



per Terram quae Comparetur

1 | 2023

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

PISA
UNIVERSITY
PRESS

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2023

PISA
UNIVERSITY
PRESS

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)-. - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofi a del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2024

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3339-941-6

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto/dall'editore.

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Alfredo D'Attorre, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Costanza Margiotta, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

Tecnología, poder e diritto: uno sguardo storico-filosofico Tecnología, poder y derecho: una visión historico-filosófica

Prefacio

Fernando H. Llano Alonso9

Modelos historiográficos en la Filosofía del Derecho

Antonio Enrique Pérez Luño 11

El origen de la Filosofía del Derecho: consideraciones acerca de su contenido

Ana M^a Marcos del Cano37

Razón técnica y razón práctica en la moral interna del derecho

Ricardo García Manrique.....61

Potenza della tecnica, potere del diritto.

Lezioni dal Novecento sulla lotta della scienza giuridica con la perfezione della tecnica

Stefano Pietropaoli95

Bertrand Russell y el poder sobre la opinión: un desafío en la sociedad de la postverdad

Nuria Belloso Martín 115

Del hombre auroral a la parábola del Centauro ontológico: la Meditación de la Técnica desde la perspectiva raciovitalista de José Ortega y Gasset

Fernando H. Llano Alonso 161

L'uomo è antiquato? Responsabilità, tecnica e norma nella riflessione di Günther Anders

Serena Vantin 189

I Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale di Hans Kelsen

I Problemi fondamentali presi sul serio. Ancora su diritto, morale e scienza giuridica in Hans Kelsen

Lorenzo Milazzo..... 221

Sul dualismo di essere e dovere nel primo Kelsen

Giorgio Ridolfi245

**TECNOLOGIA, POTERE E
DIRITTO: UNO SGUARDO
STORICO-FILOSOFICO**

**TECNOLOGÍA, PODER Y
DERECHO: UNA VISIÓN
HISTORICO-FILOSÓFICA**

PREFACIO

Fernando H. Llano Alonso

El VII Seminario Diacronía de Historia de la Filosofía del Derecho tuvo lugar, entre los días 9 y 10 de marzo de 2023, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (España), bajo el siguiente título: “Tecnología, Poder y Derecho: una perspectiva histórico-filosófica” coorganizado por Tommaso Greco (Universidad de Pisa), Francisco Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid) y Fernando H. Llano Alonso (Universidad de Sevilla).

Este seminario se compuso de ocho conferencias repartidas en dos mesas redondas.

La primera mesa, celebrada el 9 de marzo por la tarde, fue moderada por Francesco Mancuso (Universidad de Salerno) y contó con la intervención de Antonio Enrique Pérez Luño (Universidad de Sevilla), con una ponencia sobre los modelos historiográficos de la Filosofía del Derecho; Ana María Marcos del Cano (UNED), que reflexionó en torno al origen de la Filosofía del Derecho; Ricardo García Manrique (Universidad de Barcelona), cuya exposición versó sobre la virtud normativa y poder autolimitado, a propósito de la razón práctica y la razón técnica en la moral interna del derecho de Lon L. Fuller, y Stefano Pietropaoli (Universidad de Florencia) que profundizó en la relación entre la fuerza de la técnica y el poder del derecho en el contexto del siglo XX.

La segunda mesa, celebrada el 10 de marzo por la mañana, fue coordinada por Angelo Anzalone (Universidad de Córdoba), y en ella participaron Nuria Belloso Marín (Universidad de Burgos) cuya intervención se centró en el poder sobre la opinión en Bertrand Russell; Fernando H. Llano Alonso (Universidad de Sevilla), que dedicó su presentación a la meditación de la técnica de José Ortega y Gasset; Serena

Vantin (Universidad de Bolonia) que trató la responsabilidad, la técnica y la norma en el pensamiento de Günther Anders.

Seguidamente se presentan los artículos escritos por estos autores a partir de sus ponencias.

MODELOS HISTORIOGRÁFICOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO*

Antonio Enrique Pérez Luño

Abstract

The study of law in its historical dimension complements the conceptual and systematic analysis of the theory and philosophy of law. Thus, history and system form a radical explanatory unity of the thematic structure into which the content of the philosophy of law is broken down. Therefore, the greater the degree of systematic elaboration of legal materials in the evolution of the different epochs in which legal culture develops, the clearer its historiographical grasp and expression can be. On the basis of this methodological proposal, this article aims to present some of the main models used in the historical research of legal philosophy.

Keywords

Legal methodology; History of the philosophy of law; Theory of law; Diachronic perspective.

1. Planteamiento: el compromiso histórico de la Filosofía del Derecho

Se ha cumplido más de un lustro desde que en el año 2016 un grupo de profesores italianos y españoles de Filosofía del Derecho, que compartían la investigación y el interés por la perspectiva histórica de la

* Texto escrito de la Conferencia Inaugural del VII Seminario Diacronia “Tecnología, Poder y Derecho: una perspectiva histórico-filosófica”, pronuncia en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 10 de marzo de 2023.

Filosofía del Derecho, decidieron aunar sus afanes y proyectos intelectuales promoviendo una serie de reuniones y seminarios de estudio¹. Se trataba de promover un foro para el debate de cuestiones iusfilosóficas contempladas *sub specie historiae*. Tres años más tarde, en el 2019, se publicó el primer volumen de la Revista *Diacronìa*, concebida como un cauce para la expresión de investigaciones relativas a la Historia de la Filosofía del Derecho. Principal promotor y responsable científico de esa empresa intelectual fue el Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Pisa Tommaso Greco, quien, a partir de entonces ha dirigido certeramente la edición de esa Revista, que ha alcanzado difusión y prestigio internacional.

Diacronìa constituye ahora una importante empresa intelectual, consecuencia inmediata y fecunda, de la labor de ese grupo de historiadores de la temática iusfilosófica. Fruto destacado de su designio científico ha sido su contribución a reestablecer un equilibrio entre los enfoques históricos y sistemáticos, que tradicionalmente constituían dos modos de aproximación en nada excluyentes, a la materia iusfilosófica. De esta forma se reaccionaba frente a la preponderancia, casi avasalladora, en las últimas décadas, de los estudios sistemáticos desarrollados desde el formalismo normativista de inspiración kelseniana, el neopositivismo, la lógica deóntica, el realismo escandinavo o la filosofía analítica. Sin desconocer, ni impugnar las aportaciones metodológicas de estos enfoques, quienes han renovado el interés por la historia de la cultura jurídica, han propiciado que se restaure un modelo de investigación necesario e imprescindible para una cabal comprensión de la materia iusfilosófica. Suele atribuirse, sin que falten razones para ello, a Hegel un influjo decisivo en la irrupción de la historia en la filosofía. Para el pensador germano la historia deja de ser una condición externa, el mero ámbito

¹ Esa iniciativa fue debida, principalmente, a los profesores Francisco Javier Ansuátegui de la Universidad Carlos III de Madrid, Tommaso Greco de la Universidad de Pisa y Fernando Llano de la Universidad de Sevilla.

temporal del acontecer filosófico, para devenir un elemento constitutivo del filosofar. La dialéctica hegeliana supuso, entre otras cosas, una alternativa frontal, planteada en clave histórica, al paradigma eleático ilustrado, que se cifraba en postular unas categorías situadas más allá de los condicionamientos de tiempo y lugar. Se ha hecho célebre el concepto hegeliano de filosofía, expresado en el Discurso preliminar de sus *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, como «aprehensión del tiempo por el pensamiento»². Lo que equivale a decir que la filosofía no es otra cosa que la proyección de la razón sobre la historia. Es también notorio el decisivo impulso teórico de Hegel en la formación del concepto y de la propia expresión “Filosofía del Derecho”³. Por ello, la filosofía jurídica,

² G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss* (1821) Vorrede, trad. cast. y estudio preliminar a cargo de J. Abellán, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*, Tecnos, Madrid 2017, p. 19. Cfr., A.E. Pérez Luño, *Hegel y Ortega y los presupuestos historiográficos de la Filosofía del Derecho*, en Id., *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 2009, pp. 143 y ss.

³ El término “Filosofía del Derecho” apareció en época cronológicamente reciente. Puede decirse que su incorporación a la cultura jurídica se realizó por obra de Gustav Hugo autor en 1798 del *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*. Denominación que posteriormente fue acogida por Fries en su *Philosophische Rechtslehre* de 1803, y por Weiss que en 1804 publicó un *Lehrbuch der Philosophie des Rechtes*. Por su parte Schmalz dió a la 4.^a edición de su *reines Naturrecht*, el título de *Handbuch der Rechtsphilosophie* en 1807. Sin embargo, quien, sin duda, contribuyó, en mayor medida, a popularizar y difundir esta denominación fue Hegel con sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, obra citada en la nota anterior. Cfr., A.E. Pérez Luño, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, ed. a cargo de J.F. Palomino Manchego, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima 2008¹⁰, pp. 95 y ss. Vid., también: G. Marini, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Giuffrè, Milano 1969, pp. 49 y ss. F. González Vicén, sostuvo la tesis de la vinculación de la génesis contemporánea de la Filosofía del Derecho con la del positivismo jurídico, en su artículo *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XIV (1969), pp. 15-66. He formulado los argumentos que, a

desde sus presupuestos fundacionales, fue una disciplina integrada por una ineliminable dimensión histórica. Si la filosofía era concebida, en la acepción hegeliana, como captación racional del tiempo, la Filosofía del Derecho aparecía desde esas premisas, como la proyección de la razón sobre la experiencia temporal del derecho⁴.

En el curso del tiempo transcurrido desde la elaboración de la tesis hegeliana sobre el significado de la Filosofía del Derecho hasta el presente, estimo que no faltan motivos para mantener esa opción científica. De ella, se desprende que la Filosofía del Derecho es una categoría intelectual en la que la historia y el sistema se exigen mutuamente, al ser ambas, perspectivas de su significado completo y unitario.

La perspectiva histórica de la Filosofía del Derecho permite avanzar una aproximación diacrónica a algunos de los principales problemas iusfilosóficos, a través del estudio crítico de su planteamiento por destacadas figuras de la reflexión cultural sobre el derecho. Esta perspectiva de enfoque no pretende, de ningún modo, constituirse en una alternativa del análisis conceptual y sistemático de las cuestiones de la teoría y la Filosofía del Derecho. Historia y sistema forman una unidad radical explicativa de la estructura temática en que se desglosa el contenido de la Filosofía del Derecho⁵. Por ello, cuanto mayor sea el grado de elaboración sistemática de los materiales jurídicos en el devenir de las distintas

mi entender, cuestionan la posibilidad de esa conexión, en mis *Lecciones de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 99 y ss. Merece ser destacado, en lo que hace referencia a esta temática, el concienzudo y documentado estudio de R. Ramis, quien ha desarrollado una detenida y convincente crítica del planteamiento de F. González Vicén, en su libro *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid 2021, pp. 191 y ss.

⁴ *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, fue la expresión utilizada en dos notorias contribuciones historiográficas germanas de la Filosofía del Derecho: *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Mohr, Heidelberg 1830-37, de la que fue autor Friedrich Julius Stahl; y *Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive*, Springer, Berlin 1955, debida a Carl Joachim Friedrich.

⁵ Sobre la complementariedad entre historia y sistema, así como sobre la unidad entre el pasado y el presente de la experiencia jurídica, son de gran interés las re-

épocas en que se desarrolla la cultura jurídica, podrá ser más diáfana su captación y expresión historiográfica. Asimismo, la consciencia histórica de las ideas jurídicas debiera contribuir al cabal entendimiento del significado presente de sus formulaciones sistemáticas. Esa convicción informa y justifica el empeño intelectual de los filósofos del derecho, que, en la actualidad, mantienen la legitimidad del estudio histórico de la Filosofía del Derecho y consideran dicha perspectiva como elemento integrador necesario del propio concepto de la disciplina.

La cabal inteligencia de la mayor parte de problemas jurídicos exige su consideración histórica. En pocas ciencias, como en la del Derecho, es tan necesario conjugar el estudio de los problemas actuales con los pretéritos. En ningún otro saber adquiere la historia ese valor de instrumento ineludible para la nueva y actual investigación de su estructura temática.

Esa complementariedad intrínseca entre las dimensiones histórica y sistemática de la investigación iusfilosófica sugiere la conveniencia de acometer los estudios diacrónicos bajo unas determinadas exigencias de orden y de rigor, tal como ocurre en cualquier labor intelectual que pretenda ser fecunda. Esa es, precisamente, la tarea historiográfica entendida como teoría o ciencia de la historia. Desde sus premisas pueden avanzarse determinados cauces operativos conducentes a llevar la indagación histórica a buen fin. Puede, en este sentido, aludirse a unos “modelos” de investigación iusfilosófica, asumidos como modos arquetípicos para indagar, comprender y explicar determinadas ideas, doctrinas o fenómenos culturales relativos a experiencias jurídicas del pasado.

En el año 1968 el turinés Enrico di Robilant Nicolis, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Trieste, publicó su obra *Modelli nella filosofia del diritto*⁶. En esta obra los modelos iusfilosóficos

flexiones debidas a Gerhart Husserl, *Recht und Zeit; Fünf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1955, pp. 10 y ss.

⁶ E. Robilant Nicolis, *Modelli nella filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna 1968.

vienen entendidos como argumentaciones tendentes a la obtención de determinados fines en la investigación. Por eso, su valor dependerá de la consistencia de esos razonamientos argumentativos en relación con su idoneidad para el logro de los fines propuestos. Robilant distingue tres tipos de modalidades de investigación iusfilosófica en función de los fines que en ellas se persigue:

1. Fines de carácter meta teórico dirigidos al examen, aclaración o crítica de doctrinas filosófico-jurídicas.
2. Fines que se proponen el estudio de la experiencia social o de sus fenómenos.
3. Fines de carácter práctico, que intentan proporcionar indicaciones que sirvan para promover la eficacia de la acción.

De conformidad con este planteamiento los modelos de investigación histórica se infieren que, para Robilant, las investigaciones de historia de la cultura jurídica se inscribirían, preferentemente, en el seno de los fines meta teóricos. En concreto, estos fines se proponen discernir el grato de validez de determinadas doctrinas del pasado, así como su relación con otras doctrinas de esa misma época o épocas posteriores⁷.

La adscripción de los estudios históricos de Filosofía del Derecho en el seno de los modelos de fines meta teóricos, no excluye el que este tipo de investigaciones se proponga también fines que pretendan elucidar los contextos socioculturales de los momentos históricos en los que se elaboraron las doctrinas o reflexiones sobre el Derecho objeto de la indagación iusfilosófica. Tampoco puede omitirse la finalidad pragmática de muchos estudios históricos, en los que de la reflexión sobre las ideas jurídicas del pasado se pretende deducir enseñanzas para la experiencia jurídica del presente. En cualquier caso, estas tres finalidades no se excluyen mutuamente y pueden complementarse para ofrecer enfoques historiográficos integradores de esas perspectivas.

⁷ *Ibid.*, pp. 11 y ss.

2. Modelos historiográficos: la tipología de Hegel

Los modelos de investigación iusfilosófica propuestos por Robilant, estimo, que pueden ser objeto de una profundización y especificación en lo referente a su dimensión historiográfica. A tal fin, todavía hoy sigue constituyendo una sugerente y fértil perspectiva de análisis historiográfico la tipología de formas históricas propuesta por Hegel en sus, *Vorlesungen über die philosophie der Geschichte*⁸.

Como es notorio, la filosofía hegeliana supuso una crítica al concepto de razón forjado por la cultura ilustrada. Desde ese enfoque, la racionalidad aparecía como una idea abstracta y permanente, siempre idéntica a sí misma.

El principio esencial del pensamiento es para Hegel, expresado por la fórmula: «lo que es racional es real, y lo que es real es racional»⁹. Ese principio supone identificar totalmente la realidad con el pensamiento que a su vez es racionalidad.

De conformidad con las premisas hegelianas, no existe una fractura entre la objetividad y la subjetividad. El pensamiento no tiene que adecuarse a las cosas que integran la esfera objetiva de la realidad para conocerlas, porque en el acto del conocimiento el sujeto cognoscente y las cosas objeto de conocimiento se funden¹⁰.

Frente al racionalismo ilustrado, en concreto, frente a la expresión más depurada y solvente del mismo debida a Kant, que concebía el conocimiento como los modos en los que la realidad era pensada, Hegel

⁸ G.W.F. Hegel, *Vorlesungen über die philosophie der Geschichte* (1837). Se cita por la trad. cast. de J. Gaos, con prólogo de J. Ortega y Gasset, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alianza, Madrid 1989⁴.

⁹ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., Vorrede. Se cita por la trad. cast. a cargo de J. Abellan, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*, cit., p. 21.

¹⁰ Cfr. E. Bloch, *Sujeto-objeto. El pensamiento de Hegel*, trad. cast. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires 1982², pp. 59 y ss.

opone un conocimiento plasmado en los modos en los que el ser se realiza¹¹ De ello, se infieren dos consecuencias básicas:

1ª) La identificación ente el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento, entre el pensamiento y la realidad, se explicitan en la acción. Por eso mismo, la lógica de este pensamiento no es una lógica abstracta ni meramente especulativa, se realiza en la praxis humana. Se ha indicado, certeramente, que sobre el pensamiento de Hegel se proyecta la frase del nuevo evangelio del *Fausto* de que «en el principio era la acción» (die Tat) y su rastro, se puede seguir en diversos momentos de sus obras¹². No huelga advertir, que el propio Ortega se remitirá a esta cita de Goethe, para oponer al conocimiento teórico propio de la filosofía tradicional, el conocimiento imbuido de practicidad y energía propio de la razón histórica. Ortega afirma: «la energía será la noción moderna por excelencia» y se remitirá expresamente al *motto* de Goethe: «En el principio fue el *acto*»¹³. Ortega en un significativo fragmento dedicado al estudio *Del Imperio Romano* (1940) explicita el significado de las dos formas de razón: «una, la razón pura que parte de conceptos, procede mediante conceptos y termina en conceptos – así define Platón la dialéctica –, y otra, la razón histórica, que sale a nuestro encuentro de la peripecia misma»¹⁴. La praxis será para Hegel y Ortega un dato constitutivo del pensamiento y de la razón histórica.

2ª) Junto a esa dimensión activa, el otro gozne sobre el que se articula la concepción hegeliana del conocimiento es la idea del devenir. Como es notorio el método propugnado por Hegel es el método dialéctico. De conformidad con sus premisas, cada fase del desenvolvimiento de la

¹¹ G.W.F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (1807), I; *Wissenschaft der Logik* (1812-1816), I-II; *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* (1817), §. 18, pp. 385-386, 574; *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., pp. 3 y ss.

¹² R. Flórez, *El Hegel de Ortega*, en su vol., *Al habla con Hegel y tres lecturas españolas*, Fundación Universitaria Española, Madrid 1995, p. 194.

¹³ J. Ortega y Gasset, *Prólogo a Historia de la Filosofía*, de E. Bréhier, en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid 1983, vol. VI, p. 416.

¹⁴ Ortega y Gasset, *Del Imperio Romano*, en *Obras Completas*, cit., vol. VI, p. 56.

realidad implica, al propio tiempo, su negación. Esta aparece como una instancia más elevada. De la negación surge, por tanto, una fase superadora. El método dialéctico opera, por tanto, a través de la consabida tríada de tesis, antítesis y síntesis. Se trata de un proceso que implica al mismo tiempo la realidad y el pensamiento. El método dialéctico constituye, para Hegel, la vía única y necesaria para cualquier tipo de conocimiento en la esfera filosófica o científica; sus proyecciones alcanzan a la entera lógica de lo real, de la vida, de la historia, que más allá de las contradicciones formales de la propia realidad, toma de ella su profunda racionalidad, su racionalidad verdadera. A partir de estas premisas, debe interpretarse y cobra sentido la precitada máxima hegeliana: «todo lo real es racional y todo lo racional es real».

En definitiva, al sustituir Hegel la noción del ser estático por la del devenir (*Werden*), contribuyó decisivamente al cambio del paradigma eleático o parmenideo, por el paradigma dialéctico o heracliteo.

Un aspecto nuclear de la historiografía hegeliana y de su propia concepción de la filosofía es el referente a su decidido intento de conjugar la historia con el sistema. Es este un aspecto del pensamiento Hegeliano que, tal como he indicado *supra*, la filosofía jurídica del presente esta llamada a mantener.

En la tradición filosófica ambas categorías parecían contrarias e irreconciliables. Se trataba de dos formas de acceder a la realidad, diferentes y distantes, entre las que no cabía ningún tipo de mediación.

Hegel otorgó una importancia prioritaria en su filosofía a la idea del sistema. Desde sus años de formación en Jena, se advierte la preocupación de Hegel, por elaborar una noción de sistema de la que pueda inferirse la plena sistematicidad de su concepción filosófica. En una significativa carta de 2 de noviembre de 1800 dirigida a Schelling indicará Hegel que su inquietud científica le había conducido necesariamente hacia una forma de reflexión que asumía el carácter de sistema¹⁵. De ahí,

¹⁵ G.W.F. Hegel, *Brief an-Schelling* (1800), 2, XI, en *Briefe von und an-Hegel*, ed. a cargo de J. Hoffmeister, Felix Meiner, Hamburg 1952, vol. I, p. 59. Sobre la

que, al proyectar su filosofía sobre temas específicos, como la historia, la política o el derecho, sus tesis reflejan su idea del sistema. Constituyendo una proyección de este, de tal forma que no pueden comprenderse cabalmente al margen del sistema.

Una de las aportaciones más relevantes de la filosofía de la historia de Hegel fue, precisamente, su contribución a diseñar una tipología de las formas históricas.

Se trata de un ambicioso esfuerzo sistemático por imbuir las ideas de orden, claridad y distinción en los presupuestos metodológicos necesarios para el estudio del devenir. En el primer Capítulo de sus *lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, dedica unas observaciones precisas y orientadoras a lo que define como «distintas maneras de considerar la historia». Distingue, para cumplir ese propósito, tres tipos fundamentales de historia:

1. La historia *inmediata u originaria* (*ursprüngliche Geschichte*). Se trata de una forma de historia vivencial con una elevada dosis de experiencias autobiográficas. El historiador refiere acontecimientos y hechos de su presente. Por eso, el contenido de esas historias será limitado en el tiempo y en el espacio, al no poder trascender a la propia circunstancia directa e inmediata de quien la realiza. Hegel indicará textualmente que en este tipo de historia «El autor describe lo que él mismo, más o menos, ha contribuido a hacer o, por lo menos, ha vivido». Como ejemplos de este tipo de historia citará a las elaboraciones clásicas de Heródoto, Tucídides, Jenofonte o César.
2. La historia *reflexiva* (*reflektierte Geschichte*). Su característica principal reside en «trascender el presente. Su exposición no está planeada con referencia al tiempo particular, sino al espíritu, al-

correspondencia de Hegel a Schelling, vid.: Bloch, *Sujeto-objeto. El pensamiento de Hegel*, cit., pp. 368 y ss.; Flórez, *Al habla con Hegel y tres lecturas españolas*, cit., pp. 11 y ss.

lende el tiempo particular». En esta forma de historia, el autor no ha sido testigo directo de los hechos o aconteceres que relata. Por eso su actividad reflexiva se dirige a apropiarse y a dar cuenta de cosas que le trascienden, a través de la elaboración de materiales, es decir, fuentes: hechos, datos, documentos, testimonios... En el seno de la historia reflexiva distingue Hegel cuatro diferentes subtipos:

- a. La historia *general* (*allgemeine Geschichte*). Esta modalidad pretende hacerse cargo de la historia de un pueblo o un país o del mundo. Son elaboraciones que exigen una amplísima documentación y tratamiento de las fuentes. Hegel indica que para realizar este tipo de historia son muy importantes «los principios que tenga el autor sobre el contenido y fines de las acciones y acontecimientos que describe y también acerca del modo cómo va a escribir la historia».
- b. La historia *pragmática* (*pragmatische Geschichte*). Este tipo de historia persigue un objetivo aleccionador, que responde al principio clásico: «la historia maestra de la vida». La indagación del pasado se propone extraer experiencias y enseñanzas útiles para el presente. Según Hegel, esta modalidad histórica «ha sido muchas veces elaborada con el propósito de extraer de ella una enseñanza moral».
- c. La historia *crítica* (*kritische Geschichte*). Este tipo de historia toma como objeto de estudio a la historia misma. Es, por tanto, una “metahistoria”, en la que las fuentes de investigación se hallan constituidas por elaboraciones históricas. Hegel dirá de ella, que: «no es la historia misma la que se ofrece aquí, sino la historia de la historia, un juicio acerca de las narraciones históricas y una investigación de su verdad y del crédito que merecen».
- d. La historia *especial* (*teilweise Geschichte*). La cuarta modalidad de historia reflexiva es la que tiene por objeto el estudio sectorial o específico de un aspecto de la cultura o de la vida humana. «Presentase así – en palabras de Hegel – como algo

parcial, particular... La historia del arte, de la religión, de la ciencia, de la constitución, del derecho de propiedad, de la navegación...», constituyen ejemplos de este tipo de historia.

3. La historia *filosófica* (*philosophische Geschichte*). Para Hegel se trata de la culminación a que puede llegar el estudio histórico. Hegel la caracteriza por ser «su punto de vista universal, no particular, no destacado ni abstracto, prescindiendo de los demás puntos de vista. Lo universal de la contemplación filosófica es, justamente, el alma que dirige los acontecimientos mismos, el Mercurio de las acciones, individuos y acontecimientos, el guía de los pueblos y del mundo»¹⁶.

La filosofía de la historia aglutina y supera a las restantes modalidades de reflexión histórica. Se concreta en una indagación racional de la existencia, surgida de las propias exigencias de la realidad, que explica el sentido universal y concreto del devenir humano. De este modo, el brillante cuadro taxonómico de las formas o modelos históricos propuesto por Hegel constituye una síntesis certera de las exigencias metodológicas sistemáticas dirigidas a elaborar y comprender la historia. No son, conviene insistir en ello, categorías conceptuales artificiosas y ajenas al sentido histórico, sino postulados metódicos requeridos para indagar el pasado en términos de orden y claridad.

Personalmente, considero, que podría añadirse un quinto modelo de historia reflexiva a la tipología propuesta por Hegel. Se trata de la *historia estética*, es decir, la historia concebida como una indagación sobre el pasado realizada desde la inquietud por la perfección formal en cuanto aportación literaria. Un ejemplo paradigmático de este modelo de historia es la célebre obra del historiador escocés Thomas Carlyle, que fue Rector de la Universidad de Edimburgo y que en su obra sobre

¹⁶ Hegel, *Vorlesungen über die philosophie der Geschichte*, cit., Einleitung, II, II. Se cita por la trad. cast. de J. Gaos, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, cit., pp. 153 y ss.

On heroes, ofrece una panorámica del devenir temporal nucleada en torno al protagonismo, expuesto desde un inequívoco afán por el logro de la perfección literaria, de los grandes momentos de la historia¹⁷.

3. Modelos historiográficos de la Filosofía del Derecho

La reflexión histórica de Hegel responde a determinadas opciones metodológicas que siguen siendo del mayor interés para establecer los presupuestos historiográficos de la Filosofía del Derecho. El método histórico desde el que Hegel plantea y expone los principales problemas del devenir humano le conducirá a tomar partido en algunas opciones básicas que, en cierto modo, contribuyen a perfilar el significado actual de su pensamiento histórico. El legado intelectual de Hegel permite plantear y, en cierta medida, responder a las tres cuestiones historiográficas fundamentales de la Filosofía del Derecho: ¿Cuál es el contenido y la estructura temática de esa historia?; ¿A qué modelo historiográfico pertenece?; ¿Qué actitud debe presidir la indagación del pasado iusfilosófico? La primera cuestión hace referencia al objeto de la historia de la Filosofía del Derecho, la segunda a su método y la tercera a su finalidad.

3.1. Sobre el objeto de la historia de la Filosofía del Derecho

Es sabido que uno de los grandes *dilemas historiográficos* consiste en concebir la historia del pensamiento filosófico-jurídico como el producto de personalidades geniales y excepcionales; o bien, se consideran como los últimos y decisivos instrumentos para analizar el devenir de las ideas jurídicas a ciertos documentos, datos y hechos culturales y/o sociales en los que se pierden o quedan disueltas las más grandes figuras singulares. En el primer caso, el *objeto* de la historia de las ideas jurídicas se convierte en una galería iconográfica de celebridades, con

¹⁷ T. Carlyle, *Los héroes* (1841), trad. cast. de P. Umbert, Porrúa, México 2012.

el consiguiente riesgo de descontextualizarlas, es decir, de omitir lo que aquéllas deben a sus circunstancias. En el segundo, la historia corre peligro de quedar anegada en una sucesión de datos, fechas y aconteceres y movimientos sociales, con el peligro de desatender el papel que a las personalidades individuales les corresponde en la orientación de los grandes itinerarios de la cultura jurídica.

La enseñanza de Hegel permite superar los riesgos de esas aproximaciones históricas al pensamiento jurídico. De sus tesis cabe inferir una actitud de equilibrio, que equidista de las polaridades en las que se expresa el dilema historiográfico asumiendo lo que en cada una de ellas hay de positivo y rechazando los riesgos de unilateralidad que en ambas se incuban.

En sus meditaciones sobre la historia de la cultura universal Hegel tenderá a subrayar la impronta de esas cimas del pensamiento que, a tenor de una perspicaz observación de Friedrich Meinecke, permiten otear y explorar desde su atalaya el más amplio horizonte en la sucesión de los tiempos y de las culturas¹⁸. Si bien, para Hegel la personalidad de esas grandes cimas del pensamiento debía ser captada desde el soporte de vida colectiva en el que desarrollaron sus ideas y sus obras. La referencia a la dialéctica del espíritu objetivo en Hegel implica situar a todo pensador en el contexto cultural de su época, según su célebre aserto a tenor del cual: «cada hombre, como cada filosofía es hijo de su tiempo (*Jeder Mann als jeder Philosophie is Sohn seiner Zeit*)»¹⁹.

En la historiografía iusfilosófica, ha expresado esta exigencia Antonio Truyol y Serra. En el Prólogo a la primera edición del volumen primero de su *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, advierte de la tendencia «a olvidar que también los filósofos son hombres de carne y hueso, sometidos a las influencias de origen, educación y medio ambiente.

¹⁸ F. Meinecke, *El historicismo y su génesis*, trad. cast. de J. Mingarro y P. Muñoz, Fondo de Cultura Económica, México 1943, p. 15.

¹⁹ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., Vorrede. Se cita por la trad. cast. de J. Abellán, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 19.

No puede prescindirse de estos datos psicológicos y sociológicos en la génesis histórica de las doctrinas, aunque sin interpretarlos en un sentido causal»²⁰. Este planteamiento, de tan fecunda virtualidad pedagógica, muestra la necesidad de no contemplar a ningún autor, por importante que este sea, como una figura aislada, mostrando siempre su encuadre y la inserción de su vida, su doctrina y sus obras en el tejido “circunstancial” de interrelaciones que conformaron su tiempo histórico.

Esta directriz historiográfica se traduce también en la exigencia de exponer en la historia del pensamiento junto a esas cumbres cimeras de la filosofía, otras cumbres menores, que aún sin llegar a la altura y brillantez de las cimas son también relevantes para que pueda obtenerse una panorámica general, sin oquedades ni fragmentaciones, de esa metafórica cordillera de altitudes desiguales que representa la historia de las ideas jurídicas y políticas.

3.2. Sobre el método de la historia de la Filosofía del Derecho

Los modelos historiográficos avanzados por Hegel, a tenor de cuanto se ha expuesto *supra*, posee un incuestionable valor metódico para situar en el seno de esos modelos a los diferentes modos de construir la historia de la Filosofía del Derecho.

- a. Tomando como referencia la tipología hegeliana, cabe sostener que la historia *originaria*, es decir, la que parte de vivencias de las que ha sido protagonista o testigo el propio historiador, cuenta con valiosas manifestaciones en el ámbito iusfilosófico. Los escritos autobiográficos o el género memorialista han contribuido a un conocimiento más preciso del perfil intelectual de determinadas figuras del pensamiento filosófico-jurídico, así como, a través de sus testimonios personales, del significado de los acontecimientos

²⁰ A. Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. I, *De los orígenes a la baja Edad Media*, Editorial Revista de Occidente, Madrid 1954; 8ª ed. en Alianza Editorial, Madrid 1998, p. X.

tos culturales de sus respectivas épocas. Las *Confesiones*, de San Agustín o de Rousseau, las *Autobiografías* de Hume, Vico o Mill, los *Diarios* de Unamuno o Wittgenstein no son sólo importantes para ayudarnos a comprender aspectos básicos de su evolución intelectual, son también de inestimable valor para comprender, a partir de las experiencias de esos autores, aspectos básicos de la cultura en la que vivieron.

- b. La más de las veces la historia filosófico-jurídica se presenta en las formas de lo que Hegel denomina historia *reflexiva*, en cuanto que se trata de exposiciones que parten de fuentes y que, por tanto, trascienden las vivencias personales. Entre los subtipos de esta modalidad historiográfica la historia de la Filosofía del Derecho suele obedecer a un propósito *pragmático*: «Historia testi temporum, lux veritatis, vita memoriae, magistra vitae...»²¹, a tenor de la célebre máxima ciceroniana. El historiador de la Filosofía del Derecho busca en los testimonios doctrinales del pasado argumentos y enseñanzas válidos para la orientación y la respuesta de los problemas del presente. Se trata de un propósito plenamente legítimo, que justifica el propio sentido de la indagación histórica de los precedentes iusfilosóficos de culturas pretéritas. Esa legitimidad cesa, no obstante, cuando en aras de ese propósito pragmático se distorsionan o deforman las fuentes históricas que se toman como modelo ejemplar.
- c. La historia de la Filosofía del Derecho es, las más de las veces, historia *crítica*. Su objeto se halla constituido, en este caso, por otras historias del pensamiento jurídico. Esta modalidad de meta-historia o de historia de la historia, resulta del todo pertinente para ampliar el horizonte hermenéutico de las fuentes doctrinales originarias en las que se ha expresado, a través de los tiempos, la Filosofía del Derecho. Su utilidad es innegable para enriquecer

²¹ Marco Tulio Cicerón, *De oratore*, II, IX, 36.

las perspectivas de enfoque del devenir de las ideas. Su principal riesgo reside en la pérdida de lo que es su propia razón de ser, es decir, del sentido crítico. Cuando el historiador de la Filosofía del Derecho abdica de su responsabilidad crítica, su labor queda relegada a una yuxtaposición de interpretaciones doctrinales carentes de la debida evaluación.

- d. La Filosofía del Derecho es un tipo de filosofía *particular o especial*, a tenor de la tipología hegeliana. Su cometido no reside en dar cuenta de la evolución humana, en todos los aspectos de la experiencia, sino que se circunscribe a ofrecer una panorámica de las teorías sobre el derecho, la justicia y la política elaboradas a través de los distintos tiempos y formaciones culturales. La especificidad de la historiografía iusfilosófica suscita un peculiar problematismo en sus relaciones con la evolución general de la filosofía.

El concienzudo planteamiento de las cuestiones básicas de la metodología histórica que planteó, Truyol y Serra se pone también de relieve en sus penetrantes observaciones sobre la condición de la *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* como historia de una rama de la filosofía. En su aludido Prólogo a la primera edición del volumen primero de su obra reivindica el carácter peculiar de la reflexión histórica en lo que respecta a los problemas de naturaleza jurídica y política. «No siempre – escribe Truyol – han escapado las historias de la Filosofía del Derecho al defecto metodológico de extenderse en disquisiciones, por otra parte, interesantes, sobre las posiciones filosóficas generales de los correspondientes autores, sin justificarlas debidamente por su conexión inmediata con sus posiciones filosófico-jurídicas». Piensa Truyol que no es lícito desgajar «ninguna rama filosófica particular de su tronco filosófico general, ni tampoco del substrato teológico-religioso que eventualmente le sirva de base». Pero, en una historia de la filosofía jurídica, las remisiones a la historia general de la filosofía deben merecer atención en la estricta medida en que explican o esclarecen doctrinas filosófico-jurídicas. Existen relaciones doctrinales que no pueden des-

conocerse. «La naturaleza de las cosas – dictamina Truyol – trae consigo el que estas conexiones sean especialmente estrechas con respecto a la ética. Lo son también con respecto a la filosofía de la historia»²².

De la actitud sustentada por Truyol se infiere que, al pertenecer el derecho al mundo de las normas que regulan la vida humana en sociedad, se halla íntimamente enlazado con el propio devenir de las formas sociales, contribuyendo a sus procesos de estructuración. Como el derecho regula el obrar del hombre en sociedad, abarca el conjunto de las actividades humanas relativas al bien común, lo que explica la amplitud de su contenido actual o potencial, y, en consecuencia, la reflexión filosófica sobre su fundamento y manifestaciones.

La peculiaridad y autonomía científica de la historia de la Filosofía del Derecho, no significa renuncia a su condición de historia *filosófica* en un sentido análogo al que propone Hegel. El historiador de las ideas jurídicas no es un cronista, cuya tarea queda circunscrita al mero acopio documental de fuentes, hechos y datos. El historiador iusfilosófico debe tener siempre presente que hacer historia significa entender bien esas realidades humanas a las que esos documentos alude y que esos documentos son y esta intelección supone poseer un cúmulo de teorías fundamentales unas e instrumentales otras, que serían ignoradas conienzudamente por quienes confunden el hacer historia con un mero acarreo y repertorio de datos inertes.

Ese compromiso insobornable por captar y expresar el sentido del devenir de las ideas exige del historiador de la Filosofía del Derecho un compromiso intelectual, le obligan a hallarse *implicado*. Su quehacer como historiador no debe contentarse con ofrecer desde fuera un pulcro esclarecimiento de los destinos humanos en el ámbito jurídico y político; su inquietud no se debe aquietar con ofrecer el espectáculo de una sucesión de personajes y doctrinas. Sin renunciar jamás al rigor y la objetividad, que demanda toda reconstrucción del pasado que preten-

²² Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. I, cit., p. X.

da ser científica, tal propósito no debe confundirse con la neutralidad aséptica o con un distanciamiento descomprometido.

Las avenidas del incesante acontecer, los sucesivos vértices del torrente histórico exigen una actitud crítica inspirada en la asunción de determinados valores-guía que sirven como pauta para enjuiciar los avances y retrocesos y, en definitiva, el significado radical de la historia del pensamiento jurídico y político.

Esa exigencia de compromiso ético con los valores implícitos en determinadas figuras del pensamiento jurídico ha sido explicitada por Truyol en uno de sus últimos trabajos, que representa un modelo metódico de investigación historiográfica. Indicará en su estudio sobre *Edad y creatividad en la historia del pensamiento jurídico y político*, publicado en 1999, que las figuras que jalonan las distintas etapas de reflexión sobre el Derecho y el Estado son personalidades únicas e irrepetibles. El destino de esas personalidades no deja indiferente al historiador en un sentido o en otro. Así acontece «con los autores con los que nos sentimos más identificados en razón de nuestra participación en la vida intelectual o sentimental del mundo que nos rodea. Y aquí interviene indefectiblemente la situación mental y afectiva que en su seno ocupamos»²³.

Esa participación implicativa y comprometida del historiador iusfilosófico debe tener como punto de referencia una actitud decididamente *humanista*. Los valores fundamentales de la persona humana, sus derechos y libertades conforman la granítica base sobre la que el historiador debe construir el parámetro filosófico de crítica y valoración del pensamiento jurídico-político.

e) La reflexión histórica de la Filosofía del Derecho puede asumir también la forma de una manifestación *estética*. Enrique Luño Peña al valorar las diversas interpretaciones del legado doctrinal de Maquia-

²³ A. Truyol y Serra, *Edad y creatividad en la historia del pensamiento jurídico y político. Consideraciones de índole biográfica y demográfica en torno al periodo activo de los respectivos autores*, en «Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», LXXVI (1999), p. 312.

velo, toma en consideración las tesis de Foscolo, Alfieri, Von Martin y Koenig, por entender que las reconstrucciones históricas del ilustre pensador florentino, así como su concepción jurídico-política era el fruto de un depurado humanismo que concebía la construcción teórica como una obra de arte²⁴.

3.3. Sobre el fin de la historia de la Filosofía del Derecho

En lo que atañe al fin perseguido por la indagación histórica de la Filosofía del Derecho es posible distinguir dos posturas básicas. Para la primera se trata de conducir la mentalidad presente del historiador a la cultura del pasado, a fin de hacerle partícipe de las ideas, vivencias e inquietudes del pretérito, tal como fueron sentidas en su tiempo. Para la segunda, a la inversa, de lo que se trata es de traer el pasado al presente, para comprenderlo y aprovecharlo desde los métodos cognoscitivos y para los fines e intereses de nuestra realidad presente.

Ortega cifrará en Bachofen y Mommsen las polaridades representativas de esas actitudes. Para Ortega la reconstrucción historiográfica del derecho romano llevada a cabo por Mommsen, representó un intento de hacer de los romanos unos seres que eran como nosotros. Su historia resucita la vida antigua desde el punto de vista del presente. «Los lectores se asombran de la modernidad insospechada que en el hombre antiguo existía». Ortega plantea objeciones a esa finalidad historiográfica tendente a funcionalizar el pasado para los objetivos y apremios del presente: «con esta modernización no se logra lo que era menester». Estas reconstrucciones del pasado son antihistóricas, porque identifican lo pretérito y lo presente en un plano único. En ellas no existe génesis, desarrollo y perspectiva temporal, en definitiva, no hay historia. Por el contrario, la actitud histórica de Bachofen permite comprender

²⁴ E. Luño Peña, *Historia de la Filosofía del Derecho*, La Hormiga de Oro, Barcelona 1955², pp. 358 y ss.

que lo que hoy es de una manera, ayer fue de otra. «Sin esta disociación temporal – nos dice Ortega – falta la dimensión genética, el movimiento germinal y de gestación que es alfa y omega de la historia». Gracias a ese método disociativo el plano único de la reconstrucción histórica se quiebra, se advierten las lejanías, las profundidades de los tiempos pretéritos. «La historia – sentencia Ortega – es una voluptuosidad de horizontes». Cuando se moderniza la antigüedad, se deforma la historia, se confunde el pasado con el presente. Para columbrar esos estratos remotos de la experiencia humana es preciso, en definitiva, que el historiador se identifique mentalmente con las formas de vida del pasado y las distancie de sus propias experiencias e inquietudes²⁵.

En los debates actuales sobre los fines y objetivos de la Historia de la Filosofía del Derecho, sigue vigente la cuestión fundamental: ¿hasta qué punto y en qué forma pueden proyectarse los intereses y fines del presente sobre una realidad pasada sin deformarla? Esta preocupación late en la reciente tentativa emprendida por Anthony Pagden de contribuir a reevaluar las perspectivas doctrinales e ideológicas de los clásicos del iusnaturalismo hispano en relación con la conquista de América. En ese intento juzga «sutilmente propagandística y descaradamente anacrónica» la orientación de algunas de las principales reconstrucciones históricas de la colonización americana realizadas durante el régimen de Franco²⁶. Lo primero porque se trataba de estudios dirigidos a legitimar el pasado imperial español, intentando sostener que la empresa colonizadora redundó en el interés cultural de los amerindios y de la

²⁵ J. Ortega y Gasset, *Espíritu de la letra*, en *Obras Completas*, cit., vol. III, pp. 593 y ss.; Id., *Las Atlántidas*, *ibid.*, pp. 289 y ss. y 307 y ss.

²⁶ A. Pagden, *La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa* (1982), trad. cast. de B. Urrutia, *La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa*, Alianza Editorial, Madrid 1988, p. 16, donde se refiere expresamente a Ángel Losada, Venancio Carro y Teodoro Andrés Marcos como principales exponentes de esta visión histórica ideológicamente comprometida con el franquismo.

Cristiandad universal. En cuanto al anacronismo se revela en su forma de tratar a los autores del siglo XVI como si se hubieran enfrentado a los problemas actuales, transformando a un grupo de teólogos tomistas en modernos filósofos del Derecho internacional²⁷.

Su alternativa historiográfica se cifra en la tesis de que sólo es posible comprender un texto del pasado cuando se conoce el *lenguaje* y contexto social en el que se elaboró. En relación con el arsenal teórico desde el que los clásicos hispanos abordan los problemas de América, Pagden entiende que debe ser estudiado desde premisas metódicas contextuales. Esa pretensión, que reconoce difícil e imperfecta, tendente a contextualizar los textos de los teólogos españoles del siglo XVI, debe llevarse a cabo desde los presupuestos internos de discursos intelectuales muy estructurados por tradiciones y convenciones lingüísticas definidas temporalmente. Estas consideraciones historiográficas no constituyen una novedad y entiendo que deben ser puntualizadas. La primera representa una denuncia sobre la manipulación ideológica de los clásicos hispanos. En este punto conviene recordar las hoy consabidas tesis de Jürgen Habermas sobre la imposibilidad de una concepción “pura”, en cuanto desligada de intereses prácticos de la historia. Las ciencias histórico-hermenéuticas, en cuanto dirigidas a la comprensión y orientación del actuar humano, no pueden concebirse al margen de un interés práctico. Todo tipo de conocimiento sea técnico o práctico, posee carácter interesado o conducido por el interés (*Erkenntnisleitende Interesse*). Ello no implica relegar el saber práctico al terreno del decisionismo o del irracionalismo, sino situarlo en el plano de la teoría social, como forma de conocimiento basado en la comunicación intersubjetiva. Para Habermas esos intereses podrán estar guiados por una razón autorreflexiva dirigida a la emancipación humana, en cuyo caso

²⁷ *Ibid.*, pp. 16-17.

el interés será, a la vez, una categoría explicativa y justificativa²⁸, pero pueden hallarse inspirados y responder a otras motivaciones sociales o políticas menos plausibles. En definitiva, la sociología del conocimiento (*Erkenntnissoziologie*) será la encargada de desvelar esos intereses que pueden avalar o deformar ideológicamente el saber histórico.

La segunda incide en la actitud o finalidad que debe presidir el estudio de las interrelaciones que enlazan la historia y el presente. Como punto de partida no está de más recordar la penetrante observación de Xavier Zubiri de que: «el pasado, es, por lo pronto, algo que sólo puede ser entendido desde un presente. El pasado, precisamente por serlo, no tiene más realidad que la de su actuación sobre un presente. De suerte que nuestra actitud ante el pasado depende pura y simplemente de la respuesta que se dé a la pregunta: ¿Cómo actúa sobre el presente?»²⁹.

En el ámbito jurídico es bien conocida la polémica de los romanistas, que como apuntaba Ortega se remonta a los planteamientos de Mommsen, sobre si es legítimo proyectar los instrumentos conceptuales y los objetivos del presente al estudio de la experiencia jurídica de la Roma clásica; o si, por contra, la reconstrucción histórica debe realizarse no sólo sobre las categorías normativas e institucionales romanas, sino especialmente sobre el modo en que dichas categorías fueron elaboradas, aplicadas y sentidas por los juristas y el pueblo de Roma³⁰.

La controversia, entiendo, que no versa tanto sobre la posibilidad y legitimidad de aplicar instrumentos y fines del presente a una realidad

²⁸ J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1968, pp. 235 y ss. (existe trad. cast., Taurus, Madrid, 1982); Id., *Erkenntnis und Interesse* en su obra *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1981¹¹, pp. 146 y ss. (existe trad. cast. Tecnos, Madrid 1986).

²⁹ X. Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editora Nacional, Madrid 1951, p. 286.

³⁰ Me he referido a ello, con alusión expresa a la polémica entre Betti y De Francisci, así como a las tesis de Capograssi, Ascarelli, Orestano y Giuliani, en mi libro *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1971, pp. 18 y ss.

pretérita, sino al modo en que dichos instrumentos deben proyectarse. El empleo de las categorías conceptuales y de las inquietudes del presente para la comprensión de categorías pasadas resulta inevitable porque, aunque el objeto de estudio sea un fenómeno distanciado en el tiempo, se le asume desde el presente y a partir de los esquemas conceptuales y de los apremios que pertenecen a nuestro actual sistema de conocimientos y al Estado presente de nuestra cultura. Pero lo que puede resultar anacrónico o ucrónico es la utilización de categorías históricas, aquellas que nacen y adquieren su sentido peculiar en ámbitos temporales bien determinados, fuera de su contexto. El uso históricamente riguroso de los conceptos filosóficos, políticos y jurídicos debe prevenir de las deformaciones en que se incurre cuando se sitúan en el pretérito categorías que son producto de nuestro actual sistema de saberes e inquietudes; o cuando se ignoran los límites temporales en que se forjaron las ideas del pasado para acomodarlas a nuestras conveniencias presentes.

El propio Pagden, tras sus advertencias metódicas frente al anacronismo y a la ideologización en la reconstrucción histórica de las tesis de los clásicos hispanos sobre Indias, reconoce que en el «mundo post-wittgensteiniano, post-heideggeriano y post-foucauliano del presente ningún análisis histórico puede evitar un cierto anacronismo. De ello, se infiere que la idea de un “archivo” estrictamente histórico que espera ser descubierto por el paciente historiador, o la imagen del historiador que relata los hechos “tal y como son” deben permanecer para siempre en el olvido». Lo que le lleva a admitir, de forma expresa, que: «La historia que interesa tiene que estar implicada con el presente y tener compromisos directos, aunque leves, con el propio mundo del historiador»³¹.

La tarea de reconstruir los textos de los clásicos, tal como fueron concebidos, o de la atmósfera del auditorio en que fueron escuchados, es imposible. Para realizarla tendríamos que recurrir a unas introspec-

³¹ Pagden, *La caída del hombre natural*, cit., p. 17.

ciones psicológicas y/o a unos viajes a través del túnel del tiempo sólo asequible a los impulsos de la imaginación. Pero además ese esfuerzo, puramente retrospectivo, resultaría mucho menos fértil que el prospectivo dirigido a medir la operatividad de esos textos en las inquietudes del presente; evitando, en lo posible, descontextualizaciones y deformaciones de las categorías históricas³².

4. Conclusión: interdependencia metodológica y ontológica entre Historia, Filosofía y Derecho

Las tesis historiográficas de Hegel han permitido una reflexión sobre los presupuestos actuales de la historia de la Filosofía del Derecho. La enseñanza de esta figura de la reflexión histórica sigue siendo hoy fecunda y estimulante.

La experiencia jurídica, en cuanto ámbito peculiar de la propia experiencia de la vida humana, no es ajena a la historia, antes bien, se trata de una forma necesaria de la historia en la que desenvuelve sus manifestaciones y en la que termina por resolverse³³. Los sistemas normativos en que la experiencia jurídica se revela no representan sino fases en el desarrollo histórico de la humanidad, por ello, no tan sólo tienen historia, sino que ellos mismos son historia³⁴.

Importa concluir, a los efectos de estas consideraciones, que desde el momento en que la historia del derecho deja de ser un repertorio ex-

³² Vid., A.E. Pérez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid 1995². pp. 27y ss. (existe trad. alem. a cargo de R. Zimmerling, *Die klassische spanische Naturrechtslehre in 5 Jahrhunderten*, Duncker & Humblot, Berlín 1994).

³³ Cfr. G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1953, pp. 5-12 y 144-151.

³⁴ «Jedes Rechtssystem – ha escrito Gerhart Husserl – repräsentiert eine bestimmte Phase in der Geschichte der Menschheit. Rechtsordnungen haben eine Geschichte und sind selbst Geschichte» (*Recht und Zeit: Fünf rechtsphilosophische Essays*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1955, p. 10).

terior a la experiencia de datos y noticias sobre sistemas jurídicos pretéritos, para convertirse en historia de la experiencia jurídica, deviene una auténtica filosofía de la historia del Derecho. Esa metamorfosis entraña una auténtica superación o absorción (*Aufhebung*); se produce al concebir: «la historia en cuanto vida, la historia precisamente como tradición que explica y da un significado a las nuevas formas constituyentes en las que se va plasmando la vida del derecho»³⁵.

La Revista *Diacronìa* desde sus inicios mostró una decidida vocación por las cuestiones metodológicas, es decir, por la aproximación historiográfica a la Filosofía del Derecho. Su segundo volumen publicado en el último semestre del 2019 fue monográficamente dedicado a *Riflessioni sul metodo*. En su contracubierta se afirmaba que la Revista deseaba ser un lugar abierto para la aproximación y el debate de cuantos se hallan interesados en la historia de las reflexiones sobre el Derecho y por las cuestiones metodológicas conexas en las varias formas y en los diversos modos en los que dicha reflexión se ha manifestado o podrá ser concebida.

Acogiéndome a esta propuesta metodológica, he tratado de exponer algunos de los principales modelos utilizados en la investigación histórica de la filosofía jurídica. Al concluir este ensayo recuerdo la opinión expresada en una célebre obra literaria contemporánea a tenor de la cual la consciencia de la historia puede resultar, en ocasiones, inquietante e, incluso, abrumadora, pero si se la desconoce nos golpea. Mérito incuestionable de *Diacronìa* es su decidida y decisiva contribución para evitar que el agnosticismo histórico, presente en amplios sectores de la reflexión jurídica, golpee los cimientos teóricos y la arquitectura práctica de la Filosofía del Derecho.

