consumir todo tipo de cambios con nosotros mismos, y que los intentos de autopoiesis tengan un límite necesario. Y como no siempre podemos todo, ni aun con la voluntad mejor imaginable, procede hacer algunas digresiones para situarnos al compás de lo real. Una observación necesaria: este sector de la filosofía práctica actual se presenta, desde sus bases epistemológicas, como deliberadamente modesto. Porque reconoce que estamos viviendo ya un período individualista, egoísta, y toda teoría ética –si quiere servir de algo– habría de arrancar desde cómo son los individuos de hoy: no tiene ya sentido remontarse a nociones de tiempos pretéritos, tales como las del bien común o algunas de las exigencias objetivas de la moral. Echan de menos los tiempos pasados, en los que los hombres poseían mayor capacidad para la sensibilidad y la sensualidad, pero quieren formalizar la derrota de las ilusiones del género humano: hoy, una teoría ética sólo puede consistir en cómo hacer posible académicamente la igualdad entre individuos egoístas interesados en promocionar sus propios intereses.

5. OBSERVACIONES PROPIAS DE UN FILÓSOFO

Si fuera un filósofo diría que no veo claro el estatuto epistemológico en el que se quieren mover estas teorías éticas del tipo de las aludidas. Kant, gran metafísico, postuló la existencia de un universo inteligible que, guiado por algunas leyes fundamentales de la termodinámica y por el *horror vacui*²⁸, encontraba en sí mismo los resortes para ponerse en movimiento y rellenar las lagunas que dejaba abiertas el mundo humano empírico. No es el momento de discutir con Immanuel Kant: sólo de señalar que él postuló un universo inteligible, diseñado a la medida de sus pretensiones, en el que eran posibles sus consideraciones abstractas. El problema está en que la filosofía del siglo XX, influida por el empirismo, sólo cree (un postulado inamovible) en el lenguaje. Queda excluida cualquier esfera inteligible, así como todo dato real que nos proporcione la evidencia de los sentidos. Eliminadas estas dos posibilidades en filosofía, es el momento de preguntarnos por la «sede» de esos intereses emancipadores que deberían guiar el diálogo permanente que sería la vida de los hombres²⁹.

Ruego se me permita una digresión que parece romper el orden expositivo, y que consistiría en lo siguiente: Siempre se puede decir

²⁸ Vid. mi estudio *Las canas de Kant*, ya citado.

²⁹ Una respuesta juiciosa a este problema en M. BEUCHOT, en *derechos humanos y naturaleza humana*. UNAM. México, 2000, pp. 11-75.

que de nada sirven las objeciones que más que captar la lógica de la vida humana, se dejan guiar por reparos excesivamente racionalistas; y que indicar que la filosofía del habla racional incurre en contradicciones lógicas supone una actitud desdeñable para un espíritu abierto. Porque estos autores no pretenden tanto establecer exigencias basadas en el eterno orden del ser como proponer una demostración de carácter circular e hipotético, tal como ellos mismos indican, pero que es la única posible en clave genealógica contemporánea³⁰. Desde luego, en esta nueva filosofía existe un talante humanista que justifica sus pretensiones últimas. Para aceptarla bastaría la anchura de espíritu de quien entiende, como advierte Kant, que en estos asuntos fundamentales «lo que se encuentra en juego no es la cosa, sino el tono»³¹. Efectivamente, cualquier persona con sensibilidad es hoy partidaria del talante que hizo posibles los mitos griegos. Porque por poco oficio que tengamos en estos quehaceres académicos, pronto captamos que las realidades humanas fundamentales se dejan explicar mejor según el estilo mítico que no con razonamientos que pretendan ser exactos: la sequedad de cualquier argumentación se muestra pronto insuficiente e inadecuada ante la vivacidad y la complejidad de la vida del hombre. Y, argumentando estrictamente conseguimos muy poco. Más vale la anchura de espíritu, aunque en ella haya que renunciar a la exigencia de la certeza que nos proporcionaría el rigor. Porque a fin de cuentas, poco perdemos: el rigor no nos lleva siempre a la exactitud. Y podríamos establecer un paralelismo con el arte, porque explica Marina que «La teoría del ingenio proporciona la respuesta: si el arte consigue fundarse sobre la libertad, la realidad se convierte en pretexto para la aparición de la forma desvinculada»³². El mito sería, así, un tipo de forma desvinculada que se justifica por su eficacia.

Pero el talante humanista puede ser alcanzado por distintos caminos, y es preferible transitar por el que menos nos hipoteque. La hipoteca más cercana a la que quiero referirme ahora sería ésta: dado que ya no existe en la nueva filosofía la posibilidad de recurrir al *homo noumenon* kantiano, quedan vedados los intereses emancipatorios que se situarían en el universo trascendental *à la Kant*. Ante este problema, Habermas o Rawls han decidido recurrir al ingenio, y el alemán ha lanzado una nueva versión de la forma desvinculada a que aludía Marina. En su rechazo simultáneo de lo trascendental y de lo empírico, Habermas ha seguido rigurosamente una *via media* y declaró, sin

³⁰ Vid., por ejemplo, Carlos-Ignacio MASSINI, «Derechos humanos “débiles” y derechos humanos “absolutos”», en *O Direito*, 123 (1991), pp. 26-27.

³¹ «Lo que en este caso se halla en disputa no es la cosa, sino el tono. En efecto, aunque hayáis tenido que abandonar el lenguaje del saber, os quedan recursos suficientes para hablar, ante la razón más rigurosa, el lenguaje legítimo de una creencia firme». Cfr. *Crítica de la razón pura*, cit., A 744.

³² J. A. MARINA, *Elogio y refutación del ingenio*. Círculo de Lectores. Barcelona, 1992, p. 148.

más complejos, que tales intereses no pueden ser ni nouménicos ni empíricos, sino que son «cuasi-trascendentales»³³, que sería lo mismo que decir que son cuasi-empíricos o prácticamente colorados. Y esto plantea algunos problemas, porque nadie puede ver muy claro cómo una filosofía que se sitúa exclusivamente en el lenguaje, ha de admitir necesariamente unos factores que trascienden al lenguaje mismo, aunque Habermas establezca, para poder seguir hablando él, que esos factores no son trascendentales, sino «casi». Entra la tentación de pensar como Hegel, quien escribía que «Semejante palabrería desprovista de la idea de la filosofía, debido a su prolijidad y a su propia petulancia adquiere una suerte de autoridad, en parte porque parece increíble que pueda haber tantas cáscaras sin nuez, en parte porque la vanidad posee una especie de inteligibilidad universal»³⁴.

No sé si suscribir la dureza de estas líneas. Pero sí es cierto que esta falta de coherencia parece poco seria. Porque no es cuestión de ser coherente hasta el final, planteando por ello unos problemas difíciles desde un punto de vista estrictamente racionalista –los más básicos de la epistemología de Hume– y en el momento de resolver esos problemas, romper la coherencia racionalista para estar en condiciones de seguir adelante con el propio discurso.

