

QUID IURIS, QUID IUS: SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO

Pablo Héctor González Villalobos*

¿Tu verdad? No, la verdad.
Y ven conmigo a buscarla.
La tuya, guárdatela.

A. Machado.

Estas notas pretenden estimular la reflexión sobre el concepto de derecho. Aunque aparentemente se trata de una tarea meramente teórica, tiene profundas implicaciones para la práctica jurídica. Para ilustrar este aserto, basta con señalar que del concepto de derecho que subyace en una tradición jurídica depende, por ejemplo, la determinación de qué puede y debe y qué no puede y no debe hacer un juez al dictar sentencia. En un caso límite, la célebre polémica de quienes, como Radbruch, se inclinaron por juzgar a los criminales de guerra nazis sobre la base directa del derecho natural, frente a quienes, como Hart, opinaron que era preferible formular una legislación penal y aplicarla, por excepción, de manera retroactiva, fue una discusión que remitía, en última instancia, a la pregunta de qué ha de entenderse por derecho.¹ Pero aun en sistemas jurídicos

* El autor es profesor en Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua y del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, y Secretario Proyectista de la Séptima Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua.

¹ Esta polémica se ve reflejada en el caso titulado "El problema del delator rencoroso" elaborado por Fuller. Cfr. FULLER, Lon, *La moral del derecho*, traducción de Francisco Navarro, Trillas, México, 1967, pp. 205ss. Además, la misma subyace en la argumentación elaborada para

que operan en situación de “normalidad”, el impacto de la concepción del derecho que domina en los operadores del sistema resulta, como intentaremos mostrar, menos irrelevante de lo que a primera vista parece.

Con ello parece justificado incluir, en las páginas de esta publicación, la invitación a repensar qué es el derecho. Conscientes de que se dirige a juristas experimentados, hemos de advertir que la labor que en estas notas se emprende difícilmente aportará elementos que, en sí mismos, sean novedosos. Ríos de tinta se han derramado en torno al concepto de derecho. Arduo es encontrar, en relación con él, algo que no se haya dicho ya. Pero la misma abundancia de textos puede y suele generar confusión. Por tanto, la novedad, si la hay, habrá que buscarla en la estructura y el contexto de los elementos que se proponen para indagar el ser del derecho. En ellos, estructura y contexto, nos parece que se encuentra la clave para plantear con claridad nuestra pregunta. Si ello se logra, no importa, o no importa tanto, la eventual discrepancia sobre la respuesta, pues la base común que verosímelmente proporcionará la identidad auténtica de la interrogante, abrirá un espacio para un diálogo que sea realmente fecundo.

El título de este ensayo anuncia ya el elemento central del mismo. ¿Puede encontrarse el *quid iuris* de manera independiente al

establecer el derecho aplicable en el primer juicio de Nüremberg. En efecto, en la parte considerativa de la resolución definitiva se lee que: “It was urged on behalf of the defendants that a fundamental principle of all law -international and domestic- is that there can be no punishment of crime without a pre-existing law. «Nullum crimen sine lege. nulla poena sine lege.» It was submitted that ex post facto punishment is abhorrent to the law of all civilised nations, that no sovereign power had made aggressive war a crime at the time the alleged criminal acts were committed, that no statute had defined aggressive war, that no penalty had been fixed for its commission, and no court had been created to try and punish offenders. (...) “In the first place, it is to be observed that the maxim *nullum crimen sine lege* is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice. To assert that it is unjust to punish those who in defiance of treaties and assurances have attacked neighbouring states without warning is obviously untrue, for in such circumstances the attacker must know that he is doing wrong, and so far from it being unjust to punish him, it would be unjust if his wrong were allowed to go unpunished. Occupying the positions they did in the government of Germany, the defendants, or at least some of them must have known of the treaties signed by Germany, outlawing recourse to war for the settlement of international disputes; they must have known that they were acting in defiance of all international law when in complete deliberation they carried out the designs of invasion and aggression. On, this view of the case alone, it would appear that the maxim has no application to, the present facts.” (El subrayado es nuestro). El texto completo de la sentencia puede consultarse en internet en la siguiente dirección electrónica: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/>

quid ius? Dicho en otras palabras, ¿es posible saber qué es lo jurídico sin tomar en cuenta qué es lo justo? Las respuestas antagónicas a esta cuestión constituyeron la fuente, aparentemente inagotable, de la centenaria polémica entre iuspositivismo y iusnaturalismo. Aunque no pretendemos alimentarla, sí nos interesa, en cambio, destacar cómo buena parte de la misma tuvo su origen en la falta, en buena parte de los polemistas, de un contexto teórico que garantizara la referencia de las posiciones antagónicas a la misma pregunta. Porque resulta estéril la discusión entre quienes, al abordar la interrogante de que se trata, se refieren, pese a designarlo con el mismo nombre, a un objeto distinto. La elaboración estructurada de dicho contexto constituye, pues, el objetivo principal de este trabajo.

En una primera y muy breve parte, se identificarán los elementos necesarios para plantear la que hemos denominado cuestión epistemológica. Se trata de los referentes sin los cuales no es posible reflexionar sobre el conocimiento humano. Reflexión que, a su vez, es necesaria para identificar el concepto de ciencia y la relación de éste, si la hay, con la filosofía. A continuación, se expondrá cómo la cuestión epistemológica fue concebida en la cosmovisión moderna.² En tercer lugar, se contrastará tal concepción con la cosmovisión clásica. En seguida, se planteará si cabe hablar de la superación de la modernidad y, en consecuencia, de la inauguración de una cosmovisión posmoderna. En este último subapartado se incluirán los datos pertinentes para identificar el estado actual de la cuestión y se propondrá alguna propuesta de reflexión que pretenda hacer notar la utilidad que, para las tareas cotidianas de quienes dedican su vida profesional al derecho, tiene el plantearse seriamente el significado del concepto del derecho.

1. Algunos presupuestos epistemológicos: conocimiento humano, ciencia y filosofía.

Con una terminología de origen griego que, pese a ello, no fue utilizada por los grandes filósofos de la Grecia clásica, se afirma que

² La decisión de exponer la cosmovisión moderna antes de la clásica, pese a que ésta es históricamente anterior, responde a que el lector seguramente está más familiarizado con aquélla, lo que a su vez facilita la comprensión del texto.

la ontología es la parte de la filosofía que tiene por objeto el estudio del ser en cuanto ser. Pero el ser de las cosas no necesariamente ha de ser accesible a la razón humana. Así, la posibilidad de que la realidad sea cognoscible da lugar a la epistemología,³ o sea la rama de la filosofía que se ocupa del conocimiento.

Desde Aristóteles se entiende que el conocimiento estructurado no puede limitarse a la captación sensible del entorno en el que el sujeto se encuentra. Aunque no es posible el conocimiento sin el estadio inicial de la captación sensorial de los datos, ésta debe dar paso a la abstracción, que es la operación mediante la cual la inteligencia capta el concepto universal del objeto que se conoce. Así, quien tiene en su mente, por ejemplo, el concepto de silla, puede identificar una de éstas aunque no la haya visto previamente.

Ahora bien, en la epistemología aristotélica aprehender un concepto implica definirlo. La definición perfecta es aquélla en la que se logra determinar tanto el género próximo (categoría lógica más amplia y más cercana al concepto que se pretende definir) como la diferencia específica (la nota esencial al concepto que permite distinguirlo de otros conceptos que pertenecen al mismo género próximo).

Buena parte de los intentos de definición del derecho se han ajustado al referido marco de referencia. Es interesante hacer notar que ello ha ocurrido (sin que frecuentemente se haya sentido la necesidad de justificarlo) incluso en los intentos que han surgido desde el positivismo normativista, es decir, desde una corriente que es claramente moderna y que, por tanto, responde a un planteamiento epistemológico que es, como veremos, radicalmente distinto al aristotélico.

Entre nosotros, por ejemplo, García Máynez inicia su célebre *Introducción al Estudio del Derecho* con el siguiente texto:

“¿Qué es el derecho? He aquí lo primero que el estudioso se pregunta, al hollar en el umbral de la ciencia jurídica. El problema, lógicamente

³ En el lenguaje filosófico contemporáneo la voz epistemología ha sido sustituida por la de gnoseología. Sin embargo, parece adecuado conservar aquélla en tanto revela, por su vinculación etimológica con la *episteme* griega, un campo que enfatiza el estudio no del conocimiento en general, sino del conocimiento estructurado, es decir, de aquél que en términos modernos podríamos denominar, con evidente anacronismo, “científico”.

anterior a los demás de la misma disciplina es, al propio tiempo, el más arduo de todos. Los autores que lo abordan no han conseguido ponerse de acuerdo ni en el género próximo ni en la diferencia específica del concepto, lo que explica el número increíble de definiciones y la anarquía reinante en esta materia.”⁴

En todo caso, es importante hacer notar que la definición de que se trata (o sea la que se forma con la suma del género próximo con la diferencia específica) responde a la idea de que la realidad no sólo es (o existe),⁵ sino que es cognoscible. La tesis que, como ya se apuntó, subyace a la misma, o sea que el concepto se abstrae del objeto real, es, por tanto, identificada como realista. Pero el realismo no ha sido una constante en la reflexión sobre el conocimiento humano. La modernidad, como señalaremos con mayor extensión en el apartado siguiente, puede caracterizarse, de manera simplista, como la sustitución del realismo por el idealismo.⁶

Con lo hasta aquí expuesto puede ya intuirse que el concepto de ciencia en general, así como el concepto de alguna ciencia en particular y del objeto que le es propio, necesariamente serán distintos en función de la cosmovisión filosófica y epistemológica en el que tales conceptos se generan. A reserva de que esta intuición sea captada, en los apartados subsecuentes, con la extensión y precisión adecuadas para su cabal comprensión, es posible anticipar algunas ideas que permiten establecer cómo la concepción que se tenga sobre el conocimiento humano determina qué es la ciencia, qué es la filosofía y cuál es la relación entre ambas.

Si en el realismo clásico el hombre, al conocer, pretende captar, mediante la abstracción, la esencia de la realidad, es claro que es la misma realidad la que se impone a la mente que intenta captarla. Y si la realidad es captada como algo complejo, en la que aparecen

⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 56ª edición, Porrúa, México, 2004, p. 4.

⁵ El ser y la existencia no son, en sentido estricto, sinónimos. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, se utilizan como tales para facilitar la comprensión del texto.

⁶ Es un error frecuente identificar el pensamiento platónico como idealista. Si bien Platón formuló la célebre teoría de las ideas o formas, éstas eran, en su pensamiento, realidades auténticas que se encontraban en una región independiente de la mente humana. Por ello, algunos filósofos, como García Morente, sostienen categóricamente que “el eleatismo (platónico) no es idealismo sino realismo”. (GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 14ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 69.)

tanto elementos sensibles como otros normativos y espirituales, naturalmente la labor de generar conocimiento humano será, asimismo, compleja. En esta cosmovisión, por tanto, la filosofía y la ciencia no tienen razón para distinguirse. La única diferencia radicará en que aquélla se refiere a la realidad en su totalidad, mientras que cada ciencia se ocupará de un aspecto o parcela de aquélla. El proceso histórico mediante el cual, en las universidades europeas, las distintas ciencias fueron independizándose del tronco común de la filosofía, ilustra tal situación. Además, la costumbre anglosajona de denominar doctor en filosofía (*Ph. D*) a todo aquél que, con independencia del campo del conocimiento al que haya dedicado sus estudios, obtiene un doctorado, es un reducto de la misma situación.

En la modernidad, en cambio, las ciencias (encabezadas por la física) no sólo se desprenden de la filosofía sino que acaban por oponerse a ésta. Además, la realidad ya no importa, o no importa tanto, pues lo que interesa es el sujeto cognoscente. De él, y en los casos extremos sólo de él, depende la generación del conocimiento válido (*i. e.* verdadero). Por otra parte, si en la visión antigua filosofía y ciencia compartían la pretensión de ser disciplinas cuyo objeto era obtener esa clase de conocimiento, en el marco filosófico moderno tal pretensión intentará ser monopolizada por la ciencia. La filosofía acabará reducida al ámbito de la reflexión sobre los valores (que eventualmente acabarán siendo considerados, a su vez, como mera emotividad sin valor objetivo) y, posteriormente, al análisis del lenguaje. Así, la modernidad (y el positivismo que en ella se gesta) se caracterizará, para decirlo con Ballesteros, por un complejo de inferioridad de la filosofía frente a la ciencia.⁷ Sólo ésta tendrá valor científico y su labor será totalmente independiente de aquélla. En este contexto han surgido varias de las definiciones de derecho que conocemos, entre ellas la de Kelsen (como un orden en coactivo)⁸ y una de las de García Máynez (conjunto de normas impero-atributivas que, en una cierta época y en un país determinado, la autoridad política declara obligatorias).⁹

⁷ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho: introducción a la filosofía jurídica*, 2ª reimpresión de la 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, capítulo I.

⁸ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 10ª edición, Porrúa, México, 1998, pp. 44ss.

⁹ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, *cit.*, p. 37.

En suma: a) el conocimiento puede entenderse, bien como captación de la realidad mediante la abstracción (realismo), bien como construcción de la inteligencia con independencia de si la realidad existe o no (idealismo); b) en el realismo, filosofía y ciencia comparten la pretensión de generar, aunque en distinta extensión, conocimiento verdadero; y, c) en cambio, en la modernidad (que surge a partir del idealismo) la ciencia es la única que genera conocimiento válido y, para ello, no depende en absoluto de la filosofía.

Cabe ahora examinar, con mayor profundidad, el proceso que condujo a dicha situación, así como el estado actual de la cuestión, para así tener los elementos que permitan identificar el contexto teórico a partir del cual es razonable indagar sobre el concepto del derecho.