³⁵ G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto* en *Opere*, Giuffrè, Milano 1959, vol. II, pp. 596-597. Cfr. También Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, cit. p. 9; A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1957, p. 197.

EL ORIGEN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: CONSIDERACIONES ACERCA DE SU CONTENIDO

Ana M^a Marcos del Cano

Abstract

The philosophy of law is indebted to an academic tradition of speculation on law, laws, and justice dating to Ancient Greece. Without a philosophical approach to law rooted in humanistic training, law students are left with a notion of law as merely technical procedure. However, since law is intimately entwined with society and manifests in the critical conflicts and relationships between individuals, it is imperative to reclaim these philosophical origins to prepare the future of the discipline of legal philosophy, whose evaluative, critical, and foundational function is central.

Keywords

History; Philosophy of Law; Philosophy of positive Law; Law Graduate; Humanistic Training.

1. Introducción

El debate sobre el origen de la Filosofía del Derecho nos lleva a repensar su fundamento, su contenido, su metodología, su futuro y su función en los planes de estudio del Grado en Derecho actuales. La pregunta acerca de su origen nos cuestiona sobre si actualmente se está haciendo *vera* Filosofía del Derecho o ésta ha quedado reducida a la Filosofía del

Derecho positivo, en si la reflexión acerca del Derecho puede ir más allá del Derecho vigente o debe quedar circunscrita a éste. Así, nos conecta directamente con la propia concepción del Derecho. Asunto complejo, pues, como ya advirtiera precisamente Hart, en su libro *El concepto de Derecho*¹, no hay término más controvertido en todas las áreas del saber que el Derecho, a diferencia de la Medicina o la Química, por ejemplo, que en un párrafo quedan definidas. Y también Kant se sorprendía que aún, en su tiempo, los juristas no se ponían de acuerdo acerca de lo que era el Derecho. Estas dos realidades, por una parte, la Filosofía del Derecho, y su propio objeto, el Derecho, siguen cuestionándose. Incluso el insigne maestro de filósofos del Derecho, Norberto Bobbio, desistía en su empeño de definir la Filosofía del Derecho, cuando afirmaba que «todo intento de definición de la Filosofía del Derecho es una inútil pérdida de tiempo»².

Es cierto que no hay una homogeneidad acerca de los temas que debe tratar el saber filosófico-jurídico y, así, se ha recogido en nuestro país, en monográficos de prestigiosas revistas especializadas, que muestran una gran disparidad de contenidos³. Actualmente, esa diversidad

¹ H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1963, p. 1.

² N. Bobbio, *Nature et fonction de la Philosophie du droit*, en «Archives de Philosophie du Droit», VII (1962), p. 1. En este mismo sentido se expresa B. De Castro Cid, *Reflexiones sobre el sentido de la Filosofía del Derecho*, en *Ex libris. Homenaje al profesor Antonio Fernández-Galiano*, UNED, Madrid 1995, p. 177, en donde manifiesta ante la pregunta ¿qué significa la expresión *Filosofía del Derecho*? Que «esta radical pregunta constituye sin duda el natural punto de partida de cualquier investigación sistemática sobre la Filosofía del Derecho. Sin embargo, es frecuente que esa pregunta no sea siquiera planteada, muy probablemente porque, además de reflejar un problema al que no suele atribuirse una gran importancia teórica, presenta dificultades concretas de elaboración y sistematización lo suficientemente abundantes y graves como para disuadir a cualquiera de su análisis».

³ Para conocer el panorama del pensamiento filosófico-jurídico español (que no se ha vuelto a dar de manera expresa y conjunta al menos), basta repasar los monográficos de «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», 1975; en 1982, la «Revista de

se observa tanto en nuestra investigación como en la propia enseñanza en las Facultades de Derecho⁴.

Actualmente, el debate acerca de qué sea la Filosofía del Derecho o cuál sea su contenido, se puede afirmar que ha bajado su intensidad, al menos tal y como se ha producido en décadas anteriores⁵. Sigue ha-

la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», con un número monográfico titulado *La Filosofía y la enseñanza del Derecho*, donde se recogían los trabajos presentados en las V Jornadas de profesores de Filosofía del Derecho sobre la enseñanza del Derecho; «Doxa», 1984; «Persona y Derecho», 1994 y 1995.

⁴ Como dice F. Ost en la entrevista que le hacen recientemente, «aunque los temas permanezcan constantes, la escritura se modifica en función de las evoluciones del contexto social global» y, también afirma, algo que comparto aplicado a la función que debe cumplir la Filosofía del Derecho en la formación de un jurista, que su interés ha sido el de «una voluntad constante de tejer los lazos entre el Derecho y su contexto humano y social, de cara a ‘desenclavar’ el estudio del Derecho»; en «Doxa», XL (2017), p. 390.

⁵ En «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», 1975; en 1982, la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», con un número monográfico titulado *La Filosofía y la enseñanza del Derecho*, donde se recogían los trabajos presentados en las V Jornadas de profesores de Filosofía del Derecho sobre la enseñanza del Derecho; «Doxa», 1984; «Persona y Derecho», XXXI (1994); «Persona y Derecho», XXXIII (1995). No obstante, hay algunos trabajos, como el libro del profesor Pérez Luño, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, en donde se recoge el estado actual de nuestra disciplina tanto en España y Europa como en América Latina, siendo consciente de que se trata de un pensamiento *in fieri* que en modo alguno puede considerarse una experiencia concluida. Y el libro también en homenaje al profesor Pérez Luño, en el que se recoge la Filosofía del Derecho desde una perspectiva histórica y en la que también se incluyen los perfiles contemporáneos y los itinerarios actuales de la Teoría y Filosofía del Derecho, R. González-Tablas (coord.), *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor A.E. Pérez Luño. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla*, Universidad de Sevilla, Sevilla 2009, donde se advierte ya en la Introducción, por parte del autor, que «hay un cierto abandono por parte de los estudiosos más jóvenes del interés por la evolución histórica de estas materias. Urge reaccionar contra esa especie de ‘agnosticismo cultural’ que tras esa actitud pudiera incubarse» (p. 21).

biendo algunas muestras de aquél, como, por ejemplo, las entrevistas que se han ido realizando en la Revista *Doxa* a distintos filósofos del derecho⁶, o algunas de las reflexiones recientes acerca de la Filosofía del Derecho en España⁷, o uno de los trabajos que ha concitado a estu-

⁶ Véanse algunas de las entrevistas sobre su concepción de la Filosofía del Derecho a: F. Ost, en «Doxa», XL (2017), pp. 387-413; a J.R. Capella, en «Doxa», XXIX (2016), pp. 427-445; a J. Delgado Pinto, en «Doxa», XXV (2002), pp. 737-762; a R. Alexy, en «Doxa», XXXII (2009), pp. 67-84; etc. También, L. Ferrajoli, *El futuro de la Filosofía del Derecho*, en «Doxa», XXIX (2016), pp. 255-263.

⁷ J. Delgado Pinto, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006; J.R. Capella, *Filosofar sobre el Derecho en España: una aportación personal al margen*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», XLIV (2010), pp. 509-522, en donde casi de un modo autobiográfico hace un repaso por los últimos cincuenta años de la Filosofía del Derecho en España desde su visión personal; J.A. García Amado, *La Filosofía del Derecho en España hoy: un balance pesimista*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», XLIV (2010), pp. 523-538, en donde en un tono personal y directo, va desgranando la falta de estudios serios sobre Filosofía del Derecho en las universidades españolas. J. Calvo González, y C. Monereo Atienza (coords.), *Filosofía jurídica y siglo XXI. Ocho panoramas temáticos*, Universidad de Málaga, Málaga 2005; A. De Julios Campuzano, *¿Un puente sobre aguas turbulentas? Reflexiones sobre el estatuto epistemológico de la iusfilosofía y su relación con la ciencia del Derecho*, «Anuario de Filosofía del Derecho», XXV (2008-2009), pp. 235-256; I. Campo y Cervera, *Reflexiones sobre la Filosofía del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XXV (2008-2009), pp. 455-481; J.A. Del Real Alcalá, *La identidad de la Filosofía del Derecho como materia útil para juristas*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XXVII (2011), pp. 83-109; L.M. Lloredo Alix, *La Filosofía del Derecho en tiempos de crisis: en torno al status epistemológico de la filosofía jurídica*, en «Revista Telemática de Filosofía del Derecho», XVI (2013), pp. 109-133; J.J. Mora Molina, *Apreciaciones críticas acerca de la relación entre la Filosofía del Derecho, la filosofía general y la ciencia jurídica*, en «Derecho y Conocimiento», II (2002), pp. 311-323; B. Rivaya, *Sobre el carácter crítico de la Filosofía del Derecho*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la UNED», I (2006), pp. 275-300; E. Palomar Maldonado, *La Filosofía del Derecho y el Derecho Natural en los planes de estudio de las Facultades de Derecho de España (y III)*, en «Foro», V (2007), pp. 99-121.

diosos de España y de Latinoamérica⁸ y en el ámbito anglosajón el que lleva por título: *Estado del arte y futuro de la Filosofía del Derecho*⁹. O el último número del «Anuario de Filosofía del Derecho», en el que se celebra su 70 aniversario y se vuelve al debate sobre el *Presente y futuro de la Filosofía del Derecho*¹⁰. En su primer artículo, el profesor Javier de Lucas señala la vitalidad del debate filosófico jurídico en nuestros días, con el auge de revistas y publicaciones en nuestro ámbito, así como de las publicaciones de los investigadores de nuestro ámbito. Concibe la Filosofía del Derecho como una tarea práctica ejercida por juristas que ha de responder fundamentalmente a problemas sociales y garantizar los derechos humanos en un escenario marcado por la amenaza global en la que se encuentra el planeta¹¹.

⁸ R. González de la Vega, G. Lariguet (coords.), *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas perspectivas*, Editorial Temis, Bogotá 2013.

⁹ J.L. Fabra Zamora, A Molina Ochoa (ed.), en «Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho», XI (2017); en el que tratan de trazar un mapa de las preguntas actuales y de las perspectivas futuras del área de la Filosofía del Derecho. En la introducción dicen: «la Filosofía del Derecho ha evolucionado de un modo impresionante, ha ampliado su potencial de acción y el número de temas que estudian los que se llaman a sí mismos ‘filósofos del Derecho’ es extremadamente variado y complejo». También J. Dickson, *Estado del arte de la Filosofía del Derecho*, en «Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho», X (2016), en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/11083/13105> (consultado el 2 de mayo de 2023).

¹⁰ «Anuario de Filosofía del Derecho», XXXIX (2023).

¹¹ Por ser la última publicación en nuestro ámbito de conocimiento, resalto aquí algunas ideas. C. Alarcón parte de una visión de la Filosofía del Derecho desde la filosofía del lenguaje desde la teoría de Wittgenstein según la cual el mundo y el lenguaje poseen una estructura común y desde ahí la percepción del pensamiento es perceptible mediante las proposiciones lingüísticas, lo cual incide directamente en el ámbito jurídico, como en la validez normativa, en la jerarquía, la lógica y la semiótica normativa, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XXXIX (2023), pp. 77-99. M.A. Barrere inscribe su elaboración de la Filosofía del Derecho desde un conocimiento situado y posicionado, desde la teoría feminista plural e inclusiva, que es la única respuesta a la situación de opresión (“subdiscriminación”) vivida por las mujeres en relación con

En lo que sí parece que hay unanimidad es en que la realización de la Filosofía del Derecho parece haber quedado exclusivamente en el ámbito de los juristas. La célebre diferencia de Bobbio¹², entre *filósofos juristas* y *juristas filósofos*, esto es la Filosofía del Derecho realizada por los filósofos y la realizada por los juristas, es una distinción casi única-

los hombres, Su propuesta va a girar en torno a dos ideas: que las relaciones sociales están influenciadas por sistemas de poder, que producen privilegios y subordinación; y, que, en una sociedad, donde el sexismo, el racismo, el clasismo, el capacitismo, etc. son endémicos, no hay “derecho” inocente (*ibid.*, pp. 100-122). M. Elósegui, desde su posición de magistrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ve necesaria la Filosofía del Derecho por los temas perennes que en esta “ciencia de lo razonable” (así la denomina), se tratan e incide en la importancia de la interpretación jurídica (*ibid.*, pp. 123-144). J. García Medina, hace hincapié en el papel crítico de la Filosofía del Derecho y en el riesgo que constituye su desaparición en los planes de estudio, con lo que eso conlleva de dejar a los futuros juristas sin formación en teorías sobre la justicia, pues ese, apunta debe ser su contenido fundamental (*ibid.*, pp. 145-166). J.M. Gil y A. Rubio, señalan la importancia de la Filosofía del Derecho para configurar la nueva sociedad digital (*ibid.*, pp. 167-198). M. Otero, aboga por una Filosofía del Derecho que se constituya en la razón de ser que fundamenta todo el edificio del Derecho, pues el jurista debe conocer el Derecho de un modo universal, crítico y valorativo, algo que solo puede adquirir desde nuestra materia (*ibid.*, pp. 197-216). Por último, pero no menos importante, cierra la reflexión sobre el pasado y presente de la Filosofía del Derecho, el profesor A.E. Pérez Luño, en donde pone de manifiesto que una de las tareas de nuestra disciplina es el abordar el desafío tecnológico de la sociedad digital, siendo conciencia de la Inteligencia Artificial; y el riesgo cultural que entrañan determinados movimientos que ponen en peligro el humanismo y desatan el inicio de la era posthumanista, por cuanto supone una negación o suplantación de lo humano. Ahí, la Filosofía del Derecho debe reivindicar la realización de los valores humanistas sin cesión alguna (*ibid.*, pp. 217-234).

¹² Bobbio, *Nature et fonction de la Philosophie du droit*, cit., p. 5: «Il me paraît utile [...] de séparer les philosophes juristes des juristes philosophes». Bobbio afirma que las mejores aportaciones a la Filosofía del Derecho en la época contemporánea (a excepción de Hobbes) proceden de juristas interesados por la filosofía, más que, al contrario. Pero, lo cierto, es que la Filosofía del Derecho ha sido más cultivada en el pasado por filósofos, que por juristas, como ha precisado H. Battifol, *Qu'est-ce que la philosophie du droit?*, en «Archives du philosophie du droit», VII (1962), p. 93.

mente aplicable a un momento histórico ya pasado¹³, pues hoy escasean los filósofos que se dediquen a la Filosofía del Derecho, como veremos más adelante.

También hay unanimidad entre los iusfilósofos, a la hora de elaborar en nuestros proyectos docentes los programas que impartiremos, la fundamentación y el porqué de esta asignatura en los planes de estudio de Derecho, el justificar la función que la Filosofía del Derecho presenta, pues siempre es cuestionada desde las asignaturas de corte positivista, máxime cuando ahora no hay unos “ítems” en nuestro país, a nivel general. Además, al haber reducido tanto el número de créditos, se tienen que dejar de lado, entre otros temas, por ejemplo, la historia de la Filosofía del Derecho, que podría ofrecer una visión más completa de cómo surge la reflexión filosófica sobre el Derecho.

Cuando nos referimos al “origen histórico de la Filosofía del Derecho”, también hay disparidad de perspectivas, como expondremos a continuación, dependiendo si entendemos la expresión “Filosofía del Derecho”, como la reflexión filosófica acerca de las leyes y la justicia; o si comprendemos ese origen histórico desde la aparición del “sintagma” Filosofía del Derecho.

Esta última perspectiva es la que aborda el catedrático de la Universidad de Islas Baleares, Rafael Ramis Barceló, en su reciente publicación que lleva por título *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2021, del que voy a extraer algunas ideas que pueden enriquecer el debate sobre el origen histórico del sintagma “Filosofía

¹³ El jurista-filósofo se plantea “filosóficamente” el problema del Derecho cuando advierte la insuficiencia de los criterios técnico-jurídicos para desentrañar el sentido de sus conceptos fundamentales; mientras que el filósofo-jurista arriba a la Filosofía del Derecho, cuando en la construcción de su sistema se pregunta por el papel que en el mismo debe asignarse a la realidad jurídica. La Filosofía del Derecho de los juristas revela la preferencia por el método del análisis más que por la síntesis, propia de los filósofos, A.E. Pérez Luño, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Mergablum, Sevilla 1998, pp. 76-77.

del Derecho” y sus consecuencias en el presente y en el futuro de la Filosofía del Derecho. ¿Cuándo surgió la noción de Filosofía del Derecho? ¿Qué aporta a los juristas? ¿Qué función cumple? ¿Cuál es su contenido? ¿Quién la debe realizar: los juristas o los filósofos o en qué Facultades (Derecho y/o Filosofía) se debería impartir? ¿Es cierto que nadie se había referido al concepto de “Filosofía del Derecho” antes del surgimiento de las nociones de *Philosophie des Rechts* o *Rechtsphilosophie* por parte de Hugo, Schmalz, Hegel o Ahrens?¹⁴

Todas estas cuestiones son estudiadas, con minuciosidad, rigor y claridad, por el profesor Ramis, desde el *método histórico conceptual*. Su objetivo no es reescribir una Historia de la Filosofía del Derecho, sino una historia del nacimiento de la expresión de Filosofía del Derecho y su desarrollo en diferentes textos, llegando a la conclusión, entre otras, de cómo a partir del siglo XIX hasta hoy, el debate holístico filosófico ha sido sustraído de la Filosofía del Derecho, en lo que él denomina una Filosofía *ad usum privatum* por parte de los juristas. Las consecuencias de su análisis, como luego veremos, son muy relevantes para la Filosofía del Derecho actual, que ha sentado su estatuto epistemológico y su contenido sobre la afirmación de que surgió en el siglo XIX, negando la consideración de tal a toda la reflexión filosófica anterior sobre el Derecho.

2. Sobre el origen histórico de la Filosofía del Derecho: dos perspectivas

Desde una perspectiva general, en el estudio del origen histórico, se advierten dos líneas que recogen esta aproximación histórica a la Filosofía del Derecho¹⁵. Una, de amplia raigambre entre los iusfilósofos, en la que

¹⁴ R. Ramis Barceló, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid 2021, p. 18.

¹⁵ No entramos en este momento, por sobrepasar la intención de este trabajo, en los modelos historiográficos de la Filosofía del Derecho, basados en lo que Hegel

se afirma que la historia de la Filosofía del Derecho coincide con la historia del pensamiento jurídico, así, por ejemplo, G. Del Vecchio la considera como sinónimo, desde el mundo grecolatino hasta la actualidad:

pienso que es oportuno reconocer, antes de nada, que la Filosofía del Derecho ha existido siempre, dado que la idea y la exigencia de la justicia están innatas en el espíritu humano y han sido consecuentemente afirmadas desde las épocas más remotas y en los pueblos más diversos. No debe confundirse, pues, la cuestión de la existencia de esta rama de la Filosofía con el hecho de que le haya sido o no le haya sido reservada una cátedra especial en los programas universitarios¹⁶.

También en este sentido, Guido Fassò, a quién todos los que comenzábamos nuestra carrera académica en el ámbito de la Filosofía del Derecho, debíamos leer su clásico y ambicioso tratado de tres volúmenes, *Storia de la Filosofía del diritto*¹⁷, entendida diacrónicamente desde los presocráticos. Para él, la investigación filosófica se haya impelida por el interés hacia cualquiera de los aspectos de la realidad y, entre ellos, está el Derecho, que en el plano filosófico plantea problemas particulares, como su peculiar esencia, su fundamento y valor, la justicia, sus relaciones con las otras creaciones del hombre, su naturaleza y el método de la ciencia que lo estudia. Para él, la historia de la Filosofía del Derecho debería mostrar los problemas filosóficos del Derecho desde el instante de su nacimiento en la consciencia de la Humanidad, así como su desarrollo a través de las distintas épocas y las varias fases de la vida civil¹⁸.

estableció como paradigma de la investigación historiográfica en sus *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alianza, Madrid 2004, en el que dedica un capítulo entero a tratar la taxonomía de la historia.

¹⁶ G. Del Vecchio, *Qu'est-ce que la philosophie du droit?*, en «Archives du philosophie du droit» VII (1962), p. 116: «Conviene, en mi opinión, antes que nada, reconocer que la Filosofía del Derecho ha existido siempre».

¹⁷ G. Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho*, vol. 1, (1ª edición, 1966, Il Mulino, Bologna), trad. de F.J. Lorca Navarrete, Pirámide ed., Madrid 1982.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 7 y 10.

En lengua española, encontramos otros modelos historiográficos de la Filosofía del Derecho, a saber, la famosa edición de Antonio Truyol y Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*¹⁹, con sus tres volúmenes, el último póstumo editado por el profesor A. E. Pérez Luño, en los que recoge una evolución del pensamiento jurídico y político. O la *Historia de la Filosofía del Derecho*²⁰ de Enrique Luño Peña, en la que inserta la reflexión sobre el Derecho desde los maestros, en su mayoría teólogos, de la Escuela española de Derecho Natural de Salamanca²¹.

Para otros autores, sin embargo, la Filosofía del Derecho²² como tal, surgió en Europa en el siglo XIX²³, con un cambio sustancial: el de la expresión “Derecho natural” por la de “Filosofía del Derecho”. Como afirma Ramis, «en el continente europeo, y especialmente en los manuales, había a menudo en la introducción una breve especulación sobre el origen del concepto de ‘Filosofía del Derecho’, en los que se señalaba que fue el manual de G. Hugo el primero en utilizar dicha noción»²⁴. De tal modo que esto se convirtió en un lugar común. El esquema trazado

¹⁹ A. Truyol Serra, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (1970), Alianza, Barcelona 2010.

²⁰ E. Luño Peña, *Historia de la Filosofía del Derecho*, La hormiga de oro, Barcelona 1962.

²¹ Se puede citar también el trabajo de A. Ruiz Miguel, *Una Filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, (1^a ed 2002), Madrid 2020, en el que, tras ver cómo el estudio de la Filosofía del Derecho es predominantemente conceptual, quiso recoger el enfoque histórico en este libro, en la convicción de la importancia de la perspectiva histórica para una cabal comprensión de los problemas de los que se ha ocupado siempre la Filosofía del Derecho, p. 11.

²² Es indispensable matizar qué es la expresión “Filosofía del Derecho”, es decir, la aproximación histórica venía dada por el sintagma “Filosofía del Derecho”.

²³ Anteriormente, el nombre más antiguo de la Filosofía del Derecho era el *ius naturale* o *iuris naturalis scientia*, en Del Vecchio, *¿Qu’est-ce que...?*, cit., p. 117; también en L. Legaz Lacambra, *¿Qu’est-ce que la philosophie du droit?*, en «Archives du philosophie du droit», (1962), 7, p. 133.

²⁴ Ramis, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 19.

por Hugo va a constituir el tema central del pensamiento jurídico en los siguientes decenios y va a marcar la reflexión filosófica posterior en gran medida, esto es, la Filosofía solo tenía que servir como método para buscar los principios del Derecho y para construir una ciencia del Derecho a partir del derecho positivo, que debido al auge del positivismo, el historicismo y las transformaciones políticas, económicas y sociales, constituiría la línea por la que se decantaron la mayoría de los juristas. Se suprimió “positivo” y se quedó el sintagma de “Filosofía del Derecho”, aunque solo se ocupaban del derecho positivo y en total autonomía de la filosofía.

Esta fue la visión que en España tuvo mucho predicamento, auspiciada por el artículo de F. González Vicén *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*²⁵. Así, desde entonces, la Filosofía del Derecho, según esta aproximación, se entenderá como «un determinado y específico modo de acercamiento, comprensión y análisis del fenómeno jurídico, que surge como superación de un modo de reflexión anterior y diferente»²⁶. La nueva denominación “Filosofía del Derecho”, lejos de ser un fruto del capricho, expresaba el nacimiento de nuevos problemas y de una nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el Derecho”, alejada de la metafísica y ontología jurídicas²⁷. La noción de la Filosofía del Derecho – afirmaba González Vicén – es la expresión de una nueva forma histórica del pensamiento jurídico²⁸, frente a la noción caduca de

²⁵ F. González Vicén, *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en «Anuario de Filosofía del Derecho» (1969), 14, pp. 15-66.

²⁶ F.J. Ansuategui Roig, *Sobre el carácter histórico de lo jurídico*, en «Crónica jurídica hispalense», XV (2017), pp. 49-71.

²⁷ *Ibid.*, p. 20.

²⁸ F. González Vicén, *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea: segunda parte*, en «Revista de estudios políticos», LII (1950), p. 48: «Esta idea de la Filosofía del Derecho es la idea propia de la filosofía jurídica contemporánea. En ello radica la significación fundamental del positivismo como Filosofía del Derecho. La filosofía jurídica positivista no es tan sólo una ‘escuela’ o una ‘dirección’ más dentro de la Filosofía del Derecho contemporánea, sino su modo constitutivo, aquella de-

“derecho natural”. El concepto de “Filosofía del Derecho” nació, así, en el siglo XIX, y no podía ser tratada como un *concepto formal* o general, sino como un *concepto histórico* que iba a constituir lo que era en sí misma, una Filosofía del Derecho positivo.

Esta posición fue rebatida y matizada por mucho iusfilósofos españoles de los más variados signos²⁹. F. Carpintero fue uno de los más críticos con la postura de González Vicén, quien consideraba que la “Filosofía del Derecho positivo” sí podía considerarse como un concepto histórico del siglo XIX opuesto al Derecho Natural, pero en ningún caso sustituía al concepto de “Filosofía del Derecho”.

Ciertamente, la ‘Filosofía del Derecho positivo’ sí constituye un concepto histórico, referida a los inicios del siglo XIX, pero la ‘Filosofía del Derecho’ no. Esta última denominación aparece a lo largo de todo el siglo XIX usada por aquellos que en oposición a la Philosophie des positiven Rechts, recaban una ciencia filosófica del Derecho, un Derecho natural; este es el caso, por ejemplo, de Heinrich Ahrens, que no duda en emplear indistintamente los términos Naturrecht y Rechtsphilosophie, y es el caso, también, de varias decenas de autores que, a lo largo del siglo XIX, siguen hablando de Rechtsphilosophie como término sinónimo de Naturrecht, una vez desechadas las especulaciones kantianas³⁰.

terminación histórica de su tema y de su objeto que condiciona todo su desarrollo posterior. Todas las corrientes de la filosofía jurídica contemporánea descansan sobre este concepto de la Filosofía del Derecho».

²⁹ F. Carpintero, *Naturrecht y Rechtsphilosophie: Los inicios del positivismo jurídico en Alemania*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», III (1986), pp. 343-397; B. Rivaya, *La Filosofía del Derecho como concepto formal sobre la filosofía jurídica española de los años sesenta*, en «Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED», XIII (1998), pp. 36-37: «[...] reconocer que a fines del XVIII y durante gran parte del XIX la Filosofía del Derecho sustituyó al Derecho Natural, no había de significar necesariamente admitir que la primera expresión, actualmente, no pudiera incluir el significado de la segunda».

³⁰ Carpintero, *Naturrecht y Rechtsphilosophie: Los inicios del positivismo jurídico en Alemania*, cit., pp. 396-397.

También, en Legaz Lacambra quien sostenía que: «una cosa era que la filosofía jurídica y su rótulo moderno hubieran nacido en un determinado momento, y otra muy distinta que hubiera quedado fijada ‘de una vez para siempre’»; o en el profesor Delgado Pinto: «estimo que tan erróneo es sostener que la Filosofía del Derecho contemporánea, del siglo XIX en adelante, se constituye en función de una temática radicalmente nueva, como desconocer que los problemas que suscita la reflexión filosófica sobre el Derecho adquieren en cada época histórico-cultural un perfil y una relevancia peculiares que exigen un nuevo planteamiento y un nuevo enfoque metodológico»³¹.

Desde una perspectiva estructuralista, Pérez Luño afirma que

hay que diferenciar entre una cosa que es una actividad, que puede ser secular, y otra una terminología, que puede haber aparecido recientemente y, a la vez, pueden establecerse, y es legítimo hacerlo, nexos entre estructuras pertenecientes a contextos históricos diferentes, que es a lo que se denomina ‘sincronía’, y lo que posibilita que los conceptos no se queden encerrados en las circunstancias de su génesis. Y es que negar que la función valorativa sea propia de la Filosofía del Derecho — continúa Pérez Luño —, sería tanto como privar a ésta de sentido, esto es, que la reflexión iusfilosófica se legitima por la crítica³².

El mismo Truyol afirmaría que:

poco más tarde del S. XIX volvería a incluirse el Derecho Natural bajo el manto de la Filosofía del Derecho: debido a ‘la reacción antipositivista de fines del siglo XIX’. A partir de ahí, a lo largo del XX, ambas denominaciones no aparecerán como enfrentadas, aunque a la vez surgieran otras análogas a la de Derecho Natural: ‘idea’ del Derecho,

³¹ *Ibid.*, p. 37.

³² *Ibid.*, p. 36.

investigación ‘deontológica’, ‘consideración valorativa del Derecho’, ‘ética jurídica’, ‘estimativa jurídica’ y alguna más³³.

No obstante, las críticas dejaban intacta su base historiográfica, es decir, daban por «ciertos»³⁴ los datos históricos que fundamentaban su posición³⁵: esto es, que hasta finales del siglo XVIII había existido “Derecho natural”, mientras que, desde Gustav Hugo, se cultivaba la “Filosofía del Derecho”.

Pero no se habían rastreado los orígenes de dicha noción y no se sabía cuándo surgió exactamente y en qué contexto, ni se conocía cómo la expresión *philosophia iuris* se encontraba ya en algunos manuales de juristas de los siglos XVI y XVII, que es precisamente la gran aportación del trabajo de Ramis que, a continuación, veremos.

3. Análisis historiográfico del origen del sintagma “Filosofía del Derecho”

El estudio del profesor Rafael Ramis en diez capítulos, más una breve introducción, un epílogo y las conclusiones, viene precisamente a rebatir los presupuestos historiográficos en los que se basaba el estudio de González Vicén, poniendo como origen de la Filosofía del Derecho a la “Filosofía del Derecho positivo” de Gustav Hugo; y desafía preci-

³³ *Ibid.*, p. 35.

³⁴ *Ibid.*, p. 38: «que la Filosofía del Derecho sea un concepto histórico es una tesis que se basa, precisamente, en una investigación histórica. De ésta, por la maestría propia de González Vicén, poco hay que decir, dado que desconocemos algunos otros datos que sean capaces de rebatir los aportados. A más, ya otros autores habían apuntado lo mismo y, por tanto, hay suficientes razones para aceptar el estudio histórico del que se parte».

³⁵ En concreto, la crítica que en 1986 hizo F. Carpintero del concepto histórico de la Filosofía del Derecho de González Vicén, una de las más fundamentadas, faltaba por analizar la *philosophia iuris* de los siglos XVI y XVII. Ver Ramis, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 33.

samente que éste fuera el primero en utilizar la expresión “Filosofía del Derecho”, mientras que Hegel en 1821, en su obra *Lecciones de Filosofía del Derecho*, tuvo el mérito de popularizarla³⁶.

No es mi intención el realizar un estudio exhaustivo de lo que se ofrece en el análisis del profesor Ramis, envío al lector ávido de conocimiento, a su lectura directa, pero sí quiero resaltar algunas de las ideas que me han resultado más interesantes, sobre todo, las que tienen que ver con el repensar en la actualidad el contenido y el método de hacer Filosofía del Derecho.

El estudio del profesor Ramis, su análisis historiográfico minucioso y riguroso, unido a una sensibilidad filológica exquisita, demuestran que desde el siglo XVI a 1650, se escribieron libros y tratados de *philosophia legalis*, y desde 1650, en adelante, *philosophia iuris*, cuyo objeto era precisamente los fundamentos filosóficos del derecho y la mayoría de ellos proporcionaban una explicación metafísica del derecho y abordaba problemas “metafísicos, ontológicos y éticos”. En el fondo, todo su análisis se vertebra sobre la idea de que la Filosofía debe volver a fundamentar la Filosofía del Derecho y no dejar ésta en una “teoría” elaborada inductivamente por los especialistas³⁷, pues la naturaleza de esta disciplina requiere de la Filosofía, como así se demuestra en sus orígenes históricos. Solo fue a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuando los “juristas” se proclamaron “filósofos” de una nueva *filosofía verdadera* que nació en las Facultades de Derecho y este esquema se reprodujo prácticamente en toda Europa: «la “Filosofía del Derecho” era una materia que se enseñaba en las Facultades de Derecho por parte

³⁶ S. Vantin, *La filosofía nella Filosofia del diritto*, en «Diacronia. Rivista di Storia della Filosofia del Diritto», (2022), 2, pp. 183-193.

³⁷ Así, mientras las filosofías de genitivo “filosofía de la economía”, “filosofía de la física” o “filosofía del lenguaje” – se estudian en las Facultades de Filosofía, las teorías – “teoría de la economía”, “teoría (de la) física” o “teoría del lenguaje” (lingüística) –, elaboradas inductivamente por los especialistas, se estudian en sus respectivas Facultades, en Ramis, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 13.

de un Doctor en Derecho, que podía asimismo enseñar otras disciplinas jurídicas»³⁸. Y eso lastró, en cierto modo, a la Filosofía del Derecho de un análisis más profundo.

Desde Hugo hasta los epígonos de Hegel encontramos la lucha de dos modelos: el de la ‘Filosofía del Derecho positivo’ y el de la ‘Filosofía del Derecho’. Con el tiempo se impuso claramente el primero, pero tomó el nombre del segundo. Aunque se llame ‘Filosofía del Derecho’, lo que se ha cultivado en las Facultades jurídicas en realidad ha sido, desde mediados del siglo XIX, ‘Filosofía del Derecho positivo’ o, dicho en otras palabras, ‘teoría del derecho’³⁹.

G. Hugo utiliza la nomenclatura de “Filosofía del Derecho” para subrayar la idea de que la filosofía tenía que servir sólo como método para buscar los principios del Derecho que deben establecerse partiendo del derecho positivo y no de abstracciones racionales. A esto se le denominó: Filosofía del Derecho positivo. De ese modo, se convertía en una teoría del derecho elaborada inductivamente por parte de los juristas a partir del derecho aplicable y se incorpora a las Facultades de Derecho, pero dejando atrás la “Filosofía” y el “Derecho natural”.

Esta situación lleva a Ramis a poner de relieve la extraña situación de la Filosofía del Derecho: por un lado, se enseña exclusivamente en las Facultades de Derecho por y para juristas, lo que ha impedido que se cultive institucionalmente por los filósofos. Por otro lado, desde la consideración del origen de la Filosofía del Derecho en el siglo XIX, tal y como se estableció por G. Hugo, ha quedado reducida más bien a una teoría del derecho.

La tesis de G. Hugo, así como la del español F. González Vicén, fue desmontada, desde la pista seguida al de *De vera philosophia juris* de F. J. Chopius de 1650⁴⁰, que no le pasó desapercibida a la sutileza in-

³⁸ En Ramis, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 212.

³⁹ *Ibid.*, p. 216.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 20.

telectual de Ramis, en las *Lecciones de Filosofía del Derecho* de G. del Vecchio⁴¹. A partir de ahí y después de un trabajo ingente de más de diez años, Ramis va a demostrar que el surgimiento de la noción de *philosophia iuris* se da hacia la mitad del siglo XVII, en el ámbito germánico. Fue precisamente F.J. Chopius quien en 1650 inicia esta corriente, cuya pretensión es encontrar unos principios sólidos para fundamentar el derecho. La intención de los juristas, sobre todo luteranos, fue, ante todo, desvincularse de la teología luterana para infeudarse a la filosofía y construir un saber jurídico autónomo. Desde esta fecha se pueden hallar diversos manuales con la mención de *philosophia iuris* hasta 1730, todos ellos circunscritos a los territorios luteranos del Sacro Imperio.

Desde un punto de vista sistemático, la cuestión era cómo utilizar la filosofía, es decir, ¿esta debía aportar sólo el método o debía erigirse en la fuente de los primeros principios del derecho? Si la filosofía solo era el método para buscar los principios, el tratadista los podía hallar: a) en las propias fuentes del derecho romano; b) en las doctrinas sobre derecho natural construidas junto con el nuevo derecho de guerra o de gentes. Si la filosofía era el método y también la fuente en la que obtener los principios, podía hallarlos en: a) la filosofía aristotélica; b) en la filosofía helenística (en el estoicismo); c) hasta en la filosofía moderna (con Thomasius).

⁴¹ *Ibid.*: Del Vecchio subrayaba, ante todo, la unidad en la idea de “Filosofía del Derecho”. Afirmaba que se produjo un cambio muy importante en el siglo XIX, como una reacción al derecho natural. Sin embargo, el párrafo anterior era matizado por una afirmación en una nota a pie de página, que resultaba muy informativa: «Si confronti la sentenza di Cicerone: ‘Ex intima philosophia haurienda juris disciplina’ (*De legibus*, I, 5). In un’età successiva, troviamo ad es. una monografia di F. I. Chopius, intitolata: *De vera philosophia juris* (1650); essa è ricordata anche dal Leibniz (*Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae*, 1667, P. II, § 13), che tra i suoi ‘desiderata ad perficiendam Jurisprudentiam’ pone una ‘Philosophia juris’ (ib., P. II, § 100; cfr. § 43, ove egli parla di una ‘Philosophia legalis’)».

Lo que caracterizó a las obras bajo el título de *philosophia iuris* era una doble dimensión teórico-filosófica: sus autores fueron juristas con buena formación filosófica que, desde la Facultad de Artes y Filosofía, tomaban las herramientas de la filosofía para: 1) buscar los principios del derecho; 2) brindar una visión completa del saber jurídico a partir de algunos conceptos clave (como potestad, obligación, etc.); 3) dar razones al derecho; o 4) ofrecer una base filosófica desde la cual llevar a cabo la transición conceptual de la Facultad de Artes a la de Derecho⁴². Así, la filosofía era la base fundamental para acceder al Derecho y comprenderlo.

A caballo entre los siglos XVII y XVIII, Thomasius escribió *Philosophia iuris* en la que explicaba los fundamentos de su concepción del derecho y de la sociedad, especialmente a partir del concepto de obligación. Desde ahí la noción de Filosofía del Derecho se llega a popularizar, de tal modo que la entiende en un sentido pedagógico, reivindicando la necesidad de establecer puentes entre las Facultades de Filosofía y las de Derecho. Ramis adscribe a C. Thomasius, filósofo y jurista a la vez, la idea de una “Filosofía del Derecho natural”: «la influencia de Pufendorf y de Thomasius cada vez fue más determinante, de modo que progresivamente se asoció la idea de *philosophia iuris* con la concepción del derecho natural que defendían estos autores»⁴³.

Al utilizarse después *Derecho natural y de gentes* que teorizaban de espaldas a la práctica jurídica, la fundamentación filosófica se convirtió en objetivo de todo saber jurídico, de tal modo que todas las instituciones de derecho positivo tenían que estar construidas desde el derecho natural dieciochesco, el cual era sobre todo una ética social. Así el jurista tenía que ser un metafísico del derecho.

Los juristas se rebelaron vindicando una vuelta al derecho positivo. Para ello el saber jurídico solo necesitaba una “filosofía interna”, que

⁴² *Ibid.*, p. 215.

⁴³ *Ibid.*, p. 135.

organizase sus propios principios, se debía de proceder inductivamente desde el derecho aplicable, sin necesidad de tomar nada de los sistemas filosóficos.

Sin embargo, la investigación llevada a cabo por Ramis viene a demostrar que precisamente el “sintagma” de Filosofía del Derecho no aparece entre finales del siglo XVIII y principios de XIX, vinculada al auge del positivismo jurídico y como sustitución del Derecho natural, porque la aparición de esa expresión (*philosophia iuris*) se remonta a mediados del siglo XVII. Lo que se produjo a finales del siglo XVIII fue una Filosofía del Derecho predicada por juristas que surgió como reacción a los excesos metafísicos de quienes estudiaban lo jurídico de espaldas al derecho real existente. La comprensión de la filosofía jurídica estuvo muy vinculada a la aparición del historicismo y del positivismo, y así, a partir del segundo tercio del siglo XIX, los juristas se hicieron cargo de la elaboración de su propia filosofía.

Eso implica una particularidad que llega hasta nuestros días y es que la Filosofía del Derecho, aun siendo filosofía de genitivo, se imparte en las Facultades de Derecho por juristas. De ahí que muy contados filósofos en el siglo XX hayan cultivado la Filosofía del Derecho, que, en muchos casos, es más una “teoría” (la búsqueda inductiva de sus principios). En realidad, la “Filosofía del Derecho” no es más que “Filosofía del Derecho positivo”, de acuerdo con el modelo decimonónico y esa “Filosofía del Derecho”, que se ha cultivado, es más bien una “teoría del Derecho”⁴⁴.

Así, Ramis afirma al final de su trabajo que:

Hegel fue el último autor de una ‘Filosofía del Derecho’, como heredera de los ideales de la corriente mayoritaria de la *philosophia iuris*, cuyo canto del cisne fue precisamente su obra *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. La *Philosophie des Rechts* sucumbió ante la ‘Filosofía del Derecho positivo’, que en rea-

⁴⁴ *Ibid.*, p. 219.

lidad era (y sigue siendo) una ‘teoría’ inductiva, construida por y para juristas: una ‘filosofía’ *ad usum privatum*⁴⁵.

4. Reflexiones in fine

Estas breves líneas pretenden ser una aproximación al ingente trabajo que hay detrás de este libro. Agradezco a su autor que, desde su investigación, minuciosa y exhaustiva, de más de diez años, visitando los archivos y bibliotecas europeas, haya contribuido a avivar el debate sobre el origen de la Filosofía del Derecho y, por otra parte, sobre su estatuto epistemológico y su contenido. Además, nos muestra la influencia que también tuvieron los debates acerca del estatuto del saber jurídico en el conjunto de los saberes humanos y su autonomía o no respecto a la filosofía. Y es que

la anomalía de la situación de la ‘Filosofía del Derecho’ frente a las demás filosofías de genitivo solamente puede explicarse en un sentido histórico. Al establecerse, en el siglo XIX, las cátedras de ‘Filosofía del Derecho’ en la Facultad de Derecho, y al sustraer al filósofo la ‘competencia’ en dicho ámbito, se privó de un marco para que hubiera un desarrollo de dicha disciplina en las Facultades de Filosofía⁴⁶.

Como hemos visto, el enfoque de Rafael Ramis rescata a autores desconocidos hasta ahora que muestran como en el siglo XVII ya se utilizaba por parte de juristas germanos la expresión “Filosofía del Derecho”, lo cual nos obliga a reconocer que se había dado una tradición previa, que deja sin fundamento la diferencia que desde G. Hugo se ha querido mostrar entre Filosofía del Derecho y Derecho natural, excluyendo a este de aquella. A la vez, deja sin fundamento la tesis en el mismo sentido, tan arraigada entre los iusfilósofos españoles, de F. González Vicén,

⁴⁵ *Ibid.*, p. 227.

⁴⁶ *Ibid.*

por la que la Filosofía del Derecho *verdadera* era la que nacía en el siglo XIX, negando la categoría de tal disciplina a toda la reflexión que se había hecho hasta ese momento.

En el fondo, todo el trabajo de Ramis es un llamamiento para crear puentes entre las Facultades de Filosofía y las de Derecho, entre la Filosofía Moral y política y la Filosofía del Derecho, para evitar sobre todo una formación jurídica en la que se carezca de una fundamentación ética y filosófica de los principios y las categorías jurídicas.

Comparto con el autor que sería deseable el establecimiento institucional de una “Filosofía del Derecho” en la Facultad de Filosofía, al lado de la ética y la filosofía política. Esto permitiría que se diera un campo de estudio más completo y mejor ensamblado en el ámbito de la “Filosofía práctica”, que «ante la crisis de las materias propedéuticas en las Facultades de Derecho cada día más vencidas hacia un normativismo desdibujado, quizá sea pueda extraer una buena lección de la historia: tan perjudicial es el extremo de elaborar un derecho tan filosófico que abandone la praxis, como renunciar a cualquier pretensión filosófica en un juridicismo hueco y romo»⁴⁷. Habría que pensar qué filosofía para la Filosofía del Derecho, desde qué presupuestos filosóficos se podrían buscar los fundamentos del Derecho. Si adoptamos una visión del Derecho como una realidad humana, en tanto que afecta al comportamiento del ser humano y de sus relaciones, este no puede alejarse de lo que estructuralmente es la vida de las personas y de la sociedad, y estas se caracterizan por la relacionalidad que vincula bien a dos personas, bien a un bien y a una persona, y esa relación tiene que expresarse y estructurarse en términos de «justicia», entendida esta como una simetría en la relación, una igualdad, una no dominación de una parte hacia la otra. Así, la Filosofía del Derecho no puede alejarse de las preguntas filosóficas acerca de qué es el Derecho, de qué es la naturaleza humana, máxime en el inicio de lo que se puede denominar la era del posthuma-

⁴⁷ Ramis, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 227.

nismo, ni tampoco puede soslayar la pregunta acerca de la legitimidad de las leyes, desde las teorías de la justicia que van a dar fundamento precisamente al Derecho.

Sin esta aproximación más filosófica al Derecho, desde la Filosofía del Derecho, estamos eludiendo una formación humanista para los Graduados en Derecho y dejando a éste en un mero procedimiento técnico, cuando lo cierto es que el Derecho está inmerso en la sociedad, precisamente en los conflictos y situaciones más críticas de las personas. De ahí que, en mi opinión, este trabajo constituye un revulsivo para volver a la historia del pensamiento jurídico, a cómo se ha ido configurando el contenido de nuestra disciplina, a pensar su estatuto epistemológico, a reconocer qué entreverados estuvieron siempre los saberes teológicos, filosóficos y jurídicos y, cómo ahora, nos es imperativo el recoger esos orígenes para afrontar el futuro de una disciplina, la Filosofía del Derecho cuya función valorativa, crítica y fundamentadora, le es constitutiva. Como afirma el profesor Pérez Luño, «la consciencia histórica de las ideas debiera contribuir al cabal entendimiento del significado presente de sus formulaciones sistemáticas»⁴⁸. En pocos ámbitos como en el del Derecho es tan necesario conjugar el estudio de los problemas actuales con los pretéritos, no son meros ornamentos eruditos. Sin el conocimiento del pasado no sería posible comprender ni establecer una relación intelectual provechosa con el pensamiento del presente.

La Filosofía del Derecho es deudora de una tradición académica, que hunde sus raíces en la especulación filosófica que alrededor del Derecho, de las leyes y de la justicia, se realizó desde Grecia hasta nuestros días. Si el pensamiento filosófico es un cierto tipo de reflexión racional que surgió en Grecia alrededor del siglo VI antes de Cristo, cuando su objeto es el Derecho, ya estamos ante la “Filosofía del Derecho” y ante un modo de hacerse, negando así que su objeto, quede mediatizado por

⁴⁸ A.E. Pérez Luño, *La Filosofía del Derecho como vocación, tarea y circunstancia. Lección jubilar*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla 2007, p. 44.

la visión filosófica de una época muy influenciada por el auge de las ciencias físico-naturales, como fue el siglo XIX.

El desafío de construir una Filosofía del Derecho desde una base filosófica, no implica dejarla vacía de contenido o que se convierta en un *totum revolutum*, sino todo lo contrario, es recoger una amplia tradición de reflexión, como así lo han hecho insignes juristas como Guido Fassò, Enrique Luño Peña, Antonio Truyol, Giorgio del Vecchio, etc., quienes han entendido que la Historia de la Filosofía del Derecho tiene un compromiso con la justicia y, por ende, no puede restringirse la expresión “Filosofía del Derecho” a la Filosofía del Derecho positivo, pues eso implicaría un reduccionismo en la concepción del mismo Derecho, dejando fuera dimensiones que le son propias, como la valorativa, la social y cultural.

En el fondo y como expresa con rotundidad Ramis al final de su trabajo, es imprescindible «un debate conjunto y constructivo entre los ‘filósofos’ y los ‘filósofos del derecho’, para que puedan crearse cauces institucionales en los que ambas puedan afrontar conjuntamente los retos del futuro»⁴⁹. De ese modo, se dotará de un fundamento filosófico del Derecho -en cada contexto y época, el suyo propio-, de un pensamiento jurídico que nos conecte con la amplia tradición humanista que ha acompañado desde los albores de la filosofía en Grecia a la reflexión sobre el Derecho y su legitimidad. Una Filosofía del Derecho que ayude a conformar el espíritu crítico de los futuros juristas, haciéndoles conscientes de las ideas que han ido configurando el modo de pensar sobre el Derecho.

⁴⁹ Ramis, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho*, cit., p. 227.

RAZÓN TÉCNICA Y RAZÓN PRÁCTICA EN LA MORAL INTERNA DEL DERECHO

Ricardo García Manrique

Abstract

Lon Fuller's theory concerning the inner morality of law can be understood not only as an expression of technical reason in law, but also as an expression of practical reason. To develop the latter conception, we must recast the formal definition of law in *The Morality of Law* in teleological terms by drawing on Fuller's other works. In this reading, law can be viewed as a social practice that protects and promotes individual freedom through rules that limit and channel political power.

Keywords

Technical reason; Practical reason; Fuller; Rule of law; Freedom; Political power.

1. La moral interna del derecho: razón técnica

La idea de la «moral interna del derecho» sigue atrayendo el interés de la filosofía jurídica más de medio siglo después de que Fuller la enunciara en *The Morality of Law*, el más conocido de sus libros¹. Fuller la

¹ L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven 1969. La primera edición se publicó en 1964. La de 1969 incluye una «Réplica a los críticos», dedicada principalmente a las críticas de Hart, Dworkin y Summers. La idea de una

define como la «moral que hace posible el derecho», título del segundo capítulo de la obra, en el que se nos cuentan las tribulaciones de Rex, el monarca que subió al trono poseído por un fuerte ánimo reformista, que aplicó en primer lugar a la mejora del sistema jurídico de su país. Sin embargo, a pesar de sus muchos y bienintencionados esfuerzos, Rex no consiguió pasar a la historia como el gran legislador que hubiera deseado ser. Todos sus esfuerzos concluyeron con un rotundo fracaso, puesto que, nos cuenta Fuller, «ni siquiera consiguió crear derecho de ningún tipo, fuera bueno o malo»². La causa de este fracaso fue que, a la hora de legislar, Rex no respetó los elementos de la moral que hace posible el derecho y, por tanto, el derecho no fue posible. Estos elementos o exigencias resultarán muy familiares a cualquier jurista, pero recordemoslos una vez más. Las normas (Fuller suele usar el término *laws* y también, en ocasiones, *rules*) han de ser (1) generales; (2) públicas; (3) irretroactivas; (4) claras; (5) coherentes; (6) posibles de cumplir; (7) estables; y (8) deben aplicarse de manera consistente (lo que Fuller llama «congruencia entre la acción oficial y la norma declarada»). Estos requisitos pueden satisfacerse en mayor o menor medida, pero:

Un fracaso total en cualquiera de estas ocho direcciones no da lugar solo a un mal sistema jurídico; sino que resulta en algo que no se puede llamar sistema jurídico en absoluto, salvo acaso en el sentido pickwickiano en el que un contrato nulo (*void*) puede todavía considerarse un tipo de contrato³.

La idea de Fuller, así expuesta, parece muy sensata, puesto que cualquiera puede darse cuenta de que una norma que carezca por completo de alguno de los siete primeros elementos de la lista no acaba de ser

moral interna del derecho aparece ya en su respuesta a Hart, en el debate que ambos mantuvieron en la *Harvard Law Review* en 1958 (L.L. Fuller, *Positivism and fidelity to law*, en «*Harvard Law Review*», LXXI (1958), pp. 644 y ss.).

² Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 34.

³ *Ibid.*, p. 38.

realmente una norma, dado que se mostrará incapaz de guiar prospectivamente la conducta de sus destinatarios; y también de que una norma que no se aplique según su propio tenor (octavo elemento) no llega a ser realmente una norma, por la misma razón: tampoco guiará la conducta, porque esa conducta no será evaluada según la norma establecida previamente, sino por un criterio distinto, con lo que sus destinatarios no la considerarán una norma genuina. Desde luego, pueden surgir dudas acerca de cuál es el concepto de norma que maneja Fuller y acerca de si ese concepto es el único posible. A partir del octavo elemento, uno puede preguntarse si ese concepto de norma es uno de tipo sociológico (puesto que una norma, en tanto que enunciado lingüístico o en tanto que expresión de la voluntad de un legislador, sigue existiendo aunque no sea aplicada de forma congruente); o uno puede preguntarse si todas las normas han de ser generales o si, por el contrario, cabe la posibilidad de que existan normas particulares. En todo caso, aunque pueda ser discutible por estas u otras razones, la idea de Fuller sigue siendo comprensible y pareciendo sensata, sobre todo si tenemos en cuenta que Fuller se limita a exigir no un respeto absoluto, sino solo un cierto grado de respeto de la moral interna del derecho como requisito de la existencia del propio derecho. De hecho, ese respeto «absoluto» ni siquiera es posible, puesto que la moral interna del derecho participa de la naturaleza de lo que él llama «moral de la aspiración», es decir, una moral que pretende definir un criterio ideal de excelencia para la orientación de nuestras acciones (en este caso, nuestras acciones como creadores y aplicadores de normas), pero que, por ser ideal, no tiene sentido esperar que pueda nunca satisfacerse de manera plena.