Kant, preocupado por la Ética, pero consciente de que no podía proponer ninguna respuesta válida para ella sin explicar antes el estatuto epistemológico de la geometría y de las matemáticas, dividió la *Crítica de la razón pura* en tres partes. En la primera incluyó la Estética y la Analítica trascendentales, que no son más que el estudio de las sensaciones, esto es, de la evidencia que nos proporcionan los sentidos. Estas evidencias suministran un conocimiento válido intersubjetivamente gracias a las categorías a priori del Entendimiento (Verstand) humano. Esto es, las categorías de ángulo, línea recta o líneas paralelas no las proporciona la naturaleza, ni tampoco una deducción sintetizadora que proceda desde los datos sensoriales observados, sino que constituyen categorías puras a priori, que el género humano aporta en su matrimonio con el mundo. Lo mismo sucede con las categorías de simultaneidad o causalidad. Esto implica que cuando hablamos de una alberca que tiene forma rectangular, estamos usando «los dos grandes artesanos de la razón», a saber, la filosofía (que nos hace dis-

³³ Ciertamente, la filosofía moderna fue pronto consciente de la mediación que los sentidos imponen entre los hombres y la realidad. Sin necesidad de recurrir a Descartes, *vid.*, por ejemplo, a Joseph GLANVILL, *Essays on several important Subjects in Philosophy and Religion*. London, 1675, Essay I, p. 5. Pero la observación del siempre tranquilo sir James Harrington parece más puesta en razón: «That which I would infer from all this, that the generality of speculative men, for the part guiding their understanding by those notions which they find in books, fall not seldom by this means into considerable errors». Cfr. *The Oceana and other Works*. London, 1771, p. 5.

³⁴ *Vid. Sobre la esencia de la filosofía en general, con especial referencia a su relación con el estado de la filosofía*. Trad. de Dalmacio Negro. C.E.C. Madrid, 1980, p. 11.

tinguir una alberca) y las matemáticas, que nos aportan la forma de la alberca y su propio concepto, porque mientras que la filosofía funciona mediante síntesis de conceptos (la síntesis trascendental que combina los datos sensoriales con la categoría de rectángulo), la matemática o geometría opera mediante la construcción de los conceptos, porque las nociones de rectángulo, etc., son construidas por el Entendimiento humano. El hombre, desde el punto de vista de las matemáticas o la geometría (Kant no quiere distinguir entre conocimiento geométrico y conocimiento matemático en la tercera parte de su *Crítica*, que trata del Método Trascendental), se encierra en un universo simbólico que es suyo, y que no comparte con nadie. Lo que sean los «fenómenos» por sí mismos (los datos que nos proporcionan los sentidos al margen de las categorías que permiten agruparlos en el Entendimiento) es algo que no podemos saber, porque los seres humanos ya conocemos una vez que se ha producido la síntesis trascendental de los fenómenos con las categorías puras a priori.

Dicho sea de paso, no deja de llamar la atención que Kant hable con tanto desparpajo de las categorías puras a priori del Entendimiento y no se atreva a hacer lo mismo con los fenómenos puros a priori de la sensibilidad, porque en ese matrimonio que es la síntesis trascendental que opera cada sujeto hay un marido y una mujer, y Kant concede su atención a una sola de las partes, y de la otra solamente se atreve a decir que es incognoscible por sí sola³⁵. Quizá el hecho de que su *Crítica de la razón pura* sea ante todo una reacción contra Hume explique la unilateralidad de su explicación, centrada ante todo en la explicación de la relativa objetividad de las formas puras que usamos cotidianamente. Pero la explicación de Kant vale para las matemáticas y la geometría, y está concebida para estos saberes, por lo que es lícito que nos preguntemos si también en el caso del derecho y de la justicia hemos de recurrir a ese universo categorial a priori. Kant se plantea él mismo, de forma expresa, este problema, y responde que «El concepto de *derecho*, del que el entendimiento sano hace uso, contiene indudablemente todo lo que la especulación más sutil es capaz de desarrollar a partir de él, pero en el uso común y práctico no se tiene conciencia de las diversas representaciones incluidas en este pensamiento. Por ello no puede decirse que el concepto común sea sensible ni que contenga un mero fenómeno, ya que el derecho no puede manifestarse, sino que tenemos su concepto en el entendimiento y representa una propiedad (la propiedad moral) de las acciones, una propiedad que pertenece a éstas en sí mismas. Por el contrario, la

³⁵ Siempre cabe preguntarse por qué los fenómenos se agrupan en torno a una categoría y no en torno a otra. Esto es, si vemos una alberca de forma rectangular, por qué decimos que la alberca es rectangular y no, por ejemplo, las mesas que hay en torno a ella. En los momentos decisivos de la Estética y de la Analítica trascendental, Kant, de forma inconsecuente, hace pivotar la respuesta a esta pregunta sobre la fuerza de los fenómenos para agruparse por ellos mismos.

representación de un *cuerpo* en la intuición no contiene absolutamente nada que pueda pertenecer a un objeto en sí mismo, sino simplemente el fenómeno de algo y el modo según el cual ese algo nos afecta. Esta receptividad de nuestra facultad cognoscitiva se llama sensibilidad y es completamente distinta del conocimiento del objeto en sí mismo»³⁶. A la vista de esta declaración, observe el lector lo que podemos pensar de esos tratados de filosofía del derecho, derechos humanos, etc., que comienzan indicando que «tras la crítica kantiana a la noción de la cosa en sí...».

6. LOS JURISTAS TAMBIÉN OPINAMOS

Los que trabajamos en el derecho no nos complicamos la vida con teorías epistemológicas antiguas o modernas. No nos preocupamos gran cosa por establecer si todo lo que existe ha de ser así necesariamente, como afirmaron Gabriel Vázquez, Molina, Suárez, Grocio, Leibniz o Wolff³⁷, o si es en su mayor parte producto contingente de la voluntad divina, como mantuvieron a su modo Duns Escoto o Guillermo de Occam, o si el nominalismo ha de ser completo, como quiso Hobbes y, tras él, los filósofos fenomenistas de la Ilustración. Tampoco ponemos nuestra esperanza en jergas intersubjetivamente comunicables que son tales porque tienen en cuenta una sola faceta de la realidad. Sucede que nosotros entendemos que, simplemente, las cosas están ahí, y cometeríamos un serio error si aplicáramos a la usucapión de una servidumbre principios propios del derecho de sucesiones.