2. La cosmovisión moderna y su impacto en el concepto de derecho.

Puede afirmarse, asumiendo el riesgo que normalmente implica fijar el límite entre dos épocas, que la modernidad tiene su origen, en el siglo XVII, en el célebre sueño de Descartes.¹⁰ Sobre la tesis de que sólo las ideas claras y distintas pueden generar conocimiento válido, Descartes redujo la realidad, en cuanto cognoscible, a Dios, a la propia existencia y al espacio geométrico (la *res extensa*). Como recuerda Villoro,¹¹ el planteamiento cartesiano revela, en su origen, la insuficiencia que deriva de la incapacidad de distinguir la certeza subjetiva (el yo que capta algo como claro y distinto), que puede ser equivocada, de la verdad objetiva. Así, para salvar el posible y no infrecuente hiato entre la convicción del sujeto y la verdad, el problema del conocimiento pronto se tradujo en el problema metodológico, pues el método se convirtió en el garante de la correspondencia entre ambos extremos.

¹⁰ En pocas palabras, el ilustre filósofo francés tuvo un sueño en el que se le reveló que el conocimiento verdadero sólo podría fundarse en ideas “claras y distintas”. Es común referir a este acontecimiento y a su secuela en el “Discurso del Método”, el origen primero del racionalismo y después de la metodología científica con los que, se afirma, concluyó el oscurantismo medieval. No deja de ser una ironía que, como lo ha puesto de manifiesto Miguel Villoro Toranzo, la razón moderna tenga su origen en algo no verificable como un sueño ocurrido en quien, a partir de entonces, se sintió un iluminado. (Cfr. VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho, El Proceso de la Razón y el Derecho*, 3ª edición, Porrúa, México, 1996, pp. 243ss.)

¹¹ Cfr. *Ibidem*.

Así, la cosmovisión moderna se construyó sobre la base de que sólo ha de admitirse como objeto del conocimiento aquello que sea matematizable o verificable mediante experimentación científica.¹² Sobre este cimiento surgieron los pensadores que, en Occidente, pretendieron “desmitificar” el conocimiento humano. Entre ellos, vale la pena mencionar, por su interés para las disciplinas que tienen por objeto la acción humana, a Locke y a Hume en Inglaterra¹³, y por senda distinta, e incluso antagónica, a Kant¹⁴ en la Europa continental. De esta manera, aun y cuando empirismo y racionalismo deben ser claramente distinguidos, ambos respondieron a la pretensión, más o menos marcada, de excluir la metafísica como fuente de conocimiento.

El racionalismo, a grandes rasgos, puede caracterizarse como un modo de pensar que, a partir de deducciones fundadas en verdades racionales absolutas (carentes así de la contaminación que implica todo conocimiento empírico), es decir, sobre la base de que sólo es cognoscible lo matematizable, conduce a sistemas abstractos, y se identifica, por tanto, con las llamadas ciencias formales (lógica y matemáticas), aunque pretendió ampliar sus horizontes a otros ámbitos del saber humano.

En cambio, el empirismo desemboca en el método propio de las ciencias naturales y, a partir de operaciones inductivas aplicadas a hechos perceptibles sensorialmente, llega a generalizaciones que, en la medida en que sean confirmadas por la experimentación, adquieren el carácter de leyes.

Ballesteros,¹⁵ siguiendo a Heidegger, ha señalado tres características que permiten distinguir la ciencia moderna (paradigmáticamente la física) de la *episteme* griega y de la *scientia* medieval. En primer lugar, la anticipación del objeto del conocimiento: se plantea de antemano, como algo ya conocido, el objeto de “investiga-

¹² Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., capítulos I y II.

¹³ Con Locke, quien recibió influencia de los trabajos de Descartes, se consolida el origen del llamado empirismo inglés. Antes que él, Hobbes, también considerado empirista y contemporáneo de Descartes, había realizado trabajos que han conducido a calificarlo como el primer positivista jurídico. Cabe hacer notar que, sin embargo, Hobbes es tradicionalmente identificado como defensor del absolutismo, mientras que Locke es calificado como precursor del liberalismo.

¹⁴ En Kant aparece, como uno de los motivos que lo llevaron a plantear su sistema filosófico, la oposición al empirismo.

¹⁵ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., Capítulo I.

ción". En segundo término, la afirmación del principio de que sólo porque la ciencia es esencialmente matemática, puede ser experimental (pues la preselección adecuada de variables medibles es requisito esencial para la experimentación científica). Y por último, la consecuencia de que, como la ciencia se limita a aprehender racionalmente lo previamente conocido, la misma acaba convirtiéndose en explotación y empresa. Con lo cual, el científico acaba pareciéndose menos a un sabio y más a un técnico.

Cabe advertir que, aunque en esta caracterización de la ciencia moderna racionalismo y empirismo van unidos (y en buena medida continuó siendo así en la física y en otras ciencias naturales), ambos aspectos terminaron divorciándose en el ámbito del derecho. En efecto, en un primer momento, el marco metodológico moderno pretendió aplicarse a la cuestión jurídica sólo en cuanto ésta fuere matematizable (y prescindiendo, por tanto, de cualquier intento de verificación experimental). A esta etapa corresponden las tesis de la Escuela de la Exégesis en Francia¹⁶ y la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania.¹⁷ En este contexto, todo el esfuerzo de codificación –con sus dogmas de ausencia de lagunas y de antinomias– responde también, naturalmente, a la idea de que la ley (el código) ha de parecerse más a un tratado de geometría que a una compilación de normas. Asimismo el racionalismo, aunque referido no al derecho sino a la política, se manifiesta claramente en el siguiente texto de Hobbes: “La destreza en hacer y mantener los Estados descansa en ciertas normas, semejantes a las de la aritmética y la geometría, no como en el juego del tenis: en la práctica solamente; estas reglas ni los hombres pobres tienen tiempo ni quienes tienen ocio suficiente han tenido curiosidad o método suficiente para encontrarlas”.¹⁸ Finalmente, en esta breve lista de ejemplos, cabe ad-

¹⁶ La Escuela de la Exégesis, como es sabido, redujo el derecho a la ley. Ésta, formulada en códigos, expresa la voluntad del legislador y es, para la corriente de que se trata, la única fuente del derecho. Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, *cít.*, pp. 333ss.

¹⁷ Esta escuela de pensamiento, sobre la base del racionalismo, pretendió ver en el derecho un sistema de conceptos subordinados unos a otros, de manera tal que los inferiores puedan determinarse a partir de los superiores. Cfr. LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de M. Rodríguez Molinero, 2ª edición, Ariel Derecho, Madrid, 2001, pp. 39ss.

¹⁸ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, traducción de M. Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1940, p. 170.

vertir que el positivismo normativista, o sea aquel al que Bobbio se refiere como *approach* o modo de aproximarse al estudio del derecho,¹⁹ y del que probablemente Kelsen sea el máximo representante, constituye la desembocadura natural, ya en pleno siglo XX, del racionalismo jurídico.

Sin embargo, para la comprensión adecuada de lo que se ha expuesto en torno al racionalismo jurídico, es necesario introducir una distinción importante en relación con el fundamento del derecho. Para una parte de esta corriente, que para identificarla podríamos denominarla racionalismo en sentido estricto,²⁰ las normas jurídicas que conforman el derecho son producto de la razón que capta, directamente, lo que debe ser para el ser humano en sus relaciones intersubjetivas. Pero hay que advertir que se trata no ya de la razón práctica que había alimentado, como veremos, el pensamiento jurídico clásico (premoderno), sino de la razón especulativa que, en la modernidad, opera sobre la base de que, como ya se dijo, sólo es cognoscible lo matematizable (y, posteriormente, lo experimentable científicamente). Así, en una primera etapa, el racionalismo jurídico en sentido estricto fue, aunque en un sentido distinto al clásico, iusnaturalista.²¹ En él se ubica la obra de pensadores como Thomasius, Puffendorf y Wolf. Y en contra de él se han enderezado la mayoría de las críticas que, desde el positivismo jurídico, se han formulado al iusnaturalismo.

El proceso de codificación francés (que, si se atiende a su impacto cultural, fue el más importante) tuvo, en su origen, un claro corte racionalista (en sentido estricto). La voluntad del legislador

¹⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 7ª reimpresión de la 1ª edición, Fontamara, México, 2003, pp. 41ss.

²⁰ Villoro llama a esta subcorriente racionalismo a secas y se reserva, para la otra subcorriente que nosotros también hemos clasificado como racionalista, el término "voluntarismo jurídico". Cfr. VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 12ª edición, Porrúa, México, 1996, capítulos III y V.

²¹ En el medio cultural germánico y en el anglosajón, se suele llamar iusnaturalismo clásico al que aquí identificamos como racionalista. Esto fue, en términos históricos, una consecuencia de la Reforma protestante. En efecto, los nuevos países protestantes, al rechazar el tomismo identificado con el Catolicismo Romano, tuvieron la necesidad de desarrollar un pensamiento jurídico natural propio. Éste surgió en las coordenadas de la modernidad y fue, por tanto, racionalista. La idea de denominarlo "clásico" parece implicar una toma de posición ideológica que, sin embargo, resulta poco congruente con el desarrollo de la historia del pensamiento occidental.

que dio origen a los códigos tenía valor porque representaba no cualquier voluntad sino precisamente aquella que expresa lo que el hombre, de acuerdo con su naturaleza, debe hacer en sus relaciones con otros seres humanos.

No obstante, pronto se prescindió de tal conexión entre voluntad legislativa y derecho natural, y la fuente y fundamento del derecho acabó siendo sólo la voluntad empírica de quienes, en representación del pueblo, tienen a su cargo la tarea de legislar. Así surge la segunda subcorriente del racionalismo jurídico (o sea aquella que, como ya se apuntó, Villoro denomina voluntarismo jurídico). En todo caso, no es de extrañar que así haya ocurrido, pues el racionalismo matematizante conduce naturalmente al voluntarismo. Ello aparece con claridad en el primero de los rasgos que, según lo expuesto, caracteriza a la ciencia natural moderna, pues la anticipación del objeto de investigación supone un acto de voluntad. Por ello, recuerda Ballesteros,²² la ciencia natural moderna (y, agregamos nosotros, el pensamiento jurídico moderno) es antropocentrista y voluntarista. En la modernidad el hombre ocupa el centro del universo (sitio que, en el pensamiento clásico, correspondía a Dios) y la razón humana, una vez que niega la Razón Divina, pretende sustituirla y, congruentemente con ello, desconoce sus propios límites.

Para el concepto de derecho (aunque no sólo para él), una consecuencia importante del racionalismo será la pretensión de distinguir nítidamente lo jurídico de lo moral. Es cierto que, como veremos, en la visión clásica ya se habían planteado elementos para tal distinción. Pero hasta el surgimiento de la modernidad la moral y el derecho no habían sido concebidos como disciplinas autónomas, pues ambas, junto con la política, entroncaban en la reflexión sobre la acción humana. A este respecto, no se pasa por alto que, en palabras de Gierke,²³ distinguir no implica separar. Por ello, resulta injustificada, al menos en teoría, la acusación frecuentemente esgrimida en contra del positivismo normativista, de la que se duele

²² Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, cit., pp. 23ss.

²³ GIERKE, Otto, *Recht und Sittlichkeit*, Sonderausgabe, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1953, p. 10, citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, cit., p. 92.

Bobbio²⁴ y que se hace consistir en que, para dicha corriente, cualquier derecho es aceptable con independencia de su contenido. Sin embargo, el dato que interesa consiste en que, en el racionalismo moderno, el derecho ha de definirse con independencia de la moral y ésta, a su vez, ha de seguir su propio camino como disciplina o ciencia.

Este proceso de “evolución” hacia la autonomía conceptual es un resultado natural del marco epistemológico del racionalismo (que, como ya se ha dicho, reduce lo real –en cuanto cognoscible– a lo matematizable). En un primer momento, según ya se ha anticipado, la moral pretendió continuar determinando lo jurídico vía el derecho natural racionalista. Paralelamente la propia moral en sentido estricto, o sea en cuanto no jurídica, también pretendió construirse sobre la misma base racionalista.

El caso más notable quizá sea el de Kant, quien planteó una ética que, en cuanto intenta fundarse en principios *a priori* que tienen validez universal, es claramente racionalista. Sin embargo, cabe hacer una distinción importante. Para el filósofo prusiano, el ámbito de lo moral corresponde, todavía, a la razón práctica, es decir, a aquella que tiene que ver con la acción humana. En este sentido, Ana Marta González ha documentado interesantes puntos de contacto entre la filosofía moral kantiana y la tomista.²⁵ Por ello, en cuanto puede establecerse una analogía entre la *synderesis* del Aquinate y el *faktum* de la razón kantiano como fundamento de la moral, es posible afirmar la existencia de un residuo de la filosofía clásica en el pensamiento del que probablemente sea el más grande de los filósofos modernos.

Sea como fuere, parece claro que el racionalismo moral pronto olvidó la fecunda distinción, originada por Aristóteles, entre razón especulativa y razón práctica. Ya que esta última no era propiamente matematizable (incluso para Kant el principio formal no es el hecho –*faktum*– moral que capta la razón, sino el imperativo categórico), si la ética habría de conservar un objeto de conocimiento propio, éste necesariamente tendría que localizarse en el ámbito de

²⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 47s.

²⁵ Cfr. GONZALEZ, Ana Marta, *El Faktum de la razón...*, cit.

la razón especulativa. A este intento responde la también célebre *Ética* de Spinoza.