2. La moral interna del derecho: razón práctica

Más problemática es la segunda tesis principal de Fuller en relación con su moral interna del derecho, la que afirma su carácter moral. Nos hallamos, en principio, ante dos tesis diferentes. Una cosa es que el derecho deba reunir determinados requisitos para serlo y otra cosa es que esos requisitos tengan carácter moral. La primera tesis es fáctica, puesto que

establece una relación entre medios y fines, en tanto que la segunda es normativa, puesto que sugiere que tenemos el deber moral de recurrir a esos medios o que quien se aparta de ellos actúa inmoralmente. De manera que la idea de la moral interna del derecho constituye tanto una exigencia de la razón técnica como una exigencia de la razón práctica.

A mi juicio, es esta segunda tesis de Fuller, la de la moralidad de la moral interna del derecho, la que resulta más interesante y la que explica la atención y la controversia que su idea suscitó y sigue suscitando. No es que la primera tesis esté desprovista de interés, pero este radica más bien en el hecho mismo de plantearla como asunto relevante para la Filosofía del Derecho, más que en el hecho de su novedad o de su corrección. La idea de que la legislación y la jurisdicción son técnicas específicas que requieren de quienes las aplican una cierta manera de comportarse, seguir ciertas pautas o tener en cuenta ciertos propósitos que se pretenden alcanzar a través de ellas, no puede considerarse en modo alguno nueva, y ya he dejado dicho que me parece correcta. En cambio, sí es cierto que la insistencia de Fuller en este punto le alejaba del positivismo ya dominante, contra el que Fuller escribe su primer libro, *The Law in Quest of Itself*⁴, dedicado expresamente a cuestionar sus fundamentos filosóficos y sus contenidos. Ya en sus primeras páginas, Fuller opta por una concepción de la Filosofía del Derecho muy distinta de la que asociamos con el positivismo jurídico:

La manera más útil de definir la función de la Filosofía del Derecho es la que la concibe como el intento de dar una dirección provechosa y satisfactoria a la aplicación de las energías humanas al derecho [...] La tarea del filósofo del derecho es decidir la mejor manera en que él y los demás juristas pueden vivir sus vidas profesionales⁵.

⁴ L.L. Fuller, *The Law in Quest of Itself* (1940), Beacon Press, Boston 1966.

⁵ *Ibid.*, p. 2.

La asunción de esta perspectiva, que Fuller denomina «pragmática», explica que su programa diste mucho del positivista y que las cuestiones analíticas, lingüísticas o incluso conceptuales no ocupen un lugar principal en él⁶. Desde luego, explica su interés por la cuestión de cómo construir adecuadamente un sistema jurídico, y la formulación de una moral interna del derecho es la expresión paradigmática de ese interés, al menos en tanto que esa moral interna es una instancia de la razón técnica. Pero la distancia con el positivismo no se encuentra tanto en una diferencia acerca de si la eficacia del derecho, o hasta su propia existencia, dependen o no del respeto de la moral interna, sino en la relevancia mayor o menor que este asunto tiene como asunto de la filosofía jurídica. Prueba de ello es que no resulta difícil conciliar en este punto las ideas de Fuller con las de un positivista como Hart⁷. De hecho, la atención de Fuller, como la de Hart, está puesta en el derecho positivo, en el derecho humanamente creado y aplicado más que en el derecho natural, en el derecho que es más que en el que debería ser o, si se quiere, en el derecho más que en la justicia⁸. En este sentido, no resulta extraño que a Fuller se le haya calificado como positivista, pero

⁶ De ahí también que, en un contexto claramente positivista como el de la época, y dado el gusto positivista por ese tipo de cuestiones, las ideas de Fuller fueran poco apreciadas. Así lo acreditan D. Luban, *Rediscovering Fuller's Legal Ethics*, en «Georgetown Journal of Legal Ethics», XI (1998), pp. 801-803; y C. Arjona, *Medios, fines y pluralidad de procesos en el pensamiento de Lon Fuller*, en «Doxa», XXV (2002), p. 711.

⁷ Así se demuestra fehacientemente en R. Escudero, *Positivismo y moral interna del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000.

⁸ Esto es todavía más claro si se considera la obra de Fuller en su conjunto. No está de más recordar que Fuller no se dedicó solo a la Filosofía del Derecho, sino que fue también un especialista en derecho de contratos, una materia sobre la que escribió extensamente.

como positivista «normativo» o «ético», esto es, como alguien que cree en la importancia moral de que exista un derecho positivo⁹.

Sin embargo, a Fuller se le ha calificado con frecuencia como iusnaturalista. De serlo, lo es de la misma peculiar manera en que lo es Hobbes, porque el derecho natural que uno y otro postulan tiene por contenido principal el mandato o deber de crear un derecho positivo y de respetarlo¹⁰. De ahí que Hobbes, como luego Fuller, se ocupe con detalle del modo en que el derecho positivo ha de ser formulado y aplicado (*Leviatán* XXVI y XXVII) y que defienda la necesidad de que las leyes sean escritas, claras, publicadas o irretroactivas. Tanto el derecho natural de Hobbes como el de Fuller serían, pues, «tecnológicos», puesto que el contenido de sus mandatos se referiría más al medio para lograr un fin que al fin que haya que lograr, y siendo ese medio el derecho positivo¹¹. Ahora bien, un iusnaturalismo tecnológico parece tener sentido si se especifica previamente cuál es ese fin al que el derecho positivo sirve. Así es en el caso de Hobbes, para quien la conservación

⁹ A. Peña Freire, *Lon Fuller, teórico del orden social*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», LV (2021), pp. 621-629 y A. Peña Freire, *La filiación filosófica de Lon Fuller: iuspositivismo normativo (ni iusnaturalismo ni principialismo)*, en «Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho», XLVI (2022), pp. 153-184. Esta comprensión del sentido de la obra de Fuller lleva a Peña Freire a cuestionar la posibilidad de considerarlo como un precedente del neoconstitucionalismo o del principialismo contemporáneos, tal como ha propuesto Andrea Porciello (*En los orígenes del constitucionalismo. El anti positivismo de Lon L. Fuller*, Palestra, Lima 2019). En general, los partidarios del positivismo normativo o ético se inclinan por un derecho de reglas más que por uno de principios, en la medida en que pueda considerarse más claro y preciso y, en consecuencia, más previsible: más «positivo», podríamos decir (véase T. Campbell, *El sentido del positivismo jurídico*, en «Doxa», XXV (2003), pp. 303-331; o L. Hierro, ¿Por qué ser positivista?, en «Doxa», XXV (2003), pp. 263-302).

¹⁰ El propio Fuller es muy consciente de esta conexión entre el derecho natural y el positivismo fundado por Hobbes (Fuller, *The Law in Quest of Itself*, cit., p. 20).

¹¹ D. Dyzenhaus, *Hobbes and the Legitimacy of Law*, en «Law and Philosophy», XX (2001), pp. 461-498. R.S. Summers, *Lon L. Fuller*, Stanford University Press, Stanford 1984, p. 73.

de la vida es el fin común de todos los seres humanos. Se trata de un fin enunciado con claridad, sin perjuicio de que podamos discutir acerca de qué alcance debe atribuirse a «la vida». Una lectura atenta de Hobbes permite concluir que ese alcance va mucho más allá de la mera subsistencia biológica. Es decir: si en el estado de la naturaleza la vida humana es «solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta» (*Leviatán* XIII), en el estado civil, o con el derecho positivo de por medio, el resultado a conseguir no es solo que la vida deje de ser corta, sino que también deje de ser solitaria, pobre, desagradable y brutal. Luego cabe discutir si el derecho positivo es en verdad el medio adecuado para el fin (cosa que Hobbes hace extensamente) y, si lo es, cabe enunciar el deber de crear el derecho positivo y el deber de respetarlo, porque es la manera más adecuada para acercarse al fin.

Comprendido así, el positivismo jurídico que Hobbes inaugura no sería una negación del iusnaturalismo, sino el resultado de su evolución, tanto desde un punto de vista lógico como histórico. Sería, si cabe, un iusnaturalismo positivista, puesto que, insisto, el principal mandato del derecho natural ordenaría el establecimiento de un sistema de derecho positivo y la obediencia de sus normas. Desde un punto de vista lógico, una vez que el derecho positivo se ha establecido en cumplimiento del mandato de derecho natural, es ese derecho positivo el que pasa a ocupar el lugar central de la realidad jurídica. Desde un punto de vista histórico, las cosas habrían sucedido del mismo modo: con la Revolución Francesa, el triunfo del derecho natural, que se manifiesta en la aprobación de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y a renglón seguido de una Constitución, habría dado paso a su «muerte», esto es, a su conversión o disolución en derecho positivo, una conversión o disolución de la que el Código Civil es la expresión definitiva y la que tendrá mayor influencia en la cultura jurídica¹². El

¹² F. Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution*, Presses Universitaires de France, Paris 1992; E. Guibert-Sledziewsky, *Raison politique et dynamique*

culto al Código que se supone propio de una de las primeras escuelas positivistas, la de la Exégesis, solo se explica por la convicción de que el Código había positivizado el derecho natural¹³. Todo esto no impedirá que más adelante aparezca y se consolide un positivismo diferente, uno que se opone a la tradición iusnaturalista en vez de heredarla; pero este positivismo parece tener unos orígenes muy distintos, puesto que se basa en una negación de la razón práctica (es decir, en la negación de que la moral sea asunto de la razón) que poco tiene que ver con aquel primer positivismo¹⁴.

des lois dans la Déclaration, en «Droits», VIII (1988), pp. 33-39. Esto por cierto no ha de entenderse como que el derecho natural triunfante en la Revolución Francesa tenga una raíz hobbesiana, sino como que el esquema de articulación entre derecho natural y derecho positivo es semejante. Si hubo un filósofo inglés influyente en la Francia de aquellos años, ese fue Locke y no Hobbes.

¹³ A. Ross, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo desde la base de investigaciones histórico-dogmáticas* (1929), trad. de J. L. Muñoz de Baena, A. de Prada García y P. López Pietsch, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, p. 70; N. Álvarez y J.L. Muñoz de Baena, *Introducción filosófica al derecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1989, pp. 173-174. La interpretación del positivismo jurídico propuesta por Fernando Atria es muy semejante, dado que, a su juicio, el sentido del derecho positivo y de su autonomía es facilitar el autogobierno democrático (F. Atria, *La ironía del positivismo jurídico*, en «Doxa», XXVII (2004), pp. 81-139). Se trataría de una versión específica del esquema general que estamos examinando porque su tesis principal seguiría siendo la de que debe haber un derecho positivo para garantizar la consecución de un fin previamente establecido; y lo que tendría de específico sería la identificación de ese fin con un ideal particular, el del autogobierno democrático, desde luego un ideal que se encuentra en la tradición iusnaturalista.

¹⁴ Es claramente a este positivismo al que se opone Fuller. Tal como lo expresa Kenneth Winston, «la continuidad de Fuller con la tradición del derecho natural radica en esto: en que las formas del orden jurídico y sus correspondientes morales internas son objeto del descubrimiento razonado, no un ejercicio de la voluntad humana» (K. Winston, *Introduction to the Revised Edition*, en L.L. Fuller, *The Principles of Social Order*, Hart, Portland 2001, p. 12).

A Fuller podría considerársele un eslabón de la cadena que une al positivismo hobbesiano con el moderno positivismo normativo o ético, iusnaturalista para empezar y positivista para terminar, o positivista en tanto que iusnaturalista¹⁵, si no fuera porque en su obra se omite un paso esencial: el primero. Este paso, recordemos, consiste en afirmar el fin que después justificará la necesidad del derecho positivo en tanto que instrumento apropiado para la consecución de ese fin. Si ese fin no se afirma, la necesidad del derecho positivo no puede justificarse, ni tampoco el deber de obedecerlo. En términos habermasianos, se incurre en una contradicción pragmática cuando se pretende justificar este deber y al tiempo se pretende que el derecho funcione «de forma ajena a toda moral»¹⁶.

¿Por qué o en qué sentido Fuller omite el primer paso del camino que lleva del iusnaturalismo al positivismo? En su definición del derecho podemos encontrar la respuesta: «[El derecho es] la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas»¹⁷.

¹⁵ Pues «¿no será que el legalismo es una forma de iusnaturalismo?» (M. La Torre, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, Firenze 2020, p. 239).

¹⁶ J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (1994⁴), trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 1998, p. 579. Que Habermas identifique una contradicción de este tipo precisamente en la teoría de Hobbes es cuestionable, porque parece que Hobbes sí justifica el derecho positivo con argumentos morales o, al menos, con argumentos de derecho natural. Habermas acaso tendría razón si pudiera afirmarse que el carácter «tecnológico» del derecho natural de Hobbes le priva de toda naturaleza moral.

¹⁷ Fuller, *The Morality of Law*, cit., pp. 96 y 106. Lo sucinto y lo vago de esta definición no son, en este caso, signos del desinterés de Fuller por lo conceptual, sino de su interés por manejar un concepto de derecho amplio y flexible (Arjona, *Medios, fines y pluralidad de procesos en el pensamiento de Lon Fuller*, cit., pp. 710-711). De hecho, Fuller dedica un capítulo entero de su libro (capítulo que no por casualidad se titula *The concept of law*) a explicar su definición y a defenderla de críticas diversas, la mayoría dirigidas desde el positivismo.

Esta escueta definición es suficiente para constatar los dos rasgos que, a juicio de Fuller, son esenciales al derecho y que están conectados entre sí. El primero es que el derecho tiene carácter factual: es una «empresa», un conjunto de actividades, algo que se hace. El segundo es que, como todo aquello que se hace, como toda actividad, el derecho tiene carácter propositivo: pretende realizar un propósito, un objetivo o un fin. La definición de Fuller es, pues, una definición teleológica, aunque él no use nunca este término. Sin embargo, hay dos diferencias relevantes con el modelo de Hobbes y con el resto de la tradición iusnaturalista. Una es que el fin del derecho no tiene carácter sustantivo. El fin que Fuller atribuye al derecho es el de someter la conducta humana al gobierno de las reglas pero este fin, nos dice, es compatible con una amplia gama de fines sustantivos (aunque ya veremos que no lo es con todos ellos), de manera que no es fin sustantivo alguno el que define al derecho. El derecho positivo no se define, ni se justifica, como el tipo de actividad que garantiza la justicia, la vida o la libertad de los ciudadanos sino, algo enigmáticamente, como el tipo de actividad que garantiza que la vida de los ciudadanos estará regida por normas, cualesquiera que sean estas. En este sentido, en tanto que Fuller no enuncia un fin sustantivo previo al derecho positivo que luego justifique su existencia, ese primer paso que caracteriza el tránsito del iusnaturalismo al positivismo no se da.

En tanto que ese paso no se da, uno puede preguntarse si acaso tiene alguna razón de ser vincular a Fuller con la tradición iusnaturalista y con el modo en que esta tradición deriva en un tipo de positivismo que hemos considerado el primero en aparecer y que cabe asimilar con el que hoy se denomina «ético» o «normativo». La razón de ser es que, en la definición del derecho de Fuller, aparecen unas «leyes naturales», naturales en el sentido de que son las que rigen necesariamente la actividad y las que deben seguirse si se aspira a que la actividad tenga éxito. Son, por supuesto, las exigencias que constituyen la moral interna del derecho. Ahora bien, el lugar de estas leyes es parcialmente distinto del que ocupan en el modelo de Hobbes o, en general, en cualquier modelo iusnaturalista, y esta es la segunda diferencia relevante. En el caso de Fuller, las leyes naturales no definen el propósito o fin de la actividad,

sino que establecen el modo en que ha de ser desarrollada. Son, afirma Fuller expresamente, «medios orientados a un fin único»¹⁸. Por tanto, estas leyes naturales desempeñan el rol de instrumentos al servicio de ese fin: si se siguen, el fin podrá conseguirse; si no se siguen, no.

El carácter instrumental o técnico de estas leyes naturales no excluye su carácter moral, un carácter que, sostiene Fuller, tienen al mismo tiempo y por sí mismas. Por eso, el derecho no funciona, por decirlo con Habermas, «de forma ajena a toda moral», sino que la moral de acuerdo con la que funciona es interna: el derecho es una empresa moral porque se desarrolla de acuerdo con técnicas o procedimientos que tienen carácter moral. Importa retener este carácter técnico o procedimental (*procedural*) de estas leyes naturales, en el que Fuller insiste una y otra vez, contraponiéndolas con frecuencia al derecho natural «sustantivo», con el que nada, nos dice, tienen que ver. Lo que es particular en el ius-naturalismo de Fuller no es que sus leyes naturales tengan ese carácter técnico, ni tampoco que tengan al mismo tiempo carácter moral, puesto que ambos rasgos se aprecian en las leyes naturales de Hobbes. Lo particular es que ese carácter moral lo tengan por sí mismas y no porque sean medios necesarios para alcanzar un fin que está más allá de tales leyes. Ciertamente, el resultado al que se quiere llegar es el mismo, el de la atribución de valor moral al derecho. La cuestión es si el camino que sigue Fuller nos llevará hasta él.

En el esquema básico de la teoría de Fuller, hay una parte fácilmente comprensible y otra que no tanto. La parte comprensible es que los elementos de la moral interna del derecho tengan carácter instrumental respecto de la formulación y aplicación de un sistema jurídico. La parte menos comprensible, o más problemática, es que el fin del derecho consista simplemente en someter la conducta humana a normas, sin que se especifique qué fin ulterior se pretende con ese sometimiento. De hecho, Fuller insiste en que el respeto de la moral interna del derecho

¹⁸ Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 104.

es plenamente compatible con una amplia pluralidad de fines sustantivos¹⁹, de manera que parece claro que no hay una conexión necesaria entre los fines sustantivos y el derecho, es decir, que el derecho, más allá de pretender regular la conducta a través de normas, no tiene fines sustantivos que le sean propios: pueden ser unos u otros. Es cierto que no pueden ser fines «cualesquiera», puesto que la moral interna del derecho no es compatible con todos ellos, pero esta limitación fluye de la propia dinámica de la moral interna del derecho y no de una identificación previa de los fines de la práctica jurídica. En otros términos, esta limitación viene de abajo y no de arriba. No se trata de que el derecho deba realizar ciertos fines superiores y, más allá de ellos, pueda realizar otros que son, por tanto, contingentes. Se trata, más bien, de que, si uno pretende guiar la conducta humana mediante la técnica jurídica, se encontrará con que hay ciertos fines que le están vedados porque la técnica misma, desde abajo, lo impide. En efecto, hay un pasaje de su libro en el que Fuller califica a la moral interna del derecho de «lower laws», por contraste con las «higher laws» típicas del derecho natural tradicional²⁰.

No hay, por tanto, una conexión inmediata entre el derecho y ciertos fines sustantivos, sino solo mediata: algunos de ellos no pueden ser conseguidos mediante el derecho y, como veremos, otros se consiguen aunque no se pretendan expresamente. Uno y otro efecto (los fines que no se pueden conseguir y los fines que no se pueden dejar de conseguir) habrán de ponerse de relieve a la hora de contestar a nuestra siguiente pregunta, acaso la más interesante y persistente en torno a las ideas jurídicas de nuestro autor: ¿por qué es moral la moral interna del derecho? ¿Lo es realmente?

¹⁹ *Ibid.*, p. 153.

²⁰ *Ibid.*, p. 96.

3. Las razones de la moralidad de la moral interna del derecho

En distintos lugares de su libro, y también en la «Réplica a los críticos» contenida en la segunda edición, Fuller se refiere expresamente a las razones de la moralidad de la moral interna del derecho. Es posible identificar hasta cinco argumentos distintos a favor de la moralidad de la moral interna del derecho: el argumento de la condición necesaria, el argumento de la condición suficiente, el argumento histórico o empírico, el argumento de la publicidad y el argumento de la incompatibilidad entre precisión y justicia. Los dos primeros han sido aducidos con frecuencia, y hasta hoy, para justificar el valor moral de nociones afines a la moral interna del derecho, tales como la seguridad jurídica, la certeza del derecho, el imperio de la ley, el estado de derecho, el *rule of law* o, sin más, la legalidad. Esta coincidencia no es casual, sino resultado de que cualquiera de ellas (en sus versiones formales) expresa de una u otra manera el hecho y el efecto de la vigencia de un sistema jurídico²¹. Por eso, de lo que aquí se trata es de determinar si es posible atribuir relevancia moral a la existencia del derecho con completa independencia de cuáles sean sus contenidos, una pregunta que posiblemente solo tenga

²¹ Algunas de esas nociones poseen una versión «formal» y otra «sustantiva» o «material». Si, por ejemplo, en el concepto de estado de derecho incluimos los derechos humanos y la democracia, la pregunta por el valor moral que pueda poseer el estado de derecho es una pregunta muy distinta de la que, al menos en apariencia, se plantea Fuller. Si el imperio de la ley es el imperio de la ley justa, o si la certeza o seguridad del derecho lo son del derecho justo, la pregunta por su moralidad puede darse por contestada afirmativamente. Otro asunto es el de cuál sea la concepción (formal o material) que capte mejor el sentido de cada una de estas ideas, o cuál sea preferible por uno u otro motivo. Mi impresión es que, por lo menos para algunas de ellas, una concepción material es preferible. Una justificación muy convincente de las ventajas de una concepción sustantiva del estado de derecho se encuentra en F. J. Ansuátegui Roig, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid 2013, pp. 99 y ss.

justificación si se asume la premisa positivista de que el derecho puede tener en efecto cualquier contenido. No examinaré aquí a fondo estos argumentos porque ya lo he hecho en otras ocasiones, en relación con la propia moral interna del derecho o con esos otros conceptos afines, con lo que me limitaré a exponer sintéticamente los argumentos y las conclusiones a las que he llegado sobre su validez. Adelanto ya que, a mi juicio, ninguno de ellos es un argumento convincente en sus propios términos, pero también que algunos de ellos adquieren plausibilidad si modificamos el punto de partida de Fuller, que no es otro que su concepción del derecho, al menos tal como se expresa en su más sintética definición («la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas»). Me ocuparé de los argumentos en sus propios términos en lo que resta de sección y, en la siguiente, de cómo reinterpretarlos a la luz de una concepción del derecho algo diferente.

El argumento de la condición necesaria. Escribe Fuller: «estas exigencias [las de la moral interna del derecho] pueden parecer éticamente neutrales en relación con los fines externos del derecho. Sin embargo, del mismo modo que el derecho es una precondition del buen derecho, actuar de acuerdo con una norma conocida es una precondition para cualquier apreciación significativa de la justicia del derecho». Más claramente: «la aceptación de esta moral [interna del derecho] es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la realización de la justicia»²².

²² Fuller, *The Morality of Law*, cit., pp. 157 y 168. Versiones de este mismo argumento se encuentran en J. Rawls (*A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford 1973), J. Waldron (*The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, en «Ratio Juris», II (1989), pp. 79-96), R.S. Summers (*The Principles of the Rule of Law*, en «Notre Dame Law Review», L (1999), pp. 1691-1712) o F. Laporta (*Imperio de la ley*, en «Doxa», XV-XVI (1994), 1, pp. 136-139, e *Imperio de la ley y seguridad jurídica*, en E. Díaz y J.L. Colomer, ed., *Estado, Justicia, Derechos*, Alianza, Madrid 2002, pp. 127-128).

Por el bien del argumento, podemos aceptar que la moral interna del derecho es una condición necesaria de la realización de la justicia (y no solo del buen derecho, lo cual es necesariamente verdadero), es decir, un instrumento indispensable para cualquier comunidad que pretenda ser justa²³. Sin embargo, de la premisa no se sigue la conclusión, y no se sigue porque, de que X sea condición necesaria de Y no se sigue que X posea las mismas cualidades que Y. Creer lo contrario sería incurrir en una variante de la falacia de la división, puesto que se atribuye a las partes de un todo las cualidades de ese todo. G. E. Moore lo expresó así:

La parte de un todo valioso mantiene exactamente el mismo valor cuando es, tanto como cuando no es, parte de ese todo. Si tuviera valor en otras circunstancias, su valor no es mayor cuando es parte de un todo aún más valioso; y si no tuviera valor por sí mismo, sigue sin tenerlo por muy grande que sea el valor de aquello de lo que ahora forma parte²⁴.

De manera que, aunque la única manera de visitar a mi anciana tía sea tomar el tren y aunque visitar a mi anciana tía sea una acción moralmente correcta, la acción de tomar el tren no obtiene de aquí ningún valor moral intrínseco, porque esa acción no lo tiene en otras circunstancias. Las condiciones necesarias de un fin moral no son ellas mismas, en sí, acciones morales. Serán acciones moralmente debidas solo en tanto en cuanto se orienten a la realización de un fin moral²⁵.

²³ La condición o cautela inicial («por el bien del argumento») puede parecer ociosa, y seguramente lo sea; pero no debe olvidarse que al menos cabe imaginar (y hay quien la ha imaginado) una comunidad justa sin derecho. Si esto fuera posible, la afirmación de Fuller en que se basa su argumento sería falsa: el derecho no sería condición necesaria de la justicia.

²⁴ G.E. Moore, *Principia Ethica* (1903), Cambridge University Press, Cambridge 1971, p. 30.

²⁵ Esta refutación del argumento de Fuller no convence a todos. Es el caso de F. Arcos, *Positivismo ético, tesis de la separabilidad y valor ético del rule of law*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XXXI (2015), p. 161. Véase también F. Arcos,

El argumento de la condición suficiente. En uno de sus pasajes más conocidos, escribe Fuller:

He observado repetidamente que la moral interna del derecho [*legal morality*] puede considerarse neutral respecto de un amplio espectro de cuestiones ética. No puede ser neutral en su visión del hombre mismo. Embarcarse en la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas implica necesariamente un compromiso con la visión de que el hombre es, o puede llegar a ser, un agente autónomo [*responsible*], capaz de entender y de seguir normas, y al que se le puede considerar responsable [*answerable*] de sus incumplimientos²⁶.

Es decir: respetar la moral interna del derecho implica tratar a las personas de una determinada manera (como agentes responsables o autónomos) y ese tratamiento es ya de por sí justo en alguna medida. Por tanto, cuando las autoridades se relacionan con los ciudadanos a través del derecho (y no a través de otras técnicas de orientación de la conducta) están siendo en alguna medida justas. El argumento, muy popular entre los filósofos del derecho²⁷, viene a decir que el derecho garantiza

Una defensa de la moral interna del derecho, en «Derechos y libertades», IX (2000), pp. 35-64.

²⁶ Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 162.

²⁷ La lista es larga. Versiones de este mismo argumento, sea en relación con la moral interna del derecho, sea con el *rule of law* o con la «legalidad», se encuentran en N. MacCormick, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, en *Natural Law Theories*, R.P. George (ed.), Oxford University Press, Oxford 1992, pp. 122-123; M.S. Moore, *Law as a Functional Kind*, en George, *Natural Law Theories*, cit., p. 222; T. Campbell, *Justice*, Macmillan, London 2001, p. 34; A. Marmor, *The Rule of Law and its Limits*, en «Law and Philosophy», XXIII (2004), p. 39; C. Murphy, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, en «Law and Philosophy», XXIV (2005), pp. 250; N. Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford 2007, p. 142; J. Nadler, *Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice*, en «Law and Philosophy», XXVII (2008), pp. 23-30; o J. Waldron, *How Law Protects Dignity*, en «Cambridge Law Journal», LXXI (2012), pp. 205-298. Mi impresión es que a cualquiera de ellas puede aplicarse el intento de refutación que sigue en el texto aunque,

siempre un cierto margen de autonomía a las personas cuya conducta pretende regular. Al fin y al cabo, la existencia de una norma permite a sus destinatarios conocer de antemano las consecuencias de sus acciones (saber a qué atenerse, tal como en su día dejó dicho Elías Díaz) y, en función de eso, optar por seguir la norma o no seguirla²⁸. En síntesis: el respeto de la moral interna del derecho es condición suficiente de un cierto grado de autonomía y, por tanto, de justicia.

Este argumento es cuestionable por una de las dos razones que siguen. El argumento o bien se apoya en una confusión entre dos sentidos distintos del término «autonomía» o bien está suponiendo que el derecho tiene ciertos contenidos. Tanto si es lo primero como si es lo segundo, el argumento no prueba que el derecho (o el respeto de la moral interna del derecho) garantice siempre un cierto grado de autonomía moralmente valiosa. Lo que prueba este argumento es, en el primer caso, que la técnica normativa solo puede aplicarse a sujetos capaces de discernir entre alternativas (es decir, que poseen autonomía «cognitiva», como es el caso de los humanos), pero esto es un hecho y nada dice del valor moral intrínseco de esa técnica; en el segundo caso, lo que prueba

por supuesto, la longitud de esta lista sugiere que al argumento ha de prestársele mayor atención de la que aquí le puedo dedicar.

²⁸ Desde luego, un gobernante que dicte y aplique normas, y que lo haga de acuerdo con las exigencias de la moral interna del derecho, generará «confianza» en los ciudadanos (T. Greco, *La ley de la confianza. En las raíces del derecho* (2021), traducción y prólogo de F.J. Ansuátegui Roig, epílogo de F.H. Llano Alonso, Dykinson, Madrid 2022, pp. 99 y 104). Ahora bien: el objeto de esta confianza no puede ser otro que el de la actuación del gobernante de acuerdo con sus propias normas, con completa independencia de su contenido. El objeto de la confianza derivada del respeto de la moral interna del derecho no puede ser el buen trato (el trato justo) que el gobernante nos dispensará, porque la bondad o justicia de este trato depende del contenido de sus normas. Podemos admitir, por tanto, que esta confianza generada por la moral interna del derecho (o, sin más, por el derecho) es una condición necesaria, pero no suficiente, del buen desenvolvimiento de las relaciones políticas.

es que es mínimamente justo aplicar un derecho mínimamente justo, lo cual es una tautología.

En efecto, el término «autonomía» tiene al menos dos significados distintos: puede designar un hecho o puede designar un valor. El hecho es el de cierta capacidad cognitiva que poseen las personas (su capacidad para entender el sentido de las normas y prever las consecuencias que se siguen de respetarlas o no respetarlas); el valor es el que cabe predicar de la acción humana que ha sido decidida y ejecutada al margen de interferencias o coacciones externas²⁹. El establecimiento de normas bien puede comprenderse como una condición suficiente del hecho de la autonomía cognitiva, en el sentido de que la autonomía cognitiva es condición necesaria del establecimiento de normas, puesto que, si esa capacidad no se posee, no se es capaz de comprender o cumplir una norma, luego no tiene objeto establecerlas. Sin embargo, el establecimiento de normas no garantiza la situación en la que una persona pueda tomar decisiones sin ser interferida o coaccionada (la posibilidad de seguir o no una norma no supone esa ausencia de interferencia o coacción; de hecho, si esa norma es jurídica, supone más bien lo contrario). En consecuencia, la moral interna del derecho, en tanto que expresión de la existencia de normas bien formuladas, no garantiza de por sí margen alguno de autonomía en el sentido moralmente relevante.

Por otra parte, es posible que Fuller asuma implícitamente que el derecho posee cierto contenido material justo, pongamos por caso el reconocimiento de la igual dignidad de todas las personas, traducido en en su consideración como sujetos de ciertos derechos, por muy mínimos que sean. Si es este el caso, no es el respeto de la moral interna del

²⁹ M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 59-60. La distinción de Kramer equivale a la de Raz entre «habilidades mentales apropiadas» (autonomía cognitiva) y la suma de estas habilidades más la independencia y un rango adecuado de opciones (autonomía moral o política) (J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986, pp. 372-373).

derecho el que lo produce, sino una decisión del legislador que podría haber sido distinta y que, en todo caso, afecta al contenido del derecho y no a su forma. Por tanto, tampoco así se prueba la moralidad de la moral interna del derecho. Tengo la impresión de que muchos de los que recurren a este argumento para justificar el valor moral intrínseco del derecho asumen también este contenido jurídico mínimo, digamos un mínimo respeto por la dignidad de las personas (o algo semejante a ese «contenido mínimo de derecho natural» del que hablaba Hart). Es muy posible que cualquier concepto útil de derecho haya de suponerle al derecho ese contenido mínimo, pero eso no autorizaría a derivar la necesaria moralidad del derecho de su forma, sino de ese contenido.

El argumento histórico o empírico. A juicio de Fuller, no es posible encontrar en la historia graves violaciones de la justicia cometidas a través de un escrupuloso respeto de las exigencias de la moral interna del derecho. Y contestando a una conocida afirmación de Hart³⁰, escribe:

¿Afirma realmente Hart que la historia ofrece ejemplos de regímenes que hayan combinado una fiel adhesión a la moral interna del derecho con una brutal indiferencia hacia la justicia y el bienestar humano? Si es así, uno hubiera agradecido algunos ejemplos sobre los cuales pudiera girar una discusión con sentido³¹.

Sobre este argumento, caben dos observaciones: si definimos el derecho solo por sus elementos formales (al margen de su contenido), el hecho de que la historia del derecho no contenga esos ejemplos no implica que el derecho no pueda llegar a contenerlos; pero, en segundo lugar y sobre todo, mi impresión es que la historia sí los contiene, esto

³⁰ La de que el respeto de la moral interna del derecho es compatible con una «*very great iniquity*» (H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), Clarendon Press, Oxford 1994², p. 207)

³¹ Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 154.

es, que graves injusticias han sido cometidas mediante la aplicación de normas jurídicas correctamente formuladas y aplicadas. Sorprende, por ejemplo, que Fuller no tome en consideración la institución jurídica de la esclavitud, vigente en su propio país hasta pocas décadas antes de la fecha de su nacimiento, y que bien puede ser considerada como expresión de una «brutal indiferencia hacia la justicia y el bienestar humano».

El argumento de la publicidad. El cuarto argumento de Fuller es el de que la consecución de ciertos fines injustos se torna imposible o muy difícil si se pretende llevar a cabo mediante normas públicas, tal como exige la moral interna del derecho³². Tras este argumento parecen latir dos creencias simultáneas: una es la de que las normas jurídicas serán ineficaces si no gozan de la aquiescencia o conformidad de sus destinatarios y la otra es que sus destinatarios (los ciudadanos en general) poseen una concepción correcta de lo que es justo, al menos en relación con ciertos asuntos básicos. Por eso, el legislador, si pretende actuar contra esa concepción de lo justo, tenderá a ocultar sus propósitos a través de una legislación secreta. En cambio, la obligación de dar publicidad a sus normas le inclinará a evitar fines injustos.

Esto bien puede ser cierto en algunas ocasiones, pero no hay razón para pensar que lo sea en todas. Desde luego, la aquiescencia de los destinatarios de las normas con el contenido de estas ayuda mucho a su eficacia, pero estos destinatarios bien pueden tener una concepción incorrecta de lo justo, como de hecho la tienen o han tenido en ocasiones. Si de lo que se trata es de que una norma será más eficaz cuanto más coincidan sus propósitos con las creencias de sus destinatarios, esto puede aceptarse. Lo que no cabe aceptar es que estas creencias sean necesariamente más justas que las del legislador ni que, por tanto, el legislador vaya a ser más justo cuando se vea obligado a publicar sus normas.

³² *Ibid.*, pp. 158-159.

El argumento de la imprecisión. El último de los argumentos de Fuller, de estructura semejante al anterior, es el de que la consecución de ciertos fines injustos por medio de normas formuladas con precisión (tal como la moral interna del derecho requiere) es tarea poco menos que imposible. Por eso, cuando el legislador respeta la moral interna del derecho, la probabilidad de que el derecho sea injusto disminuye. Fuller recurre al ejemplo de la legislación racista sudafricana de los años del *apartheid* y muestra lo complicado que resultó aplicar de manera consistente esta legislación debido a que el concepto de raza es poco preciso³³.

Este me parece el más débil de los argumentos de Fuller en defensa de la moralidad de la moral interna del derecho. El derecho recurre a muchas categorías tanto o más imprecisas que la de la raza, sea con fines justos o injustos. La misma categoría de la raza es empleada por normas jurídicas que lo que pretenden es remediar desigualdades injustificadas mediante técnicas de acción afirmativa o discriminación inversa. La categoría de «judío» no parece mucho más precisa, pero ha permitido gravísimos atentados contra la justicia. A su vez, el constitucionalismo contemporáneo recurre a normas altamente imprecisas (los principios) en aras de la consecución de fines considerados generalmente justos. Por tanto, no creo que este vínculo entre precisión y justicia haya de admitirse.

Tras el análisis de los cinco argumentos de Fuller, la conclusión a la que llegamos es que ninguno de ellos prueba que el respeto de la moral interna del derecho garantice un comportamiento del legislador en ningún sentido moral: la moral interna del derecho no parece realmente «una moral». Una observación adicional es esta: aunque Fuller pretende que hay una moralidad «interna» al derecho, en el sentido de que no depende de los fines sustantivos o «externos» que el derecho puede promover, y que son muchos y variados, sin embargo todos sus

³³ *Ibid.*

argumentos a favor de la existencia de esa moralidad interna conducen ineluctablemente al mundo exterior de los fines sustantivos. Es la justicia sustantiva, o material, la que está detrás de todos esos argumentos: la moral interna es condición necesaria de toda justicia sustantiva, o es condición suficiente de cierta justicia sustantiva, o ha sido históricamente incompatible con graves injusticias sustantivas, o es lógica o funcionalmente incompatible con ellas. Y esta observación nos lleva a la sección siguiente.

4. El derecho como práctica social de la libertad

La idea de que el derecho pueda poseer algo así como una moralidad intrínseca, por completo independiente de sus contenidos, ha de resultar poderosamente atractiva para los juristas que se han formado en la época del positivismo jurídico, sean ellos mismos conscientemente positivistas o no. Porque la idea positivista de que el derecho puede tener «cualquier contenido» obliga a elegir entre una de estas dos alternativas: o bien el derecho, como tal, carece de todo valor moral o bien este valor moral ha de extraerse de su forma. La primera alternativa es difícil de aceptar, al menos para un jurista (y la mayoría de quienes se dedican a la Filosofía del Derecho lo son), puesto que supone despojar de toda legitimidad al derecho y a la profesión jurídica, no solo porque esa legitimidad se hará depender de un factor ajeno a la idea del derecho (su contenido concreto y variable) y será por tanto, a su vez, contingente; sino porque, además, la moralidad de este contenido está siempre sujeta a la duda que deriva de la pluralidad de las concepciones de lo justo, o de la corrupción o al menos imperfección de los procedimientos democráticos conocidos, que no están en condiciones de garantizar normas dotadas de genuina legitimidad de origen. Si esta primera alternativa no es asumible, queda la segunda, la de la moralidad de la forma jurídica, y de ahí los múltiples intentos de encontrar «moralidad» en la lógica propia de lo normativo, que es la que expresan las nociones antes invocadas: la seguridad, la certeza, la justicia formal, el imperio de la ley, el estado de derecho, etc. El interés que suscitó y sigue suscitando el

libro de Fuller tiene que ver con este empeño por salvar al derecho de la quema positivista.

Hay que decir que, en ese empeño de la cultura jurídica de las últimas décadas, han participado también los propios positivistas, más o menos a regañadientes, y acaso esta participación explique la continua reformulación de la tesis de la separación entre el derecho y la moral. El propio Hart, gran antagonista de Fuller, fue uno de esos positivistas que, en términos unas veces más claros y otras menos, aceptó que había una moralidad «mínima» en la aplicación regular de normas previamente establecidas, por mucho que fuera compatible con una gran injusticia³⁴.

A mi juicio, todos estos intentos están condenados al fracaso. La idea misma de una moralidad mínima es poco útil, si no incomprensible, cuando la referimos a una técnica normativa que se apoya en un recurso tan moralmente problemático como es la coacción física, que se puede poner, y se pone, al servicio de la satisfacción de cualquiera fines, y que es ella misma garantía del éxito de esos fines cualesquiera³⁵. También Fuller fracasa en este intento, como he tratado de mostrar brevemente en la sección anterior. Sin embargo, hay un elemento de la concepción del derecho de Fuller que lo distingue de muchos otros defensores de la moralidad de la forma jurídica y en el que quiero detenerme. Ese elemento es el carácter «propositivo» [*purposive*] del derecho.

³⁴ Escudero (*Positivismo y moral interna del derecho*, cit.) trató de demostrar, creo que con éxito, que en este punto había más coincidencia que discrepancia entre Hart y Fuller. Esta misma idea se encuentra también en los análisis de D. Lyons, *Aspectos morales de la teoría del derecho* (1982), trad. de S. Álvarez, Gedisa, Barcelona 1988, p. 86; y M. Martin, *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart. A Critical Appraisal*, Temple University Press, Philadelphia 1987, pp. 231-237.

³⁵ Con mucha frecuencia se trata de justificar el valor moral intrínseco del derecho alabando su carácter normativo, pero olvidando que el derecho no es solo un sistema normativo, sino uno que recurre sistemáticamente al forzamiento de la conducta por la vía de la coacción física, o de la amenaza de esa coacción. El propio Fuller da entender que este rasgo coactivo es secundario en el derecho (Fuller, *The Morality of Law*, cit., pp. 120-121).

Ya hemos visto que Fuller define el derecho como una empresa destinada a someter la conducta humana a normas. Esto significa que el derecho se define por su fin, y la definición nos indica cuál es ese fin. Fuller insiste mucho en este punto en su controversia con los positivistas, acusándoles de olvidar que una actividad humana (como lo es el derecho) no puede identificarse si no se tiene en cuenta el fin que pretende. Sin embargo, lo peculiar de la propuesta de Fuller es que el fin que atribuye al derecho es, a su vez, el instrumento de otros fines, estos ya no vinculados necesariamente con el concepto de derecho, al menos no de manera directa³⁶. Por tanto, la definición del derecho de Fuller sigue siendo instrumental, puesto que el fin que le atribuye es instrumental. Fuller seguramente acierta en su defensa de la necesidad de una definición propositiva del derecho, pero al atribuirle un propósito instrumental (el de someter a normas la conducta humana) no puede encontrar aquí el resultado buscado, a saber, el de la conexión entre el derecho y la moral, y el de la consiguiente inclusión del derecho en ámbito de la razón práctica. De hecho, incluso si los positivistas no prestan la atención suficiente a esta dimensión finalista del derecho, no parece que vayan a tener mayor problema en admitirla si es identificada simplemente con la «sujeción a normas», puesto que eso es precisamente lo que el derecho (y no sólo el derecho, sino cualquier técnica normativa por definición) hace en todo caso.

Así Fuller se acerca al positivismo mucho más de lo que quizá él mismo pretendía cuando asume que el derecho es un instrumento o una técnica. Se puede insistir todo lo que se quiera en que un determinado instrumento o técnica no sirve para cualesquiera fines, pero seguirá siendo cierto que una definición instrumental de un objeto o de una actividad no nos permite valorarla moralmente. La definición de Fuller

³⁶ O, como lo dice Maris Köpcke, Fuller atribuye a un medio el valor de un fin, en vez de especificar cuál es el fin al que sirve ese medio (M. Köpcke, *Concept and Purpose in Legal Theory: How to «Reclaim» Fuller*, en «American Journal of Jurisprudence», LVIII (2013), pp. 85-86).

del derecho es semejante a la definición característica de un cuchillo (es el ejemplo de Raz), la de algo que sirve para cortar, lo cual nos permitirá a su vez estimar que un buen cuchillo ha de poseer ciertas características (entre ellas, la de estar afilado), que no dejarán de ser características técnicas y que no nos dirán para qué fines últimos (como lo son los morales) ha ser usado el cuchillo.

Fuller podría insistir en que la comparación no es adecuada, porque él no afirma que el derecho sea un instrumento, sino una «actividad» o «empresa» humana, algo que la gente «hace» más que algo que la gente simplemente «usa», y podría insistir también en la interacción o relación dialéctica entre medios y fines, uno de sus temas predilectos³⁷. Sin embargo, no por ello esa actividad deja de tener carácter instrumental (como es instrumental la actividad de cortar), y la aplicación de esa dialéctica al caso que nos ocupa nos ha llevado a constatar que el medio (la moral interna del derecho) no es capaz por sí mismo de determinar en ninguna medida los fines. En particular, no parece que pueda aceptarse, como Fuller pretende, que las actividades de creación y aplicación de normas requieran necesariamente tratar a las personas como seres autónomos y responsables en un sentido moralmente relevante.

Todo esto podría ser de otro modo más comprensible y más coherente si Fuller hubiera permanecido fiel a la tradición teleológica que se remonta hasta Aristóteles y a la que Summers le adscribe³⁸. De acuerdo con ella, Fuller podría haber atribuido a la actividad en que consiste el derecho un valor explícitamente moral, el de la justicia, y definirlo como «la empresa que consiste en someter la conducta humana al go-

³⁷ Fuller, *The Principles of Social Order*, cit., p. 61 y ss. Sobre este punto, véase Summers, *Lon L. Fuller*, cit., pp. 74 y ss.; P. Westerman, *Means and Ends*, en *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, W.J. Witteveen, W. van der Burg (eds), Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 145-168; Arjona, *Medios, fines y pluralidad de procesos en el pensamiento de Lon Fuller*, cit.; o Köpcke, *Concept and Purpose in Legal Theory*, cit.

³⁸ Summers, *Lon L. Fuller*, cit., p. 16.

bierno de las normas *con el fin de realizar la justicia*»³⁹. Sin embargo, Fuller renuncia a incluir esta referencia a la justicia en la definición del derecho, hay que pensar que conscientemente. Hasta donde yo sé, las razones de esta renuncia no se encuentran explícitas en parte alguna de su obra. Una posible explicación es la que ofrece Kenneth Winston en su Introducción a la segunda edición del volumen de ensayos de Fuller, aparecida en 2001. Según Winston, Fuller «abandonó progresivamente la idea de que la justicia es el fin general inherente de las instituciones jurídicas. A cambio, las concibió como vehículos diversos de la libertad». Y añade:

No es que la justicia sea negada o considerada como poco importante; se trata, más bien, de que no es fundamental. Puesto que la justicia depende crucialmente de las elecciones hechas por los individuos, ningún patrón de distribución puede considerarse justo hasta que los individuos sean libres para tomar decisiones por sí mismos⁴⁰.

Si Winston está en lo cierto, Fuller se inclinó progresivamente hacia una idea procedimental de la justicia, en el sentido de determinada por

³⁹ Una explicación paradigmática y sintética del derecho en estos términos (como práctica social orientada a la realización de un valor) es la que ofrece Radbruch en las primeras páginas de su *Rechtsphilosophie* (G. Radbruch, *Filosofía del Derecho* (1932³), trad. de J. Medina Echevarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1933, pp. 8-9 y 11). No me puedo detener en las que considero muchas ventajas de este tipo de explicación, pero véase M. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid 2017, pp. 15-46.

⁴⁰ Winston, *Introduction to the Revised Edition of Fuller's The Principles of Social Order*, cit., p. 16. Cuenta Winston que Fuller tuvo en mente durante mucho tiempo escribir un libro sobre la libertad, un plan que finalmente no llevó a cabo. Algunas de sus ideas sobre la libertad, que incluyen un análisis crítico de la contraposición entre libertad negativa y libertad positiva, se encuentran en el manuscrito que preparó para una conferencia en la Louisiana State University, en 1958, publicado en el volumen preparado por Winston con el título «The Case Against Freedom» (en Fuller, *The Principles of Social Order*, cit., pp. 315-327).

acuerdos entre individuos tomados en condiciones de libertad⁴¹. Estos acuerdos, cabe suponer, habrían de ser no solo privados o entre particulares sino también públicos o entre todos los ciudadanos, asumiendo que algunos de esos «patrones de distribución» (*patters of allocation*) habrían de afectar a todos ellos. Con lo que, además de procedimental, la concepción de la justicia de Fuller podría calificarse también como democrática. Un pasaje de su réplica de 1958 a Hart refuerza esta impresión. En él, Fuller muestra su preferencia por una Constitución que establezca un «marco procedimental» para el desenvolvimiento de la acción política y jurídica. Las limitaciones sustantivas del poder de gobierno deberían limitarse a un mínimo puesto que, en la medida de lo posible, «los fines sustantivos han de alcanzarse procedimentalmente, a partir del principio de que ‘if men are compelled to act in the right way, they will generally do the right things’ (‘si los hombres son obligados a obrar de la manera correcta [*in the right way*], generalmente harán las cosas correctas [*the right things*’)»⁴².

No hay lugar aquí para indagar mucho más en esta concepción fulleriana de la justicia, pero con lo que ya sabemos de ella quizá sea suficiente para reconsiderar la imagen que nos habíamos hecho de sus ideas jurídicas a partir de la lectura de *The Morality of Law*. Ahora una definición del derecho que el propio Fuller acaso asumiría como suya podría ser esta: «el derecho es la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las reglas con el fin de asegurar la libertad de las personas». Esta es una definición teleológica que entronca mejor con la tradición iusnaturalista y que perfila con más claridad el antipositivismo de Fuller. El derecho sería efectivamente una práctica social orientada

⁴¹ En L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, Praeger, New York 1968, p. 38, se encuentra otro uso del término «justicia», aquí relativo al modo de aplicación de las normas preexistentes y no al modo de crearlas, pero este uso no es frecuente en su obra y podemos dejarlo ahora de lado.

⁴² Fuller, *Positivism and Fidelity to Law*, cit., p. 643. A continuación lamenta que no haya sido esta la pauta seguida por las constituciones de posguerra.

a la realización de un fin, y este fin sería la libertad: establecerla, encauzarla y garantizarla.

Comprendido el derecho de esta manera, la razón expresada por su moral interna, o por el derecho mismo, deja de ser solo razón técnica para ser razón práctica, puesto que el derecho incluye el fin al que se dirige. La opción de Fuller por reservar el nombre de «justicia» a los acuerdos adoptados por sujetos libres puede valorarse como una simple restricción del significado del término, que no incluiría a la propia libertad, sino solo a los resultados de su ejercicio; pero esto no de ha suponer mayor problema porque se trata de una mera cuestión terminológica. Afirmar que el fin del derecho es la justicia no difiere mucho de afirmar que su fin es la libertad, cuando resulta que para la mayoría de nosotros el contenido principal de la justicia es la libertad, o la promoción de una comunidad de sujetos libres.

Si esto es así, no acaba de entenderse por qué Fuller renuncia a enunciar la libertad como el fin o propósito moral que define a la práctica jurídica y, a cambio, insiste en que ese fin es el de someter la conducta humana al gobierno de las reglas, sobre todo cuando resulta obvio que Fuller «tiene en mente que el propósito moral del derecho es servir a los ciudadanos»⁴³. Quizá la razón se encuentre en esa dialéctica entre los medios y los fines que le es tan cara, y que, en este caso, se traduciría en una especie de coimplicación entre la técnica normativa y la libertad de los ciudadanos, de manera que recurrir a la primera implicaría reconocer y garantizar la segunda, y viceversa. Así podría entenderse su afirmación de que el respeto de la moral interna del derecho supone el reconocimiento del hombre como ser autónomo y responsable. En definitiva, la tesis de Fuller sería la de que «las formas (jurídicas) liberan»⁴⁴,

⁴³ Köpcke, *Concept and Purpose in Legal Theory*, cit., p. 86.

⁴⁴ *Forms Liberate* es el título del libro en el que Kristen Rundle defiende la validez de la teoría del derecho de Fuller (K. Rundle, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart, Oxford 2012). Ese título replica una anotación aislada del propio Fuller encontrada en sus papeles privados.

de manera que, en la propia forma del derecho, en tanto que técnica asociada a la libertad humana, se encontraría la fuente de su moralidad, y ya no sería necesario enunciar un fin independiente de la propia técnica para justificarla moralmente.

Lo que sucede es que, si uno no está de acuerdo con que la técnica normativa sirva exclusivamente a ese fin liberador, sino que piensa que puede servir también a otros fines incluso cuando es usada de la mejor manera (esto es, de acuerdo con las exigencias de la moral interna del derecho), entonces uno no puede aceptar ni la moralidad de esta moral interna ni tampoco la del propio derecho. Por eso, habría sido más esclarecedor que Fuller hubiera especificado que el derecho tiene el propósito de hacer posible la libertad de los ciudadanos, o que, como apunta La Torre, la ley no libera como «forma» sino como «práctica»⁴⁵, pero quizá esto es precisamente lo que Fuller no quería especificar, para resaltar su tesis de que la forma jurídica es intrínsecamente liberadora.