Esto es, los juristas siempre han intuido que no basta con hablar, sino que hay que hablar *sobre* algo, de forma que los modos de ser de eso sobre lo que hablamos condicionan y simultáneamente posibilitan su discurso. Que el lenguaje jurídico ha de ser *Sachhaltiges*, como suele expresarse Arthur Kaufmann³⁸, y no únicamente con exigencias formales-universales de procedimiento. Y en todo esto juega una función decisiva la inducción. Porque los del derecho entienden que si es un error aplicar los principios fundamentales del derecho penal al matrimonio, este hecho se debe no a que los dialogantes hayan convenido expresa o tácitamente en eso siguiendo unas reglas determinadas, sino a que las cosas ante el derecho presentan exigencias propias, a pesar de los cambios jurídicos en la historia³⁹. Porque por mucho que cambie históricamente el contexto de precomprensión del derecho,

³⁶ *Crítica de la razón pura*, ed. cit., A 43-44.

³⁷ Sobre estos autores desde este punto de vista, *vid.* mi estudio *Historia breve del derecho natural*, cit., pp. 122-144 y 188-199.

³⁸ *Vid.* por ejemplo, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 5.^a edición. C. F. Müller (UTB). Heidelberg, 1989, p. 137.

³⁹ Pedro Serna explica que «predicar la historicidad de un concepto cualquiera significa concebirlo como una realidad sometida a cambios históricos, pero la des-

siempre habrá cosas que no podrá hacer o decir el jurista —o que habrá de hacer necesariamente—.

Los filósofos que siguen la filosofía analítica más extrema explican que existen universales implícitos en el lenguaje cotidiano, y que ellos justifican la necesidad de nuestro modo de hablar. Pero ésa es la misma actitud que la del físico joven que explica que el alcohol se evapora más rápidamente que el agua porque el alcohol posee menor cohesión molecular. Con esas explicaciones no hemos avanzado nada sobre las explicaciones escolásticas que aludían a una *vis cogitativa* que era la responsable de que el hombre pensara. En cambio, si prescindimos de las fuerzas y universales operantes misteriosamente en el lenguaje, observamos que no basta decir: «Hablemos sobre algo y pongámonos de acuerdo racionalmente.» Habrá que decir: «Hablamos sobre algo...», porque la cosa sobre la que hablamos presenta exigencias propias que van más allá de la exigencia de simetría personal de los parlantes. Si nos ciñéramos a esa igualdad personal que excluye la prepotencia, tan correcto sería castigar a los que maltratan a los niños como a los que juegan al ajedrez, cosa que no es posible «en principio». Buena parte del problema epistemológico se sitúa en esta expresión, «en principio»: ¿Por qué unas conductas son posibles, o han de ser posibles en principio, y en principio otras no deben ser toleradas?

El jurista observa que si las cosas nos limitan, no tanto ejercen esa función como nos posibilitan para hablar. Este hecho lo intuyó Leibniz, quien dejó escrito que «generalmente se dice que *rationes non esse numerandas, sed ponderandas*. Pero nadie ha señalado la balanza apropiada para ello, aunque nadie se ha acercado más al tema ni ha proporcionado más elementos que los juristas. Por eso he reflexionado no poco sobre el asunto y espero alguna vez llenar el hueco con algo concreto»⁴⁰. Leibniz no cumplió su promesa, pero sí ha desarrollado en parte este programa Stephen Toulmin, quien también ha visto que la lógica más fiable es la de los juristas. El problema es agudo porque la Modernidad, una vez que hubo negado el relativo acceso del hombre a la realidad, solamente nos ha legado una receta universal: la igualdad de las personas humanas, y así han argumentado los filósofos progresistas desde el siglo XVII hasta hoy. No es que la Modernidad fuera poco imaginativa, o poco inteligente: sucede más bien que una vez que negamos los factores *reales* en la dirección del conocimiento práctico, no nos queda otra cosa que las consideraciones *personales*. Aunque siempre cabe recurrir a instancias un tanto esotéricas, como la «volonté générale» de Rousseau o los intereses

cripción misma de esos cambios se realiza, en todo caso, por referencia a un sustrato que permanece, y que es justamente quien sufre esos cambios. Si no se admite esa permanencia hablaremos, no ya de historia, sino de evolución». *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos*. Eunsa. Pamplona, 1990, p. 285.

⁴⁰ Carta a G. Wagner, en *Escritos filosóficos*. Trad. de T. E. Zwanck. Charcas. Buenos Aires, 1982, p. 362.

cuasi-trascendentales de Habermas. Lo realmente chocante es llegar al esoterismo de la mano del racionalismo.

Puesto a opinar como jurista, podría decir que existe además otra vertiente de este tema que es de tal magnitud que sólo puede ser levemente aludida. Sería la siguiente: algunos intuimos que los puntos de referencia de la vida práctica del hombre –también los del derecho y la ciencia jurídica– no pueden ser proporcionados por una instancia que no sea el mismo ser humano. Esta exigencia, así formulada, nos conduce como a dos temas conexos. Uno, que la vida humana no consiste en un «ser hecha» al modo como el técnico elabora sus productos, artefactos. Porque si la filosofía pre-moderna insistió tanto en la distinción entre lo factible y lo agible fue porque aquellos escolares captaron que el hombre no es hecho, sino que la realización concreta de nuestra humanidad no consiste en el calco de un proyecto, ya existente, sobre nuestras acciones: éste es el campo de lo factible. Parece más bien que el ser humano va rectificando (un necesario presente progresivo) sus acciones de acuerdo con lo que él es. Porque –y éste sería el segundo tema– las personas no toleramos (y esto es así aunque habitualmente no seamos conscientes de ello) que nuestra vida pretenda ser dirigida desde patrones ajenos a esta misma vida. Iría incluso contra la dignidad del ser humano pretender que la praxis del hombre fuera controlada u orientada desde puntos de referencia ajenos a él mismo: una heteronomía francamente excesiva. Es posible que Protágoras, al establecer la tesis del «homo mensura» tuviera a la vista esta exigencia, que Platón no supo entender. Desde luego, cuando hemos querido controlar y dirigir la vida humana desde esquemas utópicos (parece que el término utopía lo usamos para designar los esquemas normativos que no provienen de la cotidianidad), el resultado obtenido no ha sido tanto una pérdida de tiempo, hecha posible por una opresión odiosa, como un deshacer a las personas que, privadas en cierta medida de su hacer-se, acaban en una situación anómica y requieren finalmente un líder que las salve.

Pero queda un pico suelto que debería inquietar más a los tratadistas de Ética, a saber: el derecho se compone de cientos de instituciones jurídicas básicas, si sumamos las del derecho de obligaciones, las del derecho de familia y sucesiones, las propias del derecho mercantil, del derecho laboral, etc. Cada una de estas instituciones suele tener una *causa* propia, que constituye tanto su razón de existir como el criterio último que regula su funcionamiento y sus aplicaciones. Esto es, el derecho se nos presenta como un conjunto abigarrado, multicolor, un mosaico impresionante que hoy un solo jurista no puede dominar. Los filósofos, en su intento de entender todas las cosas igualmente (quizá consecuencia del talante metafísico propio de siglos pasados que ha dejado como un aire de familia), son reacios a comprender que en el plano práctico las cosas suelen ser como se presentan: múltiples, diversas, irreductibles unas a otras, que no existe algo así como un plano nouménico superior en el que pudiéramos unificar la compleji-

dad de la cotidianidad, normalmente contradictoria. Una tesis muy de Wittgenstein, que aunque no fue jurista, sí captó la irreductibilidad de los *Tatsachen*⁴¹.