Ahora bien, el racionalismo moral pronto se derrumbó estrepitosamente debido, fundamentalmente, a la imposibilidad de determinar, sin recurrir a la experiencia, es decir, en términos *apriorísticos*, el catálogo de normas precisas, universales e inmutables que han de regir la conducta humana. Ello, en parte, explica la aparición del empirismo ético que, sobre la base de la observación –y verificación “científica”– de las costumbres que, de hecho, existen en los distintos grupos humanos, acabó convirtiéndose en una historiografía de la moralidad. Pues el dato que verdaderamente importa, es decir, la respuesta a la pregunta de cómo ha de actuar cada ser humano en su situación concreta (y ello con independencia de si tal solución es conforme o no con la costumbre dominante), por no ser metodológicamente relevante (al ser refractaria a la matematización y a la experimentación científica), acabó exiliada del campo del conocimiento científico (incluso en sentido lato) y recluida en el ámbito de la pura “emotividad”.

En estas condiciones, la viabilidad del derecho como disciplina científica comenzó a depender de su capacidad para definir su objeto sin aludir a la moral. Es así como surge el desplazamiento del racionalismo en estricto sentido al racionalismo voluntarista. En este último, las normas jurídicas constituyen el objeto de la jurisprudencia sólo en su aspecto formal. De manera que la ciencia del derecho se limita a estudiar el sistema jerárquicamente organizado de normas producidas mediante procedimientos autorizados por normas superiores del mismo sistema. Procedimientos que, cabe añadir, inevitablemente conducen a la voluntad de los funcionarios facultados para producir cada clase de normas.

En todo caso, la idea de construir una ciencia jurídica autónoma encuentra su principio fundamental en la separación del derecho que *es* del derecho que *debe ser*. Sólo el primero (el propiamente matematizable para el racionalismo o el estrictamente experimentable para empirismo al que aludiremos al final de este apartado) puede ser objeto de estudio de la jurisprudencia.

Este proceso de separación metodológica entre el mundo del

ser y el del deber ser corre paralelo (y no se explica plenamente sin él) al proceso de distinción conceptual entre derecho y moral. Sus orígenes históricos se encuentran en un texto de Hume que, por su importancia, es pertinente transcribir literalmente:

En todos los sistemas de moral con los que me he encontrado hasta ahora, siempre he reparado en que el autor procede durante algún tiempo según el modo ordinario de razonar, y establece la existencia de un Dios, o hace observaciones respecto de los asuntos humanos; cuando de súbito me sorprendo al descubrir que, en lugar de las usuales cópulas de proposiciones *es* y *no es*, no hallo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o un *no debe*. Este cambio es imperceptible; pero es, sin embargo, de gran importancia. Pues como este *debe*, o *no debe*, expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada; y al mismo tiempo que se dé una razón para lo que parece completamente inconcebible, cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son enteramente diferentes de ella... esta pequeña atención... nos dejaría ver que la distinción entre el vicio y la virtud no está fundada simplemente en las relaciones entre objetos, ni es percibida por la razón.²⁶

La interpretación tradicional de estas líneas sostiene que, en ellas, el ilustre filósofo inglés denunció la inferencia ilícita del deber a partir del ser. Ello condujo a que se identificara como “Ley de Hume” el principio que, en términos estrictamente lógicos, prohíbe la realización de dicha inferencia. No está claro si el propio Hume tenía conciencia de las consecuencias que sus intérpretes finalmente extrajeron de sus palabras. Finnis²⁷ opina que no fue así y señala,

²⁶ HUME, David, *A Treatise of Human Nature* (1740), libro III, parte I, sec. 1. La traducción es de Cristóbal Orrego y se encuentra en FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 70. El texto original reza así: “In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a new deduction from others, which are entirely different from it. ...this small attention would... let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, or is perceived by reason”.

²⁷ Cfr. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 70ss.

entre otros argumentos, que Hume transgredió su propia “ley” al identificar el deber con los motivos de carácter psicológico que mueven a la voluntad humana. Motivos que, cabe añadir, pertenecen al mundo del ser y no al del deber. En cualquier caso, lo cierto es que la separación entre el ser y el deber se corresponde claramente con la ética kantiana. En efecto, para ésta el imperativo categórico seguirá siendo la única fuente de la moral a pesar de que no pueda demostrarse, con base en la experiencia, que una conducta se rija exclusivamente por consideraciones racionales.²⁸ De manera congruente con ello, Kitz, un neokantiano al que alude García Máynez, afirma que: “de que algo sea puede inferirse que algo fue o que algo será, mas nunca que otra cosa deba ser. Lo que debe ser puede no haber sido, no ser actualmente y no llegar a ser nunca, perdurando, no obstante, como algo obligatorio.”²⁹ Otro filósofo inglés, G. E. Moore,³⁰ acuñó el término “falacia naturalista” para identificar la violación a la “Ley de Hume”, o sea la inferencia ilícita del deber a partir del ser.

En el campo de la metodología jurídica (recuérdese que, en la modernidad, el método es el garante de la verdad), la separación entre ser y deber se consolidó en el principio metodológico al que alude el término *Wertfreiheit*, acuñado por Weber, y que alude al postulado que afirma la necesidad científica de atenerse a los hechos y de abstenerse de formular juicios de valor.³¹

Así surgieron, en el racionalismo jurídico positivista (también llamado positivismo normativista), los intentos de definición del derecho mediante definiciones que pretenden ser meramente descriptivas en tanto que intentan identificar el concepto del derecho que *es* (el *quid iuris*) con independencia de si el mismo *debe* o *no debe ser* (el *quid ius*). Aunque las definiciones propuestas desde esta trinchera son numerosas, cabe agruparlas, en última instancia, en torno a dos polos que, sin embargo, no necesariamente se excluyen entre sí: el que identifica el derecho con la coacción y el que señala

²⁸ Cfr. KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción de Manuel García Morente, 14ª edición, Porrúa, México, p. 31.

²⁹ Citado por GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 9.

³⁰ Cfr. MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 1962, pp. 9ss

³¹ Cfr. BALLESTEROS, *Sobre el sentido...*, cit., Capítulo III.

que el dato esencial del derecho consiste en que constituye un sistema de normas que regula su propia creación. Noción, esta última, que, para decirlo con Finnis, puede expresarse alegóricamente con la afirmación de que el sistema “se levanta a sí mismo tirando de sus propias orejas”.³² Ahora bien, la aludida acotación de que los dos polos de referencia no necesariamente se excluyen entre sí vale dentro de ciertos límites. En efecto, la coacción es compatible con la idea de que el derecho regula su propia creación sólo a condición de que aquélla opere fundamentalmente de cara a los miembros de la comunidad que no son funcionarios (o al menos altos funcionarios). Pues en este último ámbito, el de la burocracia, el sistema jurídico sólo se concibe como viable cuando se parte de la premisa de que quienes tienen la función de crear o administrar las normas jurídicas generalmente se conducen, no por el temor a la coacción, sino por un sentido de fidelidad a las normas que ellos mismos generan o aplican. Así, puede decirse coloquialmente que la existencia de una burocracia institucionalizada es la esencia de lo jurídico, pero a condición de que los funcionarios actúen, por regla general, respetando, espontáneamente, los preceptos jurídicos. Como un ejemplo interesante de la oscilación que las definiciones normativistas han tenido entre los dos polos en cuestión, el mismo Finnis recuerda el caso de Weber, quien, pese a que inicialmente definió el derecho enfatizando el dato de la imposición coactiva de las normas, posteriormente señaló, como elemento esencial de lo jurídico, el respeto espontáneo a las reglas de parte de la burocracia que las crea o las administra.³³

Ya anticipábamos que, en el campo de lo jurídico, racionalismo y empirismo, a diferencia de lo que ocurrió y ocurre en otros ámbitos del saber humano, acabaron divorciándose. El origen del divorcio se presentó cuando, el finalmente llamado empirismo o realismo jurídico, denunció al normativismo por no extraer las últimas consecuencias del principio metodológico del positivismo que reduce lo real a lo matematizable y experimentable. Dicho en términos sencillos, el empirismo rechazó la idea de que las normas jurídi-

³² FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 296.

³³ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 295.

cas (sean producto de la razón o de la voluntad del legislador) puedan ser matematizadas. Y como es obvio que las mismas tampoco pueden ser susceptibles de observación sensorial (y por lo tanto de experimentación científica), la consecuencia es que el concepto de norma (como regla que expresa un deber ser) queda extramuros de la ciencia jurídica. Es interesante destacar cómo el realismo o empirismo, en el fondo, ataca al positivismo normativista en el aspecto que, por así decirlo, más le duele. Porque aquélla corriente echa en cara a ésta que no se atuvo al principio de separación entre ser y deber. Pues aunque aparentemente logró separar el deber ser (moral) del ser del derecho, afirmó que este último consistía en sistemas de normas que expresan un deber ser (jurídico). Así, el supuesto *ser* del derecho (el derecho que es) continuaba siendo *deber* (aunque ya no fuere moral).

Por ello, el realismo postuló (en sus dos vertientes más significativas, o sean la norteamericana que podemos encarnar en Holmes y la escandinava cuyo representante más conocido es Ross) que, si de verdad había que atenerse a los hechos (es decir, a lo medible y experimentable), el derecho ha de ser concebido como un conjunto de conductas humanas que, en función de ciertos criterios pretendidamente normativos (pero que en realidad son sólo interpretativos), son más o menos predecibles. Ésta es la tesis que subyace a la definición de Holmes del derecho como el arte de predecir lo que han de resolver los tribunales³⁴ y a la tesis de Ross, según la cual, el derecho vigente se identifica con la aplicación de las normas por los tribunales.³⁵

En relación con los intentos (normativistas o empiristas) de definir descriptivamente el derecho, cabe hacer notar que, de acuerdo con la aguda observación de Finnis,³⁶ tal pretensión resulta impracticable, en razón de que, para describir lo que es el derecho, primero se ha de seleccionar qué objeto u objetos de estudio son derecho

³⁴ Citado por GRANFIELD, David, *La experiencia interna del derecho*, ITESO-UIA, México, 1996, p. 14. Sin embargo, Holmes también destacó el carácter irracional del Derecho, al describirlo como “un confuso cúmulo de detalles”. (Ibid. p. 10).

³⁵ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “En torno a la teoría de Alf Ross”, en *Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1979*, Colección Textos Universitarios, 2a edición corregida y aumentada, Facultad de Derecho, UNAM, México, 1984, p. 355.

³⁶ Cfr. FINNIS, *Ley Natural...*, cit., Capítulo I.

(nos referimos a la anticipación del objeto de la investigación, que es, como dijimos, una nota típica de la epistemología moderna). Pero tal selección no puede hacerse sin un juicio de valor que permita deslindar qué debe y qué no debe ser considerado como derecho. Es cierto que muchos de quienes elaboraron, desde el positivismo, definiciones del derecho, lo hicieron escudándose en la afirmación de que su propuesta de definición era estipulativa, es decir, que respondía a una decisión que *estipula* de antemano (sin emitir juicios de valor) el campo que ha de definirse. La definición estipulativa es, en cuanto tal, inatacable (a cada intento de crítica puede responderse que el argumento esgrimido en contra no se refiere a lo que, conforme a la estipulación, se entiende por derecho). Mas entonces resulta que la cuestión de si la definición se corresponde o no con la verdad es irrelevante. Esto es, son definiciones que no buscan ajustarse a la realidad, sino que pretenden que la realidad se ajuste a ellas (lo cual, como ya se anticipó, también es típico del idealismo moderno). Tener un concepto de derecho que no revele lo que la experiencia humana intuye que es derecho, pese a ser lógicamente posible y virtualmente inmune a la crítica, resulta, por decir lo menos, desalentador. Por ello, nos parece que la reflexión sobre el *quid iuris*, si ha de ser significativa para la vida humana, ha de trascender los límites de las definiciones estipulativas, a fin de encontrar, si es que ello es posible, lo que el derecho auténticamente es y no sólo lo que algún jurista, de manera más o menos arbitraria, afirma que debe entenderse por él. Al respecto, es interesante hacer notar cómo Weber, a quien aludíamos antes, partió de una definición estipulativa que enfatizaba la coacción, pero, una vez que la misma se vio desbordada por su agudo análisis de la sociedad, acabó trasladando el énfasis de su concepción de lo jurídico hacia el polo de la burocracia institucionalizada. El caso de Weber es ejemplar porque se trata de un pensador que, al menos por lo que hace al punto de que se trata, estuvo dispuesto a romper los límites de su teoría para ajustarla a la realidad.

Ahora bien, la tarea de encontrar los referentes adecuados para romper las cadenas de los reduccionismos modernos (sin dejar de

asegurar, al mismo tiempo, la racionalidad de la investigación) ha sido intentada en la posmodernidad (el propio Weber es, por lo que hace al aspecto que se ha destacado, un ejemplo temprano) y cabe afirmar que la reflexión jurídica sobre el ser del derecho actualmente se encuentra en ese estadio. En este sentido, Ballesteros señala que: “Uno de los rasgos fundamentales de la filosofía contemporánea parece consistir en el intento de superación del fenómeno del positivismo”.³⁷ Pero para comprender, con suficiente profundidad, el alcance de la propuesta posmoderna, es necesario volver a andar, así sea en sus líneas fundamentales, el itinerario que condujo a la elaboración de la cosmovisión clásica. Así lo haremos en la siguiente sección de este ensayo. Porque en esto es aplicable la sentencia de Eco, quien, al referirse a la filosofía kantiana, señaló que: “Si parece que Kant dijo cosas afines, la tarea de un discurso filosófico es volver a ver de dónde partió Kant, y en qué nudos problemáticos se debatió, porque su historia puede enseñarnos algo también a nosotros. Sin saberlo, podríamos seguir siendo hijos de sus errores (así como de sus verdades), y saberlo podría evitarnos cometer errores análogos o creer haber descubierto ayer lo que él ya había sugerido hace doscientos años.”³⁸

Sin embargo, antes de abordar lo relativo a la cosmovisión clásica, parece aconsejable decir algo sobre el estatismo y, para conservar el método que nos hemos propuesto y facilitar la comprensión de la lectura, hacer una recapitulación sobre lo expuesto en este apartado.