5. Razón técnica, razón práctica y limitación del poder

El positivismo jurídico del siglo XX, al que Fuller se opuso siempre con decisión, condenaba el derecho al estricto ámbito de la razón técnica, puesto que lo dotaba de una naturaleza meramente instrumental. Si el derecho puede tener cualquier contenido, o servir cualesquiera fines, si no tiene un fin moral propio, el derecho abandona el reino de la razón práctica porque no constituye un criterio acerca de lo que debemos hacer. El afán de Fuller fue el de reconducir el fenómeno jurídico a este reino de la razón práctica y lo que le singulariza es que lo intentara de la mano de su idea estrella, la de la moral interna del derecho. Lo que esta idea supone es que no es posible deslindar una y otra razones, la técnica y la práctica, porque, en general pero sobre todo en el ámbito

⁴⁵ La Torre, *Il diritto contro se stesso*, cit., p. 241. Porque, como práctica, implica la libertad de los participantes y el ejercicio de su capacidad deliberativa.

del derecho, aplicar consistentemente la técnica implica de por sí la satisfacción de un fin moralmente valioso, el de promover una comunidad de ciudadanos libres.

Sin embargo, la propuesta de Fuller no es del todo satisfactoria porque no acaba de acreditar que la técnica normativa no pueda ponerse al servicio de fines disvaliosos. En particular, un escrupuloso respeto de la moral interna del derecho parece que podría ser plenamente compatible con una falta de respeto por la libertad o autonomía de las personas. Por eso, Fuller no logró convencer a los positivistas de su época de que la forma jurídica tenga esos efectos intrínsecamente liberadores que él le atribuía. Desde luego, no hace falta ser positivista para dudar del acierto de Fuller. Su disputa con el positivismo, tal como él la planteó, gira en torno a la relevancia moral de la forma jurídica, pero esta relevancia moral puede ser cuestionada por muy poco positivista que uno sea. De hecho, buena parte del positivismo de la época (incluyendo al propio Hart) se mostró partidario de reconocer esa relevancia moral de la forma, aunque le concediera menos importancia de la que le concedía Fuller. Al menos en este sentido, Hart le ganó el debate a Fuller, pero no por KO sino a los puntos, puesto que ambos se equivocaban en atribuir relevancia moral a la forma del derecho, aunque Fuller se equivocó más porque esa relevancia la consideró mayor.

En cambio, en otro sentido más importante, el vencedor fue Fuller porque, cuando más se necesitaba, llamó la atención sobre un rasgo fundamental del derecho que el positivismo negaba o que dejaba de lado: su carácter de práctica social o empresa colectiva que se identifica por el propósito o valor moral que pretende realizar y no solo por el tipo de actividad (en este caso, normativa) en que consiste. Si un mérito tuvo el positivismo analítico (los del positivismo normativo o ético son otros), fue su empeño por mostrar que el derecho podía ser injusto y en que, por tanto, al poder que actúa a través del derecho no se le debe obediencia ni respeto solo por que recurra a esa técnica, puesto que puede ponerla al servicio de fines injustos. Sin embargo, el positivismo cosechó el éxito en este punto al precio de deformar lo que el derecho es y no puede dejar de ser: esa actividad humana que solo es comprensible porque creemos que existe tal cosa como la justicia (o la libertad) y por-

que creemos que podemos acercarnos a ella. Por eso, en el derecho, el ser y el deber ser van siempre de la mano (también en esto Fuller llevaba razón, aunque no nos convenza del todo el modo en que lo justificó), y por eso no hay mayor reproche para cualquier actividad jurídica que la de generar injusticia. Creer que el derecho puede comprenderse al margen de la justicia es tan poco sensato como creer que el arte puede comprenderse al margen de la belleza o la ciencia al margen de la verdad. Aún así, eso es lo que el positivismo del siglo XX nos hizo creer, y la gran virtud de la obra de Fuller, tomada en su conjunto y al margen de sus propias inconsistencias, es la de habernos ayudado a desconfiar de esa creencia y a combatirla.

También por contraste con el positivismo, suele asociarse a Fuller con la idea de que el derecho reduce el margen de acción del poder político o que constituye un límite a esa acción⁴⁶. En particular, Fuller trató de demostrar, mediante la idea de la moral interna del derecho, que un legislador que se mantenga fiel a sus exigencias se limita a sí mismo, porque esas exigencias, sostiene Fuller, le impiden la persecución de ciertos fines injustos y le comprometen con ciertos fines justos. Ya hemos visto que esta confianza en las bondades morales de la técnica normativa puede ser puesta en cuestión. Es cierto que la elección de una determinada técnica nos limita, pero en el sentido trivial de que esa elección nos obliga a actuar de acuerdo con esa técnica y no con otra, no en el sentido de que nos lleve derechos a unos fines y nos aparte de otros. Es cierto también que ciertas técnicas son las más apropiadas para la consecución de ciertos fines, e incluso pueden ser las únicas apropiadas. Pero de aquí no se sigue que recurrir a ellas garantice éxito alguno, sino que no recurrir a ellas es garantía de fracaso.

Lo que sí cabe afirmar es que quienes ejercen el poder a través del derecho se verán limitados en ese ejercicio siempre que sean conscientes de que están participando en una práctica social que consiste en la

⁴⁶ En este punto insisten especialmente Nadler, *Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice*, cit., y Rundle, *Forms Liberate*, cit.

construcción de una comunidad humana más justa, o constituida por ciudadanos libres. Es esta conciencia del fin propio de la práctica la que limita al que participa en ella. Desde esta perspectiva, el derecho constituye una limitación del poder, pero la constituye porque el poder que decide actuar jurídicamente se compromete con el ideal de la justicia, no porque sea la técnica elegida (la normativa) la que le constriñe.

Más interesante parece la dimensión de la moral interna del derecho como ética profesional de los juristas. Cuando los estándares normativos supremos del derecho vigente pueden considerarse lo bastante justos como para desear por razones morales su eficacia, la moral interna del derecho deviene el núcleo de la ética profesional de todos aquellos que se dedican a labores jurídicas, de los que depende lo que Pérez Luño llamó la corrección estructural y funcional del derecho⁴⁷, a su vez garante de la seguridad jurídica, una idea que es precisamente la expresión de la eficacia del derecho en tanto que sistema normativo. La moral interna del derecho sería, entonces, la «moral interna de los juristas»⁴⁸ y esto con independencia del rol profesional concreto que desempeñen, aunque con todas las especificaciones derivadas de cada uno de esos roles.

Esta es precisamente la situación que se produce en el Estado constitucional contemporáneo, en tanto que afirma al más alto nivel normativo el ideal de una comunidad de ciudadanos libres. En el Estado constitucional, la función de los juristas sería la de ejecutar ese plan de comunidad libre contenido en la Constitución, y de llevarlo a buen término a través de la técnica jurídica. Por decirlo a la manera de Ferrajoli, es sobre todo a los juristas a quienes corresponde remediar el cúmulo

⁴⁷ A.E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona 1991, pp. 23 y 26.

⁴⁸ Luban, *Rediscovering Fuller's Legal Ethics*, cit. También apuntan a esta caracterización deontológica de la moral interna del derecho W. Van der Burg, *The Morality of Aspiration: A Neglected Dimension of Law and Morality*, en *Rediscovering Fuller. Essays in Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 170; J. Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 213; o Rundle, *Forms Liberate*, cit., p. 115.

de lagunas y de antinomias que cabe detectar en todo sistema jurídico dotado de una Constitución normativa, y la moral interna del derecho sería la «parte general» de su manual de instrucciones. Es en el marco de los sistemas constitucionales que conocemos donde la moral interna del derecho adquiere su pleno significado y donde podemos admitir sin muchas reservas que respetarla supone un deber moral para los encargados de operar esos sistemas.

A esta labor de operación de los sistemas constitucionales está llamada también la Filosofía del Derecho, comprendida como parte integrante de la práctica jurídica y no como una contemplación distanciada de esa práctica. Este es precisamente el sentido de buena parte de la Filosofía del Derecho que se hace hoy, una que se acerca mucho a la que Fuller proponía ya en 1940 (decidir la mejor manera en que los juristas han de vivir sus vidas profesionales) y que, con otros tonos, reiteraba en las líneas finales de su «Réplica a los críticos» de la segunda edición de *The Morality of Law*:

Quizá llegará el momento en que los filósofos del derecho dejarán de preocuparse por la construcción de ‘modelos conceptuales’ para la representación de los fenómenos jurídicos, acabarán con sus debates sobre definiciones, y en vez de eso se enderezarán al análisis de los procesos sociales que constituyen la realidad del derecho⁴⁹.

Sin dejar del todo de preocuparse por conceptos y definiciones, sí es cierto que la Filosofía del Derecho se ocupa cada vez más de esos procesos sociales que integran la práctica jurídica. La gran batalla que Fuller entabló contra el positivismo durante las décadas centrales del siglo XX fue la de promover este giro y se diría que, aunque sea póstumamente, la está ganado.

⁴⁹ Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 242.

POTENZA DELLA TECNICA, POTERE DEL DIRITTO. LEZIONI DAL NOVECENTO SULLA LOTTA DELLA SCIENZA GIURIDICA CON LA PERFEZIONE DELLA TECNICA

Stefano Pietropaoli

Abstract

The article considers two texts, both from 1965, authored by two of the greatest protagonists of the twentieth century: Hans Kelsen and Carl Schmitt. It argues that the greatest lesson of the twentieth century pertains to the unfeasibility of the claim to regulate human society by resorting to technology on its own.

Technology aims at perfection, precision, repeatability. The perfection of technology is the result of logical and mathematical processes, which seek to eliminate all uncertainty and ambiguity through the reproducibility of results. But the perfection of technology conflicts with the imperfection of law: an unavoidable imperfection because it reflects—and cannot but reflect—the complexity of the human condition, with all its contradictions.

Keywords

Digital revolution; Computational law; Hans Kelsen; Carl Schmitt; Imperfection of law.

A. - *Perché non si fa costruire un apparato cibernetico che capisca e risponda alla domanda per lei?*

N. - *Non può risparmiarci questa domanda, signor Altmann?*

Carl Schmitt, trasmissione radiofonica della Hessischer Rundfunk del 12 aprile 1955

Tra diritto, potere e tecnica esiste un legame profondissimo. Il rapporto tra diritto e potere è probabilmente quello più immediato: il diritto è una forma di potere, nel duplice senso di manifestazione e limite – “messa in forma” – del potere stesso. Che la tecnica sia uno strumento del potere è un’affermazione che, allo stesso modo, non mi pare necessiti di essere argomentata in maniera approfondita: il potere si serve della tecnica per conseguire i propri scopi. Il nesso tra diritto e tecnica presenta invece un maggior grado di complessità.

Prima di tutto, il diritto è in sé una tecnica. Come si può leggere, per esempio, nel notissimo dizionario filosofico di Nicola Abbagnano¹, in senso generale e fondamentale il diritto altro non è che «la tecnica della coesistenza umana, cioè la tecnica diretta a rendere possibile la coesistenza degli uomini». In questo senso, il diritto corrisponde a un insieme di regole che hanno per oggetto il comportamento interindividuale e la cui applicazione produce determinati risultati.

Ma il diritto non è soltanto una tecnica. Il diritto, recuperando la dimensione del termine greco *techne*, è anche un’arte. Come la tecnica, anche l’arte segue delle regole, ma non consiste nell’esecuzione di una serie preordinata di operazioni finalizzate al conseguimento di un risultato predeterminato. L’arte non obbedisce a esiti prevedibili. Essa è tale nella misura in cui è capace di elaborare strategie alternative alla risoluzione di un problema. In questo senso la dimensione artistica del

¹ N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia*, UTET, Torino 1961.

diritto sottolinea il suo carattere intrinsecamente creativo, ed evoca la fantasia come una qualità imprescindibile del giurista².

Il diritto, dunque, è nello stesso tempo tecnica e arte. Ma, ancor più, è scienza nel senso latino dell'espressione: *scientia*, autonomo campo del sapere. In quanto scienza, il diritto svolge funzioni e persegue scopi determinati. Se la sua funzione fondamentale è quella di orientare i comportamenti dei consociati, da un punto di vista teleologico il diritto persegue il fine della pace sociale (e non del bene, come fa invece la morale).

Ciò significa che il suo compito primario è la limitazione della violenza. In questa prospettiva, il diritto si avvale di tecniche che consentono ai consociati di conoscere, e quindi osservare, le regole della coesistenza civile. In altre parole, il diritto è prima di tutto parola: *verbum*, parola ordinante.

Proprio perché ha la funzione di orientare i comportamenti umani, il diritto necessita di essere comunicato. Ed è per questo motivo che le rivoluzioni che hanno segnato la storia delle tecnologie della comunicazione hanno rappresentato momenti di svolta anche per la storia del diritto.

Pensiamo, per esempio, alla straordinaria influenza che ha avuto la scrittura nella storia del diritto. Si potrebbe arrivare a sostenere che il *jus* si sia definitivamente emancipato dal *fas* soltanto grazie all'opera di Gneo Flavio, lo scriba di Appio Claudio che nel 304 a.C. «subreptum

² In aperta polemica con la posizione di Piero Calamandrei, Grossi recensì in maniera estremamente positiva il volume di Vincenzo Panuccio intitolato *La fantasia nel diritto* (Giuffrè, Milano 1984). Cfr. P. Grossi, *La fantasia nel diritto*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XV (1986), pp. 589-592. Riporto di seguito l'*incipit* del testo: «I giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia'. Ho sempre letto con uno sgomento profondo questa frase del mio vecchio maestro Piero Calamandrei, e volentieri l'ho collocata nell'urna di quel masochistico positivismo giuridico di cui si sono cibati avidamente e si sono saziati soddisfatti i nostri padri; volentieri l'ho sempre letta come il segno d'un territorio irrecuperabilmente passato, al quale mi sento di non appartenere».

librum populo tradidit». (D.1.2.2). Quel gesto consentì di rompere il monopolio sapienziale esercitato fino a quel momento dai pontefici, dischiudendo la possibilità che si formasse una figura del tutto nuova, sconosciuta anche nella civilissima Grecia: il giurista³.

Ma pensiamo anche al ruolo che ha giocato sul piano giuridico l'invenzione della stampa a caratteri mobili. Non credo sia un caso che la diffusione di quel nuovo strumento di comunicazione coincida con l'inizio della parabola dello Stato moderno. Nella sua prima espressione – quella dello Stato assoluto – questa nuova forma di organizzazione del potere (che arriverà a vantare il monopolio della produzione giuridica), si serve della stampa come strumento per rendere conoscibile la volontà del sovrano anche negli angoli più remoti del territorio sul quale egli regna.

Giungiamo così all'ultima grande rivoluzione delle tecnologie dell'informazione della comunicazione: la rivoluzione informatica. Anche l'informatica sta incidendo radicalmente sul diritto, così come avevano fatto in precedenza prima la scrittura e poi la stampa. Ma questa rivoluzione, io credo, è diversa dalle precedenti. Rispetto alle tecnologie che l'hanno preceduta, l'informatica sta oggi mettendo in dubbio la possibilità di continuare a pensare il diritto per come lo abbiamo inteso da due millenni a oggi. La rivoluzione digitale mette in crisi l'essenza del diritto, la sua sopravvivenza, la sua esistenza.

Il profondo mutamento che stiamo vivendo è stato innescato quasi un secolo fa. Sembriamo spesso dimenticare che le stupefacenti applicazioni informatiche che abbiamo oggi a disposizione sono soltanto l'ultimo esito di uno sviluppo tecnologico avviato negli anni Quaranta del secolo scorso. È, infatti, intorno alla metà del Novecento che nascono, in rapida sequenza, l'informatica, la cibernetica, la giurimetria (l'an-

³ Mi limito qui a richiamare A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino 2017. Fondamentale però anche E. Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, il Mulino, Bologna 2010.

tesignana di quella che chiamiamo oggi informatica giuridica) e, infine, l'intelligenza artificiale.

Di fronte alle straordinarie potenzialità di queste nuove tecnologie, il diritto ha iniziato ad entrare in una crisi che si sta sempre più aggravando. È in questa prospettiva – in cui la rivoluzione digitale appare come un fenomeno tutt'altro che recente o recentissimo – che mi sembra interessante interrogare alcuni “classici” del diritto, che hanno potuto assistere ai primi passi di quella rivoluzione. Questo non perché si possa pensare di trovare in loro risposte a fondamentali snodi teorici che ci troviamo di fronte nella nostra epoca. Una simile operazione, tesa a cercare soluzioni a problemi di oggi interrogando autori che hanno svolto la propria prestazione intellettuale un secolo fa, è storiograficamente insensata. Tuttavia, credo anche che esaminare come quei giuristi abbiano colto alcune possibili linee di sviluppo delle nuove tecnologie nel momento della loro genesi, possa ancora aiutarci a comprendere in maniera più profonda la vera natura della rivoluzione digitale, e insieme ad essa la posta in palio per la scienza giuridica.

Viviamo uno scenario di crisi, dunque. Crisi, prima di tutto, perché il diritto è irrimediabilmente in ritardo nel vano tentativo di inseguire la rivoluzione digitale. Le novità tecnologiche che ogni giorno fanno il loro ingresso sulla scena sfuggono sempre più spesso alla capacità regolativa degli ordinamenti giuridici. E nuove minacce sociali – attuali o potenziali – rimangono a lungo sprovviste di un inquadramento normativo, denunciando tutti i limiti di un approccio al diritto che è lo specchio impolverato di un mondo che non esiste più. Il diritto è dunque chiamato a rispondere con maggiore solerzia e capacità all'esigenza di disciplinare la nuova realtà, inventando efficaci meccanismi di reazione alle sollecitazioni provocate dalla rivoluzione digitale.

Tuttavia, un simile sforzo non è di per sé sufficiente a risolvere la crisi. Questo perché non è soltanto crisi di capacità regolativa, ma è ancor prima crisi di concetti. L'armamentario concettuale che abbiamo ereditato dai secoli passati necessita di essere aggiornato, riadattato, ripensato. Senza questa opera di rinnovamento, siamo destinati a ritrovarci attrezzi arrugginiti e inservibili. Si badi bene: sostengo non che ci

si debba liberare di un sapere antico di millenni, ma che proprio facendo tesoro delle crisi che hanno già attraversato la scienza giuridica si debba tentare di elaborare nuove soluzioni, senza affannarci a sforzare recipienti ormai incapaci, dei quali decreteremmo altrimenti soltanto la prossima fenditura.

Non si tratta, dunque, soltanto dell'incapacità dello Stato di adeguare con prontezza l'ordine giuridico alle novità tecnologiche. Il più grave problema è che l'apparato concettuale che da secoli i giuristi davano per acquisito si è rivelato inadeguato a dare risposte efficaci a una lunga serie di questioni sollevate dalla diffusione delle tecnologie digitali.

Per fare un primo esempio, pensiamo al contratto. Il cosiddetto *smart contract* non è nato in ambito giuridico. È un termine coniato nell'ambiente di sviluppo dell'IA, e quando un informatico usa la parola "contratto" non lo fa nella stessa maniera in cui lo intende un giurista⁴. Capire se, e a quale condizioni, lo *smart contract* sia un "contratto" ai sensi dell'art. 1321 del Codice civile, non è affatto banale⁵. Oppure, pensiamo al concetto di proprietà. Quando acquistiamo un libro in formato digitale, da leggere sul nostro e-reader, "compriamo" davvero qualcosa? Acquistiamo un libro solo apparentemente identico a quello cartaceo, che possiamo forse "sottolineare", ma che non si consuma e non si usura, che non possiamo prestare e che non possiamo rivendere. Possiamo dirci "proprietari" di un bene, dunque? La risposta è negativa, per quanto controintuitiva. Il tradizionale paradigma della proprietà

⁴ Il *computer scientist* Nick Szabo, considerato l'inventore del termine, ha proposto la seguente definizione: «A smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries».

⁵ In altri termini, non è banale riuscire a distinguere lo *smart contract code* dallo *smart legal contract*.

non funziona più, eppure ci viene spontaneo parlare di “proprietà” di quel libro.

I giuristi si stanno dimostrando incapaci di elaborare nuovi concetti adeguati allo scenario attuale. Usiamo parole antiche alla ricerca di impossibili rassicurazioni quando invece saremmo chiamati a “inventare”⁶ qualcosa di diverso. In Italia, un articolo del Codice di procedura penale è dedicato al “sequestro di dati informatici”. Il termine evoca nella mente del giurista (e non solo) il gesto della apprensione di una cosa che viene portata via, tolta dalla disponibilità del soggetto che la detiene. Ma il “sequestro” di cui all’articolo 254-*bis* è qualcosa di diverso: «1. L’autorità giudiziaria, quando dispone il sequestro, presso i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, dei dati da questi detenuti, compresi quelli di traffico o di ubicazione, può stabilire, per esigenze legate alla regolare fornitura dei medesimi servizi, che la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità». Il sequestro, che etimologicamente richiama l’affidamento di un bene a un depositario per renderlo indisponibile a chi lo deteneva, in questo caso si rivela come mera estrazione di una copia, mettendo così in evidenza la riluttanza del legislatore (e del giurista) nel cercare nuove soluzioni e il suo ancoramento a parole, termini e concetti che non turbino il suo torpore.

Allo stesso modo, concetti come quelli di sanzione, di responsabilità, di norma e di persona sono entrati in una profondissima crisi.

Abbiamo smarrito il senso di alcuni di quelli che erano i concetti-cardine della scienza giuridica. Non siamo più certi del loro significato, della loro tenuta, della loro attualità. Un ente dotato di intelligenza artificiale può vedersi riconosciuta una forma di personalità giuridica-

⁶ Cfr. P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017.

mente rilevante?⁷ In una procedura concorsuale che impiega algoritmi, in caso di errore chi sarà chiamato a risponderne? Il codice informatico che determina il funzionamento di un veicolo a guida autonoma è un insieme di norme giuridiche?

È uno scenario di crisi radicale, che pone sfide fondamentali per la scienza giuridica e richiede una riflessione critica su concetti consolidati. I filosofi del diritto per primi sono chiamati a farsi carico di ripensare le vecchie categorie, di inventarne di nuove. Non possiamo ancorarci ai modelli che ci hanno soccorso per secoli, ma dobbiamo abbracciare creatività e fantasia per salvare la nostra scienza.

In questo contesto, interrogare i “classici” del pensiero giuridico che hanno assistito alla nascita della rivoluzione digitale può rivelarsi più fruttuoso di quanto ci si potrebbe attendere. Il sottotitolo del presente testo rinvia esplicitamente al volume *La lotta per la scienza del diritto* di Hermann Kantorowicz del 1906⁸. Viviamo una nuova lotta per la scienza giuridica: una lotta che è iniziata da molto tempo, senza che molti di noi se ne accorgessero. Figure come quelle di Martin Heidegger, Ernst Jünger e Carl Schmitt sono state tra le prime a mostrare consapevolezza del problema posto dalla Tecnica: un cambio epocale di paradigma, in cui la Tecnica non sarebbe più stata mero strumento ma sarebbe diventata essa stessa un fine.

È stato però forse Friedrich Georg Jünger, fratello del più noto Ernst, ad affrontare per primo in maniera davvero profonda questa tematica, nel suo libro *La perfezione della tecnica*, scritto nel 1939 ma pubblicato

⁷ Sul tema mi permetto di rinviare a S. Pietropaoli, *La maschera di silicio. Un requiem per il diritto dell'era digitale*, in *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, a cura di D. Buzzelli, M. Palazzo, Pacini Giuridica, Pisa 2022, pp. 39-56.

⁸ H. Kantorowicz (ma il volume apparve proprio sotto lo pseudonimo di quel Gnaeus Flavius che abbiamo avuto modo di ricordare), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter, Heidelberg 1906, trad. it., *La lotta per la scienza del diritto*, prefazione e note di R. Majetti, Sandron, Milano 1908).

solo dopo la Seconda guerra mondiale⁹. È anche questo un libro dedicato a una lotta: quella contro la civiltà delle macchine. Mettendo a fuoco il tema del “funzionalismo”, Jünger pronostica quale possibile esito della rivoluzione tecnologica l’avvento di un’epoca in cui tutto sarebbe diventato misurabile.

Il tempo presente sembra dare ragione a Friedrich Georg Jünger. Siamo testimoni del compimento della “computabilità integrale”: un tempo in cui si pretende che tutto possa essere datificato, ridotto a dato, codificato e dunque comprensibile per le macchine.

Già alla fine degli anni Sessanta del Novecento, alcuni teorici del diritto – penso, in Italia, alla “teoria assiomaticizzata del diritto” di Luigi Ferrajoli¹⁰ – avevano avanzato l’idea di formalizzare l’ordinamento giuri-

⁹ F.G. Jünger, *Die Perfektion der Technik*, V. Klostermann, Frankfurt am Main 1949.

¹⁰ Cfr. L. Ferrajoli, *Teoria assiomaticizzata degli atti e delle situazioni giuridiche*, Giuffrè, Milano 1967; Id., *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1970; e adesso anche il terzo volume del *magnum opus* di Luigi Ferrajoli (*Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007), intitolato *Sintassi del diritto*, che supera le mille pagine, la maggior parte delle quali formulate come segue: «1. (t)(x)(NIPrx = (NORr-RIPrx)) 3. ()(SITy = M(Ex)(MODyx v ASPyx v ASPy1x) ATT*) D6,1 4. (y)(x)(STGyx -> (3w)(STAyx EFFyw ATTw)) T7.2 T8.1 5. (t) (NORr -> REGr 6. (x) (NIPIx = (NORr RIPrx)) 1/EU(r) 7. RIPIX = (REG+ (3y) (MODyx v ASPyX V ASPy1x V STAyX) REGry) 8. SITy = M(Ex) (MODyx v ASPyx v ASPyLx) ATT*) 3/BU(y) 2IEUG) 9. (x)(STGyx -> (3w) (STAyx EFFyw ATTw)) 4/EU(y) 5/EU(1) 10. NORr -> REGr 11. (x)((NORr RIPrx) -> NIPrx) 6/A4.2 12. (x)(NORr -> (RIPrx -> NIPrx)) 11/14.51 13. NORr -> (x) (RIPIx -> NIPrx) 12/L8.5 14. NORr -> ((I1x)RIPrx -> (3x)NIPrx) 13/17.7 15. NORr -> (M(3x)RIPrx -> M(3x) NIPrx) 14/L16.2 16. NORr -> (RIPr -> NIPr) 15/PM 17. (NORr RIPr) -> NIPr 16/L4.51 18. (REGr (Ay) ((MODyx v ASPyx V ASPyLx V STAyX) REGry) -> RIPrx TIA4.2 19. (By)(REGr (MODyx V ASPyx v ASPy_x v STAyX) REGry) -> RIPrx 18/L8.2 20. (y) ((REGr (MODyx V ASPyx V ASPy1x v STAyX) REGry) -> RIPIx) 19/L8.7 21. (REGr (MODyx v ASPyx v ASPy1x V STAyX)-REGry) -> RIPrX 20/EU(y) 22. ((REGr-REGry (MODyx V ASPyx V ASPy-x)) v (REGr-REGry-STAyX)) -> RIPrx 21/L1.4,L12 23. (REGr REGry (MODyx v ASPyx V ASPy-x)) -> RIPrx 22/L4.47 24. (REGr-REGry (MODyx V ASPyx V ASPy1x): ATTx) -> RIPrX 23/

dico riducendolo ad operazioni logiche. Si sono così spalancate le porte a un processo che, facendo leva sulla straordinaria capacità di calcolo dei computer, ha condotto all'elaborazione del cosiddetto "diritto computazionale"¹¹. Con tale espressione si indica appunto il campo di studi che esplora la possibilità di ridurre le norme a una serie di rappresen-

L4.43 25. (REGr REGry) -> (((MODyx V ASPyx v ASPy1x)•ATTx) -> RlPrx) 24/
 L4.51 26. (x) ((REGr REGry) -> (((MODyx V ASPyx v ASPy-x) ATTX) -> RlPrx))
 25/GU(27. (REGrREGry) -> (x) (((MODyx v ASPyx v ASPy-x) ATTX) -> RlPrx)
 26/L8.5 28. (REGr REGry) -> ((3x) ((MODyx v ASPyx v ASPyLx) ATTX) -> (Ex)
 RlPrx) 27L1.1 29. (REGr-REGry) -> (M(1x) ((MODyx V ASPyx V ASPy1x):ATTx)
 -> M(3xRlPrx) 28/L162 30. (REGr REGry) -> (SITy -> M(1x)RlPrx) 29,8/RIM 31.
 (REGr REGry SITy) -> M(1x)RlPrx 30/L4.51 32. (y)((REGr REGry SITy) -> M(1x)
 RlPrx) 31/GU(r) 33. (ay)(REGrREGry-SITy) -> M(1x)RlPrx 32/L8.7 34. (REGr (Jy)
 (REGry SITy)) -> M(Ex RlPrx 33/L8.2 35. REGr -> ((fy)(REGry SITy) -> M(3x)
 RlPrx) 34/L4.51 36. REGr -> (M(3y) (REGry SITy) -> MM(3x)RlPrx) 35/L16.2 37.
 REGr -> (M(3y) (REGry:SITy) -> M(3x) RlPrx) 36/L13.2 38. REGr -> (MAy)(RE-
 Gry SITy) -> RlPr) 37/PM 39. NORr -> (M('y)(REGry SITy) -> RlPr) 10,38/L4.33
 40. (NORr M(3y)(REGry SITy)) -> RlPr) 39/L4.51 41. (NORr M(3y)(REGry SITy))
 -> (NORr RlPr) 40/L4.35 42. (NORr M(ay)(REGry SITy)) -> NlPr 41,17/14.33».

¹¹ Sul tema segnalò alcuni contributi che inquadrano il tema da diverse prospettive: A. Andhov, *Computational Law*, Karnov, Copenhagen 2022; T.D. Barton, *Designing Legal Systems for an Algorithm Society*, in *Liquid Legal – Humanization and the Law*, K. Jacob, D. Schindler, R. Strathausen, B. Wäldt (eds), Springer, Cham 2022; C. Guitton, A. Tamò-Larrieux, S. Mayer, *Mapping the Issues of Automated Legal Systems: Why Worry About Automatically Processable Regulation?*, in «Artificial Intelligence and Law», XXXI (2022), pp. 571-599; A. Jeffery, V. Jeutner, *Quantum Computing and Computational Law*, in «Law Innovation and Technology», XII (2012), 2, pp. 302-324; Z. Ni, *Computational Jurisprudence: The Next Step Forward*, in «Singapore Academy of Law Journal», XXXIII (2021), pp. 355-386; E. van den Hoven, *Making the Legal World: Normativity and International Computational Law*, in «Communitas», III (2022), 1, pp. 31-56; G. van Dijck, Gio. Sartor, Gal. Sartor, M. Grabmair, K. Ashley, S. Mayer, A. Tamò-Larrieux, C. Guitton, *Pervasive Computational Law*, in *Ieee Pervasive Computing*, XXII (2023), 3, pp. 48-51; E. Walters (ed.), *Data-Driven Law. Data Analytics and the New Legal Services*, Auerbach, New York 2018; J. Weidong, *The Domain of Computational Law*, in «Peking University Law Journal», X (2021), 2, pp. 109-130.

tazioni logiche interamente processabili. Si tratta di un approccio che sul piano teorico pare richiamarsi alle tesi più estreme del formalismo giuridico. Ma vedremo più avanti che la questione è più complessa di quanto potrebbe sembrare a un primo sguardo.

Le schiere di coloro che hanno sostenuto la possibilità di creare un diritto finalmente “oggettivo”, “imparziale”, “comprensibile”, “facilmente e razionalmente applicabile” – in altre parole, un diritto più “giusto” perché liberato dalle passioni ed emozioni umane – sono andate infittendosi. Questo “diritto sintetico” dovrebbe essere scritto in un linguaggio formale e dunque processabile da un elaboratore elettronico: una lingua non naturale, e pertanto – così si sostiene – liberata da tutti i difetti che il linguaggio naturale comporta, con le sue ambiguità e imprecisioni.

L'idea di tradurre le norme giuridiche in linguaggio di programmazione potrebbe sembrare un tentativo tanto velleitario quanto risibile. Tuttavia, in alcuni ambiti normativi, le applicazioni che si avvalgono di tale traduzione già esistono e vengono commercializzate con successo. Un esempio sia sufficiente: molte aziende automobilistiche stanno investendo nello sviluppo di veicoli a guida autonoma. Ebbene, tali mezzi di trasporto non soltanto sapranno individuare gli ostacoli (un pedone, un marciapiede, e così via) ed evitarli, scegliere il percorso più breve o più panoramico, attivare i tergicristalli alla prima goccia di pioggia, frenare in caso di coda e così via, ma potranno essere impostati per individuare e interpretare specifici segnali stradali (norme rese computabili, appunto) e di conseguenza rispettare i limiti di velocità previsti per la tipologia di strada che si sta percorrendo, mantenere automaticamente la distanza di sicurezza in autostrada, fermarsi al semaforo rosso, e molto altro ancora.

Il diritto verrebbe dunque ridotto a codice informatico. Ma sarebbe ancora davvero diritto?

L'idea che il diritto possa essere integralmente formalizzato e ridotto in operazioni logico-matematiche, a loro volta trasformabili in sequenze di comandi binari, è contraria all'essenza stessa del diritto come scienza giuridica. L'espressione “diritto computazionale” è un ossimoro. La nostra esistenza non è integralmente codificabile, così come il diritto non

è integralmente computabile. Il diritto è – ed è sempre stato, e sempre sarà fino all’ultimo dei suoi giorni – parola, non cifra binaria.

Come già detto: se la rivoluzione di cui ammiriamo oggi gli sbalorditivi e spaventosi risultati affonda le proprie radici nel Novecento, è quella l’epoca che dobbiamo interrogare ancora una volta. Non si tratta di cercare nel passato risposte ai problemi di oggi (e tantomeno di domani). Si tratta, invece, del tentativo di elaborare soluzioni nuove nella convinzione che esse possano essere davvero efficaci se della rivoluzione digitale colgono il senso profondo. Il Novecento, dunque, come transito necessario per comprendere la natura di questa rivoluzione: ricostruirne la genesi per intuirne i prossimi esiti.

In questa direzione possiamo provare a interrogare due dei maggiori protagonisti del Novecento giuridico: Hans Kelsen e Carl Schmitt. In questa sede non pretendo certo di esaminare compiutamente la produzione scientifica di questi autori agli albori della rivoluzione digitale. Mi limiterò a ricordare due loro testi, entrambi del 1965¹².

Ho già ricordato come alcuni fautori della computabilità integrale del diritto si siano serviti del normativismo come base teorica sulla quale edificare il diritto computazionale. Pur non essendo il sottoscritto ascrivibile agli alfiere del kelsenismo, mi permetto di sostenere che un simile uso della sua teoria non rende giustizia al grande giurista austriaco. In alcuni testi – ivi compresa la seconda edizione de *La dottrina pura del diritto* del 1960 – Kelsen sembra sostenere la possibilità di applicare (almeno indirettamente) i principî logici alle norme giuridiche. Tuttavia, per sostenere una simile posizione egli deve ricorrere a una distinzione che possa aggirare l’obiezione secondo cui i principî logici si applicano solo alle proposizioni che possono essere vere o false (mentre le norme giuridiche sono soltanto valide o non valide): quella tra *Sollen*

¹² Caso vuole che il 1965 sia l’anno anche del lancio del primo satellite commerciale per le telecomunicazioni, l’Early Bird (INTELSAT I).

descrittivo delle proposizioni giuridiche e *Sollen* precettivo delle norme che esse descrivono¹³.

Non convinto della bontà di questa soluzione, funzionale all'applicazione almeno "indiretta" della logica al diritto, Kelsen riprende il tema in maniera ben più approfondita nel 1965, in un saggio intitolato proprio *Recht und Logik*¹⁴. Come ha evidenziato in maniera brillantissima Mario Losano già nel 1966¹⁵, in questo testo Kelsen capovolge la posizione avanzata ne *La dottrina pura del diritto*. In *Recht und Logik* Kelsen dimostra infatti l'inapplicabilità al diritto sia del principio di contraddizione sia delle regole d'inferenza. Un principio logico è certamente applicabile non alle asserzioni, ma più propriamente al "senso contenuto" (*Sinngehalt*) nelle asserzioni stesse. L'atto con cui si fa un'affermazione non è né vero né falso: solo il suo significato può essere vero o falso.

Per quanto riguarda le norme, dunque, l'applicabilità della logica presenta profili problematici evidenti. In particolare, questo tema emerge chiaramente dall'analisi del diverso meccanismo di funzionamento del sillogismo che potremmo definire "teoretico" rispetto al cosiddetto "sillogismo normativo". Servendoci dell'esempio riportato da tutti i manuali scolastici: se affermo che "Tutti gli uomini sono mortali" e che "Socrate è un uomo", la conclusione "Socrate è mortale" è logicamente obbligata dalle due premesse. Ma se si applica il medesimo schema alle norme, si rileva immediatamente una profonda differenza. In un sillogismo giuridico possiamo individuare una premessa maggiore esprimibile come "Tutti i ladri *devono* essere puniti". La premessa minore stabilisce invece, per esempio, che "il Sig. Schulze è un ladro". La conclusione in questo caso non è l'inferenza "Schulze *deve essere* punito". Ciò per la ragione che, pur essendo valida la premessa maggiore e certa quella

¹³ Cfr. M. Losano, *Introduzione*, in H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1966, pp. L-LI.

¹⁴ H. Kelsen, *Recht und Logik*, in «Forum», (1965), 142, pp. 421-425; 143, pp. 495-500.

¹⁵ M.G. Losano, *Diritto e logica in Hans Kelsen*, in «Il Politico», XXXI (1966), 4, pp. 812-821.

minore, niente impedisce all'autorità competente di decidere che il Sig. Schulze non debba essere punito. Per Kelsen, infatti, una decisione è un atto di volontà distinguibile rispetto a una mera operazione intellettuale (*Denkoperation*¹⁶). In altre parole, se anche si vuole continuare ad usare l'espressione "sillogismo normativo", soltanto la decisione dell'autorità – il giudice, nel nostro esempio – consente di conoscere la conclusione derivante dalle premesse.

In conclusione, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni, Kelsen dimostra l'inapplicabilità dei principî logici al diritto: sostenere che il "diritto computazionale" sia uno sviluppo coerente del normativismo kelseniano è dunque un'affermazione evidentemente infondata.

La "interposizione di autorità", ridisegnando il rapporto tra norma e decisione, gioca dunque un ruolo determinante nella teoria kelseniana. In questa prospettiva Alfonso Catania¹⁷ ha avuto il merito di mostrare – confutando una tanto diffusa quanto semplicistica contrapposizione – come il punto di partenza del normativismo di Hans Kelsen sia il principio riassunto dalla formula hobbesiana *auctoritas, non veritas facit legem*, esattamente come per il decisionismo di Carl Schmitt.

Non soltanto per Schmitt, dunque, ma anche per Kelsen chi decide dà vita al diritto. La decisione – ogni decisione normativa, tanto quella con cui un parlamento approva una legge quanto quella con cui un giudice emette una sentenza – non può mai essere soltanto dichiarativa perché contiene sempre un *quid novi*. Ciò che divideva i due giuristi (oltre alla ovvia profonda differenza ideologico-politica) era piuttosto,

¹⁶ Kelsen, *Recht und Logik*, cit., p. 496.

¹⁷ Cfr. A. Catania, *Decisione e norma*, Jovene, Napoli 1979 (recentemente ristampata a cura di V. Giordano e F. Mancuso per i tipi di Castelveccchi), *passim* e in particolare il capitolo IV. La sostanziale continuità della riflessione di Catania su questo tema è confermata dalla lettura di una delle sue ultime opere, che sviluppa il lavoro del 1979: *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008. Si veda anche A. Catania, *Che cos'è la decisione*, in Id., *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Giappichelli, Torino 2006.

sul piano teorico, la collocazione dell'*auctoritatis interpositio*: all'interno dell'ordinamento giuridico, secondo Schmitt, al suo esterno secondo Kelsen. Ma la soluzione kelseniana non negava in alcun modo la funzione svolta dal principio di autorità in una prospettiva nomodinamica. Essa, al contrario, "purificava" l'ordinamento, distinguendo in maniera univoca tra momento normativo (dichiarativo) e momento volontaristico (costitutivo) e, dunque, decisionale¹⁸.

Possiamo così passare in esame lo scritto di Carl Schmitt, sempre del 1965, intitolato *Il compimento della Riforma*¹⁹. Il saggio, dedicato ad alcune interpretazioni del *Leviatano* di Hobbes del secondo dopoguerra, tematicamente potrebbe sembrare assai lontano dal problema che stiamo affrontando in queste pagine. Ma così non è. In un passaggio del testo, Schmitt afferma che Hobbes non è uno scienziista nel senso moderno del termine, né un fautore dell'industrialismo, né un tecnocrate. La riflessione hobbesiana, secondo Schmitt, è inadeguata e perfino incommensurabile rispetto a un'epoca segnata da una civiltà tecnico-scientifica, poiché «una domanda come il *quis judicabit?* hobbesiano non coglie per nulla le 'legalità oggettive' della tecnica»²⁰. Il termine impiegato da Schmitt è *Sachgesetzlichkeiten*²¹: la legalità viene reificata, ridotta a obbedire a una propria logica, eliminando l'aspetto decisionale.

Per spiegare questa affermazione Schmitt, ricorre all'esempio del semaforo: l'alternarsi del rosso e del verde a un incrocio non rappresenta una serie di atti amministrativi. Parlare di decisioni in tale ambito

¹⁸ Interessantissime riflessioni si trovano sul punto in T. Gazzolo, *Essere/dover essere. Saggio su Hans Kelsen*, FrancoAngeli, Milano 2016.

¹⁹ C. Schmitt, *Die vollendete Reformation. Bemerkungen und Hinweise zu neuen Leviathan-Interpretationen*, in «Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte», IV (1965), pp. 51-69 (apparso in traduzione italiana col titolo *Il compimento della Riforma*, in Id., *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Giuffrè, Milano 1986, pp. 159-190).

²⁰ Ivi, trad. it. cit., p. 184.

²¹ Ivi, ed. orig. cit., p. 67.

sarebbe soltanto l'assurdo risultato di una antropomorfizzazione tanto ingenua quanto grottesca.

Il problema intuito da Schmitt è che il livello di complessità di quelle che egli chiama “legalità oggettive” sta rapidamente aumentando. Questioni segnate da un alto grado di difficoltà trovano sempre più spesso risposte “automatiche”. Ma se le *Sachgesetzlichkeiten* possono prescrivere soluzioni, non possono invece porre alcuna domanda, e «tuttomeno la domanda hobbesiana *quis judicabit?*»²². È a quest'altezza del discorso che Schmitt introduce una breve ma incisiva digressione sulla cibernetica: «Non c'è ancora un apparato cibernetico tanto perfezionato da saper porre, a partire dai propri presupposti, la domanda *quis judicabit?* nel senso della *philosophia practica* di Hobbes. Rispetto ad una macchina che fornisce da sé soluzioni e risposte, la domanda decisiva *quis judicabit?* o *quis interpretabitur?* si precisa nella forma di un *quis interrogabit?*»²³.

E conclude: «È questo il problema, *chi* pone la domanda, *chi* programma la macchina in sé incapace di *decisione*»²⁴.

Il passo schmittiano mette a fuoco, in maniera lapidaria, due punti che mi sembrano centrali per comprendere la natura della rivoluzione tecnologica.

Il primo è che il meccanismo delle “legalità oggettive” – la cui massima manifestazione odierna è la cosiddetta “decisione algoritmica” – non comporta una “decisione” in senso proprio. Il semaforo non decide, il semaforo porta soltanto un certo risultato preordinato che mira a eliminare ogni incertezza, ogni ambiguità. L'algoritmo, allo stesso modo, è una semplice sequenza di operazioni che svolgono la funzione di risolvere un problema dato. In questo senso, esso conduce a un “risultato”, che non può essere scambiato per una “decisione”, che rimane sempre un atto di espressione di una umana volontà. Prendiamo, per esempio,

²² Ivi, trad. it. cit., p. 185.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.* (corsivi miei).

un cubo di Rubik: il gioco si risolve applicando una serie di algoritmi, in altre parole compiendo determinate operazioni che variano a seconda della composizione delle facce del cubo (le “premesse” logiche del gioco). Svolte le mosse, il gioco è risolto: si giunge così a una soluzione predeterminata, ovvero a un risultato (le sei facce tutte del medesimo colore), non a una decisione. La quantità delle possibili combinazioni di partenza (calcolato nello strabiliante e impronunciabile numero di 43.252.003.274.489.856.000)²⁵ è enorme, ma pur sempre *finita*. Ma il diritto, in quanto fenomeno umano, non funziona come un cubo di Rubik: esso coinvolge sempre una decisione. Il diritto deve affrontare la sfida di interpretare e di regolare i comportamenti umani, permeati da una varietà *non-finita* di influenze culturali, di valori etici, di ideologie politiche, di comportamenti collettivi diversissimi a seconda della società umana di riferimento.

Il secondo punto – anch’esso di estrema attualità – è legato alla considerazione che la macchina è in sé incapace di decisione. Dietro all’apparente neutralità algoritmica, si occultano le decisioni – umanissime – di chi la programma. La perfezione della tecnica, applicata alla società umana, cela dunque meccanismi decisionali che, nella loro opacità, impediscono di prenderne consapevolezza, ostacolando così la capacità di conoscerli, controllarli, criticarli.

Se, dunque, è possibile trarre lezione dal Novecento giuridico, questa mi pare condensarsi nella impraticabilità della pretesa di regolare la società umana facendo ricorso esclusivo alla tecnica. La tecnica mira alla perfezione, alla precisione, alla ripetibilità (e alla ripetizione)²⁶. La

²⁵ Come enorme, ma pur sempre finito, è il numero di parametri impiegato da Chat GPT, la cui potenza è soggetta a una crescita esponenziale. Nel 2019, Open AI ha rilasciato GPT-2 con 1,5 miliardi di parametri, seguito poco più di un anno dopo da GPT-3, con un numero di parametri pari a 175 miliardi distribuiti su 96 livelli nella rete neurale. GPT-4, secondo alcune stime, potrebbe arrivare a 100 trilioni di parametri.

²⁶ Su ripetizione e riproducibilità nella *technè*, cfr. B. Stiegler, *La tecnica e il tempo*, vol. 1. *La colpa di Epimeteo* (2018), a cura di P. Vignola, Luiss University Press, 2023, e in particolare p. 257, dove si legge: «La questione della ripetizione include an-

perfezione della tecnica è il risultato di processi logici e matematici, che cercano di eliminare ogni incertezza e ambiguità tramite la riproducibilità dei risultati.

Ma la perfezione della tecnica confligge con l'imperfezione del diritto: una imperfezione inevitabile, perché riflette – e non può non riflettere – la complessità della condizione umana, con tutte le sue contraddizioni²⁷. Il diritto è chiamato ad affrontare situazioni uniche e mutevoli, a bilanciare incessantemente interessi conflittuali, adattandosi a contesti in continua evoluzione.

Contrariamente a quanto suggerito da chi intona il peana del diritto computazionale, ritengo che non si debba inseguire il miraggio di un diritto perfetto. Dobbiamo invece rivendicare l'imperfezione come risorsa del diritto, caratteristica essenziale che gli consente di adattarsi al mutare delle circostanze e di rispecchiare i valori della società in cui svolge la propria funzione. Occorre liberare il diritto dalla tela algoritmica, conservarne la flessibilità, che vuol dire anche inclusività e sensibilità alle esigenze sempre mutevoli della società.

La rivendicazione di un diritto imperfetto è anche un richiamo alla umanità del fenomeno giuridico. Il diritto è creato dagli uomini e per gli uomini, con tutte le loro passioni, pregiudizi, limitazioni cognitive. Ma questa umanità non può non essere riflessa nel diritto. Il diritto può essere, deve essere soggetto a interpretazioni diverse. Il diritto non è tale se non ammette violazioni ed errori. È questo ciò che consente al diritto

che, qui e in anticipo, quella della *riproducibilità* che, leggendo Benjamin e Blanchot, va analizzata come condizione di *producibilità* prima di ogni altra determinazione: include immediatamente la questione della *techne*, è questa questione. La fonte mitica e sacrificale della nozione di *epimetheia*, il cui significato è proprio quello di ripetere – e rimuginare, ma a posteriori – la colpa, permette di comprendere appieno questa condizione di ripetizione».

²⁷ Sul piano filosofico, si vedano le appassionante ma sempre lucidissime pagine di E. Mazzarella, *Contro metaverso. Salvare la presenza*, Mimesis, Sesto San Giovanni 2022.

to di connettersi, di restare legato alla vita reale e di evolversi in modo organico insieme alla società. Accettare questa intrinseca imperfezione non è un ostacolo, ma è segno di vitalità e di capacità di adattamento. L'imperfezione del diritto è la sua forza. È ciò che gli consente di adattarsi alla complessità della società umana. L'unica società in cui può funzionare il diritto computazionale è una società morta.

Indipendentemente dal proprio orientamento teorico, credo che ogni giurista sappia che non può esserci diritto senza giustizia (qualunque cosa si voglia intendere con questo termine). E la giustizia, almeno quella umana, è necessariamente imperfetta.

Uno dei miti fondativi della giustizia è quello di re Salomone. Due donne rivendicano la maternità del medesimo neonato. Salomone, nell'impossibilità di accertare chi sia davvero la madre, ordina al boia di tagliare in due il bambino, dando una parte a ciascuna delle due donne. Salomone, quando impartisce quell'ordine, che cosa sta facendo? Pensa forse che sia davvero quella la soluzione del problema? Smembrare un infante sarebbe una curiosa manifestazione della giustizia, da parte di chi, secondo il racconto biblico, poteva chiedere a Dio tutto quello che voleva («vivere a lungo, diventare ricco o far morire i nemici»), e invece implorò che gli fosse concessa «la saggezza necessaria per amministrare la giustizia tra il popolo e per distinguere il bene dal male». La decisione di Salomone è un'invenzione, una umanissima soluzione creativa per perseguire il giusto: uno stratagemma per far emergere quale delle sedicenti madri non è disposta a veder tagliato in due il figlio, ed è pronta invece a rinunciare alla propria maternità purché il figlio possa vivere.

Continuo a credere che quella di Salomone sia una decisione che nessun sistema di intelligenza artificiale potrà mai elaborare²⁸.

²⁸ Ho sottoposto la questione a Chat GPT. Questa la risposta (che evidenzia l'assenza di una reale soluzione): «Due donne, entrambe affermando di essere la madre di un neonato, si rivolsero al re Salomone, per risolvere la controversia. Salomone, noto per la sua saggezza, decise di affrontare la questione in modo non convenzionale. Chiamò le due donne nel centro del villaggio e disse loro: 'Dobbiamo cercare il con-

siglio degli spiriti che vegliano su di noi'. Salomone annunciò che ogni madre sarebbe stata accompagnata nella foresta sacra, un luogo in cui la connessione con gli spiriti era particolarmente forte. La madre vera avrebbe il suo cuore guidato dalla saggezza materna, una connessione che solo uno spirito superiore avrebbe potuto rivelare. Entrambe le donne accettarono con rispetto, capendo che questa decisione proveniva da una fonte più elevata. Conducendo le due donne nella foresta sacra, Salomone chiese al Grande Albero degli Spiriti di illuminare la verità. Mentre camminavano tra gli alberi millenari, il vento sussurrava e gli uccelli cantavano melodie misteriose. Arrivati al cuore della foresta, Salomone chiese alle donne di chiudere gli occhi e di aprirli solo quando avessero sentito il richiamo della loro connessione spirituale. Dopo un momento, una delle donne aprì gli occhi e lasciò che le lacrime scorressero lungo il suo viso. Disse al capo tribù Salomone che aveva sentito la voce di sua madre, deceduta anni prima, che le aveva parlato del suo amore eterno. La seconda donna, ancora con gli occhi chiusi, sorrise e disse di aver sentito la dolce melodia del suo bambino appena nato, una melodia che solo una madre poteva percepire. Salomone, toccato dalla forza emotiva di entrambe le risposte, sospirò. 'Entrambe siete donne di cuore puro, ma la verità risiede nelle profondità della vostra connessione spirituale'. Decise di onorare entrambe le donne come madri, poiché entrambe avevano dimostrato un amore sincero per il bambino. Il neonato, cresciuto in un ambiente di affetto e supporto, prosperò, diventando un membro prezioso del suo popolo che aveva abbracciato l'amore di due madri. E così, Salomone, guidato dagli spiriti, risolse la disputa con saggezza e compassione».

BERTRAND RUSSELL Y EL PODER SOBRE LA OPINIÓN: UN DESAFÍO EN LA SOCIEDAD DE LA POSTVERDAD

Nuria Beloso Martín

Abstract

The philosophy of technology and the law of technology have promoted a philosophy of law that is applied to technological media. Based on Bertrand Russell's sociological essay on power, this paper analyzes the power of opinion—qualified by Russell as the most omnipotent since all other forms of power are derived from opinion. Philosophical methods of discovering truth and/or reality converge with technological means, favoring false representations of the truth, such as post-truth. The historical approach of legal philosophical thought is presented as essential to understand in our present the attacks that freedom and the right to the truth (vs the right not to be deceived) suffer in the technological society, in which the lack of capacity critical for judgment is assimilated to a higher degree of happiness.