Sin duda alguna, todos estos institutos poseen notas comunes, aunque sólo sea la de poder ser exigidas sus consecuencias por la fuerza. Pero, igualmente sin duda alguna, domina ante todo la heterogeneidad. Los juristas han de trabajar para que esta multiplicidad no lleve a contradicciones en el ordenamiento jurídico, y esto es a lo máximo a que pueden tender: que su derecho sea un conjunto armónico, y lo más completo posible. Pero en modo alguno pueden exigir que su ordenamiento constituya un todo sistemático. Porque el sistema implica un principio único desde cuyo desarrollo todo el conjunto sea más o menos calculable y previsible, y en todo derecho existen muchas instituciones demasiado distintas. Y ello es así porque la justicia consiste en volver bello lo que es feo, curar al enfermo o enseñar al que no sabe. Cualidades todas ellas irreductibles unas a otras. Inversamente, la forma de injusticia más normal no suele consistir en incumplir las leyes directamente, sino en tratar lo profesional según criterios extraprofesionales, o la calidad literaria de acuerdo con criterios políticos. Es posible que ésta sea una de las grandes razones por las que es propio del talante jurídico exigir concisión, y no hablar en general, sin título concreto. Y el jurista se pregunta perplejo si es posible pretender dirigir todo ese conjunto heterogéneo desde un principio único o desde una sola teoría que se componga de varios pasos argumentativos uniformes. Porque si la regla de oro ha sido siempre «illa aequitas, quae in paribus casibus, paria iura desiderat», las series de casos que podemos formar mediante inducción y deducción simultáneamente son muy numerosas y distintas. Esto es, el estilo propiamente jurídico intuye que el estudio del derecho y de la ciencia jurídica (dos estudios en realidad inseparables) ha de comenzar «desde el final» del razonamiento, de modo que seleccionemos los principios aplicables en función de las conclusiones que es racional obtener⁴².

⁴¹ Ya en el punto 1.1 de su *Tractatus Logicus-Philosophicus* nos indicaba que «Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge». Pero esta afirmación no implica que conciba al «mundo» como un conjunto de percepciones discontinuas sólo unificadas en la mente de los sujetos. En el punto 2.0122 expresa, por el contrario, que «Das Ding ist selbständig, insofern es in allen möglichen Sachlagen vorkommen kann, aber diese Form der Selbständigkeit ist eine Form des Zusammenhangs mit der Sachverhalt, eine Form der Unselbständigkeit». Edición de Alianza, Madrid, 1987.

⁴² Así se expresaba Tomás de Aquino, uno de los mejores teóricos del Jus Commune romanista: «Respondeo dicendum quod prudentia est circa contingentia operabilia. In his autem non potest homo dirigi per ea quae sunt simpliciter et ex necessitate vera, sed ex his quae in pluribus accidunt: oportet enim principia conclusionibus esse proportionata, et ex talibus talia concludere». Cfr. *Suma teológica*, II-II, q. 49, art. 1.

7. EL CONSENSO, A RASTRAS DE LOS PROBLEMAS DEL LENGUAJE

Nuestro consenso ideal contemporáneo flaquea desde algunos puntos de vista, y posiblemente estos ajetreos ya mencionados fueran suficientes para ponerlo bajo sospecha. Pero en estos problemas académicos pasa lo mismo que con las cerezas: que uno quiere sacar dos, y vienen siempre varias más detrás. Además, iría contra el empaque propio de la retórica de Habermas, o de las complicaciones de Rawls, quedarse en este punto, como si un don nadie pudiera descalificar en unos pocos folios las propuestas de tan sabios profesores. Parece más procedente —es una cuestión de decencia— proseguir el tema.

En esta tarea podríamos añadir que algunos filósofos también establecen que ese consenso ideal, para ser tal, ha de ser «público». Y como da igual empezar por la derecha que por la izquierda, que en los temas humanos hay poco concierto, podemos acometer ese adjetivo, público, que algunos ponen como condición *sine qua non* del consenso.

a) Si consenso público quiere decir que ha de ser tomado por unanimidad, nunca podremos exigir a nadie que participe de nuestra opinión: una posibilidad descartada. Para superar esta dificultad, podríamos entender que este adjetivo exige que la opción a seguir sea la de la gran mayoría, de modo que siguiéramos la fórmula utilitarista: «La mayor utilidad del mayor número.» Como la mayoría jamás se equivoca, ya que persigue indefectiblemente sus propios intereses, Kant hubo de reaccionar contra los excesos de este utilitarismo, que siempre genera peligro de opresión, y recurrió a una Ética que normalmente es francamente heterónoma: otro camino abandonado. A veces *público* quiere decir algo así como que la solución adoptada sea tan racional que haya de ser seguida por todo ser humano, al que suponemos igualmente racional. Es decir, que nos impondrán en nombre del consenso la solución verdaderamente racional, como en los tiempos de Luis XIV. Es posible que alguien tenga interés en volver al Despotismo ilustrado. Además, ¿quién encarnará esa razón ilustrada que nos dictará la verdad? Parece que estamos encubriendo con palabras nuevas un problema viejo.

Cabría una última posibilidad, la de entender que mediante un acuerdo institucional en el que participarían los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, los colegios profesionales, y la Universidad en general, crearíamos una ética común que se distinguiría netamente de las morales privadas. Siguiendo este modo de ver las cosas podríamos decir que morales puede haber muchas, pero ética solamente una. Pero a cualquiera se le ocurren un par de reparos de bulto encastrados en la vida de todos los días, no en la lógica formal. Uno, que nadie conoce ningún Estado occidental contemporáneo donde exista tal unanimidad moral: cualquier Parlamento tiene sus asientos repartidos entre varios partidos que vivencian algunos valores básicos de modos muy diferentes. Y otro, que pensando así sólo conseguiríamos realzar

lo que los ingleses de los siglos XVIII y XIX llamaban la moral positiva, que sería la moral socialmente más extendida, y que no lleva en sí, por el hecho de su extensión sociológica, las garantías de su bondad ⁴³.