Bobbio, al aludir a los diversos sentidos en los que se ha usado el término positivismo jurídico, señala que, además de entenderse dicha expresión como *approach* o modo de aproximarse al estudio del derecho (al que ya hemos aludido en este trabajo), también significa (en un sentido que Bobbio denomina positivismo jurídico como teoría) “aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un fenómeno capaz de ejercitar la coacción: el Estado”.³⁹ Salta a la vista que este iuspositivismo como teoría no es incompatible con el iuspositivismo como *approach*.

³⁷ BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., p. 19.

³⁸ ECO, Umberto, *Kant y el ornitorrinco*, traducción de Helena Lozano Miralles, Lumen, Barcelona, 1997, p. 14.

³⁹ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 43.

Las definiciones del derecho que, sobre la base metodológica del *Wertfreiheit*, se han construido en torno a la idea de la coacción son comúnmente estatistas (por estatismo se entiende la identificación del derecho con el estado y es, por tanto, la forma más radical de iuspositivismo como teoría). Además, cuando desde el empirismo Ross concibe el derecho como “un orden jurídico nacional”,⁴⁰ asume también una posición que es iuspositivista tanto como teoría y como *aprouch*. Y cuando Kelsen afirma que el Estado es el centro ideal de imputación total del orden jurídico, transita por la misma vía.

Ahora bien, la insuficiencia de la concepción estatista del derecho para explicar, con adecuada profundidad, el ser de lo jurídico, se revela, por una parte, en su incapacidad para justificar por qué el derecho internacional ha de ser derecho (tesis que, en la reflexión jurídica contemporánea, es aceptada de manera prácticamente unánime). Y, por la otra (aunque en conexión con lo anterior) en la necesaria exclusión del campo de lo jurídico, que tal concepción implica, de los derechos humanos (tal como son concebidos, al menos, en las declaraciones universales y regionales de los mismos). Ya veremos cómo esta última consecuencia conlleva, a su vez, la negación de uno de los rasgos fundamentales del derecho de acuerdo con al menos una parte de la cosmovisión clásica, o sea su papel como garante del respeto universal a la dignidad esencial de todos los seres humanos. Así, en el estatismo, el sujeto de derecho no es el ser humano sino sólo quien pertenece a una comunidad política, o sea el ciudadano en el Estado moderno. Tesis que, a su vez, condujo al célebre Pascal a ironizar contra aquél derecho que me permite matar al que vive allende el río, si su señor está en guerra con el mío.⁴¹

En síntesis: A) El positivismo jurídico (en sus dos vertientes: racionalista y empirista) surge en el marco epistemológico de la modernidad que reduce lo real (al menos en cuanto cognoscible) a lo medible matemáticamente y experimentable científicamente. B) El racionalismo jurídico tuvo primero un cariz iusnaturalista en los intentos por encontrar el derecho natural a partir de la sola razón

⁴⁰ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. edición argentina, traducido por Genaro R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, p. 58.

⁴¹ Cfr. PASCAL, Blaise, *Fensamientos*, Cátedra, Madrid, 1998, ap. 294.

especulativa. C) Una vez lograda la codificación (sobre todo la francesa), el racionalismo dejó de lado al derecho natural y se transformó en voluntarismo jurídico (aquél que identifica el derecho con la voluntad del legislador). D) A diferencia de lo que ocurrió en otros ámbitos del saber humano, en el campo del derecho el empirismo se enfrentó al racionalismo y acabó divorciándose del mismo. E) En el positivismo jurídico normativista (racionalista), cabe distinguir entre: a) el iuspositivismo como modo de aproximarse al estudio del derecho (que se funda en la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, o bien, entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*); y b) el iuspositivismo como teoría (que identifica el derecho con el Estado). F) En paralelo, el positivismo se caracteriza por sostener que no es posible inferir el deber a partir del ser (“Ley de Hume” que denuncia la “falacia naturalista”). G) Los intentos de definición del positivismo normativista se han ubicado en torno a dos polos: el de la coacción y el de la afirmación que lo típico del derecho es que se trata de un sistema de normas que regulan su propia creación. Y, H) En cambio, el realismo o empirismo jurídico, sobre la acusación de que el normativismo no pudo desprenderse de la idea de deber (así fuere sólo en sentido jurídico), sostiene que el derecho no es otra cosa sino un conjunto de hechos sociológicos que permiten predecir conductas al ser interpretados desde la óptica de las normas (que así ya no son, como en el normativismo, expresión de un deber ser).

3. La cosmovisión clásica y el concepto de derecho en ella.

Para que el contraste entre pensamiento antiguo y moderno tenga, en relación con el derecho, pleno sentido, es necesario mostrar, como ya anticipábamos, los fundamentos ontológicos y epistemológicos que, en lo esencial, sostuvieron la cosmovisión clásica que, originada en Parménides, consolidada en Aristóteles y regenerada en Tomás de Aquino, dominó en Occidente hasta el nacimiento de la filosofía moderna.

Esta cosmovisión se funda, como es sabido, en la tesis ontológica de que el ser existe y se manifiesta de distintas maneras. Por ello ha

sido generalmente denominada “realismo filosófico”. Pues incluso el pensamiento platónico, como ya se apuntó, alude a la “realidad” de las ideas y llega a sostener que éstas son las únicas realidades auténticas.⁴² Además, como también ya se mencionó, cada objeto, en cuanto realidad, determina a la potencia que lo aprehende. Dicho coloquialmente, el objeto manda y el sujeto, si quiere conocerlo, ha de plegarse a él. Ello, a diferencia de la epistemología moderna, en la que, por así decirlo, el sujeto manda. La realidad, si existe, ha de ajustarse al único método aceptable (matemático y experimental) y si no, peor para ella. Así, como con notable claridad lo expone Carpintero,⁴³ para Tomás de Aquino (como para Aristóteles), existen ojos porque hay cosas que ver; oídos, porque hay sonidos que escuchar; razón, porque hay ideas que pensar.

De este aserto se infiere la importancia que, en el sistema aristotélico, tiene la idea de bien como “aquello a lo que todas las cosas tienden”.⁴⁴ En efecto, así como toda potencia se explica por su objeto, así también toda acción (que implica el ejercicio de alguna potencia) se explica por el fin que constituye su objeto y que no puede ser otro que alguna forma de bien. De ahí la equiparación de la causa primera con la causa última. Y de ahí también la imposible separación, en la concepción aristotélica del mundo, entre el plano del ser y el plano que, en lenguaje moderno, podríamos denominar axiológico o del deber. Pues la acción humana, desde el punto de vista ontológico, no puede darse sin la consideración de su fin, que necesariamente ha de ser “bueno”. Por tanto, el hiato entre ser y deber y el postulado que prohíbe derivar el segundo del primero, sólo tiene vigencia cuando la realidad, despojada de su sentido, arbitrariamente ha sido reducida a los hechos susceptibles de medición matemática y, en su caso, de experimentación científica.

En relación con este apretado resumen del pensamiento aristotélico, es pertinente hacer un par de observaciones. Primero, que la idea de que todas las acciones humanas tienden hacia algún bien, es incompatible con la concepción moderna de la libertad humana,

⁴² Cfr. GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones...*, cit., pp. 69ss.

⁴³ Cfr. CARPINTERO, Francisco, *Dos versiones históricas de la libertad*, texto fotocopiado de ponencia leída en la Universidad de Navarra, España, 2002.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducción de María Araujo y Julián Marías, colección Clásicos Políticos, 6ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 1.

en la que, como explica Carpintero⁴⁵ al referirse a sus orígenes, se plantea el libre albedrío como un punto medio (y neutro) entre dos extremos: el bien y el mal. En cambio, para el tomismo, como para Aristóteles, es irrazonable afirmar que el ser humano pueda elegir algo que sabe que es malo. El mal moral sería producto no de una decisión que, de forma equiparable a la del suicida, elige deliberadamente lo que no es sino mal, sino de una irrazonable elección de un bien (porque jerarquiza mal o porque atropella bienes fundamentales del propio agente o de otro). Así, aun la acción más aberrante responde a la búsqueda, por el sujeto, de algún bien. Piénsese, como ejemplo, en el narcotraficante que privilegia su propio bien económico por encima del derecho a la salud de los demás. O incluso en el violador que antepone el bien de su propia satisfacción sexual a la libertad sexual de la víctima. Sólo en quienes tienen gravemente alteradas sus facultades mentales cabe la ejecución de una acción sin sentido, es decir, no orientada a algún bien. Y ello sin dejar de advertir que, en muchas de las historias de psicópatas criminales, suele quedar el reducto de alguna racionalidad. Encontrar esta racionalidad residual ha sido el tema fascinante de la literatura y el cine que han abordado esas historias.

En segundo lugar, cabe observar que no falta quien afirma que el hiato entre ser y deber no sólo opera en la concepción moderna de la realidad, sino que también es aplicable a la concepción aristotélica. Finnis hace este señalamiento al considerar que la distinción aristotélica entre razón práctica y razón especulativa lleva implícito el reconocimiento a lo que, muchos siglos después, acabó llamándose “Ley de Hume”. Pero el planteamiento de Finnis, hecho en una obra que tiene, entre otros, el enorme mérito de lograr traducir el pensamiento iusnaturalista clásico al lenguaje del positivismo analítico inglés, no conlleva (como sí ocurre en el pensamiento moderno) la expulsión del mundo de los valores allende la realidad objetiva. Porque la inteligencia humana no sólo es capaz de captar, en la realidad, los objetos propios del conocimiento teórico o especulativo (de los que no cabe inferir valores), sino también objetos en los que el valor ya está presente, o sean bienes o valores básicos.

⁴⁵ Cfr. CARPINTERO, Francisco, *op. cit.*

Bienes o valores básicos que, cabe añadir, constituyen primeros principios del razonamiento práctico y son evidentes e indemostrables tanto como lo son los primeros principios de la razón teórica, los cuales se encuentran, subyacentes, en la ciencia natural moderna y en otras disciplinas cuyo objeto es distinto al de la acción humana. Por ello Finnis se niega a separar, salvo para limitados efectos didácticos, la moral de la política y del derecho, ya que estas disciplinas tienen que ver, todas, con un mismo objeto: el examen de la conducta humana en cuanto inteligente y libre.

Otra cuestión que, en relación con el pensamiento Aristotélico, ha resultado desconcertante (sobre todo si se pretende abordarla desde un punto de vista moderno) es la relativa al significado del término *eudemonía* como fin último del ser humano.⁴⁶ Este término de significado complejo ha sido traducido al castellano por felicidad. Pero ha de tenerse presente que implica un estado de cosas que trasciende lo que coloquialmente a veces se entiende por ser feliz. Una posible interpretación, que podríamos calificar de típicamente moderna (pero que también ha sido usada, aunque con inconsistencias no resueltas, en el campo de la escolástica), es aquélla que entiende el concepto de que se trata como un fin dominante (y, por tanto, que excluye a cualquier otro al entrar en conflicto con él). En esta corriente se ubica el utilitarismo que, al reducir la felicidad al placer o a algún otro concepto análogo, pretende haber encontrado la medida común para juzgar cualquier acción humana. Pero sea cual sea el significado que se dé al término, la idea de un solo fin dominante naturalmente conduce a la identificación de éste como algo externo al obrar humano. De ahí la suscripción de García Máynez⁴⁷ a la idea, compartida por Kant y por Hartmann, de que la felicidad no es el fin que busca quien realiza una acción moral, sino en todo caso la coronación, que usual pero no necesariamente

⁴⁶ Como ejemplos de la ambigüedad de Aristóteles con respecto a si hay un solo fin último (dominante) o varios (en cuyo caso la *eudemonía* sería un fin incluyente), vale la pena destacar algunos textos de la *Ética a Nicómaco* (*cit.*): “De modo que si hay algún fin de todos los actos, éste será el bien realizable, y éstos si hay varios” (p. 7). “...el bien humano es una actividad del alma conforme a la virtud, y si las virtudes son varias, conforme a la mejor y más perfecta, y además en una vida entera” (p. 9). Y: “Por tanto, lo mejor, lo más hermoso y lo más agradable es la felicidad y estas cosas no están separadas... sino que se dan todas en las actividades mejores; y éstas, o una de ellas, la mejor, decimos que es la felicidad” (p. 11).

corresponde, a quien ha logrado vivir una vida buena. Nótese cómo, en este señalamiento, se critica a la filosofía aristotélica sobre la base de que ésta postula un fin que es distinto de la acción o acciones humanas que conducen a él. Es decir, desde un punto de vista que ha olvidado la *praxis* (que tiene por objeto la acción buena, o sea aquélla cuyo fin es la propia acción) y que considera, en consecuencia, que todo obrar humano es *poiesis* (o sea la técnica, que tiene por objeto la acción que tiene como fin algo distinto de la acción misma). Por ello, no resulta extraño que la crítica, fundada, que hace García Máynez al utilitarismo, sea extendida a toda forma de ética de bienes.