Keywords

Power; Truth; Opinion; Post-truth; Technology; Freedom.

El poder mecánico, estoy convencido de ello, tiende a engendrar una nueva mentalidad que lo hace más importante que en ninguna época anterior para encontrar los medios de manejar a los gobiernos [...] En otros tiempos, los hombres se vendían al diablo para adquirir los poderes mágicos. En nuestros días adquieren ese poder por medio de la ciencia y se ven en la necesidad de convertirse ellos mismos en diablos.

(B. Russell, *El Poder. Un nuevo análisis social*)

1. Introducción

La filosofía no ha ignorado la tecnología, la cual es relevante no solo como fuerza económica sino también como fuerza cultural. De hecho, durante los últimos dos siglos, cuando emergió gradualmente como disciplina, la filosofía de la tecnología se ha preocupado principalmente por el significado de la tecnología para la sociedad y la cultura y su impacto en ella, más que por la tecnología misma¹.

La reflexión filosófica sobre la tecnología – confluencia de la ciencia (*logos*) y la técnica – es tan antigua como la filosofía misma. El testimonio más antiguo se puede situar en la antigua Grecia, en la que destacan cuatro temas. El primer tema es la tesis de que la tecnología aprende de la naturaleza o la imita². Según Demócrito, por ejemplo, la construcción de casas y el tejido se inventaron imitando a golondrinas y arañas que construían sus nidos y redes, respectivamente³. Quizás la fuente más antigua que existe del papel ejemplar de la naturaleza es la expuesta por Heráclito⁴. Un segundo tema es la tesis de que existe una distinción ontológica fundamental entre las cosas naturales y los artefactos. Tal

¹ M. Franssen, G.J. Lokhorst, I. van de Poel, *Philosophy of Technology*, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2023 Edition), E.N. Zalta, U. Nodelman (eds), (<https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/technology/>).

² Platón, *Laws*, en *Cambridge Texts in the History of Political Thought*, M. Schofield (ed.), trad. de T. Griffith, Cambridge University Press, Cambridge 2016, X 899a.

³ K. Freeman, *Ancilla to the Pre-Socratic Philosophers. A complete translation of the Fragments in Diels, Fragmente der Vorsokratiker*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1948, p. 106 (Diels-Kranz 68 A154). Señalaba Demócrito: «De los animales somos alumnos en lo más importante: de la araña, en el tejido y el zurcido; de la golondrina, en la albañilería; de los animales canoros – el cisne y el ruiseñor –, en el canto, por imitación» (*Fragments presocráticos, De Tales a Demócrito* (1988) introd. y trad. esp. de A. Bernabé, Alianza Editorial, Madrid 2008, p. 296).

⁴ Heráclito adaptó la antigua noción de los contrarios a un planteamiento dialéctico de la estructura de la realidad original. Tanto su atomismo como la idea de que las evoluciones de la materia se hallan sometidas a una tensión continua entre los contrarios, derivaban de su estudio sobre la naturaleza.

y como sostuvo Aristóteles, los primeros tienen sus principios de generación y movimiento en el interior, mientras que los segundos, en la medida en que son artefactos, son generados solo por causas externas, a saber, ajustados a objetivos humanos. Los productos naturales (los animales, las plantas y los cuatro elementos – tierra, aire, fuego y agua –) se mueven, crecen, cambian y se reproducen por causas finales internas; son impulsados por propósitos de la naturaleza. Los artefactos, por otro lado, no pueden reproducirse a sí mismos. Sin el cuidado y la intervención humanos, desaparecen después de un tiempo al perder sus formas artificiales y descomponerse en materiales (naturales)⁵.

La doctrina de Aristóteles de las cuatro causas (material, formal, eficiente y final) puede considerarse como una tercera contribución temprana a la filosofía de la tecnología. Aristóteles explicó esta doctrina refiriéndose a artefactos técnicos como casas y estatuas⁶. Un cuarto punto que merece mención es el extenso empleo de imágenes tecnológicas por parte de Platón y Aristóteles. En su *Timeo*, Platón describió el mundo como obra de un Artesano, el Demiurgo. Su relato de los detalles de la creación está lleno de imágenes extraídas de la carpintería, el tejido, la cerámica, la metalurgia y la tecnología agrícola. Aristóteles usó comparaciones extraídas de las artes y oficios para ilustrar cómo las causas finales actúan en los procesos naturales. A pesar de su valoración negativa de la vida de los artesanos, a quienes consideraban demasiado ocupados por las preocupaciones de su profesión y la necesidad de ganarse la vida para calificarse como individuos libres, tanto Platón como

⁵ La tesis de que existe una diferencia fundamental entre los productos hechos por el hombre y las sustancias naturales ha tenido una influencia duradera. En la Edad Media, Avicena criticó la alquimia sobre la base de que nunca puede producir sustancias “genuinas” (R. Briffault, *Rational Evolution. The Making of Humanity*, The Macmillan Company, New York 1930, p. 147).

⁶ Aristóteles, *Física*, II.3.

Aristóteles encontraron indispensable la imaginiería tecnológica para expresar su creencia en el diseño racional del universo⁷.

Aunque hubo mucho progreso tecnológico en el imperio romano y durante la Edad Media, la reflexión filosófica sobre la tecnología no creció al mismo ritmo. Obras integrales como *De architectura* de Vitruvio (siglo I a. C.) y *De re metallica*, (1556) – libro en el que su autor, G. Agricola, se ocupa del arte de la minería, el refinado y la fundición de metales –, prestaron mucha atención a los aspectos prácticos de la tecnología, pero poca a la filosofía.

En el ámbito de la filosofía escolástica, hubo una apreciación emergente por las artes mecánicas. En general, se consideraba que nacían de la imitación de la naturaleza y se limitaban a ella. Este punto de vista fue cuestionado cuando se introdujo la alquimia en el Occidente latino a mediados del siglo XII⁸.

El Renacimiento condujo a una mayor apreciación de los seres humanos y sus esfuerzos creativos, incluida la tecnología. Como resultado, aumentó la reflexión filosófica sobre la tecnología y su impacto en la sociedad. Generalmente se considera a Francis Bacon como el primer autor moderno en proponer tal reflexión. Su opinión, expresada en su fantasía *Nueva Atlántida* (1627), fue abrumadoramente positiva⁹.

⁷ G.E.R. Lloyd, *Analogy in Early Greek Thought*, en *The Dictionary of the History of Ideas*, vol. I, edited by P.P. Wiener, Charles Scribner's Sons, New York 1973, p. 61.

⁸ Doctrina y estudio experimental de los fenómenos químicos que se desarrolló desde la Antigüedad y a lo largo de la época medieval y que pretendía descubrir los elementos constitutivos del universo, la transmutación de los metales, el elixir de la vida, etc. La alquimia pretendía encontrar la piedra filosofal que convirtiese en oro todos los metales.

⁹ Algunos escritores alquímicos como Roger Bacon estaban dispuestos a argumentar que el arte humano, incluso si se aprende imitando procesos naturales, podría reproducir con éxito productos naturales o incluso superarlos (W.R. Newman, *Promethean Ambitions: Alchemy and the Quest to Perfect Nature*, University of Chicago Press, Chicago 2004).

Esta actitud positiva se prolongó hasta bien entrado el siglo XIX, incorporando el primer medio siglo de la revolución industrial. Por ejemplo, Karl Marx no condenó la máquina de vapor o la hilandería por los vicios del modo de producción burgués; por el contrario, consideró que la tecnología en curso e innovación tecnológica eran pasos necesarios hacia las etapas más felices del socialismo y el comunismo del futuro¹⁰.

Los filósofos de la tecnología de las humanidades tienden a dar por sentado el fenómeno de la tecnología en sí; lo tratan como una “caja negra”, un fenómeno dado, unitario, monolítico e ineludible. Su interés no es tanto analizar y comprender este fenómeno en sí, sino comprender sus relaciones con la moralidad (Jonas, Gehlen), con la política (Winner), con la estructura de la sociedad (Mumford), con la cultura humana (Ellul), con la condición humana (Hannah Arendt), o con la metafísica (Heidegger). En esto, estos filósofos son casi todos abiertamente críticos con la tecnología: considerando todas las cosas, tienden a tener un juicio negativo de la forma en que la tecnología ha afectado a la sociedad y la cultura humanas, o al menos señalan para su consideración los efectos negativos de la tecnología en los seres humanos. Al igual que se ha constatado que puede hablarse de una filosofía de la tecnología, cabe preguntarse si también podría hablarse de un Derecho de la tecnología. En un trabajo del profesor Frosini, traducido al español por el profesor F. Llano¹¹, ya se citaba a Lee Loevinger cuando en un artículo que data de 1939, titulado *Jurimetrics*, ya aventuraba una nueva relación entre el jurista y una máquina que acaba de surgir, la computadora¹². Ello le permitía a Frosini aseverar que, desde entonces, se había iniciado «el

¹⁰ B. Bimber, *Karl Marx and the Three Faces of Technological Determinism*, en «Social Studies of Science», XX (1990), 2, pp. 333-351.

¹¹ V. Frosini, *El jurista en la sociedad tecnológica*, trad. de F.H. Llano Alonso, en «Argumentos de razón técnica», II, (1999) pp. 121-136.

¹² L. Loevinger, *Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law* (1961), en «Minnesota Law Review», XLVI (1969), pp. 255-275.

proceso de metamorfosis de la figura del jurista como humanista en la del jurista tecnológico». Qué duda cabe que, el jurista, desde entonces, convive y lidia con los problemas jurídicos que derivan de esta realidad tecnológica. Humanismo, tecnología y Derecho están llamados a caminar de la mano, aferrándose aún más fuertemente en este siglo XXI, en el que los embates no son pocos, pero donde tampoco los asideros escasean. El profesor A. E. Pérez Luño, pionero en el ámbito iusfilosófico español en investigar acerca de la influencia de las nuevas tecnologías en el Derecho, ha explicado brillantemente los cambios experimentados por el Derecho y la transformación de los derechos como consecuencia de las repercusiones que para su significado y su garantía han derivado de los impactos de las nuevas tecnologías. Me adhiero a su advertencia de que el disfrute de las libertades se ha visto debilitado por las nuevas tecnologías, con el agravante – añadido – de que sus usuarios apenas son conscientes de esta realidad¹³.

Filosofía, sociología, y también el Derecho en cuanto estructura que integra el mundo social, han contribuido a configurar unas inquietudes, a suscitar unos interrogantes sobre varios conceptos que, a la luz de las actuales tecnologías, abren nuevas posibilidades. Uno de ellos es el poder en general y, en concreto, el poder sobre la opinión pública, que es el que va a ser objeto de análisis en este trabajo. Para delimitar el tema y, dado que en estas páginas no podré examinar más que un reducidísimo campo sobre el tema, me voy a circunscribir a reflexionar sobre la cuestión, a partir de algunas consideraciones formuladas por B. Russell al respecto. Sus consideraciones servirán de pretexto para analizar tanto lo que las nuevas tecnologías y el mundo digital han supuesto como efecto beneficioso, cual es configurar un “poder de la opinión” través

¹³ A.E. Pérez-Luño, *Nuevo Derecho, nuevos derechos*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XXXII (2016), pp.15-36; también, vid. Id., *El derecho ante las nuevas tecnologías*, en *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, C. Villegas Delgado, P. Marín-Ríos (eds), Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 27-37.

del ámbito digital, ampliando los modos en cómo se ejerce la libertad de expresión, como también uno de sus efectos perniciosos, como es el encumbramiento del concepto de la “postverdad” en detrimento de la verdad.

Me ocuparé de tres cuestiones. En primer lugar, a partir del ensayo de Russell y del capítulo IX dedicado a “El poder sobre la opinión”, examinaré el concepto y la tipología del poder, así como la *longa manus* del poder de la opinión pública sobre el poder del Derecho.

En segundo lugar, analizaré la verdad y la postverdad en cuanto constructos de los que se sirve el poder – o que están al servicio del poder. Revisaré, en la historia pensamiento jurídico, algunas de las construcciones sobre la verdad, la mentira y la postverdad en su relación con el poder. Para ello, a partir de las virtudes clásicas de “hablar con verdad” y “desvelar lo escondido”, examinaré la verdad tanto como cuestión política como cuestión jurídica (¿es un deber jurídico, es un derecho?). Las formas mediante las cuales se puede buscar la realidad y/o procurar la verdad, y el despojo de crédito a la verdad (postverdad) permitirán tejer el espectro sobre el que se apoya el poder.

En tercer lugar, centrándome en las mutaciones que los medios tecnológicos han supuesto en cuanto a la formación de la opinión pública, indagaré si cabe configurar el derecho a no ser engañado a través de los medios tecnológicos a modo de instrumento de defensa ante la instrumentalización y control que, mediante la psicología de masas, acaba configurando una caricatura de los ciudadanos que desemboca en una especie de “rebaño desconcertado”.

2. El poder sobre la opinión: una lectura desde el ensayo de B. Russell, *El Poder*

El ensayo en el que me voy a centrar para exponer la teoría de B. Russell¹⁴ sobre el poder de la opinión pública es *El Poder, un nuevo análisis social*, publicado en 1938¹⁵. Fue escrito en los momentos previos a que se desencadenara la Guerra Mundial, cuando avanzaba el nazismo, el estalinismo y el fascismo italiano. Sin embargo, ello no le impidió cuestionarse y opinar sobre las técnicas modernas de poder que utilizan la propaganda, la persuasión y el adoctrinamiento. En su ensayo analiza las posibles formas en que se manifiesta el poder: poder sacerdotal, poder real, poder desnudo, poder revolucionario, poder económico, poder sobre la opinión. La formación matemática de Russell le impele a recuperar alguna comparativa entre el poder y las ciencias naturales, en particular la física: «[...] el concepto fundamental de la ciencia social es el Poder, en el mismo sentido en que la Energía es el concepto fundamental de la física [...]»¹⁶.

¹⁴ Bertrand Russell se formó en matemáticas, física y ciencias humanas en la Universidad de Cambridge, donde más tarde impartió clases – Wittgenstein fue uno de sus alumnos más sobresalientes –. También trabajó como profesor en las Universidades de Pekín y de Estados Unidos. Su formación fue determinante para que su filosofía partiera de las matemáticas. Su teoría de los tipos, con la que daba respuesta a la grave crisis que atravesaba la teoría de los conjuntos, abrió un nuevo campo a la lógica formal. Entre 1910 y 1913 escribió *Principia mathematica*, su obra más importante. Russell redujo las matemáticas a una rama de la lógica que denominó logiscalismo. En el plano político, se distinguió por sus tendencias pacifistas, oponiéndose a la carrera armamentística nuclear y a la violencia en general, lo que en varias ocasiones le supuso terminar en la cárcel. Presidió el tribunal que juzgó los crímenes de guerra en Vietnam. En 1945 publicó *Historia de la filosofía occidental*, y en 1950 recibió el Premio Nobel de Literatura.

¹⁵ B. Russell, *Power: A new Social Analysis* (1938), trad. esp. de L. Echávarri, *El Poder, un nuevo análisis social*, RBA, Barcelona 2017.

¹⁶ *Ibid.*, p. 13.

Transcurridos casi noventa años desde que fuera escrito, no sólo no ha perdido un ápice de valor, sino que, al compás de la difusión del uso de las tecnologías digitales actuales, sus reflexiones adquieren una mayor dimensión. Como acertadamente señala Russell, «Para comprender nuestro tiempo y sus necesidades es indispensable conocer la historia»¹⁷.

2.1. Concepto y tipología del poder en Russell

El concepto de “poder” no ha gozado de consenso¹⁸ en la medida en que se asocia a concepciones muy diversas, en unos casos, configurando una estructura vertical de poder, organizada sobre el nexo mando-obedien-

¹⁷ *Ibid.*, p.1 5.

¹⁸ Son numerosos los iusfilósofos y sociólogos que han trabajado sobre el concepto y formas del poder (entre otros, Heidegger, Nietzsche, Hegel, Bourdieu, Schmitt). A modo de ejemplo, Weber definía el poder como «la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad» (M. Weber, *Economía y sociedad* (1944), trad. esp. de J. Medina Echavarría, J. Loura Parella, E. Ímaz, E. García Máynez, J. Ferrater Mora y F. Gil Villegas, FCE, Madrid 2014, p. 43); Foucault da una connotación de positividad al poder en cuanto que, con respecto a su formulación como biopoder, no pretende amenazar con la muerte, sino administrar y organizar la vida. En su intento de distanciarse de esa concepción negativa de poder – que sí plasma en su *Historia de la locura* –, dice Foucault: «Hay que cesar de describir siempre los efectos de poder en términos negativos: ‘excluye’, ‘reprime’, ‘rechaza’, ‘censura’, ‘abstrae’, ‘disimula’, ‘oculta’» (M. Foucault, *Vigilar y castigar, Nacimiento de la prisión* (1975), trad. esp. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires 2003, p. 198); Por su parte, Luhmann se detuvo en el debate sobre la problematización y el estudio del orden, la estructura social y su relación con la semántica del poder. Concibe el poder como un medio de comunicación que incrementa la probabilidad de que el otro acepte la decisión del yo. Define el poder – no desde la acción – sino como un medio de comunicación (N. Luhmann, *Poder*, Anthropos, Barcelona 1995); Han, a partir del concepto y manifestaciones de poder de algunos de los filósofos citados, también ofrece algunas reflexiones (B-Ch. Han, *Sobre el poder* (2005), trad. esp. de A. Ciria, Herder, Barcelona 2020).

cia (se apoye o no sobre violencia)¹⁹ y, en otros casos, se presenta una concepción puramente horizontal del poder, producto de la interacción discursiva y de la práctica de individuos libres e iguales, interesados por la consecución del bien público²⁰, de manera que el acontecimiento del poder no se agota en el intento de vencer la resistencia o de forzar a una obediencia, sino que dependerá del enfoque que se haga del mismo. No es mi propósito realizar un análisis historiográfico del poder, sino que me voy a limitar a un analizar uno de los tipos de poder a los que Russell considera uno de los más relevantes, el poder de la opinión.

Russell define el poder como la producción de los efectos deseados por parte de uno o más individuos sobre terceros, en este sentido afirma que entre los deseos infinitos del ser humano, los principales son los de “poder” y “gloria”²¹, resultando a menudo el primero consecuencia del segundo, y viceversa, por lo que quienes más desean el poder son en general los que más posibilidades tienen de adquirirlo y más se diferencian del resto de individuos por ser «excepcionalmente amantes del poder», lo cual explica el hecho de que quienes «aman poco el poder» tengan escasa posibilidad de influir en la historia²². La moralidad desempeña un papel esencial en las relaciones de poder en cuanto considera que

¹⁹ Un original análisis sobre por qué se obedece al Derecho se puede encontrar en: T. Greco, *La ley de la confianza. En las raíces del Derecho* (2021), trad. y prólogo esp. de J. Ansuátegui Roig, epílogo de F. H. Llano Alonso, Dikynson, Madrid 2023.

²⁰ L. Milazzo, *Appunti per una riflessione ‘discronica’ su potere e obbedienza: da Arendt a Epicuro*, en «Diacronia. Rivista di Storia della Filosofia del Diritto», (2021), 1, p. 52; también, vid. M. Stopino, *Potere*, en *Dizionario di Politica* (1976), a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, UTET, Torino 2004, p. 740; P.P. Portinaro, *Il lessico del potere. L’arte di governo dall’antichità alla globalizzazione*, Carocci, Roma 2021, p. 47; Cfr. S. Lukes, *Power: A Radical View* (1974), Palgrave MacMillan, New York 2005.

²¹ Russell, *El Poder, un nuevo análisis social*, cit., p. 11.

²² *Ibid.*, p. 14.

la «moralidad tradicional hace funcionar el sistema social existente»²³. Señala que el ejemplo más palpable del poder de la moralidad es la inculcación de la obediencia. Afirma que siempre es necesario que unas personas den órdenes y que otras obedezcan; a los primeros debemos sumar los secuaces que siguen al caudillo con el interés de obtener el poder para el grupo y sentir los triunfos del caudillo como suyos.

Su concepto del poder no se ubica en una teoría del poder descriptiva, sino que lo analiza como una noción relacional. También, el autor concibe el poder como causa de resultados. Russell considera que los economistas neoclásicos como Marx se equivocaron al suponer que el interés económico es el motivo fundamental de las ciencias sociales. En este sentido, la riqueza es tan solo un medio para alcanzar u obtener más poder, es decir, se busca la riqueza para aumentar el poder, y así la gloria. Por tal razón, el motivo que mueve al ser humano a obtener riqueza no es económico.

Con respecto a las formas de poder, distingue varias, cada una de las cuales tiene su utilidad. La primera distinción que hace es entre «[...] el poder sobre los seres humanos y el poder sobre la materia muerta o las formas no humanas de vida [...]». Reconoce que el principal cambio de las sociedades actuales es el incremento del poder sobre la materia o la naturaleza, esto por medio del control o el dominio que se ejerce sobre ella, por medio de la ciencia y la tecnología. Aunque este es un tema de sumo interés, lo que le interesa analizar es el dominio ejercido por los seres humanos sobre otros seres humanos²⁴. Russell no se muestra

²³ *Ibid.*, p. 214. No voy a detenerme en el análisis del poder y los códigos morales. Pero subrayo que, a juicio de Russell, en cuanto a la Iglesia, las relaciones entre el poder y la moral son opuestas a otros casos. La moralidad positiva implica la sumisión a los padres, a los maridos, a los reyes, porque son poderosos; pero la Iglesia es poderosa a causa de su autoridad moral (*ivi*, p. 220).

²⁴ Russell señala que los periodos de pensamiento libre y de crítica vigorosa tienden a desarrollarse en los períodos de “poder desnudo”. Grecia y el Renacimiento italiano lo pusieron de manifiesto. Tal teoría para el poder desnudo ha sido estable-

partidario de confiar en la virtud de algunos individuos o de grupos de individuos. El rey filósofo platónico fue descartado hace tiempo como un sueño aislado, «pero el partido filosófico, aunque igualmente falso, es jaleado como un gran descubrimiento»²⁵. Russel toma en consideración los sentimientos en cuanto constituyen las más importantes fuentes psicológicas de poder: la tradición principalmente en su forma de respeto por reyes y sacerdotes; el miedo y la ambición personal, que son las fuentes del poder desnudo; y la sustitución de una doctrina vieja por otra nueva, que constituye la fuente del poder revolucionario²⁶.

El poder sobre los seres humanos, a su vez lo clasifica en tres categorías, esto y según cómo influye en los individuos o por el tipo de organización que implican. Así, desde la perspectiva de la influencia en el individuo, el poder se divide en: a) «[...] por el poder físico directo sobre su cuerpo, por ejemplo, cuando es encarcelado o muerto [...]»; b) «[...] por las recompensas y los castigos utilizados como alicientes, por ejemplo, dando o retirando empleos [...]»; y c) «[...] por la influencia en la opinión, por ejemplo, la propaganda en su sentido amplio [...]»²⁷. A este tercer tipo voy a referirme seguidamente.

cida por Platón, en el primer libro de la *República*, por boca de Trasímaco, cuando se siente molesto con Sócrates cuando intenta encontrar una definición ética de la justicia. Dice Trasímaco: «mi opinión es que en todas las ciudades la misma cosa, es decir, el interés del gobierno establecido es lo justo. Y supongo que la fuerza superior se encontrará del lado del gobierno. Así pues, la conclusión que se saca es que [...] el interés del más fuerte es lo justo en todas partes». Es decir, “que la justicia es simplemente el interés del más fuerte» (*ibid.*, pp. 91-92).

²⁵ Russell, *El Poder, un nuevo análisis social*, cit., p. 98.

²⁶ *Ibid.*, p. 146.

²⁷ *Ibid.*, p. 35.

2.2. El poder sobre la opinión

La “opinión pública” como idea tiene su origen en la política clásica de Grecia y Roma, se renueva en la Ilustración, y se conforma como hoy la entendemos a partir del liberalismo del XIX. Entendida como “lo que piensa la gente”, se investiga mediante encuestas y sondeos. Lo que atrae de la opinión pública es precisamente su relación con el poder.

Russell inicia el capítulo noveno, titulado “El poder sobre la opinión”, subrayando que «la opinión es omnipotente y que todas las demás formas de poder se derivan de ella». Lo justifica explicando que los ejércitos son inútiles si los soldados no creen en la causa por la cual lucha; La ley es relevante si no es respetada por todos; la opinión religiosa ha demostrado en varias ocasiones ser más poderosa que el Estado²⁸. Ahora bien, señala que hay que conocer las fuerzas que producen la opinión. Si bien la opinión es un elemento esencial de la fuerza militar, también es verdad que la fuerza militar puede influir en la opinión. Junto a la fuerza, la persuasión es otra poderosa fuerza. Así, la persuasión pura lleva a la conversión de una minoría; después, la fuerza que se ejerce para asegurar que el resto de la comunidad acepte la propaganda justa; y, finalmente, una creencia auténtica por parte de una gran mayoría que, de nuevo, hace innecesario el uso de la fuerza.

Se lamenta Russell de que el poder de la razón goce de escaso predicamento: «es costumbre en nuestros días desacreditar a la razón como una fuerza en los asuntos humanos» a pesar de que la ascensión de la ciencia sea un argumento a su favor. Para producir una opinión en masa, en mayor o menor grado deben existir tres elementos: el deseo, la evidencia y la repetición. La propaganda juega un papel fundamental para conseguir la aceptación de una opinión en la que hay poca evidencia que aquella otra cuya evidencia sea fuerte. Es lo que permite explicar cómo, actualmente, ante la primacía de la sinrazón, la propaganda y la

²⁸ *Ibid.*, pp. 127-129.

persuasión que se ejerce a través de la tecnología sea cada vez más necesaria, todo ello para compensar la falta de evidencia (no hay verdad, no hay argumentación). A fuerza de repetición – señala Russell – «los poseedores del poder adquieren su capacidad para influir en la opinión»²⁹. El Estado ha empleado ciertos métodos a lo largo de la historia (grabado de la cabeza del rey en las monedas, ceremonias de coronación y de jubileo, desfiles del ejército y de la armada, y tantos otros), pero los métodos modernos – señala Russell – mucho más potentes: educación, prensa, cinematógrafo, radio, hoy serían las tecnologías de las GAFAM.

Subraya dos características de lo que – en su época – constituía la técnica moderna, como el hecho de «la rapidez en la transmisión de los mensajes [...] y la propaganda gubernamental ha hecho que los grandes imperios sean mucho más estables que antes»³⁰. El instantaneismo actual que proporcionan la digitalización y su uso por parte de la propaganda gubernamental, lleva en la actualidad a cuestionarse si tal estabilidad de los grandes bloques no se apoya en una entelequia (virtual). Apunta también que «la regla general es que es más fácil ahora que en los tiempos pasados ejercer el poder a distancia del centro» contemplando la posibilidad técnica de un Estado mundial («bien sea establecido por el victorioso en una guerra mundial o, más probablemente, por el más poderoso de los neutrales»). Actualmente, es una realidad el ejercicio de ese poder a distancia e, incluso, oculto – cubierto por un cúmulo de intereses políticos, económicos, *lobbys* específicos – y que se sirven de todo el aparato de instrumentos y medios de comunicación tecnológicos, para hacer llegar su mensaje a los ciudadanos.

Russell subraya el papel que la democracia desempeña en la verdad, y señala que una de las ventajas de la democracia es la de que, desde la perspectiva gubernamental resulta más fácil engañar al ciudadano me-

²⁹ *Ibid.*, p. 131.

³⁰ *Ibid.*, p. 156.

dio, ya que considera al gobierno como su gobierno³¹. El poder sobre la opinión, como todas las demás formas de poder, tiende a la unión y a la concentración y se acaba convirtiendo, lógicamente, en un monopolio del Estado³². Russell defiende la libertad de debate, la controversia, la libertad de propaganda³³.

Las advertencias de Russell acerca del peligro que supone un poder omnímodo y sin control, son reiteradas a lo largo de su obra, a la vez que advierte que la democracia no es la única condición política para domar el poder: «[...] La democracia, aunque necesaria, no es de modo alguno la única condición política que se requiere para domar el poder. En una democracia la mayoría puede ejercer una tiranía brutal y completamente innecesaria sobre la minoría»³⁴.

El poder del Derecho también lo pone Russell en relación con el poder de la opinión pública. Señala que el poder último de la ley es el poder coercitivo del Estado pero que la ley depende más de que haya calado en la opinión y en el sentimiento más que en la fuerza coercitiva de las fuerzas policiales.

³¹ *Ibid.*, p. 132.

³² Distingue entre el propagandista filosófico (que admitirá que algunas de las creencias pueden ser falsas, para cuyo discernimiento acudirá a las facultades de la mente humana) y el propagandista no filosófico, para el que solo existe su propia propaganda, que es la de la verdad, frente a la propagando opuesta, la del contrario, que es la de la falsedad. Admite que se permitan ambas sólo por la razón de que teme que sea la suya la que surgía la prohibición. En cambio, para el filósofo, el uso de la propaganda, frente a una opinión errónea, debe ser el de promover el juicio, la duda racional y el poder pesar las consideraciones opuestas. «Comparará al público con un juez que escucha a las dos partes y sostendrá que un monopolio de la propaganda es tan absurdo como si en un juicio criminal sólo fuese escuchada la acusación o la defensa». En lugar de desear la uniformidad de la propaganda, se mostrará a favor de que, en lo posible, todos oigan a las partes en disputa

³³ Russell, *El Poder, un nuevo análisis social*, cit., p. 211.

³⁴ *Ibid.*, p.258.

En consecuencia, la ley, como fuerza efectiva, depende de la opinión y del sentimiento más que los poderes de la policía. El grado de sentimiento en favor de una ley es una de las características más importantes de una comunidad³⁵.

También señala el poder económico «puede influir en la ley mediante la corrupción y en la opinión pública mediante la propaganda»³⁶.

3. Verdad, falsedad y postverdad: constructos para el poder

La relación entre verdad y poder ha ocupado las reflexiones de sociólogos, filósofos y juristas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico³⁷. Por ello, una vez que desde la teoría de Russell se han expuesto algunas de las claves sobre el poder, conviene analizar los conceptos de verdad y de postverdad para, a partir de ahí, explicar su relación con el poder.

3.1. El “hablar con verdad” y el “desvelar lo escondido” como virtudes clásicas

Griegos y latinos tenían un término respectivamente para referirse a la verdad. El término latino *veritas* significaba “lo que es así”, lo que podría considerarse equivalente a la verdad fáctica. El concepto griego de *aletheia* (de *a-lethès*, “no escondido”), significa sacar a la luz cosas

³⁵ *Ibid.*, pp. 36-37.

³⁶ «Los reglamentos [...] esa parte de la ley, como cualquier otra, solamente es eficaz cuando está apoyada por la opinión pública» (Russell, *El Poder, un nuevo análisis social*, cit., p.117). Al hilo de esta cuestión Russell hace notar que, cuando escribe su ensayo, en los Estados Unidos, la veneración que los griegos dispensaban a los oráculos y en la Edad Media al Papa, se otorga a la Corte Suprema (una de las fuerzas destinadas a la protección de la plutocracia).

³⁷ N. Mascipinto, *Pratiche di verità e strutture di potere: per un'ermeneutica etico-politica del concetto di parrhesia in Michel Foucault*, Cittadella editrice, Assisi 2018.

oscuras, desvelar, descubrir lo oculto, lo cual lleva a pensar que las cosas no son lo que parecen; a un significado en definitiva literalmente escéptico, que remite a una idea de verdad como investigación (*skepsis*), una idea que es la base de la filosofía misma, cuyo origen descansa sobre la duda, la sospecha, el asombro. Enlaza con el significado de la filosofía en cuanto no expresa únicamente la necesidad de saber, sino de un pensamiento que se cuestiona a sí mismo, sus presupuestos y sus condiciones de validez. Más que por el concepto de verdad, se interesaban por la función de la verdad³⁸. El antiguo ideal griego de “hablar con la verdad” (*parrhesia*), era considerado como una virtud política y moral central³⁹. El origen de la noción puede encontrarse en las formulaciones de Eurípides y Sócrates, así como sus transformaciones posteriores por parte de epicúreos, estoicos, cínicos y sofistas.

El binomio verdad-falsedad contribuye a clarificar cuál sea la función de la verdad. La mentira se presenta como la otra cara de la verdad. Así, el antídoto más eficaz contra la mentira y la falsedad es la verdad. En el *Hipías menor*, Platón trató acerca de la dimensión moral de la mentira y llegó a dos conclusiones: la primera, que mentir requiere de la intención de hacerlo, ya que no se miente sin quererlo; y la segunda, que para mentir hace falta saber aquello sobre lo cual se mentirá⁴⁰. Es decir, que la mentira requiere de la intención de ocultar la verdad. San Agustín, desde sus textos filosóficos de juventud hasta su tratado *Sobre la mentira y Contra la mentira*, ha analizado la mentira: «Dirá mentira

³⁸ F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità al potere. Sei diritti aletici*, Einaudi, Torino 2019; también M. Ferrera, F. D'Agostini. *Diritti aletici e informazione. La verità è un bene da tutelare*, en «*corriere.it*».

³⁹ Como señalaba el historiador griego Polibio, la verdadera democracia se basa en dos principios, la *isegoría* y la *parresía*. La *isegoría* se funda en el derecho que tiene cualquier ciudadano a expresarse libremente; la *parresía*, decir la verdad, presupone la *isegoría* pero va más allá del derecho a poder expresarse. Obliga a las personas que intervienen en la política a decir lo que es verdad.

⁴⁰ Platón, *Hipías menor*, en *Diálogos*, introd. y trad. esp. de C. Eggers Lan, Gredos, Madrid 1998, pp. 375-396.

quien, teniendo una cosa en la mente, expresa otra distinta con palabras u otro signo cualquiera», como expresa en su *De mendacio*⁴¹. Por mucho que se afirme que en determinados ámbitos – como el Derecho y la política – siempre ha habido mentiras y engaños⁴², no debe inducir a admitir la simulación y la falsedad como arquetipos comunes.

La duda metódica de Descartes fue otra forma de defender el descubrimiento de la verdad. A juicio de Descartes, la tarea de la filosofía consiste, esencialmente, en descubrir la verdad. Y esa verdad consiste en algo, una proposición que sea indudable y absolutamente evidente. La duda la configura como su método, la duda metódica, a través de la que se llegará a aquello sobre lo que no sea posible dudar. Su escepticismo sólo es una vía de acceso a la verdad, una verdad evidente por sí misma; sobre todo, una verdad sobre el mundo que posea la evidencia y la claridad de las verdades matemáticas.

Avanzando en el tiempo, en la ilustración, hubo unas ideas básicas tales como la confianza en la razón y en la ciencia, la universalidad de las verdades y de los derechos, la idea de progreso, el pueblo como depositario del poder político, la necesidad de someter todas las ideas y las instituciones al pensamiento crítico y el rechazo a los argumentos basados en la autoridad. Como señaló Kant con su “atrévete a saber”, la humanidad había llegado a su mayoría de edad. En el centro de ese modelo había una defensa optimista de la verdad. Es suficientemente conocido que Kant adopta una línea dura contra la mentira tanto en la *Fundamentación* de la metafísica como en su ensayo titulado *Acerca de un pretendido derecho a mentir por filantropía*. El deber de decir la verdad se mantiene sean cuales sean las circunstancias y convierte la sinceridad en un absoluto decir la verdad. Para Kant la moral no tiene

⁴¹ San Agustín, *De mendacio*, en *Obras XII*, versión de C. Morán, L. Cilleruelo, F. García, P. de Luis, BAC, Madrid 2007.

⁴² F. Nietzsche, *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral* (1873), trad. esp. de L.M. Valdés, Tecnos, Madrid 1990.

nada que ver con las consecuencias, tiene que ver con los principios⁴³. No faltaron voces discordantes con respecto a estos postulados – basta recordar la *Auctoritas non veritas facit legem*, de Hobbes⁴⁴, que venía a defender que la actividad constituyente y legislativa está dominada por el voluntarismo, por las preferencias de la voluntad política –. Y tal voluntarismo, de nuevo, se reconduce al poder.

Así pues, la búsqueda de la verdad ha presidido buena parte de las reflexiones e investigaciones de numerosos filósofos, bien sea desde la filosofía, desde la teoría del lenguaje, desde la hermenéutica, desde la analítica o desde otros enfoques⁴⁵. Conviene revisar, sucintamente, la

⁴³ Otros filósofos, admitiendo que la mentira es un problema moral, cuestionaron este deber absoluto de no mentir. Si bien la mentira es siempre condenable, las razones para prohibirla son diversas (pecado, deshonor, violación de la libertad del individuo). Entre estos, Constant huye de ese purismo normativo, que haría imposible la sociedad, teniendo en cuenta las consecuencias de la mentira, que puede ser un bien y defendiendo que nadie tiene derecho a una verdad que haga daño a otros. Cfr. I. Kant, B. Constant, *¿Hay derecho a mentir?. La polémica Immanuel Kant - Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad*, edición y estudio de contextualización de E. García, 2ª ed., Tecnos, Madrid 2021. Junto a la dimensión moral de la mentira, está la regulación jurídica de la misma: el engaño ya está prohibido y castigado por las leyes, en el caso de la calumnia, la falsedad en documento público, la ley de publicidad o de defensa de la competencia. Sobre ese modelo cabe plantearse si se podría construir una ley más general que incluyera, por ejemplo, las mentiras políticas. Sin embargo, tal propuesta no estaría exenta de dificultades (cómo hacerla compatible con el derecho a la libre expresión y, cómo implementarla).

⁴⁴ T. Hobbes, *Leviatán*, II, 26.

⁴⁵ Tal interés por la búsqueda de la verdad se refleja, en muchos casos, en los propios títulos de algunas de sus obras: M. Dummett, *La verdad y otros enigmas*, Fondo de Cultura Económica de España, trad. cast. de Alfredo Herrera, 2013; M. Foucault, *El coraje de la verdad. El gobierno de uno mismo y de los otros. II*. Curso del Collège de France (1983-1984) (2009), trad. de H. Pons, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires 2010; M. Foucault, *Discours et vérité. Précédé de La Parrésia*, Vrin, París 2016; A. Baricco, *La verità sulla post-verità*, en «Robinson di Repubblica», 30 de abril de 2017, pp.13-14; Nietzsche, *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, cit.; G. Vattimo, *Adiós a la verdad* (2009), trad. esp. de M.T. D'Meza,

verdad en cuanto cuestión política, y la verdad en cuanto cuestión jurídica.

3.1.1. La verdad como cuestión política

En la Grecia clásica, Platón trató de fundar el poder en la verdad y de ello obtuvo un papel político central para la filosofía y los filósofos. Su propuesta del rey-filósofo, como es sabido, le provocó en algunas ocasiones quebrantos personales cuando intentó pasar de teoría a la práctica⁴⁶. Dando un salto en el tiempo, y desde una perspectiva muy alejada del gobernante como rey-filósofo, las reflexiones de Maquiavelo en torno a las prerrogativas del príncipe de hacer uso de una mentira cuando la razón de Estado lo exigiera, colocó a la verdad como cuestión política. Basta recordar el capítulo XVIII de su obra *Il Príncipe*, donde escribe:

Que el que mejor ha sabido ser zorro, ése ha triunfado. Pero hay que saber dis-
frazarse bien y ser hábil en fingir y en disimular. Los hombres son tan simples y
de tal manera obedecen a las necesidades del momento, que aquel que engaña
encontrará siempre quien se deje engañar.

En esta misma línea de recurrir al engaño por el bien de la razón de Estado permanece a pesar de la transición de regímenes absolutistas a democracias en las que se sigue planteando el derecho/deber de los

Gedisa, Barcelona 2010; J. Nida-Rümelin, *Democrazia e verità* (2006), FrancoAngeli, Milano 2015; R. Engel, R. Rorty, *¿Para qué sirve la verdad?* (2002), trad. esp. de M. Donís, Grupo Planeta, Madrid 2007; L. Wittgenstein, *Sobre la certeza* (1950-51), trad. esp. de V.J. Lluís Prades, Gedisa, Barcelona 1988; C.R. Sunstein, *Rumorología: cómo se difunden las falsedades, por qué nos las creemos y qué se puede hacer* (2006), trad. esp. de A. Bargañó Viana, Debate, Madrid 2010; D. Marconi, *Per la verità*, Einaudi, Torino 2007; W. James, *El significado de la verdad* (1909), trad. esp. de L. Rodríguez Aranda, Aguilar, Madrid 1980.

⁴⁶ Sobre la relación entre poder y verdad en Platón, vid. M. Vegetti, *Il potere della verità. Saggi platonici*, Carocci, Roma 2018.

gobernantes de ocultar cierta información, o incluso de mentir a sus ciudadanos⁴⁷.

El problema de la falsedad en la política, si bien en la actualidad cobra un nuevo vigor en cuanto a su omnipresencia e intensidad apoyada en los medios tecnológicos, no resulta novedoso en cuanto a su existencia. Hannah Arendt, en su ensayo *Verdad y política*, distinguió entre tres tipos de verdad: la verdad racional o filosófica, la verdad científica y la verdad fáctica, advirtiendo ya sobre el problema de la falsedad en la política⁴⁸. Las verdades racionales son verdades incuestionables, como las matemáticas, las cuales no pueden ser moduladas y cambiadas a capricho del poder. Sin embargo las verdades factuales son aquellas que recogen los asuntos y las hazañas humanas, y necesitan de testimonios y pruebas para permanecer (testigos, documentos), lo cual las hace susceptibles de ser falseadas de manera deliberada. Antes de la época contemporánea, la manera de falsear un hecho era silenciándolo o escondiéndolo; actualmente, no se trata de esconder, sino que la verdad es falseada y administrada de manera masiva, haciendo uso de las tecnologías.

Un exponente de la deflación de la verdad es el sustentado por John Rawls en su *Liberalismo Político*, donde funda la posibilidad de una sociedad estable en el tiempo apoyándose en la disponibilidad de sus

⁴⁷ L. Cedroni, *Menzogna e potere nella storia della filosofia occidentale*, Le Lettere, Firenze 2010; M. Jay, *Le virtù della menzogna. Politica e arte dell'inganno*, Bollati Boringhieri, Torino 2014.

⁴⁸ H. Arendt, *Verdad y mentira en política* (1967), trad. esp. de R. Ramos Fontecoba, Editorial Página Indómita, Barcelona 2017. En esta obra se reúnen los dos textos de Arendt sobre la temática: *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought* (1968), y *La mentira en política* (1970). El efecto más pernicioso es que se rompen las categorías de verdadero y falso y «la consecuencia más segura del lavado de cerebro es una peculiar clase de cinismo: el absoluto rechazo a creer en la veracidad de cualquier cosa, por muy bien fundada que esté esa verdad». Arendt, *Verdad y mentira en política*, cit., pp. 68-69. Es decir, hay una imposibilidad actual de juzgar al confundir lo verdadero con lo falso.

miembros de poner las “cuestiones de verdad” entre paréntesis. En esta perspectiva, las sociedades políticas plurales basan su estabilidad en la voluntad de las personas de mantener sus preferencias privadas fuera de la arena política y así converger en un conjunto de valores, liberales pero políticos, en lo que Rawls denomina un consenso por superposición⁴⁹. Tal consenso, entendido desde su enfoque liberal podría servir, mediante su defensa del gobierno representativo, como categoría asociada a la acumulación de poder⁵⁰. ¿Tal consenso se consigue a costa de prescindir de la verdad?

3.1.2. La verdad como cuestión jurídica

La verdad como cuestión jurídica admite diversos enfoques, sobre los que voy a limitarme a enumerar solo algunos. El primero es el derecho a la verdad en cuanto protegido como tal sólo en la legislación internacional en circunstancias de emergencia como las de la justicia transicional, cuando se han producido violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos. En este contexto, no se trata solo del derecho a saber cómo han ido las cosas, es decir, de un derecho al conocimiento, sino de una garantía contra la impunidad de los culpables. Es a través de un proceso judicial como se garantiza a las víctimas el acceso a esta verdad⁵¹.

⁴⁹ J. Rawls, *Liberalismo político* (1993), trad. esp. de A. Domènech, Crítica, Barcelona 1996.

⁵⁰ «Cualquier proceso de democracia representativa es una muestra clara de acumulación de poder, cedido por la mayoría de la población, en manos de unas elites que así tienen acceso al Estado como recurso [...] ;Qué más simbólico que los votos en las urnas para visualizar la cesión del poder de millones de personas en manos de una elite reducidísima! [...]». F. Izquierdo, *Poder y felicidad. Una propuesta de sociología del poder*, Los Libros de la Catarata, Madrid 2008, pp. 50-55.

⁵¹ Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013. 68/165. El derecho a la verdad. A/RES/68/165. Distr. general 21 de enero de 2014. En esta Resolución, entre otras cuestiones, se recuerda que: «el derecho específico

Un segundo enfoque es el que pretende identificar Derecho y verdad, sin embargo, el Derecho no se identifica estrictamente con la verdad. En este sentido, Irti explica por qué el Derecho no va acompañado, ineludiblemente, de la verdad. Una sociedad pluralista y secularizada, que se enorgullece de permitir que cada uno persiga su propio ideal y modelo de vida, está abierta a múltiples contenidos posibles, cuya positivización jurídica depende de conflictos y elecciones puramente humanos. «La verdad obliga: separa lo verdadero de lo falso; juzga a los disidentes. El derecho ‘verdadero’ tendría, o más bien debería tener, contenidos ya determinados, y no podría desviarse de ellos sino a riesgo de dejar de ser Derecho»⁵². Este planteamiento daría lugar a preguntarse dónde queda la axiología jurídica, las verdades y valores inmutables, si todo se deja supeditado al pluralismo. Pero el pluralismo no tiene porqué conducir a asimilarlo con el relativismo. Un tercer enfoque de la relación entre verdad y Derecho serían los estudios que versan sobre la distinción entre verdad material y verdad judicial o procesal⁵³. Un cuarto enfoque es el de que el concepto de verdad se ve con mayor frecuencia desde el punto de vista de los deberes, tales como los deberes de

a la verdad puede caracterizarse de manera diferente en algunos sistemas jurídicos como el derecho a saber o el derecho a ser informado o a la libertad de información» (*ibid.*, p. 3).

⁵² N. Irti, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari 2011.

⁵³ Sería la línea que siguen los estudios sobre el derecho probatorio y la relación entre “prueba y verdad”. Vid. J. Ferrer Beltrán, *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*, Marcial Pons, Madrid 2021. La verdad guarda una estrecha relación con el derecho y con la justicia, tanto como fundamento filosófico o como un requisito condicionante de la legitimidad de los fallos. La verdad es un elemento que precede la aplicación del derecho y resulta indispensable para hacer justicia. Por ello, aunque se diferencie la verdad judicial de la verdad real, lo cierto es que el Derecho siempre busca la verdad real.

transparencia, sinceridad, claridad, corrección informativa⁵⁴ o el deber de explicabilidad en el ámbito de la inteligencia artificial, por ejemplo.

A esta dificultad se suma que hay dos perspectivas en cuanto a los bienes que se protegen con la verdad: ¿Debe basarse en un derecho subjetivo, particular, en una necesidad/ interés individual generalizable, o basta un interés colectivo a la verdad?⁵⁵. Para unos, la verdad se trata de un bien colectivo, que afecta a toda la sociedad⁵⁶; la creación de una “comisión de la verdad” en diversos países, para garantizar la justicia y la reconciliación después de un régimen violento podría considerarse un bien colectivo (la pacificación de esa sociedad y un nuevo punto de partida); para otros, la protección de la verdad se entiende como protección de posiciones subjetivas; de este modo el daño que la falta de verdad o la presencia de la falsedad produce en la sociedad acaba consistiendo en la lesión de un interés individual, respecto del cual quien lo ha sufrido puede invocar algún tipo de reparación. Tal protección puede ser de índole civil o penal. Así, con respecto a la segunda, la verdad no es un bien en sí mismo que merezca protección penal; más bien son aquellos bienes que la falsificación los causantes del riesgo: por ejemplo, la publicación o difusión de noticias falsas, exageradas o tendenciosas, pero

⁵⁴ F. D’Agostini, *Diritti aletici*, en «Biblioteca della Libertà», LII (2017), 218, *L’universalità dei diritti e il concetto di verità*, pp. 3-42.

⁵⁵ A. Facchi, *La verità come interesse collettivo*, en «Biblioteca della Libertà», LII (2017), 218, *L’universalità dei diritti e il concetto di verità*, p. 56.

⁵⁶ El daño puede no ser individual. Un grupo de musulmanes que hayan sido educados en pensar que los infieles quieren la destrucción del Islam y del mundo árabe, y que además han sido aleccionados en creer que si alguno se suicida junto con un gran número de infieles tendrá el gozo eterno, es una colectividad en condición de sufrimiento atlético: se vive prisionero de creencias no verdaderas (si no decididamente falsas), que inducen a comportamientos dañosos para sí mismos y para los demás. Como sociedades aléticas típicamente sufridoras señala D’Agostini los regímenes totalitarios, definidos por varios autores, como situaciones de «mentira organizada» (D’Agostini, *Diritti aletici*, cit., 7-8. Con respecto al triunfo del Islam, Russell lo cita como triunfo clásico del poder conseguido gracias al fanatismo (*El Poder*, cit, p. 135).

en la medida en que sean susceptibles de perturbar el orden público, como las tesis negacionistas sobre el holocausto judío⁵⁷.

Es difícil percibir la verdad como un derecho (un derecho a la verdad) ya que no hay una ley que proteja la verdad objetiva de los hechos⁵⁸. La doctrina italiana ha sido especialmente activa en los últimos años en cuanto a presentar propuestas sobre la consideración de la verdad como un derecho, entre las que destacamos la de S. Rodotà por un lado, y la de F. D'Agostini por otro. Rodotà sustenta un “derecho a la verdad” como germen de otros derechos: «il concetto di verità sembra essere la radice di ‘un intero sistema di diritti’»⁵⁹. La propuesta de seis

⁵⁷ La negación del Holocausto es un conjunto de tesis según las cuales no ha habido ningún proyecto para la eliminación sistemática y deliberada de los judíos por parte del régimen nazi, ni habrían existido los campos de exterminio y las cámaras de gas para lograr esta meta. Son tesis inconsistentes a nivel historiográfico: la reconstrucción de los hechos está viciada de hecho por graves errores metodológicos y por una selección inexacta, cuando no deshonestas, de las fuentes. Para una reconstrucción, vid. C. Vercelli, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Laterza, Roma-Bari 2013.

⁵⁸ Lo más cercano de esa proyección del derecho a la verdad sería el derecho fundamental a la información veraz, contemplado en el caso español, en el artículo 20.1.d) de la Constitución española: «Se reconocen y protegen los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Los estudios de la doctrina italiana adquieren un mayor valor en cuanto en su texto constitucional, a diferencia del español, no exige la “veracidad en la información”. Su artículo 21 establece la libertad de expresión y la libertad de información sin más referencia que al límite explícito de las buenas costumbres (como límites implícitos se podrían citar honor y reputación, identidad personal, privacidad, secretos, pero no la verdad). Vid. L. Capuccio, *Libertad de expresión y libertad de información en la Constitución italiana: perfiles reconstructivos*, en *El control judicial de los medios de comunicación*, J.C. Gavara de Cara, J. de Miguel Bárcena, D. Capodiferro Cubero (eds), Bosch Editor, Barcelona 2015, pp. 215-239.

⁵⁹ S. Rodotà. *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 11 (capítulo VIII: Il diritto alla verità: il bisogno di conoscere; Opportunità dell'oblio, necessità della memoria; Obbligo della verità?; Verità e negazione, pp. 211-231). En esta misma línea de defensa de un derecho a la verdad, vid. C. Madrigal Martínez Pereda, *La verdad, las mentiras y el Derecho*, en *El Derecho a la verdad. Perspectivas y regulación*,

derechos aléticos (del griego “*aletheia*” – verdad), de D’Agostini, tiene la finalidad de proteger a los ciudadanos del engaño en el contexto de la creciente democratización del conocimiento que marca nuestra época. El objetivo no es imponer una “verdad de estado”, sino crear un ambiente propicio para el respeto de los hechos, brindando a la opinión pública las herramientas para orientarse⁶⁰.

3.2. ¿La búsqueda de la realidad y/o de la verdad? Formas mediante las cuales se puede adquirir conocimiento o procurar la verdad

Como ya se ha puesto de relieve, los interrogantes ¿qué es conocer? y ¿qué es la verdad? han preocupado a los filósofos desde a Grecia clásica hasta los días de hoy. Hay una pregunta central que fue formulada por

M. de Prada Rodríguez (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 79-122; y también, A. Pintore. *El Derecho sin verdad* (1996), trad. esp. de M^a.I. Garrido Gómez, J.L. del Hierro, Dykinson, Madrid 2005.