Ciertamente, siempre podríamos decir, como hizo Frederic Harrison, que el orden jurídico depende y ha de depender de la moral positiva ⁴⁴, según un criterio de eficacia que conformaría esencialmente la noción del derecho mismo. Pero entonces la categoría del deber jurídico, con la que aludimos a aquellas razones o motivos por los que una disposición jurídica origina un deber y no un mero forzamiento, quedaría disuelta en pura coacción o fuerza, como reconocía también Harrison muy honestamente ⁴⁵. Y precisamente el alma de estas éticas dialógicas está en desterrar ese derecho prepotente que genera el simple poder existente, que encuentra su justificación en una ética o moral, muy extendida o poco extendida. De hecho, cualquiera observa que los sectores más progresistas de la universidad y de la política aplauden esta moral cuando coincide con la suya, pero hablan de irracionalidad, prejuicios, etc., cuando no sucede eso.

b) El consenso no puede ser público ni privado: siempre ha de ser interindividual. Y no podemos decir nada más. Sería cuestión de rehabilitar los antiguos tratados de «Tópica dialéctica», como el de Fray Alonso de la Vera Cruz ⁴⁶, porque aquellos estudios de tópicos dialécticos del siglo XVI, enfrentados entonces beligerantemente a los de simple lógica, intentaban dar criterios al lector para que éste supiera qué predicados correspondían realmente a cada tipo de cosas. Porque la realidad, llamada también «las cosas», es una anguila perpetuamente escurriéndose entre las manos: lo que podamos decir de una cosa es cierto desde un punto de vista, y es inadecuado desde otro ⁴⁷.

⁴³ Vid., por ejemplo, la opinión de John Austin: «For the name “morality” (or “morals”), when standing unqualified or alone, denotes indifferently either of the following objects: namely, positive morality “as it is”, or without regard to its merits; and positive morality “as it would be”, if it conformed to the law of God, and were, therefore, deserving of approbation.» Cfr. *Lectures on Jurisprudence...*, cit., vol. I, p. 88. En la página 79 había escrito: «The positive moral rules which are laws improperly so called, may be styled law or rules set or imposed by opinion: for they are merely opinions or sentiments held or felt by men in regard to human conduct.»

⁴⁴ «Socially and political viewed, the force of law depend of its coinciding with the moral judgement of the society, on its expressing public opinion, as Bentham says on its goodness, on its conforming to the general expectation.» Cfr. *On Jurisprudence and conflicts of law*. Oxford, 1919. Reproducción de Scientia, Aalen, 1980, p. 30.

⁴⁵ «Political socially speaking, law rest on something more than force. Juristically speaking, it rest on force, and force alone.» Cfr. *Op. cit.*, p. 31. Es más incisivo en la, p. 37: «The proposition is most useful in drawing attention to this: (1) That law is always a matter of necessity—it is never “ought”, but always “must”; in that sense it is always and everywhere “imperative”.»

⁴⁶ Hay edición reciente de Mauricio Beuchot. UNAM. México, 1989.

⁴⁷ Así interpretaba Hegel la Tópica aristotélica: «La cuarta obra es la llamada *Tópicos* (τοπικα), que trata de los lugares (τοποι); en ella, por tanto, se desarrollan los puntos de vista desde los cuales puede ser examinada una cosa.» *Lecciones sobre la historia de la filosofía*. Trad. de W. Roces. F.C.E., México, 1985, vol. II, p. 324.

Porque «la razón es medida por las cosas», según el dicho antiguo. La filosofía contemporánea, opuesta según sus principios a admitir la misma existencia de esas «cosas», ha querido emancipar el lenguaje del resto de la realidad, y cuando esto ha sucedido, hemos quedado como el náufrago que no hace pie, que podrá mantenerse algún tiempo, pero no indefinidamente. De hecho, si Neurath, Carnap o Ayer han fracasado en el siglo XX (hoy nadie habla ya del positivismo lógico como una opción a tener en cuenta seriamente, al menos en el derecho), eso no sucede porque su filosofía haya sido superada por otra filosofía más convincente: cayeron por las contradicciones ya creadas desde las propias condiciones de origen de su explicación de la realidad. Y cuando sucede una cosa tal, se produce el vacío científico, porque la realidad no ha sido mejor observada ni explicada, sino que ha sucedido más bien que la realidad se ha impuesto a la teoría, mostrando aquélla la inanidad de ésta. Y quedamos como estábamos antes de que comenzara la pirueta filosófica, pero con mucho tiempo perdido. Temo que esto es lo que está sucediendo con figuras tales como el consenso ideal o público, que sólo han sido posibles sobre el suelo de un lenguaje desvinculado de la faceta real de la realidad. Cuando nos cansemos de construir «castles on the air»⁴⁸, las cosas volverán con toda la fuerza de sus demandas, pero encontrarán vacías las cátedras y los libros que debieran explicarlas. A estas filosofías basadas en el ingenio, que no en las cosas, se les podría aplicar las palabras de Hegel: «La justificación parece contener ya la invitación a aplicar también a la filosofía las palabras de Cristo: *Deja a los muertos que entierren a sus muertos y sígueme*, de manera que el todo de la historia de la filosofía sea no sólo un reino de cadáveres y difuntos, sino también de matadores y enterradores espirituales. En vez de decir: *¡Sígueme!*, debía haber dicho: *¡Síguete a ti mismo, manténte a ti mismo en tu propia convicción, permanece en tu opinión, porque ninguno ha ido más allá que tú!*»⁴⁹.

c) El consenso ideal o contrafáctico –casi no hace falta decirlo– es un imposible en sí mismo, lo que los escolásticos llamaban una «*contradictio in terminis*». El consenso supone dos o más personas que pactan, y no puede hablarse de pacto antes de que realmente, esto es empíricamente (porque la empiria tiene una importancia especial en el consenso), las partes hayan consentido. Hablar de un consenso que no es real es como referirse a un arco iris sin colores. Todo discurso que prescindiera de la vertiente estrictamente existencial del pacto será necesariamente un discurso monológico –justamente lo opuesto a dialógico–. Usamos la expresión consenso ideal por el prestigio que

⁴⁸ Lord Kames explicaba que «There is nothing more common in philosophy, as well as in action, than built castles in the air. Impatient of the flow and cold method of induction, we fly to systems, which every writers takes the liberty of framing, according to his own taste and fancy.» Cfr. *Op. cit.*, p. 92.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 33.

tiene la palabra consenso, y arrastrados por ella, no dudamos en aplicarle adjetivos que la desnaturalizan.

Un consenso ideal no puede ser sino el viejo sueño de algunos de los libros de derecho natural del siglo XVIII: Los de la línea *blanda* que siguieron los discípulos de Christian Wolff y de los iusnaturalistas que se pusieron al servicio del Despotismo ilustrado: fue el caso —cada cual a su modo— de Daries, Burlamachi, Nettelbaldt, Filangeri, Heineccius, etc., normalmente opuestos a los seguidores de Pufendorf y Locke, como eran Gundling, el mismo Thomasius (irenista donde los haya), Koehler, etc. Aquellos tratadistas del derecho natural ilustrado emulsionaron el derecho privado romano con algunas ideas acerca de la soberanía del príncipe y pusieron a la venta un extraño producto cultural que ha dejado a bastantes historiadores la impresión de que el *ius naturale* sirvió más a la causa del despotismo monárquico que a la de democracia.