En cambio, hay quien entiende, como a nuestro modo de ver con razón hace Finnis, que la idea de *eudemonía* ha de interpretarse no como la de un fin dominante, sino como la de un fin incluyente que implica la realización de una vida que, ajustándose a las exigencias de la razonabilidad práctica, ha logrado integrar de forma razonable el conjunto de bienes o valores básicos, es decir, de todos aquellos objetos (u objetivos) que los seres humanos captan como buenos y que son inconmensurables entre sí, de manera que no es razonable renunciar a ninguno de ellos, ni sacrificar (como algo distinto al simple “dejar de lado”) uno por otro u otros.⁴⁸ Este planteamiento es coherente con la antigua idea de *praxis* que, como ya dijimos, se refiere a toda acción que tiene como fin la acción misma. Pues en esta interpretación, la felicidad supone la realización de actos de conocimiento por el conocimiento mismo, de amistad por la amistad misma, de respeto y promoción de la vida por la vida misma... , etc., de manera que la *eudemonía* no es algo distinto de la participación coherente y constante en valores que, por ser fines en sí mismos, hacen inteligible el obrar humano. Esto, en el sentido de que por sí mismos explican razonablemente la conducta que participa de ellos. Adviértase que, entendida así la *eudemonía*, cabe perfectamente afirmar, contra la opinión de García Máynez, que uno *sí* es responsable de su propia felicidad.

⁴⁷ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Ética, Ética empírica. Ética de bienes. Ética formal. Ética valorativa*, 17ª edición, Porrúa, México, 1969, p. 118.

⁴⁸ Cfr. FINNIS, John, *Ley Natural...*, *cit.*, Capítulo III. Finnis, en esta obra, propone una lista de siete bienes o valores básicos: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica (que implica libertad, autenticidad e integridad) y la religión.

Sentado lo anterior, no es de extrañar que, en la cosmovisión antigua, el derecho se conciba siempre en atención a su fin. Además, el concepto central (al menos para Tomás de Aquino⁴⁹ y para la tradición jurídica romana) no era el de ley o norma, sino el de *ius*, que en castellano podríamos definir como “lo justo objetivo”, o sea la cosa o conducta que se debe a otro (el fin, en este caso, está dado por el destino, es decir, por el hecho de que tal cosa o conducta, en *justicia*, se deben a otro). Nótese cómo el *ius* se corresponde con lo que, en la teoría contemporánea de las obligaciones, se entiende por objeto indirecto (objeto-cosa u objeto-hecho) de los actos jurídicos. A este respecto, cabe añadir que, aunque la idea de *ius* guarda evidente analogía con el concepto moderno de derecho subjetivo (como facultad que otorga el ordenamiento jurídico), aquélla, a diferencia de éste, no se refiere exclusivamente al aspecto activo de la relación jurídica. Pues el *ius* indistintamente alude a este aspecto, como a su contrario, o sea, el pasivo. Por tanto, aunque el derecho subjetivo sin duda cabe en el significado del término de que se trata, hay que tener presente que el mismo también puede ser entendido como obligación. Si no se atiende a esta última posibilidad, resulta desconcertante, por ejemplo, el significado del siguiente texto de las *Instituciones* de Gayo: “Los *jura* de los predios urbanos son tales como el *jus* de levantar una construcción alta y de obstaculizar la luz que da en la construcción del vecino, o de no levantar (una construcción) para que la luz del vecino no sea obstaculizada”.⁵⁰

En este orden de ideas, el concepto de ley o norma (que, en función de lo expuesto en el apartado que antecede, es el central para una buena parte de la concepción moderna de lo jurídico) juega un papel secundario y se entiende como “la medida del derecho”,⁵¹ es decir, como la medida de lo que, en justicia, se debe a otro. Así, la fuente de la norma (de la medida) se encuentra en la razón, pero no en la razón especulativa que, en la modernidad, acabó reducida a la razón calculante, sino en la razón práctica: aquélla que, según anticipábamos, se ocupa de la acción humana. El propio To-

⁴⁹ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II – II, q. 57, a. 1.

⁵⁰ Cfr. GAYO, *Instituciones*, II, 14, citado por FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 238.

⁵¹ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, I – II, q. 90, a. 1. En este lugar, el Aquinate señala que: “La ley es una especie de regla y medida de los actos, por cuya virtud es uno inducido a obrar o apartado de la operación”.

más de Aquino, luego de decir que la ley es la medida de los actos, remata así: “la regla y medida de los actos humanos es la razón”.⁵² Pero, ¿cómo opera tal razón práctica?

Ya adelantábamos que la misma se funda (para la tradición aristotélico-tomista) en primeros principios autoevidentes, que no son otra cosa que bienes o valores básicos, o sean objetos que hacen inteligible la conducta humana. Además, hay que tener presente que, como también ya anticipamos, en la cosmovisión antigua lo jurídico no es independiente de lo moral y de lo político. Por ello, los primeros principios de referencia se proyectan en dichos tres ámbitos del obrar del ser humano. Por la importancia que esta situación tiene para una cabal comprensión de la concepción jurídica de la antigüedad, conviene abundar en ella.

Finnis afirma que, aunque nadie duda de la verdad de la opinión de Aristóteles de que la acción buena (*i.e.* justa)⁵³ es la así juzgada por el hombre bueno (el *Spoudaios*), es posible ir más allá en la búsqueda de criterios adecuados para que el ser humano, tal como es, pueda tomar decisiones morales, políticas o jurídicas, de manera correcta. De hecho –apunta–, de ello se han ocupado buena parte de los filósofos cuyo pensamiento se ha generado desde los tiempos del Estagirita hasta nuestros días. Pero la filosofía práctica ha caído, no infrecuentemente, en el error de sobreestimar un solo criterio como si fuese el único relevante. Ello se debe, en opinión del profesor de Oxford, a que todos los criterios de que se trata, que él denomina exigencias básicas de la razonabilidad práctica, comparten con los bienes o valores básicos la característica de ser, además de evidentes e indemostrables, inconmensurables entre sí. De manera que, al enfocar la inteligencia en cualquiera de ellos, aparecen motivos para considerarlo como el más importante. Y esta situación se repite si se cambia el enfoque hacia alguno de los otros.⁵⁴

⁵² *Ibidem.*

⁵³ En el lenguaje clásico la justicia general se identifica con la virtud total. De ahí la frecuente alusión del evangelio a los “justos” como sinónimo de los “buenos”. La justicia particular, aquella que es propia del derecho, es, como su nombre lo indica, una parte de la justicia total. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco, cit.*, Libro V.

⁵⁴ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural...*, *cit.*, p. 133. En este lugar, Finnis señala que: “En los dos milenios desde que Platón y Aristóteles iniciaron la investigación formal sobre los contenidos de la razonabilidad práctica, la reflexión filosófica ha identificado un número considerable de exigencias de *método* en el razonamiento práctico. Cada una de estas exigencias ha sido

Ahora bien, antes de identificar las aludidas exigencias de la razonabilidad práctica, es necesario destacar el sustrato sobre el que las mismas operan. Este sustrato, en la obra de Finnis, está constituido por los bienes o valores básicos pre-morales, a los que antes ya hacíamos referencia. Se trata de objetos valiosos, inderivables y evidentes, que la inteligencia humana, cuando se tiene la experiencia relevante, capta como tales. Su carácter práctico –valioso en el sentido de que vale la pena participar en ellos– lleva implícita la exigencia de conducta. Es decir, se trata de objetos que, al captarse, automáticamente –por así decirlo– interpelan al sujeto para que actúe. En ello se diferencian de los objetos de la razón especulativa y de ello deriva que no pueden captarse sin el principio práctico que exige la realización de acciones y proyectos con los que el ser humano participa de ellos. Además, su carácter básico se revela en que son no sólo principios, sino *primeros* principios del razonamiento práctico. Con lo cual se quiere decir que hacen inteligible la conducta humana. Es decir, que explican, por sí solos, una acción o proyecto que se orienta hacia ellos. Así, por ejemplo, si alguien afirma que está estudiando tal o cual cosa porque quiere saber acerca de ella, esta respuesta es suficiente para explicar –aunque no (todavía) justificar–, como algo razonable (sin necesidad de acudir a otras explicaciones), tal acción.⁵⁵

Los bienes o valores básicos que Finnis identifica son, como ya hemos anticipado, siete:⁵⁶ la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica y la religión. El número de ellos no es lo relevante. Lo importante es que se trata de cosas que, hasta donde la inteligencia humana puede captar, son valoradas como buenas (en sí mismas) por cualquier ser humano que tiene la experiencia pertinente. En este punto, el profesor de Oxford hace notar que, aunque se trata de principios evidentes e

tratada por algunos filósofos, a decir verdad, con un respeto exagerado, como si fuera la única exigencia controladora y conformadora. Porque, del mismo modo que con cada una de las formas básicas de bien, cada una de estas exigencias es fundamental, inderivada, irreductible, y de aquí que es susceptible de parecer la más importante cuando se centra en ella la atención”.

⁵⁵ Cfr. *Op. cit.*, capítulos III y IV.

⁵⁶ Nos referimos a la lista que presenta en la obra que estamos siguiendo (*Ley natural...*, *cit.*), pues, como Cristóbal Orrego hace notar en el estudio preliminar a la traducción castellana de la misma (*cit.*), Finnis ha hecho algunas modificaciones en obras posteriores.

inderivables, resulta iluminador el hecho de que las ciencias que, desde un punto de vista teórico –particularmente la antropología– han examinado lo que los grupos humanos, de hecho, valoran, han puesto de manifiesto que el consenso respecto de los bienes y valores básicos, contra lo que sin fundamento sostuvo el relativismo positivista, es prácticamente unánime.

“Todas las sociedades humanas –escribe Finnis sobre la base de estudios antropológicos– muestran una preocupación por el valor de la vida humana; en todas, la propia conservación es generalmente aceptada como un motivo adecuado para la acción, y en ninguna se permite matar a otros seres humanos sin una justificación bien definida. Todas las sociedades humanas consideran la procreación de una nueva vida humana como una cosa buena en sí misma salvo que haya circunstancias especiales. Ninguna sociedad humana deja de restringir la actividad sexual; en todas las sociedades hay alguna prohibición del incesto, alguna oposición a la promiscuidad desenfrenada y a la violación, algún apoyo a la estabilidad y permanencia en las relaciones sexuales. Todas las sociedades humanas exhiben una preocupación por la verdad, a través de la educación de los jóvenes en materias no solamente prácticas (*e.g.* evitar los peligros) sino también especulativas o teoréticas (*e.g.* la religión). Los seres humanos, que pueden sobrevivir a la infancia sólo gracias a la crianza, viven en o en contacto con una sociedad que invariablemente se extiende más allá de la familia nuclear, y todas las sociedades favorecen de algún modo los valores de la cooperación, del bien común por sobre el bien individual, de la obligación entre los individuos, y de la justicia dentro de los grupos. Todos conocen la amistad. Todos tienen alguna concepción del *meum* y del *tuum*, del título o propiedad, y de la reciprocidad. Todos valoran el juego, ya serio y formalizado, ya relajado y recreativo. Todos tratan los cuerpos de los miembros muertos del grupo de alguna manera tradicional y ritual diferente de sus procedimientos para deshacerse de la basura. Todas exhiben un intento respecto de los poderes o principios que deben ser respetados en cuanto sobrehumanos; de una forma u otra, la religión es universal.”⁵⁷

⁵⁷ FINNIS, John, *Ley Natural...*, *cit.*, p. 115. El texto original en inglés (*cit.*) aparece en las pp. 83-84.

Desde el campo de la semiótica, Umberto Eco ha llegado a una conclusión semejante: la existencia de los universales semánticos (términos que son traducibles a todos los idiomas y que, por tanto, se refieren a conceptos conocidos por todas las culturas) relativos a deberes morales y jurídicos indica, a su vez, que hay ciertas cosas que todos los seres humanos valoran.⁵⁸ La misma cuestión subyace en la superación del relativismo ético a la que alude, por otra parte, Antonio Millán-Puelles.⁵⁹

En todo caso, la captación de los bienes o valores básicos, en la exposición de Finnis, no *resuelve*, sino *plantea*, la cuestión moral (y en su caso jurídica). Esto, porque revela la amplia gama de posibilidades de acción que tiene el hombre. Que el chisme, por ejemplo, se explique por el afán de conocimiento, lo hace inteligible pero no lo justifica. Por ello, las normas y los juicios morales sólo aparecen una vez que el sustrato de la razón práctica –los bienes o valores básicos– pasan, por así decirlo, por el filtro metodológico de las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, las que, como ya se ha sugerido, constituyen, en su conjunto, uno de los siete bienes o valores básicos de la lista de Finnis.

Tales exigencias metodológicas o de razonabilidad práctica constituyen criterios o reglas para la toma de decisiones humanas. No son excluyentes entre sí sino que, por el contrario, todas han de ser consideradas (hasta donde la situación concreta lo demande) si la decisión ha de ser verdaderamente razonable –i.e. moralmente correcta. Así, Finnis propone que, cuando uno se cuestiona sobre qué ha de hacerse, la respuesta debe darse: a) en el contexto de un plan de vida coherente; b) sin implicar una arbitraria preferencia entre valores; c) sin discriminar arbitrariamente personas; d) con desprendimiento (respecto de los resultados en la medida en que no dependen del sujeto); e) pero al mismo tiempo con el compromiso necesario para no abandonar injustificadamente planes o proyectos; f) considerando la relevancia, aunque limitada, de las consecuencias de la acción; g) sin atentar directamente contra ningún valor básico.

⁵⁸ Cfr. ECO, Umberto, “Cuando entra en escena el otro, nace la ética” en *¿En qué creen los que no creen?*, traducido por Esther Cohen, Taurus, México, 2005, pp. 105ss.