⁶⁰ Los derechos aléticos que propone D’Agostini son: 1) el derecho a ser informado verazmente (a no ser engañado); 2) el derecho a estar capacitado para comprender la información recibida y transmitirla adecuadamente; 3) el derecho a ser reconocidos como posibles fuentes de la verdad; 4) el derecho a contar con autoridades e instituciones confiables; 5) el derecho a contar con un ambiente cultural positivamente orientado al reconocimiento y garantía de derechos anteriores; 6) el derecho a vivir en un ambiente cultural en el que exista una conciencia generalizada de la importancia de la verdad, es decir, el derecho a ser educado en la verdad. Tales derechos los ubica en tres áreas: área de información, área de ciencia y área de cultura (D’Agostini, *Diritti aletici*, cit.); también, vid. G. Zagrebelsky, *Contro l’etica della verità*, Laterza, Roma-Bari 2009; G. Vattimo, *Addio alla verità*, Meltemi, Roma 2009. El interrogante que se suscita es si los derechos aléticos pueden representar una categoría jurídica o si son sólo una categoría de interés filosófico. Es decir, si actualmente existe una preocupación por lo que se podría considerar una hiperinflación de derechos, ¿resulta adecuado proponer otros derechos como aspirantes a ampliar los catálogos de derechos humanos? ¿No sería suficiente con una regulación y no una modificación de la teoría de los derechos humanos?

José Ferrater Mora: ¿existe una realidad cuya esencia es hacer posible y real la existencia de lo que individualmente existe, o es simplemente un concepto abstracto? De la comprensión inicial de una realidad objetiva se ha ido evolucionando hasta desplazarla hacia una comprensión de una realidad interpretada y construida subjetivamente. Los hechos objetivos se ponían en cuestión, y se recurría a distintos métodos de investigación bien fuera, en unos casos para llegar a la realidad, o para llegar a la verdad en otros⁶¹.

La búsqueda de la realidad o de la verdad hizo necesario plantear una serie de cuestiones en dos niveles: un primer nivel epistemológico y un segundo ontológico. A nivel epistemológico: ¿el ser humano es libre en sus decisiones o está determinado por las estructuras? A nivel ontológico: ¿qué entendemos por lo que denominamos realidad?, ¿cómo nos relacionamos con la realidad? ¿la realidad social es externa al individuo o es producto de la conciencia individual? ¿Es el paradigma de la racionalidad científica el único que puede llevarnos hasta la verdad?⁶².

Uno de los más importantes problemas filosóficos a lo largo de la historia ha sido el de la percepción de la realidad, de la que se ocupa la Fenomenología, y que Platón describió en el Libro VII de *La República* mediante el “mito de la caverna”. Traducido a nuestros días, los

⁶¹ J. Vidal, *La búsqueda de la realidad o de la verdad: una aproximación a partir de la teoría sociológica*, en «Cinta moebio», XLVII (2013), pp. 95-114.

⁶² Si “todo lo dicho”, es decir, resultado del proceso de la observación, “es dicho por un observador”, cabría cuestionarse metafísicamente la validez universal de las sentencias y observaciones, al depender estas de lo que hace el observador, desembocando en la conclusión de que “sin el observador no hay nada”. Habría entonces que replantear el concepto de observador y de observación, estableciendo una diferencia en la teoría de sistemas autorreferenciales o autopoieticos de Niklas Luhmann. Vid. H. Maturana, *La realidad: ¿objetiva o construida? Fundamentos biológicos de la realidad*, Anthropos, Barcelona 1995; N. Luhmann, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia* (1982), edic. y trad. esp. de J. Beriain, J.M. García Blanco, Trotta, Madrid, 1998.

prisioneros de la caverna vivirían en la posverdad⁶³. De una frase de Aristóteles como «Decir de lo que es que es, y de lo que no es que no es, es verdadero» se ha transitado a rebautizar las mentiras como “verdades alternativas”, lo que ya permite intuir con qué construcciones y narrativas bien estudiadas, se pretende presentar la verdad, a modo de una ilusión ideológica, como una ficción moralista, como un instrumento de dominación.

La mayoría de los filósofos concuerda en que la idea de verdad es una interpretación mental de la realidad transmitida por los sentidos. Conviene recordar que la interpretación mental incluye creencias, valores y, en última instancia, la consciencia, porque pueden engañarnos una vez que filtran la verdad a partir de nuestra subjetividad, construyendo una verdad solamente para nosotros mismos. Popper, apoyándose en un método científico, el dominio de la falsabilidad, y el criterio de comprobación racionalista, se cuestiona qué es la verdad (y la realidad). Popper entiende como verdad «la correspondencia con los hechos (o con la realidad); o, de forma más precisa, una teoría es verdadera si, tan solo si, corresponde a los hechos»:

hemos descrito el principio de inducción como el medio por el que la ciencia decide sobre la verdad. Para ser más exactos, deberíamos decir que sirve para decidir sobre la probabilidad: pues no le es dado a la ciencia llegar a la verdad ni a la falsedad [...] mas los enunciados científicos pueden alcanzar únicamente grados continuos de probabilidad, cuyos límites superior e inferior, inalcanzables, son la verdad y la falsedad⁶⁴.

A juicio de Popper, somos buscadores de la verdad, «pero no somos sus poseedores», ya que la verdad nunca se expone con exclusividad.

⁶³ I. Blanco Alonso, *Las Noticias Falsas y la Posverdad. Resultados de un Nuevo Paradigma de Comunicación*, en «Foro», V (2021), 6, p. 1625.

⁶⁴ K. Popper. *La lógica de la investigación científica* (1962), trad. esp. de V. Sánchez Zavala, Tecnos, Madrid 1980, p. 29.

Lo máximo que podemos conseguir es – según Popper – llegar lo “más próximo posible” a la verdad.

¿Es posible conocer la verdad? Sobre las formas en que el ser humano puede adquirir conocimiento o procurar la verdad se han ido formulando distintas propuestas. Para la teoría del materialismo dialéctico es un punto central. En torno a la cuestión dialéctica, Lenin escribe: «El conocimiento del hombre no es una línea recta, sino una curva que se aproxima infinitamente a una serie de círculos, una espiral»; Para el positivismo lógico (Otto Neurath, Rudolf Carnap), la “verdad” es algo que está ahí afuera, es “dada”, y nosotros solo tenemos que descubrirla y copiarla; Hans-Georg Gadamer, en *Verdad y Método*, señala que: «Será la ciencia, como ella propia reivindica para sí, la última instancia y la única portadora de la verdad»⁶⁵. Es evidente que debemos al desarrollo de la ciencia el hecho de que hemos podido desprendernos de prejuicios y tabúes, a medida que se ha desarrollado en sus procedimientos y en la comprensión de “lo real”; Habermas en *Conocimiento e Interés*, señala que se trata de una «crítica radical al conocimiento y que solo es posible con una teoría social»⁶⁶, es decir, que para descubrir el conocimiento humano son relevantes la dominación y la comunicación.

La filosofía analítica establece una síntesis de pensamiento entre la ética y la lógica. Wittgenstein, en el *Tractatus Lógico-Philosophicus*, plantea la vinculación estructural entre el lenguaje y el mundo. Considera los hechos como “estados de cosas”. Al interrogante de qué es y qué significa la verdad de una proposición y que sea cierta, responde señalando que la verdad es relativizada a partir de la interpretación subjetiva de los hechos.

Por su parte, a juicio de Russell, en toda investigación sobre la naturaleza de la verdad se tropieza con dos cuestiones: la primera, ¿en qué

⁶⁵ H.-G. Gadamer, *Verdad y método II. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (1960), trad. esp. de M. Olasagasti, Sígueme, Salamanca 2004, p. 58.

⁶⁶ J. Habermas, *Conocimiento e interés* (1968), trad. esp. de J.F. Ivars y L. Martín Santos, Taurus, Madrid 1982, p. 9.

sentido, si es que hay alguno, la verdad depende del espíritu?; la segunda, si hay muchas verdades diferentes, o existe solamente la “verdad”⁶⁷.

De lo expuesto, se derivan una serie de cuestiones epistemológicas: ¿es la comprensión neutra?, ¿es el conocimiento neutral? Las respuestas son innumerables y no conclusivas, pues dependerán de la concepción del mundo de cada sujeto. Habrá que discernir si se trata de observar el mundo real y qué se entiende por tal (¿un mundo construido a partir del consenso colectivo, basado en construcciones sociales?) o si lo que se pretende es la procura de la verdad (en ese caso, ¿se trata de una construcción subjetiva?).

3.3. El despojo de crédito a la verdad: la postverdad

Apoyándose en una especie de “sistema oculto para despojar a la verdad de crédito”, y la atribución del calificativo de verdadera a la verdad – lo que no deja de ser un pleonismo, surge el interrogante de si es que hay una verdad falsa. Los conceptos de contraverdad y de postverdad parecen ir en esa línea⁶⁸.

El Diccionario de la RAE define la postverdad como una «distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales»⁶⁹. La postverdad multiplica su versatilidad con los medios tecnológicos al poder adquirir nuevas formas, difundirse en tiempo real y replicarse

⁶⁷ B. Russell, *Ensayos filosóficos* (1905), trad. esp. de J.R. Capella, Alianza Editorial, Madrid 1972, p. 188.

⁶⁸ J. M^a. Carabante Muntada, *Verdad y Derecho en tiempos de postverdad*, en *El Derecho a la verdad. Perspectivas y regulación*, M. de Prada Rodríguez (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 503-511; vid. también, R. Keyes, *The post-truth era: dishonesty and deception in contemporary life*, St. Martin's Press, New York 2004.

⁶⁹ El Diccionario de Oxford eligió la postverdad como palabra del año, en 2016, y la define como el fenómeno que se produce cuando «los hechos objetivos tienen menos influencia en definir la opinión pública que los que apelan a la emoción y a las creencias personales».

entre millones de ciudadanos. La postverdad, ¿corresponde a la verdad de la postmodernidad? ¿Es más o menos verdad que la de la Modernidad? Desde la filosofía, las raíces de la posverdad se pueden situar en el relativismo y en el postmodernismo, a los que haré una breve referencia.

Comenzando por el primero, el relativismo, slógenes como “Todo es relativo” o “ya no existe la verdad”, se convierten en lemas de una actitud ante la vida para ciudadanos que han perdido su sentido crítico – tal vez, nunca lo tuvieron –. La filosofía, en contraposición a la ciencia – que se alza como el paradigma de la seguridad y de lo cierto –, parece transitar por la pendiente resbaladiza de la subjetividad, de la opinión, de distintas corrientes y teorías que se han sucedido a lo largo de los tiempos. «El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en tanto son y de las que no son en tanto que no son», establece la famosa sentencia del sofista griego Protágoras (S. V a.C.), se ha venido considerando como una declaración fundacional del relativismo. El relativismo, aplicado al Derecho como también a la moral, ha sido una fuente de debates a lo largo de la historia. Los relativistas sostienen que la aceptación de determinados valores y verdades dependen de la cultura y del tiempo en que se sitúen, rechazando verdades y procedimientos universales, ya que son únicamente el resultado de haber acordado unos usos y formas de vida. En definitiva, es una filosofía que niega la existencia de cualquier tipo de absolutos, sosteniendo el relativista metafísico, que no existen absolutos en ninguna parte de la realidad y, defendiendo, el relativista epistemológico, que nada puede conocerse absolutamente sino sólo de modo relativo. El relativismo cognitivo pone en peligro las bases del imperio de la ley, del marco jurídico por el que se regulan las relaciones entre los ciudadanos, así como la justicia, que se verán trastocados si falta una verdad objetiva.

Con relación al segundo, la proyección de la filosofía postmoderna en la construcción de la postverdad, conviene recordar que el pensamiento posmoderno ha atacado las claves de la Ilustración: a la universalidad y a los grandes relatos opone la fragmentación y los microrrelatos; niega que la racionalidad sea el único camino para el conocimiento, y rechaza la idea de progreso. Atacan la verdad tanto con respecto al sujeto como

con respecto a la realidad: no hay sujeto, no hay representación adecuada, y no hay realidad. Lo único que resta es un discurso pronunciado por nadie, una estructura sin sujeto. La realidad se diluye y se sustituye por narrativas, narraciones y lenguaje. Se trata de “hacerse con el relato” no con “la verdad”. Huérfanos de la verdad, ¿cómo demostrar que unas argumentaciones son más verdaderas que las contrarias. La única solución sería recurrir a la fuerza, por ende, al poder. Paradójicamente, aunque el postmodernismo deseaba liberarse del poder, lo acaba legitimando.

Entre los críticos con respecto a la influencia de la filosofía postmoderna en la postverdad, destaca el filósofo italiano, M. Ferraris, con su tesis de que la postverdad es «la inflación, la difusión y la liberalización de lo posmoderno [...], y cuyo logro es el absolutismo de la razón del más fuerte»⁷⁰. La postverdad pone de manifiesto el debilitamiento de las “grandes narraciones”. Basta recordar que para Nietzsche no existían los hechos, sólo las interpretaciones. Tal frase es el desiderátum de quienes se arrogan siempre el tener la razón, independientemente de que la historia o la experiencia lo pudieran desmentir. La postverdad se presenta como la popularización del principio fundamental de lo posmoderno (como la versión más radical de la hermenéutica), según la cual, «no existen los hechos, solo las interpretaciones»⁷¹. Arendt señalaba que «el sujeto ideal de la dominación totalitaria no es el nazi convencido o el comunista fervoroso, sino la gente para la que la distinción entre realidad y ficción, entre verdadero y falso, no existe»⁷².

⁷⁰ M. Ferraris, *Postverdad y otros enigmas* (2017), trad. esp. de C. Caranci Sáez, Alianza Editorial, Madrid 2019, p. 13. Ferraris subraya la relevancia del Congreso sobre *Verité et Pos-verité au temps du Web*, celebrado en París, el 9 de marzo de 2017 y algunas de las aportaciones brillantes que se realizaron en el mismo (como la del concepto de “niebla contextual” elaborada por J. Domenicucci).

⁷¹ Ferraris, *Postverdad y otros enigmas*, cit., p. 23.

⁷² H. Arendt, *Orígenes del totalitarismo* (1974), trad. esp. de G. Solana Díez, Alianza Editorial, Madrid 2006. Por su parte, Jacques Derrida, apoyándose en Hannah Arendt, sostiene que la diferencia entre la mentira tradicional y la moderna está en la diferencia entre esconder y destruir (se destruye la verdad). J. Derrida, *Historia de*

Hay que dejar apartada a la verdad y tratar de promover el diálogo y el acuerdo social. Esta idealización de la mentira que subyace en esas tres palabras resulta muy peligrosa para las democracias, en la medida en que favorece un populismo – los populismos se han aprovechado de esa separación entre democracia y verdad –, un discurso demagógico, insistiendo en una teoría del discurso “horizontal” (abajo las jerarquías) y llegando a lo que Ferraris denomina la “falacia consensual”, falacia porque olvida que la mediación se da entre intereses, no entre verdades⁷³. En definitiva, no hay un nexo entre el relativismo epistemológico y la democracia y, en ningún caso, la postverdad debería ser el precio a pagar por la libertad.

4. Derecho a la verdad vs. derecho a no ser engañado (a través de los medios tecnológicos)

De lo que, siguiendo la estela de Foucault, se podría calificar como el régimen de la disciplina, se ha transitado hacia el régimen de la información, en cuanto que ahora no se explotan cuerpos y energías, sino información y datos. El factor determinante para obtener el poder ya no es la posesión de medios de producción sino el acceso a la información, que se nutre de los datos. El sujeto de este régimen de la información no es dócil ni obediente, sino que, al creerse libre, él mismo obedece

la mentira. Prolegómenos (Conferencia dictada en Buenos Aires 1995), pról. De Jorge Panesi, Editorial Universitaria de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires 2015.

⁷³ Explica Ferraris que la primera, la falacia trascendental, es la que llevó a Bruno Latour a afirmar que Ramsés II no podía haber muerto de tuberculosis (ontología) porque los bacilos de tuberculosis no fueron aislados por Koch hasta 1882 (epistemología). Se suele justificar esta falacia por considerarla como abierta a una multiplicidad de narraciones. La segunda falacia es la del poder-saber, lo que, por ejemplo, lleva a los posmodernos a denunciar que la ciencia, lejos de permitir aumentar el poder, es causa de la opresión de la humanidad, como se manifiesta en la bomba atómica (Ferraris, *Postverdad y otros enigmas*, cit., pp. 40-41).

las consignas que, sutilmente recibe a través de las redes⁷⁴. Es conocido que en los diversos libros publicados por Han, se subraya que el nuevo nihilismo actual es un síntoma de la sociedad de información. No significa que la mentira se haga pasar por verdad o que la verdad sea catalogada como mentira, sino que socava la distinción entre verdad y mentira. «Las noticias falsas no son mentira. Atacan a la propia facticidad. Desfactifican la realidad [...] La información es aditiva y acumulativa. La verdad, en cambio, es narrativa y exclusiva»⁷⁵.

Le Bon, en su *Psicología de las masas*, hacía referencia al alma de la masa, que unificaba las acciones de la masa⁷⁶. Sin embargo, el régimen de la información aísla a los integrantes de la sociedad de masas. Con el universo digital se ha producido un cambio: si bien la cultura numérica digital constituye un medio de masas, en el sentido de que producen un hombre-masa, sin embargo, despojan de identidad – queda sólo con un perfil, muchas veces falso – y se le priva de identidad: «lo decisivo para obtener ahora el poder es el poder de la información»⁷⁷.

Si se interrogara si la opinión pública es fiable – o si el pueblo tiene siempre razón – hay que responder negativamente. La opinión pública es especialmente sensible a la propaganda, a la desinformación y a la manipulación⁷⁸. Como señala Marina, «La manipulación consciente e inteligente de los hábitos y opiniones de las masas es un elemento importante en la sociedad democrática. Son las minorías inteligentes las

⁷⁴ B-Ch. Han, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia* (2022), trad. esp. de J. Chamorro Mielke, Taurus, Madrid 2022, p. 15.

⁷⁵ Ivi, p.74 y p. 82.

⁷⁶ G. Le Bon, *Psicología de las masas* (1895), trad. esp. de A. Guerra Miralles, Morata, Madrid 2005.

⁷⁷ Han, *Infocracia*, cit., p. 24.

⁷⁸ Sobre el poder de la comunicación en las masas, vid. M. Castells, *Comunicación y poder*, trad. esp. de M. Hernández, Alianza Editorial, Madrid 2009; también, D. Colon, *Propagande. La manipulation de masse dans le monde contemporain*, Champs histoire Flammarion, 2021; E. Bernays, *Propaganda*. (1928), trad. esp. de A. Fuentes, Editorial Melusina, Madrid 2008.

que necesitan recurrir continua y sistemáticamente al uso de la propaganda»⁷⁹.

4.1. La opinión pública al albur del adoctrinamiento de los medios tecnológicos

El binomio poder-obediencia ha encontrado su asidero en el control de la opinión pública. Ello se puede constatar tanto por hechos históricos probados, como por un segundo rasgo como es la simplificación de los discursos, destinados a una ciudadanía cada vez más dócil y menos crítica. Un tercer rasgo es el que refleja la realidad actual consistente en que, a raíz del universo digital y del dominio del “algoritmo”, la opinión pública ha quedado expuesta con mayor vigor a la manipulación y al control mediante el uso de la nueva tecnología. No se limita a un adoctrinamiento cognitivo, sino que su objetivo es dirigir comportamientos para lo que la postverdad configura como la construcción filosófico-moral de una narrativa que daría cobertura a cualquier tipo de discurso que el poder quisiera dar. Seguidamente analizaré cada uno de estos tres rasgos.

El primer rasgo es que la manipulación de las ideas y motivaciones de las personas con el ánimo de influir en su forma de comportarse ha

⁷⁹ Tal situación lleva a Marina a recordar un viejo chiste en que se ve a un juez en su tribunal diciendo: “Para aligerar los trámites vamos a prescindir de las pruebas y pasar directamente a la sentencia”. Algo parecido está sucediendo: “Para aligerar el discurso, vamos a prescindir de los argumentos y pasar directamente a las conclusiones”. La formación de la opinión pública se ha convertido en una gran fuente de negocio para las grandes compañías que manejan información. No se debe de renunciar a la consecución de una “opinión pública ilustrada”, como si se tratara de una utopía irrealizable. J.A. Marina, *¿Es de fiar la opinión pública?*, en «Ethic» (26 de enero de 2023); también, del mismo autor, *El derecho a no ser engañado*, en «El Panóptico», (29 de marzo de 2021). También, vid. L. Garrigues Walker, L. M. González de la Garza, *El Derecho a no ser engañado. Y como nos engañan y nos autoengañamos*, Aranzadi, Pamplona 2021.

sido una constante en la historia de la humanidad. En 1572, el papa Gregorio XIII creó la *Congregatio de propaganda fide*; Napoleón fue hábil en el manejo de la propaganda. En 1802 se preguntaba «¿Qué es el poder?» Y lo resolvió aseverando que «Nada si no tiene con él la opinión de la gente». La finalidad de la propaganda política ha sido siempre la de configurar y controlar la opinión pública; Una vez finalizada la Primera guerra mundial, el Ministerio de Información británico se propuso «dirigir el pensamiento de la mayor parte del mundo»⁸⁰; Goebbels organizó el *Reichsministerium für Volksaufklärung und Propaganda* (Ministerio de Ilustración pública y propaganda); en España, en 1936, el gobierno de Largo Caballero, creó un Ministerio de Propaganda, y en el primer gobierno de Franco, hubo una Delegación Nacional de Prensa y Propaganda, que tuvo bajo su control todos los medios de comunicación a la vez que se encargaba de la propaganda del régimen. El término “propaganda” no tuvo una connotación peyorativa en las democracias liberales hasta 1970, fecha en la que comenzó a desaparecer de los organigramas políticos sustituida por “información”, que es más neutral⁸¹.

Si se bucea en los instrumentos que utiliza este poder se advierte que no son nuevos: los modismos discursivos que los componen, la utilización premeditada de un determinado léxico, los recursos e instrumentos mediáticos, la adaptación de las entonaciones según los diversos escenarios, los temas específicos que se tratan, la selección específica de noticias e imágenes, nada queda al azar y todo se integra y se da forma

⁸⁰ R. Marlin, *Propaganda and the Ethics of Persuasion* (1938), Broadview Press, Peterborough (Ont.)-Orchard Park (N.Y.) 2002.

⁸¹ No me voy a detener en el análisis del papel de los medios de información, pero conviene señalar que estos siempre han podido influir sobre el poder, bien sea para desestabilizarlo o para fortalecerlo. A raíz de las nuevas tecnologías, la polarización entre información/desinformación se ha vuelto más nebulosa, y su capacidad de influencia ha aumentado hasta el punto de que no se puede pensar la formación de la opinión pública separada del desarrollo de los medios de comunicación y de información. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que, a su vez, los medios pueden ser confiscados, fagocitados, controlados o dirigidos por las acciones de estrategia del poder.

según el enfoque que resulte adecuado a la organización, siempre ajustado a los dictados de los sectores dominantes – bien sean ideológicos, tecnológicos o de otro tipo –⁸². Tal esquema ha sido el habitual, aunque el “cómo”, la forma en que se gestan, crean y difunden tales mensajes es lo que ha cambiado, produciendo unos efectos con mayor capacidad de distorsión.

El segundo rasgo al que he aludido es el de que la política se ha venido apoyando en el manejo de la opinión pública, y el político intenta conseguirlo rebajando el nivel racional de sus mensajes y aumentando su carga emocional. En los debates políticos el participante no quiere razonar, sino ganar. La formación de la opinión pública se ha convertido en una gran fuente de negocio para las grandes compañías que manejan información⁸³. Entre los principales tratamientos tradicionales sobre la propaganda (Lasswell, Ellul, Chomsky) cabe destacar a Walter Lippman, quien acuñó la expresión: «fabricación del consenso»⁸⁴; Herman y Chomsky publicaron *Manufacturing consent*, un modelo de propaganda de los medios de comunicación de masas⁸⁵; Gramsci y Declau lo conceptualizaron como “hegemonía”⁸⁶; Foucault lo incluye entre las

⁸² L.A. Briceño Montilla, *Discursos de poder y nuevas tecnologías: reflexiones críticas en torno a la biopolítica y psicopolítica*, en «Perspectivas: Revista de Historia, Geografía, Arte y Cultura», IX (2021) 18, pp. 21-33.

⁸³ E. Klein, *How Politics Make Us Stupid*, en «Vox» (06/04/2014).

⁸⁴ Cuestiona la teoría liberal de la opinión pública y subraya la actuación impulsiva que siempre ha llevado a cabo aquella, en respuesta a los estímulos que le provocan los acontecimientos que le rodean. W. Lippmann, *La opinión pública* (1922), trad. esp. de B. Guinea Zubimendi, Langre, Madrid 2003; C. Glynn *et al.*, *Public Opinion*, Westview, New York 2016.

⁸⁵ En español fue traducida como *Los guardianes de la libertad*. En su obra presentan lo que denominaron el Modelo de Propaganda cuyo principal postulado es que los medios de comunicación, por sus características estructurales aplican cinco filtros que orientan los hechos que serán publicados y la forma en que se publicarán.

⁸⁶ Junto con la estructuración socio-económica también la antropología cultural ha sido crítica con el concepto de verdad, apoyándose en que la ciencia es despreciable porque es solo un arma colonialista.

“mallas del poder”⁸⁷; H. Lasswell ha explicado que cuando las élites carecen del requisito de la fuerza para obligar a la obediencia, deben recurrir a una forma nueva de control: «Uno de los objetivos de los sistemas de adoctrinamiento son las masas estúpidas e ignorantes. Deben mantenerse así, desviadas con hipersimplificaciones emocionalmente potentes, marginalizadas y aisladas»⁸⁸. Es una realidad constatada que la sociedad de masas y la tecnología aplicada a la comunicación ha desembocado en una simplificación de los discursos⁸⁹.

El tercer rasgo que he señalado es el de la mayor exposición de la opinión pública al poder que deriva de los usos que se hacen de las nuevas tecnologías. Lo que ha cambiado es tanto el contenido como las formas, los medios – ahora tecnológicos – por los que circula la información. Frente a la verdad, y más que la mentira, son las informaciones falsas, la

⁸⁷ M. Foucault. *Las mallas del poder*, en M. Foucault, *Estética, ética y hermenéutica. Obras esenciales III*, (1994), trad. esp. y edic. de Á. Gabilondo, Paidós, Barcelona 1999, pp. 235-253.

⁸⁸ H.D. Laswell, *The Encyclopedia of the Social Sciences in Review*, en «International Journal of Ethics», XLVI (1936), 3, pp. 388-396.

⁸⁹ Marina señala varios ejemplos. Uno de ellos es un estudio de Kayla N. Jordan en el que analizan más de 33.000 textos de todos los presidentes de Estados Unidos desde el siglo XVIII, 5.000 novelas y más de dos millones de artículos de «The New York Times», llega a la conclusión de que los mensajes políticos se han infantilizado progresivamente; el segundo estudio fue realizado por el *Boston Globe* en 2015, y analizó los discursos de los candidatos a la presidencia, utilizando el algoritmo *Flesch-Kincaid readability test*. Los resultados que arrojaron fueron decepcionantes: oscilaban entre el nivel de comprensión para niños de 11-12 años, hasta los más sofisticados –los de Hillary Clinton– comprensibles para 14-15; el tercer estudio, con resultados muy similares a los anteriores, fue realizado por *Smart Politics*, un grupo de estudio apoyado por la Universidad de Minnesota, y Elvin Lim, *The Anti-Intellectual Presidency: The Decline of Presidential Rhetoric from George Washington to George W. Bush*, Oxford University Press, New York 2012. En esta misma línea cabe entender el lamento del profesor Pérez Luño sobre el actual nivel del lenguaje jurídico y parlamentario. Cfr. A.E. Pérez-Luño, E.C. Pérez-Luño Robledo, *Itinerarios deontológicos del lenguaje jurídico y parlamentario*, en «Revista de las Cortes Generales», CXIV (2022), pp. 39-80.

desinformación, la propaganda, las intoxicaciones o el adoctrinamiento que no es cognitivo, sino que pretende dirigir los comportamientos. El exceso de información, y la aparición de técnicas de falsificación están haciendo difícil separar lo verdadero de lo falso. Lo que está en juego es el control, para lo que las grandes plataformas intentan convencer que lo que se «dice y transmite» a través de ellas, es verdad.

La defensa de la esfera pública discursiva que Habermas defendía como esencial para la democracia, en su *Historia y crítica de la opinión pública*, se enfrentaba a su declive, del que Habermas responsabilizaba a los medios de comunicación de masas⁹⁰. Sin embargo, en la era de los medios digitales, tal esfera pública discursiva no está amenazada por los formatos de entretenimiento de los medios de comunicación de masas sino por la infodemia, es decir, por la multiplicación viral de la información. Y dado que la información va más rápida que la verdad, no hay forma de que esta última la pueda alcanzar. La alteridad, la presencia del otro, es imprescindible en una ética discursiva y, si falta ese otro, la formación de la opinión no será “genuinamente discursiva”, como ya advirtió también Arendt. La racionalidad digital, a diferencia de la racionalidad comunicativa, no tiene su punto de partida en el individuo sino en el colectivo, señala Han⁹¹.

⁹⁰ J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública* (1962), trad. cast. de A. Domenech, Editorial GG, Barcelona 1981. Habermas, citando a Arendt, encumbra la creación comunicativa de una voluntad común a fenómeno fundamental del poder. «El poder no lo posee nadie en realidad, surge entre los hombres cuando actúan juntos y desaparece cuando se dispersa otra vez». J. Habermas, *Perfiles filosófico-políticos* (1971), trad. cast. de Jiménez Redondo, Taurus, Madrid 1975, p. 206. Sin embargo, Habermas subraya excesivamente en la teoría de Arendt el papel de la comunicación en el concepto de poder, reduciéndolo a un momento comunicativo. En realidad, para Arendt, el poder no se puede basar únicamente en la comunicación y en el entendimiento de manera que organización, guerra, estrategias de poder, son elementos que también deben ser valorados a la hora de conceptualizar el poder.

⁹¹ Han, *Infocracia*, cit., p. 67.

Cuando Russell escribió su ensayo, ya advirtió acerca de que el peligro de la guerra produce cierta clase de psicología de las masas y, a la vez, dicha psicología, aumenta el peligro de guerra tanto como la probabilidad del despotismo. Toda guerra, y especialmente la moderna, «provoca la dictadura, pues hace que los tímidos busquen un caudillo y convierte a los espíritus más audaces de una sociedad en un rebaño»⁹². Sobre esta «sociedad de rebaño» voy a detenerme seguidamente.

4.2. El tránsito de la psicología de masas a un rebaño desconcertado

Ilustres filósofos españoles, como Ortega y Gasset, hicieron una llamada de atención sobre el modelo de sociedad, cuando calificaba a esa generación de alienada, con escaso rigor intelectual y fácilmente manipulable. Al igual que otros visionarios como Huxley y Orwell, Ortega y Gasset vaticinó una situación que se ha acentuado en lo que llevamos de este siglo XXI como es el hombre masa, despreocupado, poco profundo, autosuficiente, que sintiéndose vulgar, proclama el derecho a la vulgaridad y se niega a reconocer instancias superiores a él. Es el caldo de cultivo idóneo para, no sólo que los medios de información influyan en la opinión pública, sino para que las nuevas formas a través de las cuales se sirva el poder sean totalmente receptivas a su discurso. La sociedad de masas crea el Estado para el servicio de sí misma pero el resultado acaba siendo el contrario, con la sociedad de masas al servicio del Estado⁹³.

⁹² Russell, *El Poder, un nuevo análisis social*, cit., p. 277.

⁹³ J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas* (1930), Espasa libros, Barcelona 1999; también, vid. F. H. Llano Alonso, *El Estado en Ortega y Gasset*, pról. de G. Peces-Barba, Dykinson, Madrid 2010. Los pensadores alemanes de la Escuela de Frankfurt, de alguna manera en línea con las predicciones de Ortega y Gasset, advirtieron que «la industria de la cultura ha acomodado y estandarizado todo el arte. Debido a esto, ha ahogado la individualidad y destruido el pensamiento crítico». T. Adorno,

En el periodo de entreguerras, la sociedad de masas estaba presa del miedo (a una posible guerra, a un nazismo cada vez más fuerte, al *crack* económico de 1929) y se mostraba vulnerable. Los teóricos de la psicología social – como S. Freud, G. Le Bon –, recurrieron al factor emocional para explicar la reacción de la sociedad en escenarios tan críticos. Ortega se lamenta de que el hombre-masa no ha aprendido de la historia. Actualmente, el ciberhombre-masa, sigue incurriendo en los mismos errores de los que ya advirtió Ortega. Si el individuo no tiene presencia digital, no existe. Son las «nuevas apariencias» que Ortega ya denunciaba en su obra, amplificado en cuanto que, con las nuevas tecnologías, ese individuo configura su perfil, lo reinventa, diseña una imagen que poco tiene que ver con la realidad.

Lippmann ha sido quien ha acuñado la expresión de «rebaño desconcertado» con la que describe una opinión pública que carece de personalidad y que únicamente se deja guiar por aquellos líderes que, con mensajes que apelan a las emociones y a los sentimientos, moldean un estado de opinión. Podría pensarse que la llegada de las tecnologías digitales iba a proporcionar unos poderosos instrumentos de libertad y neutralizar los mecanismos de poder, pero el resultado ha sido lo contrario: se prescinde de los hechos, de la búsqueda de la verdad – cuya consecución requiere esfuerzo y tiempo – y se conforman con mensajes instantáneos, brevísimos, y despreocupados por la verdad.

El poder se ha asegurado siempre la obediencia controlando las creencias. Con la llegada de la democracia, la opinión pública se legitimó como poder político, lo que hizo aún más urgente la necesidad imperiosa y urgente de controlarla⁹⁴. El qué y el cómo de la información para crear opinión pública no se entendería sin tomar en consideración

M. Horkheimer, *Dialéctica de la Ilustración* (1969), trad. esp. de J.J. Sánchez, Trotta, Barcelona 1994.

⁹⁴ Para configurar la opinión pública y los deseos de los ciudadanos, el poder – bien sea político, religioso o económico –, ha recurrido a métodos de adoctrinamiento: el púlpito, la escuela, la propaganda, el control de la información o los campos de

el para quién, es decir, los destinatarios. En la línea de Han, que ha analizado las diferencias entre la “masa clásica” y la nueva masa, a la que denomina «enjambre digital»⁹⁵, también Lasalle alza la voz de alarma con respecto a que los seres humanos estén derivando hacia una especie de enjambre masivo sin capacidad crítica y entregado al consumo de aplicaciones tecnológicas dentro de un flujo asfixiante de información que crece exponencialmente. La sociedad digitalizada ha conducido a un paradójico individualismo («solos pero conectados») ⁹⁶. Esa es la clave de la propaganda actual para manipular la opinión pública. Es más eficaz porque se dirige al individuo aislado, pero a la vez lo introduce en una “masa social”. Esa ha sido una de las misiones de las redes: convocar a una muchedumbre solitaria. Todo ello impide la formación de un contrapoder que pudiera cuestionar el orden establecido, que adquiere así rasgos totalitarios.

La verdad también se ve alterada a raíz de la influencia de las tecnologías digitales. D’Ancona advierte que «La verdad se descubre, no se reparte; es un ideal que hay que buscar activamente, no un derecho que debemos esperar perezosamente»⁹⁷. La noción de verdad parece haber

reeducación. J. Ellul, *Propaganda. The Formation of Men’s Attitudes*, Vintage Books, New York 1973.

⁹⁵ B.Ch., Han, *En el enjambre* (2014), trad. esp. de R. Gabás, Herder, Barcelona 2020. El enjambre digital consta de individuos aislados, carece de alma, de un nosotros capaz de una acción común, de andar en una dirección o de manifestarse en una voz. La hipercomunicación digital destruye el silencio que necesita el alma para reflexionar y para ser ella misma. Se percibe solo ruido, sin sentido, sin coherencia. Empresas como Facebook y Google trabajan como servicios secretos que vigilan nuestros intereses para extraer beneficio de nuestros comportamientos en internet y las redes sociales.

⁹⁶ S. Turkle, *A. Together: Why we expect more from technology and less from each other*, Basic Books, New York 2011. En una línea similar se puede entender la obra de S. Zuboff, *The Age Of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, PublicAffairs, New York 2018.

⁹⁷ M. D’Ancona, *Posverdad: La nueva guerra en torno a la verdad y cómo combatirla*, Alianza Editorial, Madrid 2019.

quedado anticuada y desacreditada. Baricco lo explica aludiendo a la posexperiencia, y a la “verdad rápida”, un concepto que se puede explicar con los *trending topics*. Un hecho puede ser encumbrado a la verdad y, segundos después, sustituirlo por lo contrario. Si incluso los hechos se cuestionan, con mayor razón se pone en tela de juicio la verdad que, al fin y al cabo, “es un relato” y el hecho, “una interpretación”. La clave es apropiarse de ambos, del relato y, también, de la interpretación.

El problema del rebaño desconcertado es que no es consciente de su desconcierto, por lo que no busca una solución. Inerme a los embates de los medios tecnológicos, de las comunicaciones digitales, se preocupa sobre quién ostenta el poder y cómo lo maneja. Ajeno a que del control sobre la información se ha derivado en un manejo y control de “sus” datos, inerme ante una sociedad datificada adopta decisiones y realiza opciones convencido de que es mucho más libre que antes.

5. Conclusiones

Al inicio de la exposición, en la introducción, he señalado que casi todos los filósofos son críticos con la tecnología. No pretendo reducir lo expuesto a un pensamiento distópico y desembocar en una especie de “ciberfatalismo”⁹⁸, que nos convierta en víctimas de dichas tecnologías en lugar de usuarios. Las ventajas y bonanzas de los medios tecnológicos son indiscutibles y ya no se puede concebir la vida sin los mismos.

Sin embargo, considero un deber de los filósofos del Derecho hacer una llamada de atención sobre la perversa relación que se establece entre poder-opinión pública-verdad-tecnología. Tal vez, para los iusfilósofos, la búsqueda de la verdad permita colmar las ansias de indagar y llegar a los fundamentos últimos. Pero la verdad filosófica es sólo un tipo de verdad. Junto a la verdad científica o de la ciencia, está la verdad fáctica, la de los hechos, con la que seguramente el filósofo acabe tropezando y

⁹⁸ P. García Mexia, *Contra el “ciberfatalismo”. Beneficio y riesgo en la sociedad digital*, en «Revista de las Cortes Generales», (2022), 114, pp. 285-354.

llevándole a un estado de inquietud ante la dificultad de hacerlas coincidir. Una vasta literatura (ejemplarmente representada por el antiplatonismo de Nietzsche) nos recuerda que el binomio felicidad-verdad es de difícil consecución, fundándose la felicidad en evadir la verdad, y no quedando más remedio a la verdad, que destruir la felicidad.

Ello significa que, en la práctica, se podría argumentar que, más que un “derecho a la verdad”, los seres humanos y colectividades necesitan (para su bienestar y felicidad) – como señala D’Agostini – un «derecho a mentir»: ser gratamente engañado, no saber y no revelar, usar falsedades o medias verdades para engañar o engañar a otros (para algunos disculpable si es que se hiciera por motivos e intenciones enteramente benévolos) pero, para los iusfilósofos, poco tranquilizador. Tal vez la situación de zozobra del filósofo sea consecuencia de su incansable persistencia en buscar la verdad, aunque le lleve a enfrentarse al poder o, aunque le acarree la infelicidad. Platón, en su obra la *República*, hacía referencia a la eudaimonía, y sostiene que no se puede lograr simplemente buscando la felicidad, sino que se consigue mediante la búsqueda de la verdad y la justicia. En su concepción, la eudaimonía no era simplemente un estado de ánimo o una emoción, sino que era algo más profundo, una forma de vida que se logra a través de la excelencia moral. Aristóteles, en su obra *Ética a Nicómaco* también defiende que la eudaimonía se logra a través de la excelencia moral, y a través de la práctica de las virtudes. La idea que representaba la felicidad para los clásicos ha derivado, en la actualidad, en un estadio muy diferente.

La sociedad de la transparencia – para la que el *big data* es un elemento indispensable – se convierte en una sociedad uniformada, con el consiguiente riesgo de caer en el totalitarismo. «Ya decía Aristóteles que sin ignorancia no hay saber. Por tanto, transparencia y verdad no son términos sinónimos. La ‘hiperinformación’ y la ‘hipercomunicación’ son síntomas de una falta de verdad»⁹⁹. En la sociedad de la de la infor-

⁹⁹ J.I. Galparsoro, M^a R. Pérez Pérez, *Revolución digital y psicopolítica. Algunas consideraciones críticas a partir de Byung-Chul Han, Foucault, Deleuze y Nietzsche*, en «SCIO. Revista de Filosofía», XIV (2018), p. 255.

mación no hay “tensión metafísica”, es decir, no hay ninguna aspiración a la “verdad”. No hay *filo-sofía*, en el sentido estricto del término. La masa de información no genera ninguna verdad, sino una paradójica y anestesiante sensación de vacua plenitud.

Si la ignorancia suele ser un estadio que proporciona mayor felicidad que el conocimiento, la postverdad se convierte en una firme aliada de tal consigna. Además, el dispositivo de la felicidad “nos distrae de la situación de dominio establecida obligándonos a una introspección anímica” y no deja espacio a cuestionar críticamente el poder. Debilitamiento de la libertad, postverdad, desaparición del pensamiento crítico y felicidad, forjan una alianza perversa, auspiciada, como siempre, por quien maneje los hilos del poder. De ahí la relevancia de conocer la historia del pensamiento filosófico-jurídico, en cuanto que proporciona asideros para impulsar y fortalecer la perspectiva crítica sobre aquello que se nos presente como realidad y como verdad.

DEL HOMBRE AURORAL A LA PARÁBOLA DEL CENTAURO ONTOLÓGICO: LA *MEDITACIÓN DE LA TÉCNICA* DESDE LA PERSPECTIVA RACIOVITALISTA DE JOSÉ ORTEGA Y GASSET

Fernando H. Llano Alonso

Abstract

This essay analyzes the keys to modernity in *Meditación de la técnica* (1939), the Ortegian essay that best expresses the relationship of continuity between the raciovitalist philosophy of José Ortega y Gasset and his anthropological interpretation of technique, according to which technique belongs to the essence of the human. At the same time, the foundations of the technological humanism proposed by the founder of the Madrid School will be studied as an epistemological and anthropological position between the dogmatic vision of those who have an apocalyptic view of science and the scientific sanctimoniousness of those who presume that scientific progress is always positive and, therefore, must be produced without ethical or legal restrictions, even if it transgresses the principles of human dignity, justice as fairness, fundamental rights and liberties.

Keywords

Science; technology; human technological condition; ontological centaur; technological singularity; technological humanism.

1. Genealogía histórica y lógica de la *Meditación sobre la técnica*

El título de este primer epígrafe está inspirado en uno de los primeros artículos que Guido Fassò dedicó a Giambattista Vico: *Genesi storica e genesi logica della filosofia della Scienza Nuova* (1948)¹. En este trabajo de juventud el iusfilósofo boloñés se refería a los dos momentos genealógicos de una de las obras más originales de la historia del pensamiento, alternativa y crítica respecto al racionalismo cartesiano, y también de las más influyentes en los siglos posteriores entre los filósofos especializados en el estudio de la historia y el conocimiento: la génesis histórica hace alusión sobre todo a los cuatro autores que más influyen en la obra viquiana: Platón, Tácito, Bacon y Grocio²; la génesis lógica sigue el hilo conductor que va desde el principio «verum ipsum factum», que inspira la *Scienza Nuova Seconda*, al principio «certum est pars veri», plasmado en *De constantia iurisprudētis*³.

Análogamente, podrían señalarse dos momentos genealógicos de *Meditación de la técnica* (1939), una de las obras más clarividentes de José Ortega y Gasset que, sin duda, goza de gran actualidad, en la medida en que el pensador madrileño invoca el sustrato antropológico de la técnica y defiende la compatibilidad entre el humanismo y la tecnología (conciliando ambos en la fórmula «humanismo tecnológico»).

Al igual que sucedía con la *Scienza Nuova*, desde un punto de vista histórico, también existe un debate anterior a la aparición de *Meditación*

¹ G. Fassò, *Genesi storica e genesi logica della filosofia della "Scienza Nuova"*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», XXV (1948), 2, pp. 218 y ss.

² Gb. Vico, *Autobiografía*, a cura di B. Croce e F. Nicolini, Laterza, Bari 1929², pp. 39-40.

³ Cfr., S. Mazzarino, *Vico, l'annalistica e il diritto*, Guida, Napoli 1971, pp. 15-22; J.M. Sevilla Fernández, *Esbozo de una metafísica de la mens en las primeras obras de Vico*, en «Bolletino del Centro di Studi Vichiani», XIV-XV (1984-1985), p. 271; F.H. Llano Alonso, *Guido Fassò: estudios en torno a Giambattista Vico*, en «Cuadernos sobre Vico», V-VI (1995/1996), pp. 70-71.

de la técnica en torno a la relación entre el hombre y la técnica iniciado por otros autores contemporáneos de Ortega, como Spengler, Scheler o Heidegger, que pese a mantener una posición doctrinal diversa de la suya (en la medida en que no entienden que la técnica sea esencial al hombre), podrían considerarse precursores del debate filosófico en torno al impacto de la tecnología en la sociedad contemporánea. Por otra parte, según Ortega, desde una perspectiva diacrónica, hay tres grandes estadios en la evolución de la técnica: la técnica del azar, la técnica del artesano y la técnica del técnico, que se explicarán detalladamente en el segundo epígrafe.

Por otra parte, del mismo modo que en la obra viquiana había un hilo conductor entre, por así decirlo, los principios alfa y omega que inspiran sus escritos iusfilosóficos, también en *Meditación de la técnica* hay un nexo de causalidad entre la filosofía raciovitalista de Ortega y su visión del sustrato antropológico y el carácter antropogénico de la técnica, aspecto al que se dedicará el tercer epígrafe de este trabajo.

Antes de analizar en profundidad las claves históricas y lógicas que explican la génesis de la *Meditación de la técnica*, me parece oportuno situar la obra en el contexto vital e intelectual de su autor y en la atmósfera cultural de la época en que se produce su aproximación a la técnica como objeto de estudio y reflexión. Como advierte Javier Zamora, esta meditación orteguiana sobre la técnica está vinculada a su concepto de hombre como ser biográfico y a su intento de desarrollar la razón vital e histórica⁴.

Lo que diferencia al hombre del resto de los animales es su capacidad de ensimismarse, de experimentar su propio mundo interior y de evadirse de su “circunstancia” aunque sea solo por un momento. Este ensimismamiento humano permite al hombre salir del estado del permanente estado de alteración y necesidad, sumergirse en su propio mundo interior y subjetivo, dedicar ese acto íntimo de ensimismamien-

⁴ J. Zamora Bonilla, *Ortega y Gasset*, Plaza y Janés, Barcelona 2002, p. 387.

to a soñar, imaginar, desear, crear y pensar, haciendo así hallazgos y realizando descubrimientos con los que se consigue el nivel de progreso científico adecuado para que se produzca el desarrollo tecnológico⁵.

La meditación en torno a la técnica coincide con una etapa de plenitud filosófica y de intensidad vital en Ortega que coincide con el periodo final de su actividad política como cofundador y diputado electo de la Agrupación al Servicio de la República⁶. Se trata de una fase creativa y de transición en su producción en la que el ritmo de publicación de sus artículos políticos empieza a decrecer a medida que profundiza y amplía su interés en algunos de los principales temas planteados en ensayos de las décadas de los años '10 y '20: la idea de la vida como realidad radical del individuo, explicada en *Meditaciones del Quijote* (1914); las teorías del método de las generaciones, el perspectivismo, y la razón vital (con la que Ortega nos propone superar la dicotomía entre racionalismo y vitalismo), todas ellas expuestas en *El tema de nuestro tiempo* (1923); las ideas de hombre-masa y sociedad como resultado de la relación dinámica entre dos factores: minorías y masas, cuyas claves principales se abordan en *La rebelión de las masas* (1929); la concreción de la idea de razón vital en la razón histórica, tesis esbozada en *En torno a Galileo* (1932) y, tres años más tarde, perfilada en su artículo *Aurora de la razón histórica* (1935); y su consideración de la técnica no como algo negativo para el hombre, sino más bien todo lo contrario, es decir, como lo que ha permitido la gradual humanización del hombre, porque éste no debe ser contemplado una realidad estática sino evolutiva.

La primera vez que Ortega expone públicamente su interpretación de la técnica lo hace en un curso de verano celebrado en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander en 1933 titulado: *¿Qué es la técnica?*

⁵ J. Ortega y Gasset, *Ensimismamiento y alteración* (1939), en *José Ortega y Gasset. Obras completas. Tomo V (1932/1940)*, Fundación Ortega y Gasset/Taurus, Madrid 2006, p. 535.

⁶ J.L. Villacañas, *Ortega y Gasset. Una experiencia filosófica española*, Guillermo Escolar Editor, Madrid 2023, p. 812.

Las lecciones de este curso serán publicadas en una serie de artículos en el diario *La Nación* de Buenos Aires, entre abril y octubre de 1935, y definitivamente como libro en 1939, en gran medida, según Jordi Gracia, para compensar la piratería de un editor chileno que había recopilado y publicado sus artículos de prensa sobre la técnica sin su consentimiento. Ese mismo año Ortega y su esposa, Rosa Spottorno, abandonan París, ciudad en la que habían pasado sus tres primeros años de exilio desde el comienzo de la Guerra Civil española, y se trasladan a Buenos Aires, a pocos meses del inicio de la II Guerra Mundial. Ese tiempo de guerra, enfermedad, soledad y exilio dejaría una huella profunda en los escritos de Ortega que, al igual que les sucediera a otros intelectuales exiliados en América, como Stefan Zweig, advertiría muy pronto lo rápido que se había desvanecido para él su dorado *mundo de ayer* en un país extranjero, un *pálido paraíso* que poco tenía ya que ver con el que, desde su primer viaje a Argentina en 1916 hasta su última estancia en Buenos Aires en 1928, le había recibido entusiásticamente como conferenciante. Ahora la situación en el país del sol austral era otra bien distinta para él, incluso *inhóspita*, tanto por la coyuntura política mundial, como porque el público académico argentino había dejado de escuchar a Ortega con la misma admiración de antaño⁷.

2. Etapas de la técnica: del hombre auroral al centauro ontológico

La pregunta sobre la relación entre el hombre y la técnica constituye uno de los tópicos filosóficos más antiguos y recurrentes de la historia del pensamiento occidental desde la Antigua Grecia hasta el presente. En el inicio mismo de la actividad filosófica puede apreciarse cómo el

⁷ Cfr., J. Ortega Spottorno, *Los Ortega*, Taurus, Madrid 2002, pp. 386-392; Zamora Bonilla, *Ortega y Gasset*, cit., pp. 436-437; J. Gracia, *José Ortega y Gasset*, Taurus, Madrid 2014, pp. 548-558.

espíritu heleno se preocupó por hallar una respuesta a esta cuestión a través de dos posiciones antitéticas o contrapuestas: de un lado, la búsqueda de una explicación verosímil, racional y objetiva a través del razonamiento (*logos*); de otro lado, el recurso a la imaginación y a la fuerza de persuasión que proporciona el cuento o el relato (*mythos*). En todo caso, el método de pensamiento mítico era familiar tanto a los filósofos profesionales (Platón), como a los poetas (Hesíodo)⁸. En efecto, mientras Platón crea en *El Banquete* una fábula alegórica sobre la génesis de la humanidad, Hesíodo, por su parte, inventa una de las versiones más populares del mito del titán Prometeo, que sirve para un doble propósito: en primer lugar, para ilustrar simbólicamente el origen del hombre (no en vano a Prometeo, como padre de Decaulión, se le considera el antepasado de los hombres); en segundo lugar, para situar en el descubrimiento del fuego el origen de la técnica, es decir, el dominio consciente de la naturaleza *por* y *para* la humanidad⁹.

El debate contemporáneo en torno a la crisis de la sociedad de las nuevas tecnologías no puede entenderse en su plenitud sin una obligada referencia a ese remoto *hombre auroral* que se encuentra por azar con la técnica y que, con el paso del tiempo, aprende primero a coexistir con ella, más tarde aspira a dominarla para transformar su mundo y, finalmente, termina convirtiéndose en lo que Ortega y Gasset denomina metafóricamente un *centauro ontológico*, esto es, un ser «que media porción de él está inmersa, desde luego, en la naturaleza, pero la otra parte trasciende de ella»¹⁰.