8. ÉTICA DIALÓGICA Y ÉTICA ÚNICA

El diálogo puede ser hecho realidad de diversas formas, y lo verdaderamente decisivo es que todos sean oídos porque todos pueden hablar y su opinión es tenida en cuenta realmente. Esto es, lo esencial es el pluralismo que aportan los dialogantes, y el respeto de este pluralismo es *conditio sine qua non* de la dignidad humana. Pero si el diálogo es «público», ¿podremos actuar de la misma forma que en los restantes diálogos?

Reparemos en que la vida social, prácticamente en todos los ámbitos, es un diálogo continuado, a veces limpio y a veces sucio, porque es ejercicio de prepotencia. Parece que la figura del consenso ideal debe entrar en juego como exigencia procedimental que asegure la simetría de las partes en la conclusión del acuerdo, de forma que se pueda decir: «Han consentido, pero lo han hecho a la fuerza, y por tanto el acuerdo alcanzado no es válido», lo que vendría a ser como el criterio de la falsabilidad usado en temas humanos. Pero, ¿qué sucede si los posibles interlocutores son excluidos a priori porque las reglas del procedimiento dialógico no se adecuan a las demandas de algunos de ellos? ¿La exigencia de igual libertad, o igualdad a secas, resume todo lo exigible en justicia, o constituye solamente un hegeliano principio del entendimiento, siempre cierto, y siempre falso por su excesiva unilateralidad? Lo que nos conduce al tema de si existe una racionalidad pura a priori al margen de los seres históricos.

El problema comienza cuando apreciamos que el diálogo realmente existente no es apreciado, porque Rawls, por ejemplo, rechaza el pluralismo realmente existente en las sociedades actuales (o «pluralismo instituido»), en nombre del «pluralismo como tal». Como rechaza

también todas las doctrinas religiosas, filosóficas y morales (debe molestarle que en su patria convivan judíos, protestantes y católicos), hay que concluir que asume una actitud que implica una enmienda a la totalidad de lo dado. Estamos ante una estructura ética exclusiva por universal. Su intuición inicial permanece a lo largo de toda su obra, a saber, que «Las doctrinas filosóficas y religiosas expresan puntos de vista acerca del mundo y de nuestra convivencia a nivel individual, es decir, con el prójimo, y en lo colectivo, como un todo»⁵⁰. Le es imprescindible caracterizar a priori toda concepción filosófica, jurídica, religiosa o moral como totalitaria⁵¹, pues solamente mediante la negación del totalitarismo que él postula implícito en las creencias de cualquier hombre será posible la teoría de la justicia de una sociedad bien ordenada. Ninguna de estas doctrinas puede ser verdadera⁵². Todos los que tienen algún tipo de creencia religiosa, ética, filosófica, están equivocados, al menos prácticamente.

La sociedad actual –admite Rawls– es pluralista, y como tal debe ser cuestionada, porque no es el pluralismo existente el que nos llevará a la justicia, sino el «pluralismo razonable». ¿Cómo pasar del «pluralismo instituido» al «pluralismo razonable»? Su argumentación es clara: «Decir que la justicia como imparcialidad tiene un amplio alcance, equivale a que las partes supongan que el pluralismo como tal es el establecido. Decir que el contenido de la justicia como imparcialidad no recibe influencia de la existencia de la sinrazón, esto es de la existencia de doctrinas comprensivas irrazonables, es aceptar que las partes suponen que el pluralismo razonable es el que prevalece»⁵³. Notemos que él está disertando del pluralismo actualmente existente de hecho en una sociedad democrática, compuesto por doctrinas comprensivas razonables; pero pasa sin transición de las doctrinas comprensivas razonables a las doctrinas comprensivas irrazonables, caracterizando en su funcionalidad a aquellas por éstas. Hay, pues, que tratar de entender al «hecho del pluralismo razonable»⁵⁴, que aún no existe.

⁵⁰ *Liberalismo político*. Trad. de S. R. Madero. FCE, México DF, 1996. Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», pp. 74-75.

⁵¹ A veces dedica bellas palabras a las creencias de los ciudadanos, pero en las inflexiones determinantes de su razonamiento, las descalifica. Por ejemplo (es un texto entre muchos), hablando de las «doctrinas razonables», indica que «Por supuesto, quienes insisten en sus creencias también insisten en que sus creencias son las verdaderas: imponen sus creencias porque –al menos así lo dicen– sus creencias son verdaderas, y no porque sean sus creencias». *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 77.

⁵² «... se afirman o profesan muchas doctrinas comprensivas razonables, y no todas pueden ser verdaderas (en realidad, ninguna de ellas puede ser verdadera).» *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 76.

⁵³ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 80.

⁵⁴ Cfr. *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 81.

En la empresa de entender el pluralismo verdaderamente razonable hay tres niveles. Los dos primeros ya existen en cualquier sociedad democrática, según el tenor de lo que expone. El decisivo es el tercero: «El tercero y último nivel del reconocimiento público tiene que ver con la justificación *plena* de la concepción pública de la justicia, presentada en sus propios términos»⁵⁵. Este reconocimiento público no tiene nada que ver con la vieja idea de la tolerancia o del respeto, porque Rawls aspira a llegar a un acuerdo que sea verdaderamente «público», esto es, que haya de ser compartido necesariamente por cualquier ser racional que tenga las suficientes agallas como para llevar hasta sus últimas consecuencias su condición de ciudadano igual y libre. El problema es la cobardía, porque «Esta condición... da cabida a la posibilidad de que algunos no deseen llevar tan lejos la reflexión filosófica sobre la vida política»⁵⁶. Le suscita dificultades el adjetivo con el que caracteriza a este tercer nivel de la reflexión política, el de «pleno», y matiza que «Esta condición puede tener un carácter menos forzoso para las doctrinas comprensivas en general; pero se deja abierta la pregunta de si se aplica a estas doctrinas y hasta qué punto»⁵⁷. Si los ciudadanos deciden llevar adelante este acuerdo público así entendido, harán una gran cosa, pues esto constituye «la descripción ideal de lo que sería una sociedad democrática si honráramos plenamente a nuestra concepción política»⁵⁸.

Como lo razonable siempre antecede a lo racional, «la justicia puramente procedimental significa que, en su deliberación racional, las partes no se consideran obligadas a aplicar o a suscribir ningún principio de derecho y de justicia previamente formulado o que sirva de antecedente. En otras palabras, no reconocen como representantes racionales, una opinión ajena a su propio punto de vista “¿podrían tener ya alguno?” que los restrinjan con principios de justicia previos e independientes. Esto modela la idea de que, cuando los ciudadanos están situados justamente unos respecto a otros, les toca a ellos especificar los términos justos de la cooperación social a la luz de lo que ellos consideran su propia ventaja, o el bien que persiguen. Estos términos no los fija ninguna autoridad externa a los ciudadanos, digamos, por ejemplo, la ley de Dios; ni tampoco se reconocen como justos respecto de un anterior e independiente orden de valores derivados de la intuición racional»⁵⁹.

⁵⁵ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 82. La intensidad es mía.

⁵⁶ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 82.