⁵⁹ Cfr. MILLÁN-PUELLES, Antonio, *Ética y realismo*, 2ª edición RIALP, Madrid, 1999, p. 22.

co; h) como respuesta a las exigencias del bien común; y, finalmente, i) sometida al imperativo de la propia conciencia.⁶⁰

Aquí, cabe añadir, puede encontrarse una explicación de la variabilidad de los intentos por establecer una jerarquía de valores. Esto, con independencia de que, aun a falta de tal explicación, las discrepancias entre opiniones, aun de estudiosos serios e inteligentes, no aporta ninguna razón para sostener que no es posible encontrar un criterio objetivo que sirva de referencia para tomar decisiones morales correctas. Pero a condición de que no se pretenda, como infructuosamente lo hizo el racionalismo, buscar un sistema jerárquico e inflexible, elaborado bajo los cánones de la razón especulativa. Es decir, a condición de que se admita que la razón práctica, que es la que se encarga del problema de la acción humana, opera de modo distinto al de la razón teórica. En el campo de aquélla, la mayoría de las decisiones morales (incluidas las jurídicas y las políticas), salvo aquellas que implican la exigencia de no atacar directamente la dignidad humana, admiten más de una solución razonable.

Ahora bien, la raíz común que moral, derecho y política tienen, en la visión clásica, en el ámbito de la razón práctica, no implica la confusión de tales disciplinas. Por ello, una vez expuestas las grandes líneas que explican el modo de operar de la razón en cuanto examina el obrar humano, se impone distinguir entre moral y derecho (en razón del espacio disponible, dejamos el tema de la política para otra reflexión).

En la lista de las exigencias de la razonabilidad práctica propuesta por Finnis, aparece la obligación de favorecer el bien común. De esto se infiere que, como la justicia determinaba el *ius* que se debe a otro y así constituía su fin, el bien común es el referente que ha de tenerse en mente cuando, desde la visión clásica, se concibe a la ley, es decir, a la norma general. Por ello, Tomás de Aquino define a la ley (que antes ya había identificado como regla y medida de los actos humanos) como “una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”.⁶¹ Una vez más, la que, junto con el *ius*, es la otra catego-

⁶⁰ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., capítulo V.

⁶¹ TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, cit., I – II, q. 90, a. 4.

ría fundamental de lo jurídico (le ley) se concibe, en la antigüedad, a partir de su fin.

Excedería los límites de este ensayo exponer de manera profusa el examen del bien común. Sin embargo, es necesario apuntar algunas ideas centrales en relación con el mismo, pues de no hacerlo la comprensión adecuada de la concepción jurídica de la cosmovisión antigua resultaría imposible.

Tanto para Aristóteles como para Tomás de Aquino la idea de bien común no se entiende sin el concepto de amistad (seguimos a Finnis en estas ideas y en la utilización de ese término, amistad, en vez del de amor, para evitar las connotaciones que, en el lenguaje moderno, tiene este último).⁶² Hay amistad, en su caso central, cuando una persona hace del bien de su amigo una parte de su propio bien. La comunidad política no es comprensible, en la filosofía clásica, si no se atiende a la forma más básica de asociación que se da en la amistad. Es obvio que uno no puede ser amigo de todo el mundo. Pero tener presente el concepto de amistad permite entender cómo el bien común no es una entidad abstracta, sino el estado de cosas en el que, en una comunidad, el bien de todos los individuos que la conforman (y no sólo de la mayoría, o de la clase dominante), forma parte, al mismo tiempo, del bien de cada uno de tales individuos. Ahora bien, como en función de lo expuesto no es inusual que exista más de una manera posible y aceptable de realizar el bien de cada persona (y de cada uno de los demás miembros de la comunidad), resulta evidente que es necesaria la coordinación. Porque no es infrecuente que, al existir dos o más opciones disponibles para una situación concreta, el bien común se favorezca con alguna de ellas pero se perjudique si no se toma una, y sólo una, de ellas. En comunidades pequeñas, el consenso es la forma natural para decidir cuál opción se toma. Pero en la comunidad política la unanimidad es imposible. Por ello, es necesario que exista alguna forma de coordinación autoritativa. Este es el papel fundamental que corresponde al derecho. Y ahí radica también el fundamento de la diferencia entre el derecho y la moral. Aquél, desde Aristóteles y Tomás de Aquino, se concibe con sus características de bilateralidad (o alte-

⁶² Cfr. FINNIS, John, *Ley natural, cit.*, capítulo VI.

ridad) y exterioridad, y constituye el mínimo necesario para que cada quien (ya en el campo de lo estrictamente ético) pueda proponerse y llevar a cabo una vida buena.

La concepción del bien común como el bien de todos los miembros de una comunidad, si se destierra la tentación del estatismo y se admite la existencia de una comunidad universal de seres humanos, conduce a afirmar que el derecho debe, entre otras cosas, garantizar el respeto a la dignidad esencial del hombre. Esta idea recoge la antigua virtud de la *humanitas* que defendieron los estoicos y que se consolidó con la concepción cristiana del ser humano.⁶³

En estas condiciones, no resulta difícil aclarar cuál es la relación entre derecho positivo y derecho natural. Para decirlo con Ballesteros,⁶⁴ este último es, en la filosofía aristotélico-tomista, el fundamento ontológico de aquél. No se trata, pues, de un conjunto de normas que pueden colisionar con las del derecho positivo (tesis que dio lugar a la llamada teoría de los dos órdenes que correctamente fue criticada por el positivismo jurídico), sino de un conjunto de principios, no normativos, que justifican al derecho positivo. Esto es así porque, como ya lo hemos hecho notar, los problemas que el derecho ha de resolver frecuentemente admiten más de una solución correcta. El legislador (y en su caso el juez) debe, si ha de favorecer el bien común, elegir cuál de las posibles normas aplicará en una comunidad concreta. La obligatoriedad del derecho natural no puede darse (en términos jurídicos) si no se hace, mediante decisiones que lo determinan, derecho positivo. En este sentido, Finnis⁶⁵ ha puesto de manifiesto cómo incluso aquellas normas que tienen una conexión cercana con los principios de derecho natural (como las que tipifican como delito el homicidio), necesitan ser determinadas (con cierto grado de variabilidad aceptable) por el legislador humano (al definir, por ejemplo, las excluyentes de responsabilidad). Lo anterior, por otra parte, no implica negar el problema bastante diferente de la eventual obligación moral de desobedecer la ley injusta.

⁶³ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, cit., pp. 97s.

⁶⁴ Cfr. *Op. cit.*, pp. 102ss.

⁶⁵ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural*, Capítulo X.

Ahora bien, para que la exposición de la cosmovisión clásica sea, aunque breve, completa, es necesario añadir que la concepción ética y jurídica del aristotelismo y del tomismo no la agota. Carpintero⁶⁶ ha documentado cómo, desde el siglo XIII (o sea dos siglos antes de Descartes), surgió, dentro del seno de la Escolástica, una visión distinta que el propio Carpintero identifica como la escuela de los “nominales”. Esta escuela, vinculada a los franciscanos, se disputó con el tomismo el dominio de las universidades europeas desde el aludido siglo XIII hasta el siglo XVII. A diferencia de lo que Aristóteles y el Aquinate postularon, los nominales entendieron que la voluntad era una potencia neutra (no determinada por su fin) y que la libertad consiste (como ya lo adelantábamos) en la posibilidad de elegir no entre dos bienes, sino entre el bien y el mal. Esta tesis, que aparentemente es de índole sólo metafísica, tuvo profundas consecuencias prácticas. Porque si no se concibe la acción humana como determinada por la razón que deriva del fin bueno que aquélla busca, entonces la idea de norma ya no puede ser entendida en términos de razón (práctica). Por ello, la escuela de los nominales tuvo que recurrir, para garantizar la bondad de la conducta humana, a la autoridad de quien emite la norma. Esta autoridad no podía ser otra que la voluntad de Dios. Así, si para el tomismo la norma era (por así decirlo) querida por Dios porque era buena, para los nominales la norma era buena porque era querida por Dios. Queda claro, con lo dicho, que en los nominales (y en el nominalismo que fue su heredero) se encuentra el origen histórico del voluntarismo moderno. Una vez que Dios sale de escena, su voluntad (fuente del mandato que constituye la ley) es sustituida primero por la voluntad del príncipe despótico y después por la voluntad del pueblo soberano.

Otra consecuencia de la concepción nominal del ser humano, en cuanto impacta en lo jurídico, consistió en concebir al *ius*, ya no como lo justo objetivo, sino como una potestad o facultad moral. De aquí al derecho subjetivo como lo entiende el positivismo, sólo hay un paso. Además, en casos extremos, como en Hobbes, la ley acabó divorciándose y oponiéndose al *ius* (derecho subjetivo). Éste

⁶⁶ Cfr. CARPINTERO, Francisco, “Dos versiones...”, *cit.*

es lo propio del estado de naturaleza, aquélla el producto del pacto social. En efecto: “...*jus y lex, derecho y ley...* –escribe– deben distinguirse; porque el derecho consiste en la libertad de hacer o de abstenerse de hacer; mientras que la ley determina y obliga a una de las dos cosas; de manera que la ley y el derecho difieren entre sí tanto como la obligación y la libertad, que respecto de una sola y misma materia son incompatibles”.⁶⁷ Cuando siglos después se concibe al derecho como conjunto de normas, y se afirma el principio metodológico del *Wertfreiheit* que separa el *quid iuris* del *quid ius*, en realidad se están extrayendo las últimas consecuencias del germen sembrado por la filosofía nominal.

En resumen: A) en la epistemología clásica se afirma la realidad del ser que se manifiesta de distintas maneras y que es accesible a la razón humana (realismo). B) La cosmovisión antigua distingue entre razón especulativa y razón práctica (que se ocupa de la acción humana). C) En esta última entroncan, sin tener independencia conceptual aunque ello no implique que no se puedan distinguir, la moral, la política y el derecho. D) La realidad es compleja y contiene no sólo lo que los sentidos captan, sino también estructuras que tienen carácter normativo. Por tanto, para esta concepción de la realidad no es válida la “Ley de Hume”. E) En la misma visión, el fin determina el ser de las cosas. Así, el derecho y la ley se conciben en función de su fin (justicia y bien común). F) El derecho (*ius*) es, fundamentalmente, la cosa o conducta que, en justicia, se debe a otro. G) La ley (*lex*) es la medida del derecho y se entiende como precepto producto de la razón (práctica), en orden al bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de una comunidad. H) El derecho natural es un conjunto de principios no normativos que justifican el derecho positivo. Y, por último: I) La filosofía nominal, opuesta al aristotelismo y al tomismo, aunque históricamente es premoderna, hizo planteamientos que constituyen el antecedente histórico de la modernidad.

4.- La posmodernidad: el estado actual de la cuestión.

Por pensamiento posmoderno entendemos, siguiendo a Balles-

⁶⁷ HOBBS, *Leviatán*, Cap. XIV; en RAPHAEL (ed.), *British Moralists*, vol. I., parág. 56.

teros,⁶⁸ la situación del pensamiento filosófico occidental que, aunque no se encuentra aún consolidado (y por tanto no es, en sentido estricto, una cosmovisión), se inicia en Europa, a principios del Siglo XX, mediante la denuncia a la arbitraria reducción de la realidad que planteó la modernidad. El positivismo filosófico y científico en el que se manifestó la cosmovisión moderna, como antes apuntábamos, redujo arbitrariamente lo real a lo medible y experimentable. Frente a esta tesis, filósofos de distintas corrientes captaron que la realidad, como ya lo había señalado Aristóteles dos milenios antes, contiene (al menos, pero no sólo, por lo que hace a la acción humana), indisolublemente unidos, hechos y valores.⁶⁹

Para el concepto de derecho, la importancia de la posmodernidad radica, sobre todo, en que abre la posibilidad de recuperar el sentido del mismo. En efecto, la pretensión de definir nuestro concepto a partir de nociones racionalistas (y eventualmente voluntaristas) o empíricas, condujo a una situación tal, en la que resultaba imposible distinguir (al menos en el nivel conceptual) entre un sistema jurídico y el sistema de normas (que puede llegar a ser extraordinariamente refinado y, en consecuencia, “institucionalizado”) de una organización criminal. Por ello, si el derecho ha de tener sentido, es necesario romper los reduccionismos modernos y recuperar la realidad como algo complejo, en la que lo medible y experimentable constituye sólo una parcela. Dicho en otras palabras: se impone replantear el marco epistemológico a fin de averiguar si es posible obtener conocimiento válido (racionalmente verificable) de aspectos que el sentido común indica que son (o existen) y que, sin embargo, son refractarios a la razón calculadora.

Desde la óptica de Ballesteros, este proceso posmoderno (que el

⁶⁸ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, cit., Capítulo IV.

⁶⁹ Para ilustrar esta afirmación, nos parece oportuno recordar el diálogo que, en *Contacto*, la película basada en la novela de Sagan, sostienen dos personajes: una astrónoma agnóstica y un teólogo. Aquélla confiesa a éste que sólo puede creer en lo que sus sentidos captan y la ciencia puede medir y verificar. El teólogo, en respuesta, le pregunta si su padre (muerto cuando ella era niña) la amaba. Ella le responde que sí. Y él remata diciéndole que cómo puede creer en algo que sus sentidos no captan y que la ciencia no puede medir ni verificar. En suma: la realidad del amor (incluso del amor meramente humano), para quien lo ha experimentado, se capta como real aunque no sea medible ni susceptible de experimentación científica.

denomina “la recuperación de la ontología”)⁷⁰ se debió, sobre todo, a los hallazgos de tres escuelas de pensamiento que, aunque procedentes de tradiciones distintas, confluyeron en la tesis de que lo real es algo más amplio que lo medible y experimentable. Se trata de la fenomenología (y su desembocadura en la fenomenología existencial), de la evolución de la filosofía analítica (sobre todo a partir del segundo Wittgenstein) y del movimiento identificado bajo el rubro de la “recuperación de la razón práctica”.