Cuando, en la primera parte de su ensayo *Meditación de la técnica*, Ortega se refiere a las condiciones de posibilidad de la técnica en reali-

⁸ P. Grimal, *Mitologías. Del Mediterráneo al Ganges (I)*, trad. esp. J. M^a Valverde, Planeta, Barcelona 1982, p. 97.

⁹ C. Klinckowstroem, *Historia de la técnica. Del descubrimiento del fuego a la conquista del espacio*, trad. esp. L. Correal, Labor, Barcelona 1980, pp. 515-516.

¹⁰ J. Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica* (1939), en *José Ortega y Gasset. Obras completas*. Tomo V, cit., p. 570.

dad está aludiendo al hecho de que el hombre posee una «inteligencia técnica» que nos explica cómo puede éste inventar nuevos métodos e instrumentos, pero no nos aclara por qué necesita inventarlos. Y es que, según Ortega, el hombre no hace la técnica porque posea una especial aptitud para ello, sino porque su ser, es decir, su vida entendida como realidad radical así lo requiere. Justamente en este vínculo entre técnica y vida humana es donde estriba la singularidad de la meditación orteguiana sobre la ontología de la técnica humana. En este sentido es preciso añadir que, si bien es cierto que el hombre, como el resto de los animales, es un ser que existe en un medio natural y que, además de necesidades, tiene un repertorio de aptitudes para satisfacerlas; sin embargo, lo que distingue al hombre de las demás criaturas del reino animal es su capacidad para modificar la correspondencia entre necesidades, aptitudes y condiciones favorables del medio¹¹.

En otras palabras, cuando el hombre no halla en el medio las facilidades necesarias, por ejemplo, fuego para calentarse, lejos de resignarse – como hacen los animales – recurre a otras aptitudes que tienen como finalidad producir lo que no brinda la circunstancia: en este caso, hacer fuego. En eso consiste, ni más ni menos, la técnica: en la reforma de la naturaleza, de esa naturaleza que nos hace “necesitados y menesterosos”, de manera que las necesidades quedan anuladas en la medida en que su satisfacción ha dejado de ser un problema. Por consiguiente, esta reacción contra su entorno, este inconformismo y falta de resignación es lo que caracteriza al hombre, que utiliza la técnica para adaptar el medio a su medida. A esta inadaptación del hombre a la naturaleza apela Ortega cuando afirma que «un hombre sin técnica, es decir, sin reacción contra el medio, no es hombre»¹².

¹¹ F. Riu, *Ensayos sobre la técnica en Ortega Heidegger, García Bacca, Mayz, Anthropos*, Barcelona 2010, pp. 47 y ss.

¹² Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica*, cit., p. 559.

De modo que la técnica es la reforma de la circunstancia natural. En lugar de someterse y de identificarse con las necesidades objetivas que el medio impone a los animales, el hombre se distancia de esa naturaleza en la que está, y lo hace ensimismándose, esto es, liberándose de ella a través de una respuesta técnica que interioriza, lo cual le permite adaptar el medio a su circunstancia, produciendo lo que para él es auténticamente necesario, esto es, lo superfluo, lo que no había antes en la naturaleza.

A diferencia de la interpretación objetivista que otros autores contemporáneos suyos hacen de la técnica –por ejemplo, Scheler o Spengler– como «el conjunto de los recursos de una ciencia, o de un arte, en orden a satisfacer sus necesidades»¹³, la visión que tiene Ortega de la necesidad es subjetiva, en la medida en que está condicionada por la voluntad de vivir del hombre; y la vida, como realidad radical es, después de todo, un quehacer cotidiano de cada individuo en el que las necesidades son subjetivadas por éste. En resumidas cuentas, para Ortega, hombre, técnica y bienestar son términos sinónimos, por eso dice que el hombre es esencialmente técnico, porque en él existencia y bienestar son una misma cosa.

Abundando en la visión raciovitalista de la técnica humana, hay que convenir que, aunque en primera instancia pueda causar cierta perplejidad el hecho de que nuestro autor sostenga que «el hombre no es naturaleza, sino que tiene... historia»¹⁴.

Esta cita cobra pleno sentido si se conecta con el razonamiento anterior: que el hombre no es una cosa estática, sino que su realidad es dinámica, de igual forma que su vida no le viene dada, hecha ni regalada, sino que consiste en un continuo hacerse para no dejar de ser o existir. Por lo tanto, el hombre es una aspiración, una inquietud, un proyecto

¹³ M.A. Cordero del Campo, *La idea de técnica en Ortega*, en «Revista de Estudios Orteguianos», V (2002), p. 170.

¹⁴ J. Ortega y Gasset, *Historia como sistema* (1941), en *José Ortega y Gasset. Obras completas*. Tomo VI, cit., p. 73.

vital pendiente de realización, una permanente lucha de una determinada circunstancia por llegar a ser aquello que su voluntad decida ser¹⁵.

Esta concepción humanista de la técnica encuentra en ella el medio para crear necesidades superfluas, lo cual responde perfectamente al empeño del hombre por vivir (una vez que ha colmado la necesidad biológica y primaria de sobrevivir), y por estar en el mundo lo mejor posible, placenteramente, con bienestar (liberando tiempo y energía en pro de aquello que es atractivamente inútil) y, por ello, constituye el fin mismo de su vida, de una vida que trasciende la realidad natural y que es “inventada” por el hombre. A este respecto comentará Ortega: «El hombre, quiera o no, tiene que hacerse a sí mismo, autofabricarse»¹⁶.

Siguiendo con este necesario excursus sobre la naturaleza humana y la técnica (Ortega emplea este sustantivo, puesto que en su época no se ha popularizado aún el término *tecnología*), cabe señalar que, de acuerdo con la teoría raciovitalista de la técnica, el hombre carece de naturaleza, pero es un ser técnico dispuesto a consumir una tarea extranatural: la creación de una sobrenaturaleza en la que poder proyectar su ser; por eso, la misión inicial de la técnica consiste precisamente en «dar franquía al hombre para poder vacar hacia sí mismo»¹⁷.

La técnica es así la expresión de la ontología del hombre, un ser entregado a la tarea de construir e imaginar su propia realidad, la de una circunstancia y un mundo que son solo suyos. La vida humana es, por tanto, vida inventada, de tal forma que el hombre vendría a ser «una especie de novelista de sí mismo que forja la figura fantástica de un personaje con su tipo irreal de ocupaciones y que para conseguir realizarlo hace todo lo que hace, es decir, es técnico»¹⁸.

Entre los diversos programas vitales en los que el hombre ha concentrado históricamente su ser, Ortega distingue tres modelos coinci-

¹⁵ Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica* (1939), cit., pp. 570-571.

¹⁶ *Ibid.*, p. 567.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

dentes en la extranaturalidad de su elección vital, pero diferentes en su modo de enfrentarse técnicamente a la circunstancia natural: en primer lugar, el proyecto del *bodhisatva* hindú; en segundo lugar, el programa del *gentleman* inglés; y, finalmente, el ideal de vida del hidalgo español. Estos tres modelos – que hoy pueden resultarnos muy propios del siglo XX y, por tanto, un tanto anticuados o superados – nos sirven sin embargo para situarnos cronológicamente en el origen del debate en torno a la naturaleza humana y la tecnología, de ahí el interés en estudiarlos ahora sucintamente.

Cada uno de estos tres modelos produce técnicas diversas, de manera que el pueblo en que predomina la idea de que el verdadero ser del hombre es el *bodhisatva*, no puede crear una técnica igual a aquellos otros en que se aspira a ser *gentleman* o hidalgo¹⁹. En relación con el *bodhisatva*, aclara Ortega, la verdadera existencia consiste en no ser individuo, partícula del universo, sino fundirse extáticamente con el Todo y desaparecer en él. En este sentido, escribe este autor: «El *bodhisatva*, pues, aspira a no vivir o a vivir lo menos posible». Por eso, aunque no resulta probable que, dada su inmovilidad, el *bodhisatva* llegue a inventar el automóvil como el hombre occidental, lo que sí desarrollará más será, en cambio, las técnicas del éxtasis, técnicas que – según Ortega – no producen reformas en la naturaleza material, sino en el cuerpo y en la psique del hombre. La propuesta vital del *bodhisatva*, que consiste en existir como meditador y como extático, «en constante procuración de anular el mundo y la existencia misma», no es –para el pensador madrileño– un modo natural de existir. Por ello, el suyo es un ejemplo drástico de la extranaturalidad del ser humano y de lo difícil que es su realización en el medio físico²⁰.

Al contrario que el *bodhisatva* hindú, el *gentleman* de la Inglaterra victoriana desea vivir con intensidad en este mundo y potenciar lo más

¹⁹ *Ibid.*, pp. 578 y ss.

²⁰ *Ibid.*, p. 579.

posible su individualidad. Sin embargo, puntualiza Ortega, este modo de ser hombre no implica el aristocratismo. A diferencia del aristócrata continental – el *Junker* alemán o *gentilhomme* de Versalles – el gentleman, como tal, no es heredero de fortuna, grandes medios de vida y, por ende, no ha tenido que luchar en ésta para conquistarlos. El gentleman, al contrario del aristócrata europeo, supone que el hombre tiene que luchar en la vida, que ejercitar todas las profesiones y oficios, sobre todo los prácticos (puesto que el gentleman tampoco es intelectual). De aquí que el gentleman represente un prototipo de existencia que vale para todo el mundo: «el burgués y el obrero – sostiene Ortega – pueden, en cierta medida, ser gentleman»²¹.

Por último, Ortega introduce un tercer tipo ejemplar de vida que conserva lo mejor del gentleman, pero que «lleva en sí la condición de florecer en tierra de pobreza»: el hidalgo español del siglo XVI. Sin embargo, si bien es cierto que el hidalgo es el tipo humano que más se parece al gentleman, en la medida en que ambos saben darle a sus condiciones de existencia una solución digna, lo que más separa al hidalgo español del gentleman inglés es que el hidalgo no trabaja y además, añade Ortega, «reduce al extremo sus necesidades materiales y, en consecuencia, no crea técnicas, vive alojado en la miseria como esas plantas del desierto que saben vegetar sin humedad»²².

Con esta clasificación de programas vitales del hombre, en los que se muestran también diferentes clases de técnica, Ortega se situaba frente a la tendencia doctrinal reinante en su época, que consideraba que únicamente había una técnica (la europeo-americana), y que todo lo demás era «un torpe rudimento y balbuceo hacia ella»²³. Por este motivo, teniendo en cuenta que el hombre ha sido siempre un ser técnico, Ortega no entiende la razón por la que se ha soslayado este pasado técnico de la humanidad y se le reconoce exclusivamente esta condición al hom-

²¹ *Ibid.*, p. 581.

²² *Ibid.*, p. 581.

²³ *Ibid.*, p. 587.

bre contemporáneo. Al fin y al cabo, la técnica, como cualquier otra dimensión humana, es histórica y ha atravesado por una serie de etapas. En este sentido, a fin de conocer detalladamente la evolución de las técnicas humanas a lo largo de la historia y de entender los cambios sustantivos que engendraron nuestra técnica actual, Ortega propone una periodización de la historia de la técnica en tres grandes estadios: en primer lugar, el estadio más remoto y primitivo, el que corresponde a la *técnica del azar*; en segundo lugar, en la Antigüedad grecorromana y la Edad Media nos encontramos el estadio de la *técnica del artesano* y, en tercer lugar, en la Edad Moderna y Contemporánea, nos hallamos ante el estadio de la *técnica del técnico*.

En el primer estadio, «el azar es el técnico, el que promociona el invento»²⁴. Es la técnica propia del hombre primitivo y de algunas tribus actuales que ignoran su propia técnica como tal, es decir, no advierten que, entre sus capacidades, hay una que les permite reformar la naturaleza en el sentido de sus deseos. Esta ignorancia está condicionada por diversos hechos: a) porque el repertorio técnico es muy reducido y, por ello, los actos técnicos apenas se pueden destacar de los actos naturales, lo cual equivale a decir que “el primitivo es mínimamente hombre y casi todo él puro animal”; b) porque la sencillez y escasez de esa técnica primigenia facilita el que sus actos puedan ser ejercitados por todos los miembros de la colectividad; c) porque el primitivo tampoco cobra conciencia del momento más característico de la técnica: el de la invención. En definitiva, escribe Ortega:

Este hombre, pues, no se sabe a sí mismo como inventor de sus inventos. La invención le aparece como una dimensión más de la naturaleza – el poder que ésta tiene que proporcionarle a él, y no al revés, ciertos poderes –. La producción de utensilios no le parece provenir de él, como no provienen de él sus manos y sus piernas. No se siente *Homo faber*²⁵.

²⁴ *Ibid.*, p. 590.

²⁵ *Ibid.*, pp. 590-591.

En cuanto al segundo estadio, el correspondiente a *la técnica del artesano*, propia de la Antigua Grecia, la Roma pre-imperial y la Edad Media. Sus principales caracteres son: a) los actos técnicos son más numerosos y complejos que los del hombre primitivo. Ya no puede ejercer la técnica cualquiera, sino solamente el artesano; b) en la artesanía no se concibe aún la conciencia del invento. El artesano aprende su oficio con técnicas heredadas de una insondable tradición en la que los maestros transmiten sus conocimientos técnicos a los aprendices. En esta época, por consiguiente, no se sabe que existe la técnica, pero sí que hay técnicos para ejercerla; c) la idea de técnica aún no se desprende y aísla de la idea del hombre que la realiza, y es que todavía el inventor sólo ha llegado a producir instrumentos y no máquinas; d) si no surge todavía en este segundo estadio una conciencia adecuada de la técnica es debido a que el artesano simultanea dos funciones: por una parte, la invención de un plan de actividad, método o procedimiento (*mechanê*), y por otra, la ejecución de dicho plan. En todo caso, se trata de dos funciones que la tecnología posterior – la correspondiente al tercer estadio – se encargará de disociar, al separar radicalmente al obrero del técnico²⁶.

La transición al tercer estadio, el de *la técnica del técnico*, se produce cuando el hombre adquiere conciencia de que la técnica no es un azar, como en el estadio primitivo, ni una específica y limitada actividad ejecutada por un determinado profesional: el artesano, sino precisamente «un hontanar de actividades humanas, en principio, ilimitadas». Ahora bien, esta conciencia de ilimitación produce en el hombre un sentimiento de frustración y azoramiento, porque – según Ortega – al aparecer la técnica como capacidad ilimitada, hace que al hombre, puesto a vivir de fe en la técnica y sólo en ella, se le vacíe la vida. Ser solamente técnico conlleva poder serlo todo y consecuentemente nada determinado. Por decirlo con las palabras de Ortega: «De puro llena de posibilidades, la técnica es mera forma hueca – como la lógica más formalista –; es

²⁶ *Ibid.*, pp. 594-595.

incapaz de determinar el contenido de la vida. Por eso estos años en que vivimos, los más intensamente técnicos que ha habido en la historia humana, son los más vacíos»²⁷.

A tenor de estas palabras, y pese a la aparente desconfianza que la técnica moderna suscita en el pensador madrileño, conviene advertir que, como ha observado Pietro Piro, para Ortega, la técnica entraña sin duda un peligro, pero también una posibilidad. Frente al pesimismo que embargaba a otros pensadores de su tiempo, como por ejemplo Spengler, para el que la técnica moderna no es más que un signo demostrativo de la decadencia de la humanidad, a juicio de Ortega la técnica es una especie de recipiente vacío que puede ser rellenado de estulticia y desesperación, pero también de bienestar e ilusión, e incluso puede ser útil para mejorar las condiciones de vida humana²⁸.

3. Sustrato antropológico de la técnica y carácter antropogénico de la tecnología: consideraciones a propósito del humanismo tecnológico de Ortega en la sociedad contemporánea

Anteriormente se ha podido comprobar cómo, frente a la actitud recelosa contra la técnica adoptada por otros pensadores contemporáneos de Ortega, el filósofo madrileño asimilaba la técnica al proyecto humanista, convirtiéndola así en el remedio más eficaz para redimir al Humanismo de su crisis y reconfigurarlo para nuestro tiempo. En otras palabras, aunque Ortega nunca llegaría al extremo de convertirse en un defensor a ultranza del positivismo científico (como en el caso de Auguste

²⁷ *Ibid.*, p. 596.

²⁸ P. Piro, *Non c'è tempo per l'uomo. Una discesa nel maström della tecnica*, Edizioni La Zisa, Palermo 2012, p. 71.

Comte), sí consideraba a la ciencia un componente esencial del hombre moderno²⁹.

Por lo tanto, nuestro autor no tenía inconveniente en reconocer los beneficios y las posibilidades que la técnica puede reportar al hombre, entre otras cosas porque, como se recordará, «la misión inicial de la técnica es ésta: dar franquía al hombre para poder vacar por ser sí mismo»³⁰.

Ahora bien, aunque Ortega reconocía los logros de la técnica y sus posibilidades ilimitadas, lo que no estaba dispuesto a avalar era ni «la barbarie del especialismo», ni el vaciamiento de los contenidos culturales de la técnica que caracterizan al nuevo tecnicismo³¹. A los beatos de la técnica, que son aquellos que viven de su fe en la técnica y sólo en ella, habría que prevenirles del riesgo que supone vivir una vida vacía, porque «ser técnico y sólo técnico es poder serlo todo y consecuentemente no ser nada determinado»³².

De ahí que, al ser plenamente consciente del peligro que comporta la apuesta del hombre masa por una técnica deshumanizada, el pensador madrileño termine su *Meditación de la técnica* escribiendo: «La vida no es sólo la lucha con la materia, sino la lucha del hombre con su alma»³³.

Al hilo del humanismo tecnológico de Ortega, y sobre todo, teniendo en cuenta la importancia que nuestro autor le concede a la técnica en la creación de la sobrenaturaleza humana, en la que el medio se adapta al sujeto y este es capaz de afrontar su circunstancia, no se entiende la relectura que ha hecho recientemente Sloterdijk del debate sobre el

²⁹ G. Navajas, *Ortega y Gasset, la técnica y la nueva comunicación*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes/Asociación Internacional de Hispanistas, Alicante 2007, p. 5.

³⁰ Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica*, cit., p. 575.

³¹ J. Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas* (1930), en *José Ortega y Gasset. Obras completas. Tomo IV (1926/1931)*, Fundación Ortega y Gasset/Taurus, Madrid 2005, pp. 441 y ss.

³² Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica*, cit., p. 596.

³³ *Ibid.*, p. 605.

hombre y la técnica mantenido entre Heidegger y Ortega en 1951, y mucho menos si es para justificar su causa tecnocrática y antihumanista. Como es sabido, para Sloterdijk, el principal mérito de Heidegger consiste en haber intentado buscar la esencia humana más allá del humanismo, y en haber planteado la cuestión decisiva sobre quién va a “domesticar” a los seres humanos una vez que el humanismo ha fracasado. Por otra parte, el filósofo alemán parece inspirarse en la idea orteguiana de la sobrenaturalidad humana y de la autofabricación del hombre para cimentar su concepción de la autogénesis humana.

En relación con esta relectura posthumanista, se ha comentado recientemente que Sloterdijk no sale bien parado de la contradicción consistente en exigir, por un lado, la *rebaja* de las ínfulas humanistas, desde el momento en que se va nivelando tendencialmente la diferencia entre el hombre y las cosas, y por otro lado, auspiciar la *autorreferencialidad* del hombre, el cual no sólo estaría a punto de reconocerse a sí mismo en su propia *hechura fontanal*, gracias fundamentalmente al descubrimiento del mapa del genoma humano, sino que estaría dispuesto también a manipular su cuerpo y mente para eliminar posibles disfunciones y mejorar sus capacidades. En definitiva, algunas voces críticas advierten que Sloterdijk:

No se puede ser seguidor de un Heidegger cruzado con un “franciscanismo” tecnológico, o sea un amigo de las “cosas mismas” –de las que ha de cuidar el hombre para recogerlas en el aprisco del “ser”–, y pretender al mismo tiempo ser oyente de la palabra – católica de Rehner – y – laica – de Ortega: las dos, empero, aunque por distintas razones, homocéntricas³⁴.

Sin embargo, conviene añadir que la mayoría de los estudios que se han realizado en los últimos años en torno a la tesis orteguiana sobre la técnica, coinciden en resaltar el mérito del pensador español, sobre

³⁴ F. Duque, *En torno al humanismo. Heidegger, Gadamer, Sloterdijk*, Tecnos, Madrid 2002, pp. 170-171.

todo por haber anticipado la importancia de la función que le correspondería tener en el futuro a la técnica en la sociedad de la información: la humanización del nuevo espacio (artificial en tanto que sobrenatural) en el que se desarrollará la vida social en plena era de la globalización, las nuevas tecnologías y las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), y que –para gran parte de los especialistas en la Meditación de la técnica– constituyen, sin duda, un excelente ejemplo de “nueva circunstancia”³⁵.

En este renovado contexto circunstancial, como ha indicado Javier Echeverría, las propuestas de Ortega sobre la técnica adquieren nuevo brillo y actualidad al contrastarlas con la profunda transformación social suscitada por las TIC (teléfono, televisión, dinero electrónico, Internet...). Efectivamente, en los países tecnológicamente desarrollados, los conceptos de circunstancia y necesidad han cambiado radicalmente, porque está surgiendo “un entorno tecnológico que se convierte en una nueva circunstancia”³⁶.

4. Una nueva circunstancia: el centauro ontológico dentro y fuera del bucle de la realidad virtual

El temor a que el desarrollo tecnológico acabe provocando la pérdida en el hombre la de su capacidad de ensimismamiento y su condición de ser autoconsciente ha sido un motivo recurrente en la filosofía y la cul-

³⁵ Cfr. J.L. Molinuevo, *Ortega y la posibilidad de un humanismo tecnológico*, en «Revista de Occidente», CCXXVIII (2000), pp. 5-18; J. Echeverría, *Sobrenaturalidad y sociedad de la información: la Meditación de la técnica a finales del siglo XX*, en «Revista de Occidente», CCXXVIII (2000), pp. 19-32; J.M^a Atencia Páez, *Ortega y Gasset, meditador de la técnica*, en «Argumentos de Razón Técnica», VI (2003), pp. 61-95; Navajas, *Ortega y Gasset, la técnica y la nueva comunicación*, cit.; T. Mermall, *Ortega contra Pero Grullo: estrategias retóricas en Meditación de la técnica*, en «Revista de Estudios Orteguianos», XXI (2010), pp. 119-132.

³⁶ Echeverría, *Sobrenaturalidad y sociedad de la información: la Meditación de la técnica a finales del siglo XX*, cit., p. 20.

tura occidental a lo largo del siglo XX y también en nuestro tiempo. El género de ciencia ficción, tanto en la novela como en el cine, ha reflejado a la perfección esa inquietud por una hipotética recaída de los humanos en la alienación provocada por el dominio de las máquinas o robots inteligentes. A propósito de este sombrío escenario futurista que preannuncia el advenimiento inevitable de la singularidad tecnológica, una de las primeras distopías cinematográficas, cumbre del cine expresionista alemán de los años '20 fue *Metrópolis* (1927), película dirigida por Fritz Lang, basada a su vez en una novela escrita y un guión adaptado por su esposa, Thea von Harbou³⁷.

La película de Lang, además de plantear tesis básicas del ideario comunista, como la problemática de la explotación de los obreros, la lucha de clases y la denuncia del trabajo como método capitalista para la alienación del individuo, pone también de manifiesto el peligro que entraña utilizar la robótica y los avances tecnológicos en perjuicio de la humanidad, como instrumento de control de masas. En efecto, uno de los momentos álgidos de este film es cuando su protagonista, María, la heroína que encabeza el plan para liberar a los obreros que viven sometidos por las máquinas en el gueto subterráneo e industrial, es suplantada por su clon, un robot antropomórfico que clona a María y es construido por un científico loco (C.A. Rotwang) al servicio de la clase dominante de la ciudad³⁸.

Teniendo en cuenta los temas que aborda este clásico del cine mudo alemán, y cómo plasma el *Zeitsgeist* del periodo de entreguerras no cuesta imaginar los motivos por los que, según Miguel Ortega Spottor-

³⁷ Los otros dos grandes clásicos expresionistas de la cinematografía alemana son, a juicio de muchos críticos de cine, *Das Cabinet des Dr. Caligari* (1920), de R. Wiene, y *Nosferatu, eine Symphonie des Grauens* (1922), de F.W. Murnau.

³⁸ T. de Pablos García, *Cine e historia contemporánea: análisis filosófico y técnico-lingüístico del film alemán Metrópolis (1926, dir. Fritz Lang)*, Universidad de Barcelona, 1994; P. Pedraza, *Metrópolis, Fritz Lang: estudio crítico*, Paidós Iberica, Barcelona 2000.

no, a su padre le había gustado tanto esta película, hasta el punto de que fue a verla al cine varias veces³⁹. Al tiempo que *Metrópolis* se proyectaba en las salas de cine de Europa y Estados Unidos, Ortega iba pergeñando *La rebelión de las masas*, obra que fue publicando desde 1926 en folletos en el diario *El Sol*, hasta culminar la recopilación de toda la serie de fascículos y publicarla en 1929.

Años más tarde, en medio de la Gran Depresión, Charles Chaplin recuperaría el motivo de la alienación de los obreros para su película *Modern Times* (1936). En la película del genial cómico y director francés se advierte una clara influencia del film de Fritz Lang en las escenas futuristas de la fábrica en la que el protagonista, Charlot, ajusta tuercas en una cadena de montaje a diario, como un autómatas ajeno a la realidad que le rodea, hasta que la máquina de montaje termina engulléndolo y expulsándolo como un si fuera un producto manufacturado. Por un lado, la escena tragicómica es una metáfora del hombre contemporáneo atrapado y absorbido por la técnica, de acuerdo con visión de Spengler y Heidegger⁴⁰; pero, por otra parte, a diferencia de ambos filósofos alemanes, Ortega entiende que la técnica es esencial al hombre, de modo que sin técnica no hay hombre. En otras palabras, la técnica es un modo de *ser* del hombre condicionado por el modo en que *está* en la naturaleza, circunstancia o mundo. Sin embargo, advierte Ortega a los beatos de la técnica: «Se vive con la técnica, pero no de la técnica»⁴¹.

Conviene tener en cuenta esta advertencia orteguiana sobre el radical interés del hombre-masa por la técnica y de su desinterés radical ha-

³⁹ M. Ortega Spottorno, *Ortega y Gasset, mi padre. Una visión íntima y emocionada del primer filósofo español*, Planeta, Barcelona 1983, p. 85; Ortega Spottorno, *Los Ortega*, cit., p. 351.

⁴⁰ O. Spengler, *La decadencia de Occidente. Bosquejo de una morfología de la Historia universal* (1917), Vol. 2, trad. esp., M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid 1993, p. 584; M. Heidegger, *Conferencias y artículos*, trad. esp. E. Barjau, Ediciones del Serbal, Barcelona 1994, p. 128.

⁴¹ Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, cit., p. 424.

cia la cultura porque, aunque no se puede soslayar la realidad del progreso, es preciso corregir la noción que cree seguro dicho avance, sin la amenaza de involución y retroceso. En definitiva, concluye Ortega, ni el primitivismo técnico del hombre-masa, ni su pasión tecnológica, garantizan nada, y mucho menos la perduración de la técnica⁴².

El hombre está vivo en la medida que crea y está entregado a la producción artificial de una sobrenaturaleza en la que pueda proyectar su ser. En este sentido, la tesis de Ortega es que la tierra es originariamente inhabitable (*unbewohnbar*) para el hombre, el cual, a diferencia del animal, no tiene hábitat.

El hombre no tiene una *Physis*, una naturaleza como acaso la tienen el animal, la planta y el mineral⁴³.

Ni tampoco existe un espacio de lo humano como espacio natural. El hombre es, por tanto, un inadaptado, «un intruso en la llamada naturaleza». El habitar esa naturaleza no es, por consiguiente, una realidad (como sostenía Heidegger), sino una aspiración, un deseo, una ilusión. A mayor abundamiento, para Ortega, sólo la técnica, sólo el construir – *bauen* – asimila el espacio al hombre, lo humaniza.

Únicamente la técnica humaniza el espacio heterogéneo y lo hace estable. Por eso, al crear la sobrenaturaleza (o naturaleza artificial) el hombre transforma su circunstancia y la adapta a sus necesidades, porque el hombre no quiere habitar – *wohnen*. – el mundo, ni tampoco tiene un especial empeño por estar en él a toda costa, pues lo que en realidad desea es estar bien. De ahí que concluya su conferencia en Darmstadt titulada: *El mito del hombre allende la técnica* (1952), afirmando que:

⁴² *Ibid.*, p. 425.

⁴³ J. Ortega y Gasset, *Pasado y porvenir del hombre actual* (1951), en *José Ortega y Gasset. Obras completas*. Tomo VI (1941/1955), cit., p. 780.

Este mito [Ortega se refiere al hombre] nos muestra la victoria de la técnica: ésta quiere crear un mundo nuevo para nosotros, porque el mundo originario no nos va, porque en él hemos enfermado. El nuevo mundo de la técnica es, por tanto, como un gigantesco aparato ortopédico que ustedes, los técnicos, quieren crear, y toda técnica tiene esta maravillosa y – como todo en el hombre – dramática tendencia y calidad de ser una fabulosa y grande ortopedia⁴⁴.

La última frase de esta cita, en la que Ortega pone de relieve su concepción protésica de la técnica, fue acogida con sentido del humor por el público asistente a la conferencia, pero sin duda aclara la tesis mantenida por Heidegger sobre la técnica como «un modo de salir de lo oculto», y sólo allí donde se da este desvelar acaece de un modo propio lo verdadero⁴⁵.

Para Heidegger, a diferencia de Ortega, la técnica es hacer venir algo no presente a la presencia. Más allá del artefacto y del *ars*, atiende a un cierto *advenir desde lo alto*. La *tecné*, o sea, la producción, es utilizada para hacer aparecer lo que está oculto, y el técnico viene a ser un Sócrates que asiste a ese alumbramiento. Por lo tanto, el hombre es, en su habitar, un guardián celoso del hogar mundano. El guardar y cuidar se entienden ligados al invocar el ser. Tecnificar es invocar la aparición del ser. Pero el hombre no produce al ser, sino que invoca al ser para que este se produzca. Una vez más Heidegger, al igual que hizo anteriormente en la *Carta sobre el humanismo*, vuelve a colocarnos ante el dilema de tener que optar por el hombre o por el ser, y esta cuestión es decisiva a la hora de elegir por qué, para qué, para quién y cómo se construye.

A propósito de la diversa interpretación que hacen de la relación entre el hombre y la técnica Ortega y Heidegger (para el pensador español la técnica humaniza al individuo, mientras que para el filósofo alemán sirve para que el hombre se haga presente y pueda invocar la aparición

⁴⁴ J. Ortega y Gasset, *El mito del hombre allende la técnica* (1952), en *José Ortega y Gasset. Obras completas*. Tomo VI (1941/1955), cit., p. 817.

⁴⁵ Heidegger, *Conferencias y artículos*, cit., p. 15.

del ser), la película del género de ficción que mejor capta la liberación del ser consciente de su cautiverio en la realidad simulada y creada artificialmente por máquinas inteligentes es *The Matrix* (1999).

En este film de las hermanas Wachowski, las máquinas controlan y esclavizan a la mayor parte de los seres humanos, manteniéndolos inconscientes y en suspensión mientras conectan sus mentes a una realidad virtual llamada Matrix, un mundo ficticio e inducido artificialmente a los hombres para que permanezcan aletargados mientras las máquinas los usan como fuente de energía. Dicho en otras palabras, en Matrix los hombres (salvo aquella minoría que no ha sido esclavizada y vive en la ciudad de Zion) son cosificados por las máquinas.

Precisamente, para ilustrar la dicotomía existente en torno a la conservación del control de la conciencia subjetiva en el espacio infinito de la Singularidad donde se recrea una realidad que no existe pero que es simultáneamente compartida de forma colectiva, y donde no se sabe qué organismo regulador decidirá qué experiencias pueden compartirse ni quién controlará a su vez ese mecanismo, Slavoj Žižek trae a colación en su libro *Hegel y el cerebro conectado* (2020) la última escena de *Matrix*. En dicha escena, Neo, el protagonista, un programador que actúa como pirata informático y que intuye que algo no va bien en el universo *virtual* en el que cree haber vivido *realmente* todo el tiempo, anuncia la liberación de la humanidad tras destruir Matrix, la realidad inducida por las máquinas a las mentes conectadas de hombres y mujeres alienados y sumidos en un letargo onírico. La paradoja de este final tan ambiguo de la película es que, por un lado se anuncia a la humanidad su liberación del dominio de las máquinas en un mundo irreal, pero por otra parte se les arroja al «desierto de lo real», un mundo destruido anteriormente por las máquinas (en el film se muestra concretamente la ciudad de Chicago reducida a escombros) en el que impera el vacío, la nada⁴⁶.

⁴⁶ S. Žižek, *Hegel y el cerebro conectado* (2020), trad. esp. F. Borrajo, Paidós, Barcelona 2023, pp. 84-85.

El visionado de *Matrix* permite hacer una doble lectura en clave iusfilosófica y de ética de la Inteligencia Artificial: en primer lugar, se suscita la cuestión de la supervisión humana en las tomas de decisión automatizadas por parte de las máquinas; en segundo lugar, se plantea la relación entre la cibernética y la conciencia humana y la doble vertiente cognitiva y ética de la conciencia artificial.

A continuación analizaremos cada una de estas dos cuestiones por separado:

Respecto a la supervisión humana del funcionamiento de los algoritmos, en la actualidad, tanto en la robótica como en los sistemas expertos desarrollados con Inteligencia Artificial actual se diferencian cuatro modelos principales de gestión que se han desarrollado para la interacción entre los humanos y las máquinas inteligentes. Estos modelos varían en función del grado de implicación y de la naturaleza de la intervención humana: *Human-in-the-Loop* (HITL), *Human-in-the-Loop for Exceptions* (HITLFE), *Human-on-the-Loop* (HOTL), y *Human-out-of-the-Loop* (HOOTL).

De estos cuatro modelos, el que se acomodaría mejor al humanismo tecnológico de Ortega y su metáfora del centauro ontológico sería el primer modelo de interacción humano-máquina (HITL), en la medida que permite al usuario llevar el control en el proceso de aprendizaje automático (*machine learning*) y hacer una transferencia de competencias a la máquina o robot inteligente. Pero la robótica actual también permite un *feedback* o retroalimentación multimodal que permite la transferencia a los humanos de competencias aprendidas automáticamente por la máquina a través del proceso de *machine learning*. En esta transferencia de habilidades en sentido inverso es la máquina quien enseña al humano; pensemos, por ejemplo, en los *wearables* o dispositivos inteligentes que portamos a diario, como pulseras, gafas o relojes, y que al estar interconectados a Internet permiten conocer con precisión datos como nuestra localización exacta en tiempo real, nuestro ritmo cardiaco, los kilómetros que hemos recorrido o las calorías consumidas.

Por el contrario, el modelo que refleja la propuesta de quienes, como Sloterdijk, se inspiran en Heidegger para buscar la esencia humana más

allá del humanismo y plantean la cuestión sobre quién va a “domesticar” a los humanos una vez que, según ellos, el humanismo ha fracasado, es la cuarta variante de la interacción humano-máquina (HOOTL), precisamente aquélla que deja al hombre fuera de la toma de decisiones automatizada de la máquina al respecto. Por lo tanto, en este cuarto modelo de interacción, radicalmente opuesto al primero (HITL), la máquina es quien toma todas las micro-decisiones, aunque ésta es supervisada desde fuera del sistema por el hombre que interviene tan solo para establecer nuevos límites y objetivos. En esta modalidad el *feedback* del sistema se encuentra dentro de un bucle cerrado, por lo que los ajustes de la retroalimentación de datos entre los humanos y las máquinas se hallan automatizados.

Respecto al tema de la conciencia artificial, aunque la pregunta sobre la posibilidad de que las máquinas llegasen a ser alguna vez autoconscientes fue formulada antes por las novelas de ciencia ficción, en el ámbito académico de la filosofía, a lo largo de la década de los años sesenta del pasado siglo, los trabajos de Dennis F. Thompson y Gotthard Günther contribuyeron a abrir el debate en torno a si las máquinas podrían tener conciencia de sus actos.

En el supuesto (hipotético) de que una máquina inteligente fuese capaz de ejecutar todas las operaciones que realiza un ser humano, es decir, en el caso de que un robot reuniera todas las características que justifican nuestra expresión de “conciencia humana” o natural, en tal caso, concluía Thompson, si se le negase al robot la posibilidad de ser consciente – como sostienen los teóricos anti-mecanicistas (por ejemplo, Jonathan Cohen, Karl Popper, Arthur L. Samuel o Mortimer Tauber) – tampoco habría motivo para atribuirle conciencia a los propios hombres⁴⁷.

A propósito de la justificación que hace Thompson del reconocimiento de la conciencia de las máquinas, podría aducirse – siguiendo

⁴⁷ D. Thompson, *Can a machine be conscious?*, en «The British Journal for the Philosophie of Science», LXI (1965), pp. 33-43.

el razonamiento de Vittorio Frosini – que, si un robot llegase a alcanzar alguna vez conciencia plena, ésta no podría ser más que una conciencia artificial, pero no humana, es decir, sería una conciencia creada por el hombre, proyectada, construida y operante de manera diferente al hombre⁴⁸.

5. Conclusión

A lo largo de este trabajo se ha podido comprobar cómo Ortega, el mismo autor que proclama en 1930 el predominio de las «masas» sobre las «minorías selectas», evita caer, sin embargo, en la actitud apocalíptica tan pronta de aquellos que, como afirma Umberto Eco, «sobreviven precisamente elaborando teorías sobre la decadencia»⁴⁹.

Ahora bien, aunque Ortega no niega la realidad del progreso, e incluso de sus beneficios para la humanidad, no está dispuesto – como proponen los integrados – a que el desarrollo tecnológico y el avance de la ciencia se produzcan a cualquier precio, y mucho menos a costa del sacrificio de la cultura en el sentido amplio del término. Entre el aristocratismo de las élites intelectuales y el primitivismo del hombre-masa debe haber un punto intermedio desde el cual se pueda contemplar con razonable optimismo el futuro de la sociedad tecnológica. Anteriormente hemos visto cómo, en el fondo de *La rebelión de las masas*, pueden encontrarse los fundamentos ontológicos de la técnica según Ortega, que luego devendrá en la tesis de la sobrenaturaleza humana.

Se ha llamado la atención sobre las posibles consecuencias que este proceso de naturalización de la técnica puede tener en la relación hombre-entorno, en la medida en que la dependencia del individuo de las nuevas tecnologías ha llegado a tal punto que algunos críticos no han

⁴⁸ V. Frosini, *Cibernetica, diritto e società*, Edizioni di Comunità, Milano 1973, p. 107.

⁴⁹ U. Eco, *Apocalípticos e integrados* (1965), trad. esp. A. Boglar, Lumen/Tusquets, Barcelona 1995, p. 28.

dudado en denunciar el fenómeno de la «adicción tecnológica», una suerte de «absoluta esclavitud a los medios de comunicación» a la que se hallan sometidos no sólo los más jóvenes, sino también los adultos de la generación actual⁵⁰.

En este mundo de hoy, dominado por las TIC, donde los hombres parecen vivir en permanente estado de alteración y apenas les queda espacio para la intimidad, el recogimiento y la soledad, sería conveniente tener en cuenta la oposición planteada por Ortega entre civilización y barbarie en los términos de ensimismamiento y alteración. En este sentido, recuérdese cómo, para Ortega, lo que distingue a los seres humanos del resto de los animales es, precisamente, su capacidad para ensimismarse y experimentar su propio mundo interior⁵¹.

Por eso, ante el avance de la interpretación científicista (o “tecnicista”) de la técnica, que propicia la disociación entre el hombre y la técnica, y confunde la cultura y el tecnicismo⁵², el pensador español reivindica la humanización de la técnica, es decir, la revalorización del nuevo humanismo en la futura sociedad tecnológica⁵³.

El humanismo que invoca Ortega no se corresponde, por cierto, con el modelo clásico del siglo XV, cuyo afán consistía en volver al pasado, a lo antiguo, a la cultura greco-romana y al cristianismo primitivo⁵⁴. El humanismo de Ortega no es arqueológico ni regresivo, sino un neohumanismo que ensaya y vislumbra el porvenir de lo humano. Por eso,

⁵⁰ Mermall, *Ortega contra Pero Grullo: estrategias retóricas*, cit., p. 130.

⁵¹ C. Morón Arroyo, *El sistema de Ortega y Gasset*, Ediciones Alcalá, Madrid 1968, p. 165.

⁵² J. Ortega y Gasset, *La universidad española y la universidad alemana* (1906), en *José Ortega y Gasset. Obras completas*. Tomo I (1902/1915), Fundación Ortega y Gasset/Taurus, Madrid 2004, pp. 63-77.

⁵³ Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica*, cit., p. 599.

⁵⁴ J. Ortega y Gasset, *Del humanismo y de la generación cartesiana* (1933), en *José Ortega y Gasset. Obras completas*. Tomo V, cit., p. 263; *En torno a Galileo* (1947), en *José Ortega y Gasset. Obras completas*. Tomo VI (1941/1955), cit., p. 506.

en su particular enfoque humanista, Ortega se encuentra más cerca de Goethe que de Pico della Mirandola⁵⁵.

El humanismo orteguiano no es, por tanto, “un neoidealismo que demoniza la técnica”⁵⁶. Como ha puesto de manifiesto José Luis Molinuevo, la meditación sobre la técnica que lleva a cabo nuestro autor desde los años treinta a los cincuenta va acompañada de la convicción de que el modelo de pensamiento occidental que crearon los griegos está agotado. Sin embargo, Ortega ve en la combinación del progreso técnico con las humanidades (un neologismo que, según el pensador madrileño, “nos consigna directamente a los fenómenos en que la realidad humana aparece”) una gran oportunidad para la creación o la invención de un mundo nuevo en el que los hombres no tendrán que enfrentarse al dilema de dominar o someterse a la naturaleza, sino que deberán afrontar otro desafío distinto: el que representa esa “sobrenaturaleza” que constituyen hoy las nuevas tecnologías y la biogenética.

A propósito de este nuevo horizonte que, merced a la técnica humana, se abre ante el hombre – ese “animal fantástico” – en el que confluyen la imaginación y la fantasía, quisiera concluir este primer capítulo trayendo a colación las palabras finales de uno de los últimos trabajos escritos por Ortega, “Pasado y porvenir del hombre actual” (1951), que supone toda una esperanzadora declaración de principios en relación con la futura sociedad tecnológica que él atisbaba en las postrimerías de su vida:

Nuestra civilización sabe que sus principios están en quiebra – desmaterializados –, y por eso duda de sí misma [...] Todo esto significa claramente que la forma cultivada hasta aquí por nuestra civilización – o con más exactitud por los occidentales – está agotada y exhausta, pero que, por ello mismo, nuestra civilización se siente impulsada y obligada a inventar formas radicalmente nuevas. Hemos llegado a un momento,

⁵⁵ Ortega y Gasset, *En torno a Galileo* (1947), cit., p. 555.

⁵⁶ J.L. Molinuevo, *Para leer a Ortega*, Alianza Editorial, Madrid 2002, p. 253.

señoras y señores, en el que no tenemos más remedio que inventar, e inventar en todos los órdenes. No se podía proponer tarea más deliciosa. ¡Hay que inventar!⁵⁷.

⁵⁷ Ortega y Gasset, *Pasado y porvenir del hombre actual* (1951), cit., pp. 778-794.

L'UOMO È ANTIQUATO? RESPONSABILITÀ, TECNICA E NORMA NELLA RIFLESSIONE DI GÜNTHER ANDERS

Serena Vantin

Abstract

This essay investigates the thought of Günther Anders by adopting a legal philosophical perspective. After providing some hints on the life of this twentieth-century author, who lived through profound and multiple caesuras, the reflection examines some central themes of Anders' thought: the conception of responsibility as (historical, but also moral and juridical) identification, the impact of contemporary technology on human action, the problem of norms in a world dominated by the «third industrial revolution».

Keywords

Günther Anders; Responsibility; Technique; Technology; Law.

Il re non vedeva di buon occhio che suo figlio, abbandonando le strade controllate, si aggirasse per le campagne per formarsi un giudizio personale sul mondo; perciò gli regalò carrozza e cavalli.

“Ora non hai più bisogno di andare a piedi” furono le sue parole.

“Ora non ti è più consentito farlo” era il loro significato.

“Ora non puoi più farlo” fu il loro effetto.

G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I.

1. *Vitae non vita*

In un saggio breve ma prezioso sulla condizione dell'emigrante, Günther Anders ha sintetizzato la sua biografia nella massima «*vitae*, non *vita*»¹. Quattro furono le principali cesure che frantumarono la sua esistenza in segmenti diversi: in primo luogo, l'orrore della Prima guerra mondiale, che travolse l'infanzia agiata dell'allora Günther Stern, nato a Breslavia nel 1902, figlio di Wilhelm e Clara Stern, intellettuali di origini ebraiche affermati nel campo della psicologia infantile; in secondo luogo, l'ascesa di Hitler «non solo all'orizzonte, ma disgraziatamente dentro il [suo] orizzonte»², la quale sancì la fine degli anni della formazione e la fuga, prima a Parigi e poi negli Stati Uniti, dopo aver cambiato il suo cognome in qualcosa di «diverso» (*anders*)³; in terzo luogo, la notizia dell'allestimento dei campi di concentramento, dunque «la notizia che l'uomo del tempo dell'industria di massa poteva produrre industrialmente anche milioni di cadaveri, in breve, Auschwitz»⁴; in quarto luogo, Hiroshima, descritta come «la cesura più profonda della [sua] vita»⁵, che lo rese «muto». «Il mio pensiero, la mia bocca e la mia pelle», scrisse, «tacevano davanti alla mostruosità del fatto. [...] Il 6 agosto 1945 rappresentava il giorno zero di un nuovo computo del tempo: il giorno a partire dal quale l'umanità era irreparabilmente in grado di autodistruggersi»⁶.

¹ G. Anders, *L'emigrante* (1962), trad. it. di E. Sciarra, introduzione di O. Franceschelli, postfazione di F. Grosser, Donzelli, Roma 2022, p. 3.

² G. Anders, *Il mondo dopo l'uomo. Tecnica e violenza* (1979, 1987), a cura di L. Pizzighella, Mimesis, Milano-Udine 2008, p. 61.

³ Ivi, p. 62.

⁴ Ivi, p. 61.

⁵ Ivi, p. 73.

⁶ *Ibid.* Cfr. anche G. Anders, *Essere o non essere. Diario di Hiroshima e Nagasaki* (1961), trad. it. di R. Solmi, prefazione di N. Bobbio, Einaudi, Torino 1961, p. 69, dove l'autore definisce il 6 agosto 1945 come il nuovo «anno zero» di un nuovo computo del tempo. Successivamente (ivi, p. 74), Anders aggiunge che oggi stiamo davanti alla tecnica come ieri stavamo davanti «alle forze della natura; alle forze scatenate e

Scandita da queste fratture, la vita di Anders assomiglia a quella di una «farfalla, che nasce bruco, sverna crisalide e poi prende il volo» piuttosto che a quella di un «cane», le cui «transizioni da una fase all'altra [dell'esistenza] avvengono sullo sfondo o nella cornice di un ambiente che, pur mutando, viene percepito come una costante»⁷. Questo dato di partenza è doppiamente rilevante per comprendere l'elaborazione andersiana: da un lato, infatti, consente di esplorarne le principali influenze teoriche, dall'altro lato, si traduce in contenuti fondamentali per lo sviluppo della sua propria filosofia morale.

Avviato a studi filosofici, Anders fu allievo di Ernst Cassirer ed Erwin Panofsky all'Università di Amburgo, si addottorò con Edmund Husserl all'Università di Friburgo, e seguì un seminario tenuto da Martin Heidegger presso l'Università di Marburgo, nel corso del quale incontrò Hannah Arendt, sua futura prima moglie. A Francoforte, fu in contatto con diversi esponenti della Scuola e coltivò l'ambizione di abilitarsi all'insegnamento della filosofia della musica. Dopo che l'abilitazione gli fu negata, si trasferì a Berlino per lavorare come giornalista. L'impostazione fenomenologica, a partire dalle «cose stesse», dunque dalle strutture percettive ed esperienziali non dai principi, rimase sempre un tratto caratteristico della sua impostazione⁸, così come pure l'attenzio-

senza limiti che dovevamo addomesticare per poter utilizzare. Mentre fino a ieri gli strumenti e gli impianti da noi prodotti servivano a ingabbiare e addomesticare le forze naturali, oggi le forze dei nostri prodotti sono così illimitate che siamo costretti a domare i prodotti stessi». A p. 145, l'autore ammette, peraltro, che la storia «*facit saltus*».

⁷ Anders, *L'emigrante*, cit., pp. 3-4.

⁸ In *Uomini senza mondo* (in «Linea d'ombra», XII (1986), pp. 9-17, in particolare p. 11), Anders scrive di essersi addottorato con Husserl «con una tesi contro di lui». In *Essere o non essere*, cit., p. 34, ricorda, inoltre, che da giovane era stato richiamato da Husserl per aver ballato a una festa di carnevale. Anders commenta: «ero ancora troppo, troppo giovane, per poter spiegare al grande vecchio che il mondo non consiste solo di 'oggetti in generale', e che filosofare e ballare non si escludono reciprocamente». Al contrario, di Arendt, Anders scrive in *La battaglia delle ciliegie. La mia storia d'amore con Hannah Arendt* (1984), trad. it. di S. Bertolini, Donzelli, Roma

ne di ascendenza heideggeriana per temi come l'esistenza, la morte, la tecnica⁹.

Nel periodo parigino (1933-1936), Anders entrò in contatto con il nascente movimento esistenzialista, che contribuì ad approfondire le sue intuizioni giovanili sul rapporto tra contingenza e libertà, prassi e responsabilità¹⁰. Nel corso della fase statunitense (1936-1950), sperimentò l'alienante condizione di chi, pur sentendosi emigrato, viene invece percepito come immigrato, «balbuziente» nell'esprimersi in una lingua diversa da quella materna, precario come un eterno adolescente, per cui «il caso» è divenuto «casa»¹¹. Come un personaggio delle opere di Kafka alle quali aveva dedicato alcuni interessanti appunti di critica letteraria, ma senza più nemmeno il tempo di poter leggere Kafka¹², lavorò in

2021, p. 10: «Allora era al contempo profonda, sfrontata, gioiosa, avida di dominio, malinconica, amante del ballo – non mi assumo alcuna responsabilità per le apparenti contraddizioni – lei era proprio così».

⁹ Ad ogni modo, per una critica alla filosofia di Heidegger, cfr. G. Anders, *Heidegger esteta dell'inazione*, in G. Anders, H. Arendt, H. Jonas, K. Löwith, L. Strauss, *Su Heidegger. Cinque voci ebraiche*, Introduzione di F. Volpi, Donzelli, Roma 1998, pp. 23-62. Per un attacco specifico contro l'«antropocentrismo pudibondo» heideggeriano, cfr. G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I: *Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale* (1956), trad. it. di L. Dallapiccola, Bollati Boringhieri, Torino 2021, pp. 183-184. Per un commento, M. Latini, *L'antropologia eretica di Günther Anders. Contingenza dell'umano ed eclissi del senso*, in «Babel», V (2008), pp. 97-106, in particolare pp. 104-106.

¹⁰ Anders stesso sostiene di aver anticipato temi che sarebbero stati in seguito sviluppati da Jean-Paul Sartre: cfr. G. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II: *Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale* (1980), trad. it. di M.A. Mori, Bollati Boringhieri, Torino 2021, p. 118.

¹¹ Cfr. in part. Anders, *L'emigrante*, cit., pp. 19-20, 44, 63.

¹² Cfr. Anders, *Kafka. Pro e contro* (1951), trad. it. di P. Gnani, a cura di B. Maj, Quodlibet, Macerata 2006, p. 13: per gli emigranti, «l'esistenza non era dimostrata cartesianamente, ma soltanto esibendo un documento di identità. Chi non ne aveva uno, non lo otteneva. Così kafkiana era la nostra situazione di allora. E si potrebbe pensare che per uno come noi avrebbe dovuto essere 'difficile' non scrivere su Kafka. Ma chi è costretto a vivere kafkianamente, non legge Kafka e non scrive su Kafka». Queste parole ricordano,

fabbrica¹³, poi all'Office of War Information, e infine come addetto alle pulizie presso lo Hollywood Custom Palace, un impiego che lo faceva sentire come il «lavacadaveri della storia»¹⁴. Pur non divenendo mai un componente integrato della Scuola, mantenne i contatti con i francofortesi in esilio e la teoria critica influenzò il suo modo di intendere la società moderna, i suoi strumenti di produzione e le sue dinamiche di consumo. Dal 1950, insieme alla seconda moglie, Elisabeth Freundlich, rientrò in Europa, stabilendosi a Vienna. Nella fase matura della sua esistenza, sino alla morte che lo colse nel 1992, si dedicò strenuamente a campagne militanti a favore del disarmo nucleare e nell'ambito del Tribunale Russell¹⁵, nonché a una sempre più cupa filosofia della tecnica.