⁵⁷ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 83.

⁵⁸ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 85.

⁵⁹ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 88.

Desde esta vaciedad humana (solamente guiada por los términos de lo razonable), los ciudadanos han de dejarse guiar por principios de «orden o índole superior»⁶⁰. ¿Por qué son superiores estos principios, si no sirve ningún principio filosófico, jurídico o moral? «Decir que estos intereses son de “orden o índole superior” significa que, como está especificada la idea fundamental de la persona, estos intereses se consideran básicos y, como tales, normalmente reguladores y efectivos»⁶¹. Pero esta declaración es incongruente, porque si él ha cerrado el paso a cualquier consideración de la persona humana en términos filosóficos, jurídicos o morales existentes, mucho más a una consideración «fundamental»; en el contexto de su teoría de la justicia aparece claramente que la persona es una simple función de las exigencias de la posición original; además, en otros lugares de su obra ha llevado su nominalismo hasta el extremo, y ha negado la noción usual de persona, como ser portador de unos valores, etc., porque ha rechazado cualquier *metafísica* de o sobre la persona⁶². Ante las dificultades inevitables, recurre otra vez al discurso enérgico: «Alguien que no haya desarrollado y no pueda ejercitar al menos en el grado necesario sus poderes o capacidades morales, no puede ser un miembro normal y plenamente

⁶⁰ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 88.

⁶¹ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 88.

⁶² Refiriéndose a su figura de la posición original, escribe: «Como recurso de representación, el hecho de su mencionada abstracción puede suscitar malas interpretaciones. En especial ésta: la descripción de las partes puede parecer que presupone una concepción metafísica particular de la persona; por ejemplo, que la naturaleza esencial de las personas es independiente de sus atributos contingentes, y previa a ellos, incluyendo sus metas finales y sus vinculaciones y, ciertamente, su concepción del bien y su carácter, en conjunto. Estoy convencido de que esta errónea interpretación constituye una ilusión cuya causa radica en no advertir que la posición original es un recurso de representación. El velo de la ignorancia, por citar una característica prominente de esa posición, ni tiene implicaciones metafísicas específicas sobre la índole del yo; no implica que el yo sea ontológicamente anterior a los hechos acerca de las personas que las partes no deben conocer ni tomar en cuenta.» *Op. cit.*, Conferencia I, «Ideas Fundamentales», p. 49. Más adelante completa su tesis: «También podríamos decir que nuestra concepción ordinaria de las personas como las unidades básicas de deliberación y responsabilidad presupone, o implica en alguna forma, ciertas tesis metafísicas acerca de la naturaleza de las personas como agentes morales o políticos. Según el precepto de anulación, no es mi deseo negar estas objeciones. Lo que podríamos decir es lo siguiente: si consideramos la presentación de la justicia como imparcialidad y notamos cómo se establece, y atendemos a las ideas y concepciones que utiliza, vemos que no aparece en ninguna de sus premisas ninguna doctrina metafísica particular acerca de la naturaleza de las personas, distintiva y opuesta a otras doctrinas metafísicas, ni es necesaria su intervención en la exposición de sus argumentos. Si intervienen presupuestos metafísicos, quizá sean tan generales que no se distingan de los puntos de vista metafísicos —cartesianos, leibnizianos o kantianos; realistas, idealistas o materialistas— de los que se ha ocupado tradicionalmente la filosofía. En este caso, tales elementos metafísicos no serían importantes en cuanto a la estructura y el contenido de una concepción política de la justicia, en ningún sentido.» *Op. cit.*, Ideas Fundamentales, p. 51, nota.

cooperador de la sociedad en toda su vida»⁶³. Concluye esta exposición afirmando que sólo así somos plenamente autónomos.

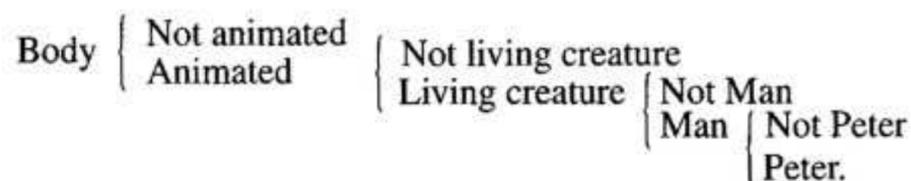
El problema inmediato que plantea una actitud así, que dice prescindir de las metafísicas sobre la persona humana, va a parar a los fundamentos del conocimiento. Porque parece que el ser humano no puede conocer nada si no tiene «clear and appropriate ideas» sobre el tema que quiere conocer. Whewell nota, tras los pasos de Kant, que, por ejemplo, para conocer algo sobre las relaciones necesarias de los círculos en la esfera, debemos poseer ya la idea del espacio sólido. «This is that *Clearness of Ideas* which we stipulate for in any one's mind, as the first essential condition of his making any new step in the discovery of truth»⁶⁴. Y estas ideas, a más de claras, han de ser las apropiadas para cada ciencia. Ciertamente, el hombre no es una sección cónica, y el estudio de lo humano no corresponde ni a la mecánica ni a la geometría, como tampoco a ninguna ciencia exacta. Pero querer proporcionar las normas del comportamiento del ser humano (o el método para su obtención) sin unas ideas previas y «apropiadas» sobre el ser humano⁶⁵, solamente conduce a lo que Welzel llamaba el truco del prestidigitador, que saca de su sombrero pañuelos y palomas, pero porque él los ha introducido ahí previamente⁶⁶. El sombrero que usa Rawls es su noción de la posición original.

⁶³ *Op. cit.*, Conferencia II, «Los poderes de los ciudadanos y su representación», p. 88.

⁶⁴ *The Philosophy of Inductive Sciences founded upon their History*. London, 1847, vol. II, p. 18.

⁶⁵ Un autor tan poco sospechoso de simpatías tradicionales como Petrus Ramus indicaba que, al comenzar a tratar un tema, era necesario ante todo conocer sus «causae, effecta, subiecta, adiuncta, dissentanea». *Dialecticae Institutiones*. París, 1543, p. 9.

⁶⁶ Tampoco Hobbes supo desenredarse de esta trampa del pretendido nominalismo. Él, al exponer «The form of the predicament of body», estableció el siguiente cuadro:



Vid. sus «Elements of Philosophy», en *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, London, 1839, vol. I, p. 25. Pero en modo alguno explica por qué la palabra «Peter» ha de pasar necesariamente por la más general de «man». A este propósito, él explica en *op. cit.*, p. 32 que «abstract names denote only the causes of concrete names, and not the things themselves». La razón de esto reside en que el nombre «primary is that wherein the subject is explicated by a predicate of many names, as man is a body, animated, rational... and it is called primary, because it is first in ratiocination; for nothing can be proved, without understanding first the name of the thing in question». *Op. cit.*, p. 37. Hasta aquí parece seguir a Platón o Aristóteles, pero inmediatamente añade: «Now primary propositions are nothing but definitions, or parts of definitions, and these are the principles of demonstration, being truths constituted arbitrarily by the inventors of speech, and therefore not to be demonstrated.» Esto es falso: Son arbitrarias las palabras con las que designamos las cosas, pero no pueden ser arbitrarias todas las definiciones.