Bajo el lema de “hacia las cosas mismas”, la fenomenología, escuela de pensamiento fundada por Edmund Husserl, puso en crisis el planteamiento epistemológico moderno (que como decíamos anteriormente, doblegaba la realidad –supuesto que sea o exista– al sujeto cognoscente y, por lo tanto, al método), para recuperar, aunque mediante un enfoque distinto, la tesis antigua de que es el sujeto cognoscente quien debe ajustarse a la realidad. La fenomenología de Husserl tuvo, fundamentalmente, dos herederos: por un lado, la filosofía de los valores de Scheler y Hartmann,⁷¹ quienes se inclinaron a aceptar la existencia real de los valores como arquetipos o formas concebidas al modo de Platón. Y, por el otro, la filosofía de la existencia de Martin Heidegger,⁷² quien aseveró que el pensamiento auténtico (o sea el que verdaderamente se corresponde con lo real) sólo puede ser aquel que se interroga por el ser. Concepto que, para el ilustre pensador alemán, trasciende necesariamente las fronteras de lo matematizable y verificable científicamente.

Por senda distinta, Wittgenstein, quien había concentrado su esfuerzo filosófico en el análisis del lenguaje, llegó a admitir, en una etapa tardía de su pensamiento, que es imposible captar la realidad

⁷⁰ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., Capítulo IV.

⁷¹ Para el tema de que se trata, es significativo el siguiente texto de Hartmann: “En el espíritu todo lo que se refiere al mundo aparece con referencia a un valor –positivo o negativo– y el modo de aparición de esta referencia a un valor es su propia toma de posición. La conciencia de un valor tomado en este sentido amplio no viene a añadirse después como cualquier cosa posterior. Sólo la ciencia, el conocimiento puro, adopta esta actitud de escindir ser y deber ser. Pero precisamente ella tiene un carácter derivado respecto a la experiencia inicial”. HARTMANN, Nicolai, *Das Problem des geistigen Sein*, 1962, citado por BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., p. 86.

⁷² Heidegger también tomó elementos del existencialismo de Sören Kierkegaard y enfatizó la dimensión temporal del ser. Así lo revela ya el título de su famosa obra *Ser y tiempo* (traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera, Trotta, Madrid, 2003).

si se prescindie de lo que él mismo denomina los juegos del lenguaje. Es decir, cayó en la cuenta de que el significado objetivo de las palabras era insuficiente para revelar lo que realmente el hablante hace al hablar. Pues esto sólo puede conocerse si se atiende al propósito (o sea una categoría no adscribible al ámbito de lo medible y experimentable) de quien expresa una frase. En efecto, los juegos de lenguaje revelan una amplia variedad de actividades o formas de vida diferentes, pues ha de distinguirse entre: “Ordenar y actuar por órdenes. Construir un objeto a partir de una descripción (un dibujo). Informar de un acontecimiento. Establecer una hipótesis y probarla. Presentar los resultados de un experimento por medio de tablas y diagramas. Inventar un cuento y leerlo. Representar teatro. Cantar estribillos jocosos. Resolver acertijos. Hacer una broma, contar un chiste. Resolver un problema de aritmética aplicada. Traducir de un idioma a otro. Preguntar, maldecir, saludar, rezar.”⁷³

Finalmente, bajo el rubro de “recuperación de la razón práctica” suele aludirse al movimiento surgido y desarrollado sobre todo en Alemania y en Estados Unidos, que pretende, en relación con el examen de la acción humana, rescatar lo que de valioso hay en el pensamiento aristotélico y tomista. En este movimiento cabe situar el iusnaturalismo de Finnis, a quien ya hemos aludido. Pero también se refieren a la razón práctica aristotélica algunos autores ubicados en la llamada teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, cabe hacer una distinción importante: mientras que para Finnis y los iusnaturalistas aristotélicos y tomistas en general, la razón práctica que interesa al derecho es la que opera en la *praxis*, algunas versiones de la argumentación jurídica han puesto el énfasis en la retórica que no alude al bien que es propio de la *praxis*, sino a la capacidad de convencer a un auditorio y que es, por tanto, una actividad *poiética*.

Hasta aquí la lista de Ballesteros de los movimientos filosóficos que han dado lugar a la posmodernidad. Nos parece que falta, en ella, la escuela que se ha constituido en torno al pensamiento de Lonergan, quien aporta, aunque por otra vía, elementos para la superación de la epistemología moderna. Hay que tener en cuenta,

⁷³ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt, 1970, p. 23, citado por BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho*, cit., p. 75.

sin embargo, que no se trata de un filósofo práctico. Su principal preocupación no es, en principio, la acción humana, sino la generación del conocimiento válido. Por ello se le califica de meta-metodólogo. Pero su teoría del conocimiento implica, entre otras, la desembocadura en la razón práctica que, como Aristóteles lo hizo notar, rige la acción humana. Por lo original, y al mismo tiempo poco conocido, de su pensamiento, es oportuno exponer las grandes líneas del mismo.

Lonergan, al igual que Finnis, toma en cuenta lo que de valioso encuentra en la filosofía y la ciencia modernas. En *Insight*, su obra más relevante para este trabajo, recurre, para explicar su estudio sobre la comprensión humana, no sólo a los orígenes de la preocupación metodológica en Descartes, sino a los descubrimientos más relevantes de la física, la sociología, la política, la psicología y la biología. Pero critica, otra vez en sintonía con Finnis y ahora también con Ballesteros, la arbitrariedad del método científico moderno que implica la reducción injustificada de la realidad.⁷⁴

En cambio, el planteamiento de Lonergan, a diferencia del de Finnis, enfatiza la unidad de la razón humana: "...la misma consciencia inteligente y racional –escribe– sirve de fundamento tanto a la acción como al conocimiento; y de esa identidad de la consciencia surge inevitablemente una exigencia de autoconsistencia en el conocimiento y la acción".⁷⁵ Por ello, en opinión de Pérez Valera: "Desde que Hume sembró la sospecha de la falacia entre ser y deber ser, no faltan autores modernos que, como Joseph Pieper, afirman rotundamente que todo deber ser se funda en el ser, y de ese modo concluyen que la realidad es el fundamento de la ética (y del derecho). Esto –agrega– se ve claro en el esquema de Lonergan, puesto que los niveles de conciencia están profundamente concatenados entre sí".⁷⁶

⁷⁴ Cfr. LONERGAN, Bernard, *Insight...*, cit., capítulos I-V.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 691.

⁷⁶ PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Deontología jurídica: la ética en el ser y quehacer del abogado*, Oxford University Press, México, 2002, p. 27. El propio Pérez Valera cita (*Pensamientos*, p. 442), a pie de página, la idea de Pascal de que: "La verdadera naturaleza del hombre, su verdadero bien y la verdadera virtud... son cosas cuyo conocimiento es inseparable".

Por lo que hace a la posibilidad de la ética, el pensador canadiense sostiene que el conocimiento humano ocurre a través de cuatro niveles de consciencia: en el primero, que es el de la experiencia, la inteligencia humana, sujeta al imperativo de estar atenta, capta los datos. En el segundo, que corresponde a la intelección y que responde al imperativo de ser inteligente, es donde se formulan las hipótesis. En el tercero, bajo la exigencia de ser razonables, se afirma la verdad. Y en el cuarto y último, el de la decisión, se captan los valores y se encuentra no lo que es, sino lo que ha de hacerse.⁷⁷

De acuerdo con Granfield, Finnis, aunque reconoció la contribución de Lonergan al análisis de la estructura del entender humano, sospechó que la ética de este último (tal vez por su énfasis en la unidad del conocimiento) caía en el empirismo denunciado por la mal llamada “Ley de Hume” (que el propio Finnis, como ya se apuntó, acepta). Granfield agrega que esto se debió a que Finnis no logró captar que, para Lonergan, “el bien apetecible (el bien concreto como objeto que se apetece) y el de orden (que junto con el apetecible anteceden al valor en la lista de bienes de Lonergan) llegan a ser plenamente morales sólo mediante una decisión de valor y que Lonergan así evitó un ‘empirismo inequívoco’ que fundamente la ética en una satisfacción positivista de los deseos”.⁷⁸

Al margen de si el juicio de Granfield es o no correcto, y con independencia de que, por los motivos ya señalados, creemos que es útil distinguir entre razón práctica y razón especulativa, nos parece excesivo calificar a Lonergan de sostener una ética empírica. Hacerlo implica pasar por alto que Lonergan rechaza los reduccionismos modernos que despojan a la realidad de su sentido normativo. En todo caso, resulta de mayor interés destacar que, a pesar de las discrepancias, en los planteamientos de Lonergan y de Finnis es posible detectar puntos de contacto relevantes para el estudio de la problemática relativa a la acción humana.

Entre tales lugares de encuentro, aludimos primeramente a uno que parece fundamental: la idea de Lonergan, que en ello coincide

⁷⁷ Un esquema más amplio sobre el planteamiento de que se trata, y que sintetiza con claridad y precisión la basta obra de Lonergan, puede hallarse en: PÉREZ VALERA, Víctor, *Deontología...*, cit., pp. 17ss.

⁷⁸ GRANFIELD, *La experiencia interna...*, cit., p. 127.

con Finnis (aunque este último la refiere sobre todo a la razón práctica), de que es posible indagar objetivamente, desde una perspectiva metafísica, sobre el ser del hombre.⁷⁹ Y aunque a partir de este punto, Lonergan, a diferencia de Finnis, funda su ética en el desarrollo de una metafísica como ciencia (en la medida en que es posible hacer metafísica mediante un método verificable), resulta notable advertir cómo la labor que el profesor de Oxford realizó para dar contenido al proceso de la razón práctica mediante el cual se puede transitar de los primeros principios premorales a los juicios que resuelven los conflictos concretos de la vida humana, se corresponde con el planteamiento del meta-metodólogo canadiense de que es perfectamente posible la decisión moral correcta a partir de un proceso racional que, pese a ser unitario, tiene una dimensión práctica que es verificable mediante el método que propone y que implica, como ya se apuntó, las operaciones básicas de experimentar, entender, juzgar y valorar.

En segundo lugar, también es significativo que Lonergan, pese a que, una vez más a diferencia de Finnis, no apela a fundar su ética ni su metafísica en primeros principios autoevidentes,⁸⁰ sostiene que los resultados de su método (y en ello converge con el profesor australiano) “guardan una semejanza sorprendente con las doctrinas de la tradición aristotélica y tomista”.⁸¹ Pero, de manera análoga al desarrollo sistemático de la razón práctica que Finnis elaboró, Lonergan va más allá del “estado del arte” en el que se quedaron Aristóteles y Santo Tomás, para obtener resultados que, aunque “son esencialmente tradicionales, han sido separados de manera nítida y eficaz de la órbita comprometedora de la física aristotélica, y han recibido nueva vida y vigor por su conjunción íntima con la teoría cognoscitiva, con los resultados de la ciencia posible y con los pronunciamientos del sentido común.”⁸²

En tercer término, el planteamiento de Lonergan, como el de Finnis, implican admitir que el conocimiento humano vale por sí

⁷⁹ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., capítulo XIII; y LONERGAN, Bernard, *Insight*, cit., pp. 600ss.

⁸⁰ Cfr. LONERGAN, *op. cit.*, p. 608.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 607. Nótese que, aunque esta afirmación es referida por el propio Lonergan a temas estrictamente metafísicos, encontramos que también es aplicable a la ética en tanto que ésta, en el pensamiento del autor al que nos referimos, se engarza en la metafísica.

⁸² *Op. cit.*, p. 609.

mismo. Así, aunque la atención del primero sobre este valor parece dejar de lado los otros bienes o valores básicos considerados por el segundo, hay coincidencia entre ambos respecto de la invulnerabilidad del principio que postula que el conocimiento es algo que vale la pena poseer. En este sentido, de manera semejante al examen de Finnis sobre la imposibilidad lógica de atacar dicho principio,⁸³ Lonergan sostiene, en palabras de Pérez Valera, que “esta estructura fundamental del conocimiento humano es invulnerable, pues cualquier ataque a ese esquema necesariamente implica las operaciones básicas de experimentar, entender, juzgar y valorar”.⁸⁴

Por último, el pensamiento de los autores de referencia coincide en rechazar la idea de Hartmann, avalada por García Máynez, de que sólo en principios apriorísticos se ha de fundar una moral auténtica, puesto que Finnis y Lonergan, con independencia de sus diferencias, han abordado el estudio de la acción humana a partir de planteamientos que, sin caer en el empirismo ético involuntariamente denunciado por Hume, implican la aceptación de la tesis de que, sin la experiencia pertinente, es imposible el conocimiento de lo que, en el obrar del ser humano, es correcto o incorrecto. Posición que, cabe añadir, también enfatiza Ballesteros al señalar cómo la prudencia no puede operar sin la experiencia del caso concreto. Por ello, a “diferencia de lo que ocurre con los principios metafísicos que pueden valer en cualquier situación, los principios éticos y jurídicos presuponen determinadas condiciones, tal como lo intuyó Aristóteles y lo recalcó detenidamente Suárez. De ahí que tales principios tengan carácter histórico, sin por ello ser meramente discrecionales.”⁸⁵

Es en este último punto donde, a nuestro parecer, se encuentra el lado débil del objetivismo axiológico de Hartmann (y Scheler). La intuición de García Máynez⁸⁶ de que es inaceptable, o al menos inútil, la concepción –de origen platónica– del ser en sí de los valores, encuentra su fundamento en la imposibilidad de conocer la ver-

⁸³ Cfr. FINNIS, John, *Natural Law...*, cit., capítulo III.

⁸⁴ PÉREZ VALERA, Víctor Manuel, *Deontología...*, cit., p. 25. Cfr. LONERGAN, *Insight*, cit., p. 609.

⁸⁵ BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, cit., p. 104.

⁸⁶ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 14ª edición, Porrúa, México, 2004, pp. 436s.

dad moral sin la experiencia relevante. Pero García Máynez, verosímilmente motivado por el marco filosófico de la modernidad del que aparentemente no pudo escapar, tuvo dificultades para rechazar la tesis –típicamente moderna e incompatible con el aserto de referencia– de que si la ética no ha de ser mero empirismo, debe fundarse necesariamente en principios apriorísticos. Ello, incluso si por lo *a priori* se entiende, como en Scheler, lo inmediato, pues la experiencia relevante a la que alude la tradición clásica implica, aunque no se agota en ella, la experiencia sensible. En este sentido es destacable la tesis de Marina Campas, según la cual las exigencias morales implican la aceptación de una realidad ontológica, que parte de la dimensión empírica, pero no se limita a ella, sino que la trasciende.⁸⁷

Ahora bien, ¿cómo ha impactado la posmodernidad en el concepto de derecho? Al inicio de esta sección, señalábamos que el dato más relevante consiste en que la admisión de que la realidad es compleja y contiene no sólo elementos fácticos, sino también normativos, permite recuperar el sentido del derecho. La preocupación por este último, a su vez, se ha manifestado en el decurso que, en el pensamiento posmoderno, han seguido las ideas de los principales exponentes de las tres grandes corrientes que, en la antigüedad y en la modernidad, han intentado definir el derecho: el iusnaturalismo, el racionalismo y el empirismo. Para decirlo con Atienza:

El panorama de las concepciones del Derecho del siglo XX se ha complicado considerablemente en las últimas décadas. Por un lado, las fronteras entre las grandes concepciones que antes examinábamos –el realismo, el normativismo y el iusnaturalismo– se han difuminado considerablemente. El realismo escandinavo terminó por fundirse, en los años sesenta y setenta, con el normativismo analítico. El realismo americano –o, al menos, la versión moderada del mismo– se impuso de tal manera en las décadas centrales del siglo en los Estados Unidos que, de alguna forma, perdió sus señas de identidad; como escribió un estudioso del movimiento: ‘ahora ya somos todos realistas’. El normativismo hartiano incorporaba las tesis (menos radicales) de los realistas y del Derecho natural. Y la versión iusnaturalista más influyente de los últi-

⁸⁷ Cfr. CAMPS, Marina, La trascendencia jurídica de la identidad sexual: estudio interdisciplinar del transexualismo, tesis inédita, pp. 241ss.

mos tiempos, la de John Finnis, no parece ser incompatible con un iuspositivismo moderado.”⁸⁸

En cualquier caso, cada vez son más numerosas las voces que sostienen que el derecho es una realidad compleja que, por una parte, no puede ser definida mediante la vieja fórmula del género próximo y la diferencia específica y que, por la otra, ha de tener presente, para ajustarse a la realidad, no sólo los aspectos normativos y fácticos, sino también los axiológicos. Porque, otra vez en palabras de Atienza, “lo que da sentido al Derecho –y a ocuparse profesionalmente del Derecho– no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia”.⁸⁹

Los ejemplos abundan. Para este ensayo parece suficiente con aludir a los siguientes. En primer término, la ya clásica teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale,⁹⁰ (en lo que interesa seguida en México al menos por Basave⁹¹ y por Recaséns⁹²) en la que se sostiene que el derecho es una realidad compleja con tres dimensiones: hecho, valor y norma.

En segundo lugar, la definición de García Máynez (incorporada a su pensamiento, en 1974, a partir de una tesis de Bobbio) del derecho como “un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas –integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible– son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público”.⁹³

Por último, Finnis, a quien hemos aludido en el cuerpo de este ensayo, también propone una definición compleja que alude a los

⁸⁸ ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, 2ª edición revisada, Ariel Derecho, Madrid, 2004, pp. 303s.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 312.

⁹⁰ Cfr. REALE, Miguel, *Teoría Tridimensional del Derecho*, traducción de Ángeles Mateos, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, fundamentalmente el capítulo III.

⁹¹ Cfr. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 2001, pp. 11s.

⁹² Cfr. RECASÉNS SICHES, Luís, *Filosofía del derecho*, 16ª edición, Porrúa, México, 2002, pp. 154ss.

⁹³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del derecho, cit.*, p. 135.

aspectos normativo, axiológico y fáctico de lo jurídico. Lo hace atendiendo a la idea de que su definición no pretende ser descriptiva, pues alude al caso central del derecho, es decir, a lo que, con propiedad, merece ser llamado como tal, con independencia de si se corresponde o no con los sistemas jurídicos que, de hecho, existen en el mundo. Aunque la definición de Finnis es difícil de entender sin el desarrollo de los elementos teóricos que contiene (lo cual excede los límites de este trabajo), vale la pena citarla textualmente:

(El término “derecho” alude) primariamente a reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada y, normalmente, constituida como institución mediante reglas jurídicas) para una comunidad ‘completa’, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular, o dejar sin efecto las soluciones coordinadoras procedentes de cualesquiera otras instituciones o fuentes de normas) para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad, y el mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas”.⁹⁴

Por otra parte, la reflexión metodológica de Lonergan ha nutrido la teoría jurídica de David Granfield,⁹⁵ quien, aunque no tiene como interés fundamental formular un concepto de derecho, ha proyectado la reflexión lonerganiana sobre la posibilidad de la ética al mundo de lo jurídico. Así, su estudio sobre el fenómeno jurídico desde el interior del sujeto, abre la posibilidad de reflexionar sobre las implicaciones jurídicas de la existencia humana. Y esta reflexión aporta una base para el control racional de situaciones tan complicadas como, por ejemplo, la determinación legal o jurisprudencial de los requisitos que justifican la detención de un sospechoso, sin mediar orden de aprehensión, por un agente de policía. En ello,

⁹⁴ FINNIS, John, *Ley Natural...*, cit., p. 304.

⁹⁵ Vid. GRANFIELD, David, *La experiencia interna del derecho*, cit.

cabe afirmar que existe una conexión entre la jurisprudencia de la subjetividad de Granfield y la teoría o teorías de la argumentación jurídica.

Bajo tal rubro (argumentación jurídica) se hace referencia, finalmente, a un conjunto de tesis o teorías (relativamente compatibles entre sí) que tienen por objeto establecer los referentes que permitan controlar racionalmente la decisión judicial en los llamados casos difíciles, o sean aquellos en los que la norma general no permite una decisión inequívoca. Entre los fundadores de la argumentación jurídica, destaca la figura de Chaim Perelman. Con el propósito de encontrar una racionalidad en la tarea de administrar justicia a fin de evitar los excesos de los que el nazismo dio cuenta, Perelman intentó rescatar la antigua idea de la retórica aristotélica. En ella, el profesor de la Universidad Libre de Bruselas, creyó haber encontrado la clave del razonamiento práctico. Con independencia de si Perelman fue o no fiel a Aristóteles,⁹⁶ su planteamiento pone énfasis en que la decisión judicial no pretende demostrar, sino persuadir, y que su validez, en última instancia, depende de si tal persuasión es eficaz en relación con el *auditorio jurídico*, es decir, con el colectivo formado por todos los que tienen interés en ella (partes, abogados, tribunales superiores y, en último término, la sociedad entera). En este punto, como de forma a nuestro parecer atinada lo hizo notar Manassero,⁹⁷ se torna evidente la debilidad de la teoría de Perelman, pues la carencia de un criterio de validez que trascienda los límites del procedimiento formal de persuasión, hace que éste pueda tornar “válidas” resoluciones evidentemente injustas, con tal de que convengan al “auditorio”. Así, resulta obvio que el autor no logró la finalidad que, con su teoría, pretendía. En todo caso, la argumentación jurídica ha seguido avanzando en clave claramente posmoderna (en algunos casos alejándose de la retórica para encontrarse con la *praxis*), hasta llegar incluso a afirmarse como marco desde el cual puede concebirse el derecho. En este sentido

⁹⁶ La profesora María de los Ángeles Manassero concluye que no fue así. Cfr. MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable: un estudio sobre Chaim Perelman*, EUNSA, Pamplona, 2001, p. 397.

⁹⁷ Cfr. *Op. Cit.*, pp. 401s.

destaca la obra de Atienza titulada, precisamente, *El derecho como argumentación*.⁹⁸

En conclusión, las definiciones mencionadas como ejemplos de los intentos por recuperar el sentido del derecho, sugieren ya, al hacer énfasis en el aspecto o dimensión axiológica del mismo, que la viabilidad de un sistema jurídico se ve amenazada si, en su operación, no se tienen presentes los valores que constituyen su fin. En el positivismo, esta situación o fue negada arbitraria e infructuosamente (como en la Escuela de la Exégesis y en la Jurisprudencia de Conceptos) o fue encubierta bajo la máscara de ideas como los principios generales del derecho o los intereses en juego. En la posmodernidad, como consecuencia de la apertura del marco epistemológico que amplió los horizontes dentro de los cuales cabe buscar la definición del derecho (sin sostener ya la separación entre el *quid iuris* y el *quid ius*), las reflexiones de Granfield y de los exponentes de la Argumentación Jurídica, conducen a hacer conciente (y a buscar controlar racionalmente) el impacto de los aspectos axiológicos en la dinámica ordinaria de cualquier sistema jurídico. En la medida en que esto ocurra, podrá lograrse a su vez una síntesis fecunda (por aproximada a la verdad) entre, por una parte, la justicia y el bien común que tanto preocuparon y ocuparon a los filósofos prácticos de la antigüedad, con la seguridad jurídica que, por la otra, tuvieron en mente los más grandes exponentes del positivismo jurídico. Pero es necesario que, como adelantábamos al inicio de este ensayo, los profesionales del derecho tengan la disposición para reflexionar sobre estos temas (que en el positivismo fueron relegados al campo frecuentemente estimado misterioso y no pocas veces considerado irracional, de la filosofía jurídica), a fin de que puedan incorporar los resultados de tal reflexión a sus tareas cotidianas. De otra manera se corre, entre otros, el riesgo de que la inevitable discrecionalidad judicial⁹⁹ sea o continúe siendo un espacio para la arbitrariedad.

⁹⁸ Editorial Fontamara, México, 2005.

⁹⁹ Vid. LOZOYA VARELA, Rafael, "Jurisprudencia y creación del derecho" en *Quid Juris*, Año 1, Vol. 3, Chihuahua, México, 2006.

BIBLIOGRAFÍA:

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traduc. de María Araujo y Julián Marías, colección Clásicos Políticos, 6a. edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ed. Fontamara, México, 2005.

_____, *El sentido del derecho*, 2a. edición revisada, Ariel Derecho, Madrid, 2004.

BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del derecho: introducción a la filosofía jurídica*, 2a. reimpresión de la 3a. edición, Tecnos, Madrid, 2002.

BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 2001.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 7a. reimpresión de la 1a. edición, Fontamara México, 2003.

ECO, Humberto, «Cuando entra en escena el otro, nace la ética», en *¿En qué creen los que no creen?*, trad. Esther Cohen, Taurus, México, 2005.

_____, *Kant y el ornitorrinco*, trad. Helena Lozano Miralles, Lumen Barcelona, 1997.

FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal Orrego, Abeledo Perrot, Argentina, 2000.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, «En torno a la teoría de Alf Ross», en *Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1979*, Colec. Textos Universitarios, 2a. edición corregida y aumentada, Fac. de Derecho, UNAM, México, 1984.

_____, *Ética: Ética empírica. Ética de bienes. Ética formal. Ética valorativa*, 17a. ed. Porrúa, México, 1969.

_____, *Introducción al estudio del derecho*, 56a. ed. Porrúa, México, 2004.

_____, *Filosofía del derecho*, Porrúa, México, 2002.

GARCÍA MORENTE, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 14a. ed., Porrúa, México, 1994.

GONZÁLEZ, Ana María, *El Faktum de la razón: la solución kantiana*

- al problema de la fundamentación de la moral, Cuadernos de Anuario Filosófico, No. 75, Universidad de Navarra, España, 1999.
- GRANFIELD, David, La experiencia interna del derecho, ITESO-UIA, México, 1996.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, trad. M. Sánchez Sarto, FCE, México, 1940.
- KANT, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Manuel García Morente, 14a. ed. Porrúa, México, 1997.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 10a. ed. Porrúa, México, 1998.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, 2a. ed., Ariel Derecho, México, 2001.
- LONERGAN, Bernard, *Insight: Estudio sobre la comprensión humana*, Universidad Iberoamericana. Ed. Sígueme, México. Salamanca, 1999.
- LOZOYA VARELA, Rafael, «Jurisprudencia y creación del derecho» en *Quid Juris*, Año 1, Vol. 3, Chihuahua, México, 2006.
- MANASSERO, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable: un estudio sobre Chaim Perelman*, EUNSA, Pamplona, 2001.
- MILLÁN-PUELLES, Antonio, *Ética y realismo*, 2a. ed. RIALP, Madrid, 1999.
- MOORE, George Edward, *Principia Ethica*, Cambridge, University Press, Cambridge, UK, 1962.
- PÉREZ VARELA, Víctor Manuel, *Deontología jurídica: la ética en el ser y quehacer del abogado*, Oxford University Press, México, 2002.
- REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. de Ángeles Mateos, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Fiología del derecho*, 16a. Ed., Porrúa, México, 2002.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2a. ed. argentina, trd. Genaro R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II - II.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 12a. ed. Porrúa, México, 1996.
- _____, *Lecciones de Filosofía del derecho, El proceso de la razón y el derecho*, 3a. ed. Porrúa, México, 1996.