Realmente, esta «posición original» es la definición genética más grande y ancha de entre las que corren por las Universidades. Su autor preña de diversos contenidos concretos esta categoría, y según las necesidades argumentativas va extrayendo lo que le parece conveniente en cada momento, y de ahí su coherencia⁶⁷. Su carácter tautológico, que determina el razonamiento posterior, lleva a suscribir la afirmación de Wittgenstein: «Der Satz zeigt was er sagt, die Tautologie und die Kontradiktion, daß sie nichts sagen»⁶⁸. Su teoría de la justicia podría seguir otros derroteros manteniendo intacta esta noción primera, y el argumento seguiría siendo coherente⁶⁹. Rawls proporciona simultáneamente las proposiciones y las reglas hermenéuticas de su teoría⁷⁰. De hecho, la única coherencia perceptible que mantiene Rawls es la que le hace estar en contacto con un sector concreto de la moral positiva vigente en nuestro tiempo. Al fin y al cabo, toda obra literaria, también las de teoría de la justicia, son autobiográficas.

Además, el deseo de elementalidad que impregna la «posición original», que parece dotarla de un empirismo irrefutable, abre un camino ancho a reparos metodológicos. Notemos que la idea de la elementalidad no es una noción que pueda ser dada anticipadamente, con un significado preciso. Esta idea es un *posterius* que presupone un estado avanzado de la cultura, porque la manera cómo se concibe la naturaleza de la elementalidad depende de la forma cómo se conciba la función de lo abstracto en la formación del conocimiento. De hecho, la figura del *status naturae* en la ciencia jurídica únicamente apareció, con una función metódica propia, entre los siglos XVI y XVII, cuando llevábamos casi dos mil años de ciencia jurídica técnicamente desarrollada. La elementalidad es un capricho en épocas de salones refinados o en tiempo de computadoras, y por ello impensable en situaciones propiamente elementales. Estos intentos quedan afectados por lo que expone Paul Gonsseth: «on ne peut plus songer à rétablir les évidences rationnelles, sensibles ou morales dans leur légitimité originelle»⁷¹.

⁶⁷ Ya Whewell mostraba que este método deductivo es tautológico: «Necessary truths are proved, like arithmetical sums, by adding together the portions of which they consist... Demonstration is irresistible in its effect on the belief, but does not produce surprize, because all steps to the conclusion are exhibited, before we arrive at the conclusion... Deductive truths are the results of relations among our own Thoughts.» *Op. cit.*, vol. I, p. 23.

⁶⁸ *Op. cit.*, 4.461. Es lógico que concluya que «Tautologie und Kontradiktion sind sinnlos».

⁶⁹ Se cae, así, en el reproche de Gonsseth: «On fausse la situation de départ en admettant que les recherches formalisatrices se fassent dans un cadre méthodologique fixé d'avance et dont on sait déjà parfaitement ce qu'il est et ce qu'il vaut.» *La géométrie et le problème de l'espace*. Dunod Éditeur, Paris. Éditions du Griffon, Neuchatel. 1955, p. 601.

⁷⁰ Wittgenstein describe este hecho en los siguientes términos: «Wenn uns ein Satz gegeben ist, so sind *mit ihm* auch schon die Resultate aller Wahrheitsoperationen, die ihn zur Basis haben, gegeben.» *Op. cit.*, 5.442.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 603.

Todo camino hacia posiciones elementales se hace a través de situaciones evolucionadas, y la significación de estas situaciones queda marcada por las etapas que las preceden y a través de las cuales se ha llegado a ellas.

El método rawlsiano quiere ser axiomático, pero un problema recurrente a lo largo de los siglos XIX y XX ha sido la determinación del estatuto epistemológico de la estructura axiomática. Podrían existir tres variantes: a) presentarse como un método descriptivo: los axiomas son entonces verdades abstractas que responden adecuadamente a las realidades del mundo sensible; b) Podríamos considerarlo como una función analítica, esto es, como un medio de análisis de lo que son esencialmente las cosas, de modo que la edificación axiomática descomponga previamente los conceptos humanos relevantes en el derecho en sus elementos más simples. Los axiomas expresarían las relaciones que deben entablarse necesariamente entre estos elementos; c) En su variante lógica, el método axiomático puede ser visto como un medio para construir un modelo puramente lógico de lo que es ordinariamente el objeto del derecho, es decir, de una sociedad bien ordenada.

Tomado en el tercer sentido, podríamos llegar a una teoría de la justicia esquematizante. Desde Platón a hoy, todo conocimiento consiste en esquematizar de una forma u otra, y no podemos cuestionar esta forma de conocimiento porque el conocimiento por esquemas es un hecho del que todos somos deudores. Pero todo desarrollo axiomático supone al menos tres elementos: el propiamente discursivo, el intuitivo y el de la experiencia, y no podemos –excede a las fuerzas humanas– eliminar rigurosamente toda aportación exterior al esquema axiomático y toda significación anterior a los materiales que estamos usando. Los esquemas quedan determinados por lo intuitivo y lo experimental a través de nociones fundamentales, como la de persona humana o igualdad. Se hace urgente la relación expresa con un determinado horizonte de realidad que sirva de criterio interpretativo, que funciona entonces como el horizonte propiamente axiomático. Los intentos por depurar lo teórico o racional han fracasado, lo mismo en ciencia social que en matemáticas o en geometría. De hecho, desde una perspectiva muy clásica, los resultados de los intentos para depurar racionalmente la geometría han conducido a una pluralidad de «geometrías puras», entre las que la axiomatización estructurante no puede establecer ninguna diferencia de verdad. La experiencia de depuración se ha transformado en una experiencia de apertura.

La teoría de la justicia de Rawls es más que una propuesta política. Aspira a lograr, a través de un diálogo rigurosamente público, una ética política por encima de todas las diferencias. Esta ética política se erige paulatinamente en la meta moral última del hombre, una vez que ha sentido que todas las creencias usuales son falsas. El pluralismo de hecho existente es malo, porque todo el que tiene ideas aspira a universalizarlas, y por tanto a imponerlas a través del poder político.

Descartada la tolerancia y el respeto mutuo (que quizá se han mostrado insuficientes a lo largo de la historia), su ética procedimental reclama un consenso público, en el que necesariamente ha de estar de acuerdo cualquier ser racional, llevado a cabo por personas que saben poco y no creen ni sienten nada. Parece que Rawls universaliza exclusivamente su estructura formal de una forma mucho más radical que Bentham, e incluso que Kant. No deja de ser singular que, en un momento en el que algunas facetas del *American way of life* se vuelven cada vez más decepcionantes, Rawls nos anime a prolongarlas hasta sus últimas consecuencias.