Dagli anni travagliati dei primi frammenti della sua esistenza conservò l'attenzione per un aspetto particolare della condizione migrante, l'impossibilità di ricordare e di essere ricordato. Particolarmente drammatiche sono le parole dedicate alla morte del padre e del cugino Walter Benjamin, entrambe avvenute «nel luogo sbagliato», l'una «in una delle città del tabacco del Sud degli Stati Uniti», l'altra «all'ombra di un cespuglio sui Pirenei», ovvero lontano da casa, l'unico luogo in cui è possibile «morire veramente»¹⁶. Come Masik, il protagonista di una delle «favole per adulti» contenute nella raccolta *Lo sguardo dalla torre* (1931-1968), l'emigrato a stento può «mantenere in vita le immagini dei

tra le altre, le pagine del romanzo incompiuto *Il Castello* ([1926], trad. it. a cura di U. Gandini, Feltrinelli, Milano 2021), giudicato da Anders come l'opera maggiore di Franz Kafka, dove, ad esempio, viene esplicitamente richiamato il «ridicolo groviglio [burocratico] che decide dell'esistenza di un individuo» (ivi, p. 96).

¹³ G. Anders, *Opinioni di un eretico* (1979), trad. it. di R. Callori, Theoria, Roma-Napoli 1991, p. 64.

¹⁴ Anders, *L'emigrante*, cit., p. 60.

¹⁵ Cfr. G. Anders, *Visit Beautiful Vietnam. ABC Der Aggressionen Heute*, Pahl-Rugenstein, Köln 1968.

¹⁶ Anders, *L'emigrante*, cit., pp. 25-26.

suoi *essere stato*» non essendo più in grado, da parecchio tempo ormai, di «identificarsi con esse»¹⁷.

2. La responsabilità come identificazione

Ricordo e identificazione sono concetti chiave nell'elaborazione dell'autore che con la formula «*cogitor ergo sum*» si propose di superare criticamente la moderna filosofia del soggetto impiegando una sola lettera¹⁸. In un testo non a caso dedicato al ricordo di Arendt, Anders esplicitava che siamo «esseri dipendenti, appartenenti, attaccati», per giungere poi a denunciare i limiti della monadologia leibniziana, secondo la quale le monadi possono avere soltanto contatti indiretti, come entità distaccate che passano il tempo a telefonarsi l'un l'altra, facendo squillare continuamente infiniti telefoni rotti¹⁹. Il ribaltamento della formula cartesiana declinata al passivo – vengo pensato, quindi esisto – si presta a connotazioni paradossali, come quella presentata nel romanzo *La catacomba molussica* (1992): «ti tormento quindi esisti»²⁰, oppure quella affidata alle pagine di *Essere o non essere. Diario di Hiroshima e Nagasaki* (1961), dove l'irresistibile profumo delle fragole offerte dalla compagnia di volo durante il viaggio intercontinentale sembra suggerire la variante consumistica «ti viziamo, dunque sei»²¹.

¹⁷ G. Anders, *Lo sguardo dalla torre* (1931-1968), con illustrazioni di A.P. Weber, a cura di D. Colombo, prefazione di G. Fofi, Mimesis, Milano-Udine 2021, p. 55. Sulla «terapia del racconto» e il senso della filosofia andersiana, cfr. M.P. Paternò, *Günther Anders e la terapia del racconto*, in «Filosofia politica», XXX (2016), 1, pp. 93-108.

¹⁸ Anders, *L'emigrante*, cit., p. 74.

¹⁹ Cfr. Anders, *La battaglia delle ciliegie*, cit., p. 60. Cfr. anche Anders, *Lo sguardo dalla torre*, cit., p. 30. L'immagine è di ascendenza kafkiana: cfr. Kafka, *Il Castello*, cit., p. 104.

²⁰ G. Anders, *La catacomba molussica* (1992), trad. it. di A. Mantovani, Lupetti, Milano 2008, p. 155.

²¹ Anders, *Essere o non essere*, cit., p. 16.

Ma è soprattutto nei saggi giovanili *Un'interpretazione dell'a priori* (1930) e *La patologia della libertà* (1936) che l'autore porta a compimento queste intuizioni, contrapponendo l'uomo all'animale. Quest'ultimo è un essere istintuale, ha familiarità con il mondo nel quale è «installato» senza necessità di apprendimento. «Il suo è un mondo che non ha bisogno di essere appreso, è una materia data a priori»²². Tuttavia, il mondo è per l'animale anche «sbarramento»: le sue percezioni non vanno al di là del contenuto già anticipato. L'animale è appagato, ma schiavo del suo appagamento. Al contrario, l'uomo è straniero nel mondo, poco adatto al mondo. Questa estraneità lo rende «slegato», e perciò *libero*²³. La possibilità della libertà sta dunque in questo iniziale distaccamento, in questo «scarto»²⁴. Per vivere, l'uomo ha bisogno di creare il suo mondo: con la teoria e con la prassi, ovvero con l'astrazione e con l'azione. Cimentandosi con un'esegesi del *Sofista* di Platone, Anders aggiunge che la stessa libertà del logos, che implica la possibilità di un logos mendace, dipende dal fatto che l'uomo è straniero nel mondo e può quindi porsi la questione dell'essere: il mondo può essere invocato in quanto questo o quello, e «in questo *in quanto* germogliano la smentita e la libertà dell'uomo rispetto ai contenuti del mondo»²⁵.

Eppure, il controcanto di questa possibilità di libertà è la scoperta originaria della contingenza, la quale produce un vero e proprio «shock». Se è vero che siamo liberi di essere liberi, è vero anche che siamo costretti a essere ciò che siamo, così come lo siamo. Essere proprio

²² G. Anders, *Patologia della libertà. Saggio sulla non-identificazione* (1936), a cura di L.F. Clemente e F. Lolli, Orthotes, Napoli-Salerno 2015, p. 35.

²³ Ivi, p. 40.

²⁴ Ivi, p. 45. Per Anders, l'esperienza visiva è tipicamente umana proprio perché richiede una distanza (la quale non può darsi, ad esempio, nel caso di un'esperienza olfattiva).

²⁵ Ivi, pp. 56-57.

se stessi è una condizione che non si è scelta²⁶; essa genera vergogna²⁷, disgusto di sé²⁸, finanche desiderio di gloria e di rivalsa²⁹. Il divario tra ciò che siamo costretti a essere e ciò che potremmo immaginare di essere dipende dall'«eccesso di mondo» che siamo in grado di pensare, il quale può renderci prigionieri, paralizzandoci nel torpore nichilista³⁰.

Anders spiega però che il nichilismo può essere vinto, due volte. In primo luogo, poiché il paradosso della contingenza si ripete continuamente, la ripetizione lo porta *ad absurdum*³¹. Lo shock che sembrava insuperabile viene continuamente superato. L'uomo si «aggrappa» allora a se stesso e al suo essere contingente³², stabilizzando la sua identità nel ricordo³³. Lo shock del contingente di ieri è una determinazione nella quale l'io di oggi può pienamente identificarsi. «Il ricordo annulla ciò che di indeterminato e di contingente avevamo riconosciuto nell'espe-

²⁶ Anders, *Lo sguardo dalla torre*, cit., pp. 103-105, dove è presentata la favola dal titolo *Meglio mai che contingente*.

²⁷ Si tratta di un atto riflessivo di identificazione che fallisce perché l'io, allo stesso tempo, si identifica e non si identifica con se stesso: l'io si guarda con distacco pur non potendo uscire da sé; in tal senso, la vergogna è soprattutto vergogna della propria origine: cfr. Anders, *Patologia della libertà*, cit., p. 75.

²⁸ Quando ci si percepisce come troppo familiari a se stessi (*ibid.*).

²⁹ Non potendo essere tutto, l'io cerca un compromesso: vuole almeno avere tutto, impossessarsi di tutto, per recuperare il vantaggio che il mondo ha su di lui (*ibid.*).

³⁰ Ivi, p. 83. L'autore propone due esempi. Il primo è quello del tempo verbale futuro: se il futuro semplice è il segno più elementare della libertà umana, il futuro anteriore è compromissione della libertà. Dire «io sarò stato» significa essere capaci di sopravvivere a noi stessi nel pensiero; si tratta dunque di un «sorprendente atto di libertà e di astrazione da sé» (ivi, p. 79). Il secondo esempio è quello della libertà spaziale: anche se l'uomo può pensare di essere ovunque, è sempre costretto a essere unicamente lì dove si trova (*ibid.*).

³¹ Ivi, p. 93.

³² Ivi, p. 96.

³³ Ivi, p. 97.

rienza; [...] nel ricordo ciò di cui l'uomo ha fatto esperienza, ora lo è»³⁴.
Precisa l'autore:

il giudizio di identità: "io sono io", in origine analitico, e smentito dallo shock del contingente, si trasforma in questa più significativa proposizione: "io sono la mia vita", oppure "l'io è la vita"; si trasforma, cioè, in un giudizio di identificazione, nel vero senso del termine "sintetico". È un fatto assolutamente peculiare che il "sono" e l'"è" dei due enunciati precedenti siano intercambiabili. La vita non è solo la prima persona (io), non è solo la terza persona (qualcosa di estraneo e di contingente), ma è un possessivo: è la mia, è la MIA VITA³⁵.

In tal senso, il nichilista si trasforma nell'uomo storico che, superando la paralisi dell'inazione, si identifica con ciò che egli è e con ciò che egli è stato, scartando la contingenza attraverso la necessità della sua storia.

In secondo luogo, un'ulteriore possibilità di identificazione proviene dal mondo sociale, ovvero da «situazioni sociali stabili»³⁶, che assegnano a ciascuno un nome, un ruolo, una professione. Si tratta di circostanze che offrono all'individuo la possibilità di conformarsi, rispondendo alla «richiesta di identità che il mondo pone in lui» attraverso una corrispondenza non più paga soltanto di atti di rimemorazione bensì espressa da «atti morali, e soprattutto atti di responsabilità»: «di ciò che ho fatto ieri, devo rispondere davanti al mondo intero. Questa identità non è [più] di natura storica, ma giuridica e morale»³⁷.

Per superare definitivamente la paralisi e lo shock della contingenza, l'uomo storico può dunque procedere identificandosi con ciò che egli è socialmente, assumendosi la responsabilità morale e giuridica delle sue azioni. In termini morali e giuridici, infatti, la responsabilità *richiede* precisamente questa identificazione; è quest'ultima a rendere possibile l'individuazione di un rapporto determinato tra l'agente e l'effetto

³⁴ Ivi, p. 100.

³⁵ Ivi, p. 101.

³⁶ Ivi, p. 106.

³⁷ Ivi, p. 108.

dell'azione, come rivela ad esempio la teoria tradizionale della colpevolezza, la quale «annette una sanzione alla condotta di un individuo» là dove «l'effetto dannoso di tale condotta è stato *preveduto o inteso* dall'individuo agente» (dolo) oppure là dove la condotta «abbia *provocato* un effetto dannoso [...] se l'individuo non aveva preso quei provvedimenti con cui si può normalmente evitare l'effetto dannoso»³⁸ (colpa).

La riflessione andersiana, impostata inizialmente nei termini dell'antropologia filosofica, culmina allora con un appello all'azione responsabile, che dà l'abbrivo per la svolta verso la «filosofia morale d'occasione» delle sue opere maggiori³⁹. Come il barone di Münchhausen, ciascun essere umano deve tirarsi fuori dalla palude da sé sollevandosi per i propri capelli⁴⁰. L'inciampo nel nichilismo resta sempre possibile⁴¹, perché quest'ultimo non può essere confutato logicamente bensì soltanto superato sul piano pratico: eppure proprio per questa ragione, agire (e identificarsi responsabilmente con le proprie azioni) diviene necessario.

³⁸ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Roma 1963, pp. 65-66.

³⁹ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II, cit., p. 4, dove Anders definisce il suo un filosofare «*en plein air*».

⁴⁰ «La questione di sapere chi io sia non è di quelle che basti porle, ma di quelle alle quali è necessario dare una risposta»: G. Anders, *Patologia della libertà*, cit., p. 116. Aggiunge infine l'autore: «la problematica dell'antropologia filosofica, che nella prima parte esplorava le specificazioni patologiche della libertà umana, appare ormai come una forma essa stessa viziata e snaturante i problemi. Essa fa dell'autonomia una definizione di sé; e, mentre insegna all'uomo a correre dietro la propria *Eigentlichkeit*, lo abbandona a quanti hanno interesse a riportarlo all'ordine, e gli toglie la sua libertà» (*ibid.*). Sul paragone con il barone di Münchhausen, cfr. G. Anders, *Stenogrammi filosofici* (1965), trad. it. di S. Fabian, Bollati Boringhieri, Torino 2022, pp. 124-125.

⁴¹ Sul nichilismo, cfr. anche Anders, *Essere o non essere*, cit., pp. 83, 132.

3. La tecnica e il problema del rapporto tra l'agente e l'effetto dell'azione

Nel primo volume di *L'uomo è antiquato*, l'opera forse più significativa nella produzione dell'autore, datata 1956, si registra una svolta: a partire dalla metà del XX secolo, l'uomo ha smesso di essere il soggetto della storia⁴²; è la tecnica ad essere oggi «il nostro fato»⁴³. In corso sarebbe pertanto una «rivoluzione», addirittura una «metamorfosi dell'anima»⁴⁴, capace di rendere l'uomo obsoleto.

Spiega Anders:

La nostra illimitata libertà prometeica di creare sempre cose nuove (costretti come siamo a pagare senza sosta il nostro tributo a questa libertà) ci ha portati a creare un tale disordine in noi stessi, esseri limitati nel tempo, che ormai seguiamo lentamente la nostra vita, seguendo di lontano ciò che noi stessi abbiamo prodotto e proiettato in avanti, con la cattiva coscienza di essere antiquati, oppure ci aggiriamo semplicemente tra i nostri congegni come sconvolti animali preistorici⁴⁵.

Le sorprendenti, straordinarie, capacità proprie della tecnica odierina introducono infatti una nuova discrepanza, che fa saltare la possibilità di identificazione e la conseguente linearità del rapporto tra l'agente e l'effetto dell'azione che, come si è detto, caratterizzava la concezione tradizionale della responsabilità morale e giuridica. Questo smottamento è definito «dislivello prometeico»⁴⁶, e corrisponde precisamente all'«a-sincronizzazione ogni giorno crescente tra l'uomo e il mondo dei suoi

⁴² Cfr. anche Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II, cit., p. 3.

⁴³ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, cit., p. 17.

⁴⁴ Ivi, p. 23.

⁴⁵ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, cit., p. 23.

⁴⁶ Pier Paolo Portinaro indaga la genealogia di questo concetto andersiano, rintracciando in autori come Georg Simmel, Karl Mannheim, Simone Weil, Arnold Gehlen: cfr. P.P. Portinaro, *Distopia e post-histoire*, in Id., *Il principio disperazione. Tre studi su Günther Anders*, cit., pp. 81-121, in part. pp. 117-118.

prodotti», la quale genera uno scarto, sempre maggiore e ormai abissale, «tra *fare e immaginare*, tra *agire e sentire*, tra *conoscenza e coscienza* e infine [...] tra il *congegno* fabbricato e il *corpo* dell'uomo». Ipernutrito dai «fantasmi tecnologici», il mondo plasmato dalla tecnica diviene «esorbitante» rispetto alla nostra capacità di comprensione e immaginazione, rispetto alle nostre emozioni e alla nostra capacità di identificazione⁴⁷.

L'uomo contemporaneo è incapace di non-potere dinnanzi alla tecnica⁴⁸; trovandosi obbligato a produrre, scopre che la sua produzione è inarrestabile. Gli effetti delle nostre azioni «debordano», sono «sovraliminali» rispetto alla nostra capacità di sentirci e pensarci come responsabili⁴⁹: «ciò che ci limita [...] è l'illimitatezza degli effetti del nostro agire. L'onnipotenza è il nostro più fatale difetto»⁵⁰.

⁴⁷ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, cit., p. 25. Il richiamo al mito di Prometeo, narrato nella *Teogonia* di Esiodo, sottolinea la confusione tra «creatore e creatura». Cfr. G. Anders, *On Promethean Shame*, in C.J. Müller (ed.), *Prometheanism: Technology, Digital Culture and Human Obsolescence*, Rowman & Littlefield International, London 2016, 29-95, in part. p. 31. Per un commento, V. Rasini, *Il perversimento di Prometeo. Uomo e tecnica nel pensiero di Guenther Anders*, in «Archivio di filosofia», LXXXVII (2019), 2-3, pp. 139-147. L'epilogo della vicenda, che conduce alla punizione eterna attribuita a Prometeo da Zeus, evoca inoltre la dialettica negativa del progresso tecnologico e scientifico. A questo riguardo, cfr. classicamente M. Horkheimer, T. Adorno, *Dialettica dell'Illuminismo* (1944), trad. it. di R. Solmi, Introduzione di C. Galli, Einaudi, Torino 2010.

⁴⁸ Come nella ballata dell'apprendista stregone di Goethe, siamo incapaci di «non-potere», «incapaci di distruggere, di annullare ciò che un tempo abbiamo creato» (Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II, cit., p. 367). Anche se ipotizzassimo di distruggere tutte le macchine, «il nostro know-how resterebbe indistruttibile. L'idea sopravvive. Platone vince» (ivi, p. 368).

⁴⁹ Notava Hannah Arendt in *Vita activa. La condizione umana* ([1958], trad. it. di S. Finzi, Bompiani, Milano 2017, p. 36): «non riusciremo mai a comprendere, cioè a pensare ed esprimere, le cose che pure siamo capaci di fare. [...] Se la conoscenza [...] si separasse irrimediabilmente dal pensiero, allora diventeremmo esseri senza speranza, schiavi non tanto delle nostre macchine quanto della nostra competenza, creature prive di pensiero alla mercé di ogni dispositivo tecnicamente possibile per quanto micidiale».

⁵⁰ Anders, *Il mondo dopo l'uomo*, cit., p. 21.

Divenuta inapplicabile la logica lineare della responsabilità per colpevolezza, l'alternativa è tra due sole opzioni, esemplificate da due modelli divenuti paradigmatici: Claude Eatherly oppure Klaus Eichmann. Eatherly era il maggiore dell'esercito statunitense che, dopo aver valutato le condizioni meteorologiche su Hiroshima la mattina del 6 agosto 1945, autorizzò lo sgancio della bomba atomica. Ancorché, con ogni evidenza, la responsabilità politica della decisione non potesse certo essere attribuita integralmente a quella sua specifica autorizzazione, non appena la guerra fu conclusa egli lasciò l'esercito, rifiutò le decorazioni e cadde in una profonda depressione. Dopo aver compiuto alcuni piccoli furti, fu rinchiuso in un ospedale psichiatrico militare. Venuto a conoscenza della sua vicenda, Anders avviò con lui un carteggio, rendendolo il simbolo della condizione dell'«incolpevole colpevolezza»⁵¹. Come ciascun altro uomo, Eatherly era e sarebbe rimasto per sempre incapace di afferrare il significato di un'azione in grado di provocare la morte immediata di 70.000 persone (una quantità di morti che non può nemmeno essere effettivamente immaginata)⁵², eppure, dopo lo sgancio della bomba e per il resto della sua vita, cercò di fare i conti con la sua dose di responsabilità per quel gesto incomprensibile. Commenta Anders:

⁵¹ G. Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima. Il carteggio con Claude Eatherly, il pilota della bomba atomica* (1961), Introduzione di R. Jungk, Prefazione di B. Russell, a cura di M. Latini, Mimesis, Milano-Udine 2016, pp. 25, 153.

⁵² Cfr. anche G. Anders, *Dopo Holocaust* (1979), trad. it. di S. Fabian, Bollati Boringhieri, Torino 2014, pp. 43-45, dove l'autore ricorda che Auschwitz e Hiroshima non sono traumi «elaborabili»: in primo luogo, perché la maggior parte dei singoli vi presero parte su comando di istanze superiori, e ciò «non lascia traccia nel foro interiore del singolo»; in secondo luogo, perché si tratta di atti «smisurati», rispetto ai quali ogni tentativo di confronto morale è destinato a fallire; in terzo luogo, perché sussistono limiti determinati dalla «inesprimibilità linguistica» di quegli eventi. A p. 68, Anders spiega inoltre le ragioni per cui ritiene che Hiroshima sia un fatto «incomparabilmente peggiore» di Auschwitz.

I milioni di uomini del mondo attuale ricevono ogni giorno l'assicurazione che gli effetti delle loro azioni non li riguardano, che il loro non è un "agire" ma un "lavoro", e che questo lavoro, indipendentemente da quelli che possono essere i suoi obiettivi e i suoi effetti, *non olet*, non può essere moralmente dubbio; ed essi bevono allegramente tutto questo. È in questo contesto che dobbiamo vedere Eatherly. Egli è l'uomo che ha resistito in modo esemplare a questa tentazione e si è rifiutato tenacemente di accontentarsi di questo stato; che ha ricusato di accettare questa libertà di essere ciechi⁵³.

D'altro canto, Klaus Eichmann era il figlio di Adolf Eichmann, il funzionario delle SS il cui processo a Gerusalemme fu rendicontato da Arendt in *La banalità del male* (1963), che lo rese il simbolo della «teoria truffa dell'ingranaggio»⁵⁴. Dopo il processo e la condanna a morte del padre, Anders contattò il figlio ventiquattrenne chiedendogli di prendere posizione pubblicamente contro la condotta paterna. Da Klaus Eichmann non giunse alcuna risposta. L'occasione che Anders gli offriva avrebbe potuto avere una profonda rilevanza simbolica: il silenzio, l'indifferenza divenivano invece prova di una – altrettanto profondamente simbolica – colpevolezza imperdonabile⁵⁵, forse persino più inaccettabile di quella del padre⁵⁶. «*Lei*», scrive Anders a Klaus,

⁵³ Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima*, cit., p. 229.

⁵⁴ H. Arendt, *Responsabilità e giudizio*, trad. it. di D. Tarizzo, a cura di J. Kohn, Einaudi, Torino 2010, p. 25.

⁵⁵ Anders si chiede se l'indifferenza del figlio di Eichmann non sia forse «al di là dei confini di ciò che è perdonabile». Cfr. G. Anders, *Noi figli di Eichmann. Lettera aperta a Klaus Eichmann* (1964), trad. it. di A.G. Saluzzi, Giuntina, Firenze, 1995, p. 89.

⁵⁶ A proposito del problema della responsabilità, Anders aggiunge in *L'uomo è antiquato*, vol. I., p. 240: «[Ora] ci sono colpevoli attuali. Perché, per quanto confuso possa essere stato finora il problema dell'imputazione: il vero problema della colpa comincia soltanto ora. Soltanto ora, perché soltanto ora sappiamo cosa significa la bomba. Per quanto innocenti si possa essere stati sinora, ora si diventa colpevoli, se non si aprono gli occhi a coloro che non vedono ancora, se non si fanno rintonare le orecchie a coloro che non capiscono ancora. La colpa non sta nel passato ma nel presente e nel futuro. Non soltanto gli eventuali assassini sono colpevoli, ma anche voi, gli eventuali morituri».

non può addurre come scusante un apparato del terrore dal quale sarebbe stato adescato e guidato o nel quale sarebbe stato incorporato. [...] Se Lei rinuncia a questa chance di verità [...], allora lo fa come singolo, lo fa sotto la Sua responsabilità. Quel che si era ancora potuto dire della natura di Suo padre, cioè che essa sia sfumata nei tratti del mondo in cui era apparsa, non si può dire di Lei. [...] Forse un giorno anche Lei avrà un figlio. Che cosa dovrà pensare *lui* di suo padre?⁵⁷.

Nelle riflessioni di Anders, i due uomini adottano comportamenti tanto paradigmatici quanto antitetici⁵⁸ – sebbene figli «della stessa famiglia»⁵⁹, la nostra. Così come l'uno si sforzò di emanciparsi dal ruolo di rotella dell'ingranaggio⁶⁰, addossandosi una responsabilità ben oltre la portata del rapporto (ormai interrotto) tra l'effetto del proprio agire e la capacità di raffigurarsi e comprendere le conseguenze della propria condotta⁶¹; l'altro si limitò a scrollarsi di dosso qualunque occasione di

⁵⁷ Anders, *Noi figli di Eichmann*, cit., p. 79.

⁵⁸ Cfr. Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima*, cit., pp. 185, 210, dove si esplicita però l'antitesi con Eichmann padre.

⁵⁹ Ivi, p. 26; Anders, *Noi figli di Eichmann*, cit., pp. 60-63.

⁶⁰ Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima*, cit., pp. 28, 30, 210. «Non è l'uomo che fa del meccanismo un pretesto e una giustificazione della mancanza di coscienza, ma l'uomo che scruta il meccanismo come paurosa minaccia alla coscienza. E così facendo coglie il nocciolo del problema morale centrale di oggi, e ci rivolge il monito veramente decisivo: poiché, se scarichiamo ogni responsabilità sull'apparato, in cui saremmo inseriti come viti inconsapevoli e consideriamo l'affermazione ci siamo limitati a collaborare come legittima in ogni caso, liquidiamo *ipso facto* la libertà della decisione morale e della libertà di coscienza, e facciamo dell'aggettivo libero [...] l'asserzione più vuota e ipocrita» (ivi, p. 185).

⁶¹ Proprio l'incapacità di identificazione diventa l'alibi che scagiona «l'alto funzionario G.» «al processo contro i responsabili dello sterminio del popolo baranico», nel racconto intitolato *Le qualità* (Anders, *Lo sguardo dalla torre*, cit., pp. 25-29). Nelle sue nuove vesti, l'imputato non si identifica più con l'atto commesso in qualità di alto funzionario di un regime oggi scomparso, e per questo viene rilasciato.

coinvolgimento, di condivisione e di riflessione morale, confondendo la «libertà di coscienza» con la «libertà dalla coscienza»⁶².

4. Le norme tra tecnica, morale e diritto

Oltre a rendere impossibile l'attribuzione di responsabilità secondo il modello tradizionale della colpevolezza, il dislivello prometeico produce uno «stato patologico collettivo», una condizione di «vergogna prometeica»⁶³ che gli esseri umani contemporanei sperimentano «di fronte all'umiliante altezza di qualità degli oggetti fatti da [loro] stessi». La specie umana diviene «il nano di corte del suo proprio parco macchine», il «padre paralitico». Rispetto alle macchine, l'uomo si scopre ottuso, facilmente deteriorabile, mortale. La sua unicità e insostituibilità diventano un limite. Di fronte alla potenza tecnologica e alla «iconomania» sospinta dai mezzi di comunicazione di massa, l'essere umano si riduce a una «pallida larva», rinchiusa nel suo guscio per non perdere un briciolo del suo «mondo in effigie»⁶⁴.

Nel secondo volume di *L'uomo è antiquato*, pubblicato nel 1980 dopo un lungo «silenzio filosofico»⁶⁵, Anders descrive l'epoca contemporanea come quella della «terza rivoluzione industriale», intesa come l'era nella quale si è affermato «il principio macchinale, cioè a dire: la fabbricazione macchinale di macchine»⁶⁶; queste ultime producono prodotti che *devono* essere consumati attraverso il loro uso⁶⁷. Il «dislivello prometeico» acquisisce allora nuove accezioni, qualificando ora lo

⁶² Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima*, cit., p. 229.

⁶³ Anders, *Essere o non essere*, cit., p. 120, dove si nota che la vergogna è contagiosa e disarmata. Cfr. anche Anders, *L'emigrante*, cit., p. 38, dove si aggiunge che solo di rado la vergogna è conseguenza della colpa.

⁶⁴ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, cit., pp. 100, 102.

⁶⁵ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II, cit., p. 5.

⁶⁶ Ivi, p. 9.

⁶⁷ Cfr. le dieci tesi sull'espansione delle macchine, discusse ivi, pp. 103-115.

scarto tra ciò che produciamo e ciò che possiamo effettivamente usare, tra il massimo che possiamo produrre e il massimo (vergognosamente piccolo) di ciò che possiamo immaginare, tra il massimo che possiamo produrre e il massimo (vergognosamente piccolo) di ciò di cui possiamo aver bisogno⁶⁸. La terza rivoluzione industriale, inoltre, ha messo l'umanità in condizioni di produrre la propria distruzione, attraverso l'invenzione della bomba atomica. In tal senso, l'età che viviamo è «l'ultima»⁶⁹: dall'uomo senza mondo, si corre ora il rischio di approdare a un mondo senza l'uomo.

Il corollario più inquietante di queste considerazioni è forse quello inerente alla capacità umana di adattamento reattivo al nuovo ambiente. Già negli anni '80 Anders giudicava l'umanità così assuefatta al nuovo mondo da essersi «deprivat[a] del sentimento di essere deprivat[a]». «La maggioranza [degli uomini] crede di possedere tutto *grazie* alle sue catene (di cui non si accorge)»⁷⁰. Non solo. In questo mondo ormai simile a un «formicaio trasparente»⁷¹, gli esseri umani tendono a «fidarsi»⁷² dei loro apparecchi più che di se stessi, auto-plasmandosi a loro immagine⁷³.

⁶⁸ La nostra condizione è tale da farci provare una «mancanza di mancanza», abbiamo «troppo poco bisogno» rispetto alla capacità di produzione di nuovi beni che pretendono di soddisfare i nostri bisogni (ivi, p. 13).

⁶⁹ Ivi, pp. 13-14. Si tratta di un'ultima era nella quale l'uomo è divenuto sia *homo creator* (creatore di materia non esistente in natura) sia *homo materia* (capace di sperimentare su se stesso, come mostrano i prodigi delle biotecnologie). Il mondo appare sempre più come «una miniera da sfruttare», poiché il compito della scienza non è più quello di rintracciare l'essenza segreta della natura o scoprire le leggi immanenti delle cose o ancora spiegare i fenomeni alla luce dei loro rapporti causali, bensì scoprire la loro segreta «usabilità» (ivi, p. 25).

⁷⁰ Ivi, p. 47.

⁷¹ Ivi, p. 51.

⁷² Ivi, p. 27.

⁷³ L'idea andersiana sviluppa ed «esagera» la riflessione marxiana sul feticismo degli oggetti contenuta nel capitolo 1.4 del *Capitale* (K. Marx, *Il Capitale. Critica dell'economia politica* [1867], III voll., trad. it. di D. Cantimori, Editori Riuniti, Roma

Vergognandoci della nostra inadeguatezza, «ci autotrasformiamo per amore delle nostre macchine, perché prendiamo le macchine a modello delle nostre trasformazioni [...], fabbrichiamo nuovi esseri ibridi, incroci tra fabbricanti e oggetti fabbricati». Questa «autolimitazione», «autoumiliazione» e «autodegradazione», da uomini a macchine, contiene in sé un elemento di «arroganza», «perché arroganza e adeguamento sono fenomeni gemelli che è impossibile staccare l'uno dall'altro. [Si può parlare allora di] 'arrogante autodegradazione' e di 'umiltà fatta di *hybris*'». Dalla vergogna prometeica scaturisce così, da un lato, il «mostuoso», ovvero il tentativo tracotante di «tramutarci in esseri conformi alle macchine» e, dall'altro lato, un conformismo standardizzato, che opera obbedendo a una forma di «terrorismo morbido»⁷⁴, che procede «in punta di piedi»⁷⁵.

Per certi aspetti, la tecnica, che non è mai soltanto una questione tecnica⁷⁶, è dotata di una sorta di normatività silenziosa, subdola e subliminale. Spiega Anders:

Vivendo in un mondo di apparecchi, siamo soggetti al trattamento dei nostri apparecchi (e sempre in un modo determinato dalla natura degli apparecchi).

1994, vol. I, pp.103-115). L'«esagerazione filosofica» è un metodo esplicitamente adottato da Anders: cfr. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, cit., p. 23.

⁷⁴ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II, cit., p. 230. Come nota Romina Martinelli, si tratta di un «totalitarismo morbido [...] che agisce mediante il terrore mite della lusinga», dove l'individuo «perde la libertà di immaginarsi qualcosa di diverso da ciò che gli viene offerto-comandato» (R. Martinelli, *Totalitarismo morbido in Günther Anders*, in «Montesquieu.it», 2014, pp. 1-38, in part. pp. 26, 35).

⁷⁵ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II, cit., p. 187. Sul rapporto tra vergogna e colpa, cfr. C. Pavan, *L'emotività dell'uomo tecnico tra vergogna e colpa. Uno studio su Günther Anders*, in «Iride», XXIX (2016), pp. 57-76, in part. pp. 64-70.

⁷⁶ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II, cit., p. 199: «Le invenzioni tecniche non sono mai soltanto invenzioni tecniche». La frase richiama quella di Martin Heidegger, contenuta in *Che cosa significa pensare? Qual è l'essenza nascosta della tecnica moderna* (1954), trad. it. di U. Ugazio e G. Vattimo, Sugar & Co., Milano 1971, vol. II, p. 124: «l'essenza stessa della tecnica non è qualcosa di tecnico».

Ma poiché, d'altra parte, siamo gli utenti di questi apparecchi, e trattiamo il nostro prossimo per mezzo di essi, finiamo per trattare il nostro prossimo, anziché secondo i nostri principi, secondo il modo di operare degli apparecchi, e cioè, in un certo qual modo, secondo le loro massime. Il postulato esige che ci rendiamo conto di queste massime come fossero le nostre (dal momento che lo sono effettivamente e di fatto); che la nostra coscienza morale, anziché dedicarsi all'esame di se stessa (che è ormai un lusso privo di conseguenze), si dedichi a quello degli "impulsi nascosti" e dei "principi" dei nostri apparecchi⁷⁷.

Nel nuovo mondo dominato dalla tecnica, il conformismo adattivo rispetto alle macchine «è già la norma»⁷⁸. La realtà è popolata di «creature sireniche»⁷⁹, i consumi ci «vengono imboccati»⁸⁰. L'individualità scompare a vantaggio della massificazione. Soprattutto, i comandi della tecnica⁸¹ sono vincolanti in modo subdolo: «norme e divieti odierni sono segreti, emanati senza che i destinatari se ne rendano conto»⁸². Inseguendo affannosamente le macchine, inoltre, l'uomo si costringe a un eterno presente, dove agisce soltanto sulla base di un'automata efficacia, come un automa⁸³. In altre parole, l'uomo, ormai irrilevante, diventa «a-storico»: «a differenza dell'angelo di Klee, assunto da Benjamin come figura simbolica, il quale [...] volge all'indietro il capo (sebbene trascinato in avanti dall'uragano della storia che gli si è impigliato nelle ali), [...] l'umanità attuale guarda altrettanto poco indietro che avanti:

⁷⁷ Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima*, cit., p. 47.

⁷⁸ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II, cit., p. 122.

⁷⁹ Ivi, p. 131.

⁸⁰ Ivi, p. 133.

⁸¹ Cfr. Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, cit., p. 105: «Che altro significa "programma"? [Qualcosa che] prescrive come e cosa bisogna sentire o fare».

⁸² Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. II, cit., p. 181.

⁸³ Ciò ci sembra normale, persino ci rallegra, perché ci dà «la garanzia che la nostra esistenza personale continuerà a funzionare in modo piano e che il peso della responsabilità personale ci verrà tolto una volta per sempre» (ivi, p. 375).

durante il suo volo tempestoso i suoi occhi restano chiusi, tutt'al più fissi sull'istante presente»⁸⁴.

Tuttavia, accettare un tale scenario significherebbe assecondare la deriva autodistruttiva dell'umanità e condurrebbe a una nuova, estrema, forma di paralisi nichilista⁸⁵. Viceversa, ai comandi subdoli della tecnica Anders risponde contrapponendo la normatività della morale e del diritto, che egli distingue in termini kantiani⁸⁶. Alla prima, inoltre, riconosce lo stesso primato già percepito da Antigone⁸⁷.

Più nel dettaglio, la morale andersiana si regge su una prospettiva di carattere intuizionista⁸⁸. A suo giudizio, «la necessità di una morale del mondo e dell'uomo non può trovare [...] un fondamento morale»⁸⁹. Eppure, a bordo della «stessa imbarcazione sulla quale tutti ci troviamo»⁹⁰, «una nave gigantesca [che] attraversa la costellazione di Orione,

⁸⁴ Ivi, p. 275. La stessa immagine compare in Anders, *Dopo Holocaust*, cit., pp. 30-31.

⁸⁵ Cfr. la Prefazione di Norberto Bobbio a Anders, *Essere o non essere*, cit., pp. IX-XVII.

⁸⁶ Ivi, p. 37: «il compito della morale consiste proprio nello screditare e dissolvere l'immoralità che detiene illegalmente il potere. La voce della moralità, quando la legalità è immorale, è la voce della resistenza». A seguire, Anders ricorda la distinzione kantiana tra moralità e legalità.

⁸⁷ *Ibid.*, dove Anders richiama espressamente Antigone come esempio di resistenza contro la legge ingiusta. In Anders, *Stenogrammi filosofici*, cit., p. 58, l'autore si sofferma sul rapporto tra diritto e morale.

⁸⁸ Cfr. quanto riportato in P.P. Portinaro, *Tecnica ed etica a una dimensione*, in Id., *Il principio disperazione. Tre studi su Günther Anders*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, pp. 122-179, in part. p. 149, n. 86, a proposito delle notazioni sui colloqui con Bertold Brecht che Anders affida al diario californiano nel 1941. Contro «l'ateismo morale e lo scetticismo normativo» brechtiano, Anders fa valere il suo intuizionismo etico: pur non sapendo dire quale sia il fondamento degli imperativi morali, a suo giudizio ci sono evidenze che non consentono di ignorare i richiami della coscienza.

⁸⁹ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, cit., p. 301.

⁹⁰ Cfr. l'immagine della barca e del codice di bordo contenuta in Anders, *Essere o non essere*, cit., p. 23; cfr. anche Anders, *L'ultima vittima di Hiroshima*, cit., p. 26, dove l'autore ripete che siamo tutti «in the same boat, come dicono gli americani».

[con] le luci schermate, non [...] voluta da nessun Dio, ma nemmeno non non-voluta; non [...] accompagnata da nessun Dio, ma nemmeno ostacolata – diciamo pure: non [...] nota a nessun Dio», su questa immensa nave, che non «sappiamo di dove viene, ammesso che venga da qualche posto; verso quale meta si diriga, ammesso che si diriga verso qualche meta», ci sono tuttavia delle regole «e ciò è l'unica cosa della nave che ci è nota con sicurezza»: «le pareti delle cabine sono tappezzate di regole che costituiscono l'ordinamento di bordo, cioè di regole che sono state sanzionate da qualcuno che a sua volta non è stato sanzionato; non si può negare che sono queste regole a permettere che a bordo la vita brulicante si svolga assolutamente senza intoppi». Non importa quindi stabilire chi abbia posto tali norme, o perché. Ciò che conta per Anders è che esse sono vincolanti⁹¹.

Evocando ancora Kant, egli aggiunge inoltre che

Con Kant, mi vergognerei profondamente di riconoscere la “*forza normativa dell'effettuale*”, che oggi viene così volentieri chiamata in causa. L'espressione è miserabile. [...] Non conosco alcun codice religioso o morale della storia le cui indicazioni siano state seguite, magari immediatamente. Ma forse che esse sono state confutate o svalorzate dal fatto di essere state trascurate o disattese? Forse che i Padri fondatori si sono resi ridicoli, o irrealisti o immaturi, perché i loro comandamenti non sono stati osservati (né forse avrebbero potuto esserlo)? Forse che il Sermone della montagna ha smesso di costituire un imperativo, perché da duemila anni noi abbiamo continuato a guardare nel sangue? Perché l'era post-cristiana è stata ancora più bestiale di quella pre-cristiana? [...] Ne consegue che *nella morale purtroppo vige la stessa regola che*

⁹¹ Cfr. Anders, *Stenogrammi filosofici*, cit., p. 53: «per quanto possa essere vero che non è ancora mai esistito un fiore che abbia visto le radici da cui è germogliato – è questa forse una prova contro l'esistenza delle radici?». Cfr. anche ivi, pp. 63-65, dove la riflessione termina con questa affermazione: «il principio regolativo è dunque: sii morale nonostante tu non possa fondare, anzi consideri addirittura non fondabile, l'obbligo del dovere morale». Commenta a questo riguardo Portinaro che la morale andersiana è aporetica, divenendo l'esito dell'«intransigenza della disperazione»: «nel mondo totalitario della tecnica anche la morale diventa totalitaria»: Portinaro, *Tecnica ed etica a una dimensione*, cit., p. 155.

*nei mercati dell'usato: cioè, che si deve chiedere di più di quello che ci si può aspettare di ricevere. [...] Non solo si ha il diritto di pretendere troppo, ma anche il dovere*⁹².

Criticando la forza normativa dell'effettuale, l'autore riconosce che un tratto tipico della normatività è la sussistenza di un divario tra il dover essere e l'essere. A ben guardare, nel caso della tecnica, questo scarto non esiste: i comandi della tecnica dissolvono «l'idealità delle norme» in «fatticità»⁹³, rivelandosi in definitiva un mero riflesso psicologico interiorizzato da chi obbedisce.

Questo possibile fraintendimento avviene anche nel caso di un certo modo di intendere il diritto, come mostra l'analisi andersiana dell'opera di Kafka⁹⁴. Lo scrittore boemo è criticato in quanto «moralmente e filosoficamente inutilizzabile, malgrado la ricchezza delle sue vedute»⁹⁵. A causa di una diversa sensibilità morale, Anders guarda con sospetto al kafkiano «moralismo dell'uniformazione»⁹⁶ come pure alla tecnica

⁹² G. Anders, *I morti. Discorso sulle tre guerre mondiali* (1964, 1982), trad. it. di E. Mori, Medusa, Milano 2022, pp. 59-60.

⁹³ Le due espressioni sono husserliane: cfr. E. Husserl, *Introduzione all'etica* (1920-1924), trad. it. di N. Zippel, a cura di F.S. Trincia, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 4, 30.

⁹⁴ L'analisi della produzione kafkiana può essere confrontata con i saggi dedicati ad Alfred Döblin, Bertold Brecht, John Heartfield, Hermann Broch, George Grosz in G. Anders, *Uomo senza mondo. Scritti sull'arte e sulla letteratura*, a cura di S. Velotti, Spazio libri, Ferrara 1991.

⁹⁵ Anders, *Kafka. Pro e contro*, cit., p. 63.

⁹⁶ Ivi, p. 42. Per Anders, nella prosa kafkiana «ciò che la società ordina» è «la moralità» (ivi, p. 41). Si accoglie in tal senso il punto di vista dell'assimilato, in quanto la dicotomia tra «l'accadere oggettivo» e il suo «giudizio soggettivo» è semplicemente «incomprensibile a chi è ben integrato». Non a caso lo sforzo costante dell'agrimensore K., il protagonista di *Il Castello*, è quello di «rispettare tutte le norme, di 'farle proprie interiormente', e di giustificare perfino le 'immorali' pretese dei dominanti». Il «messaggio morale» kafkiano pare allora «*sacrificium intellectus*; e quello politico: mortificazione di se stessi». Per Anders, «queste frasi, senza un'interpretazione, sono pericolose» (ivi, p. 47). Il critico ammette che «l'inversione di colpa e pena» è una delle tante tecniche letterarie di cui lo scrittore si avvale per criticare la società del suo

letteraria della trasposizione di funzioni in personaggi (come nel caso del «bastonatore» del *Processo* [1925]), che gli pare legittimare surrettiziamente la «risposta dello spodestato, dell'irresponsabile, che è irresponsabile perché non gli si lascia alcuna responsabilità; in breve, la risposta di colui che non vive effettivamente ma 'viene vissuto'»⁹⁷. Ma soprattutto Anders non può accettare, se non nei termini di una distopia filosofica⁹⁸, che nel mondo non ci siano diritti⁹⁹. Nella lettura ander-

tempo, che emette giudizi prima dell'azione, ma ritiene che questo ribaltamento produca un effetto di «de-colpevolizzazione», dal momento che, se la pena è immeritata, «anche le conseguenze non sono propriamente 'colpa'». Anders sostiene, inoltre, che «almeno per se stesso, [Kafka] accettò il giudizio della società [e] della casa paterna» crogiolandosi in un'ambiguità e in un'accettazione arrendevole giudicata moralmente irricevibile (*ibid.*).

⁹⁷ Ivi, p. 59. L'interpretazione che Arendt dà del *Castello* è meno polemica: in part., Arendt rileva che la vicenda di K., che a suo dire lotta per i propri «diritti umani», rivela che «la vera umanità non può mai stare nell'eccezione, neppure in quella del perseguitato, ma solo in quella che è o dovrebbe essere la regola». Cfr. H. Arendt, *Kafka: l'uomo di buona volontà*, in H. Arendt, *Il futuro alle spalle* (1966), trad. it. di V. Bazzicalupo, il Mulino, Bologna 1995, pp. 11-22, in part. p. 19.

⁹⁸ In *La catacomba molussica*, Yamyam afferma: «le nostre verità [...] non sono né entità né sentimenti, ma *diritti che di per sé non sono nulla*. E anche le verità non sono nulla se vengono soltanto credute. *Le nostre verità devono essere costruite e annunciate*» (ivi, p. 210). Il romanzo, che rappresenta appunto una sorta di distopia filosofica, allude chiaramente alla caverna platonica, poiché i protagonisti si trovano rinchiusi in una prigione sotterranea. Sull'irrelevanza dei diritti nella narrazione kafkiana, cfr. lo scambio in *Il Castello*, cit., p. 106: «'Nient'affatto' disse K., 'io non chiedo la grazia di un dono dal Castello, solo il riconoscimento dei miei diritti'. 'Mizzi', disse il sovrintendente a sua moglie, che era ancora seduta lì, stretta a lui, a giocherellare distratta con la lettera di Klamml di cui aveva fatto una barchetta, tanto che ora K. gliela tolse, spaventato, 'Mizzi, la gamba ricomincia a farmi molto male, dovremo rifare l'impacco'. K. si alzò. 'Allora mi congedo', disse. 'Sì,' disse Mizzi, che stava già preparando una pomata, 'c'è anche molta corrente'».

⁹⁹ A tal proposito, si rimanda a quanto affermato da Kant nella *Fondazione della metafisica dei costumi* [(1785), trad. it. di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 93]: «colui il quale viola i diritti degli uomini si propone di usare la persona d'altri semplicemente come mezzo, senza tenere in considerazione che essi, come esseri ra-

siana, infatti, è proprio poiché i diritti non esistono che nella narrativa di Kafka nessuno «merita di essere informato, e nessuno, malgrado l'impegnante panburocratismo, è degno di essere al corrente del proprio stato civile. Il "non si può sapere" ha il proprio fondamento in un "non si ha il diritto di sapere"»¹⁰⁰. Questa mancanza di conoscenza è esasperata dall'impiego di un «linguaggio protocollare» in grado di rivelare «non solo l'orrore del disordine ma anche l'ordine dell'orrore»¹⁰¹. Da essa deriva una «furia interpretativa smisurata e senza requie», come accade nel caso della favola, «davvero grandiosa», *Davanti alla legge*¹⁰², che «ci lascia con una quantità di interpretazioni offerte contemporaneamente, ma senza nessun messaggio di valore definitivo»¹⁰³.

L'imperativo categorico kafkiano è allora «mostruoso»: «*Esegui con precisione i doveri che non conosci*»¹⁰⁴. Nel mondo descritto da Kafka, come in quello di Anders, la morale non può avere alcun fondamento, eppure, diversamente da quanto accade in Anders, la logica kafkiana conserva «il giuramento di fedeltà» rispetto al fondamento¹⁰⁵. Come si legge nel racconto *La questione delle leggi* (1931), «le nostre leggi non sono purtroppo universalmente note. [...] Può darsi che queste leggi non esistano nemmeno»¹⁰⁶. Per Anders ciò significa che le leggi kafkiane hanno «esistenza *solo* nell'obbedienza, *solo* in chi vi si attiene»¹⁰⁷, risul-

zionali, devono essere stimati sempre insieme come fini, ossia solamente come tali devono poter contenere anche in sé il fine della stessa e identica azione».

¹⁰⁰ Anders, *Kafka. Pro e contro*, cit., p. 61.

¹⁰¹ Ivi, p. 78.

¹⁰² F. Kafka, *Il processo* (1925), a cura di A. Raja, Feltrinelli, Milano 2021, pp. 193-200.

¹⁰³ Anders, *Kafka. Pro e contro*, cit., p. 63.

¹⁰⁴ Ivi, p. 86.

¹⁰⁵ Ivi, p. 93.

¹⁰⁶ Ivi, pp. 97-98.

¹⁰⁷ Ivi, p. 98.

tando così «ciarpame di legalità»¹⁰⁸. Infine, il mondo di Kafka è totalmente, totalitariamente, istituzionalizzato¹⁰⁹: un mondo in cui non c'è natura. In tal senso, «corrisponde all'odierna civiltà tecnicizzata, che impiega tutto ciò che esiste, almeno virtualmente, come materia prima o fonte di energia, e annienta ciò che non è utilizzabile, perfino l'uomo»¹¹⁰.

In definitiva, per Anders

Kafka è come un uomo che scii tra i detriti, per dimostrare con i suoi ruzzoloni e le sue scalfitture, a coloro che spacciano i detriti per neve, che questi in effetti non solo altro che detriti. [...] Ma coloro che lo videro sciare tra i detriti crederono di veder formarsi neve fresca sotto i suoi sci. Ed egli con loro. [...] Egli con loro: in questo sta la sua colpa. Egli non era all'altezza della sua propria avventura immensamente ironica. [...] È un realista del mondo disumanizzato, ma ne è anche apologeta. È un moralista; ma non domanda del bene e del male nel mondo, che egli rispetta in tutta la sua miserabilità. Vuole entrare nel mondo, ma naufragando per principio. [...] Discute i diritti; ma non sa nemmeno se ha il diritto di farlo. [...] È scettico; ma scettico nei confronti del suo proprio scetticismo. [...] Per lui il potere è diritto. E chi è privato dei diritti è colpevole. La sua filosofia è quella di chi si uniforma invano, di chi si vede con gli occhi del potere¹¹¹.

¹⁰⁸ Per certi aspetti, Arendt condivide questa impostazione quando afferma che la parabola *Davanti alla legge* svela «la vera natura dell'occulta teologia e della più intima fede dei funzionari, cioè una fede assoluta nella necessità», la quale fa sì che «[essi] finiscono per essere degli esecutori di tali necessità»: cfr. H. Arendt, *Kafka: il costruttore di modelli*, in Arendt, *Il futuro alle spalle*, cit., pp. 23-41, in part. p. 31. Spiega Francesca Poggi che in Kafka non si dà un ordinamento giuridico, almeno nei termini hartiani: cfr. F. Poggi, *La questione delle leggi. Brevi osservazioni a margine di un racconto di Franz Kafka*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVIII (2008), 1, pp. 241-251, in particolare p. 249.

¹⁰⁹ Al contrario, per Anders «dovremmo riflettere tre volte prima di fondare uno Stato mondiale. Perché laddove ve n'è soltanto uno, allora non rimane nessuno spazio al di fuori. Quindi nemmeno alcun rifugio possibile»: cfr. Anders, *Lo sguardo dalla torre*, cit., p. 80. Sul punto, cfr. anche Anders, *Essere o non essere*, cit., p. 54.

¹¹⁰ Anders, *Kafka. Pro e contro*, cit., p. 102.

¹¹¹ Ivi, pp. 105-106. In Anders, *Stenogrammi filosofici*, cit., p. 129, i romanzi kafkiani sono definiti come «delle lampadine grandi come stanze».

Sebbene non sia questa la sede nella quale esprimere un giudizio sull'interpretazione andersiana dell'opera di Kafka, quanto emerge da quelle pagine di critica letteraria risulta ai nostri fini rilevante. Per Anders, infatti, la narrativa kafkiana approda a esiti nichilisti¹¹² *nella misura in cui* essa nega l'esistenza dei diritti e rifiuta la concezione di una normatività esterna ai riflessi psicologici degli ubbidienti. Al contrario, le norme morali e giuridiche conservano per Anders una natura oggettivamente vincolante, consegnando agli uomini prescrizioni che devono spingerli ad agire coscienziosamente, in contrapposizione agli automatismi eteronomi, uniformanti e disumanizzanti della tecnica¹¹³.

5. Conclusioni

Nell'età matura, la riflessione andersiana si fa sempre più desolata. Se già in molti scritti, a partire dagli anni '60, l'autore si era eretto a profeta¹¹⁴, equiparando i suoi sforzi a quelli del patriarca Noè¹¹⁵, le opere della vecchiaia sembrano fare i conti con il fallimento dell'azione¹¹⁶. Infatti, da un lato, le tecniche per la fabbricazione dei prodotti tecnologici si

¹¹² Anders, *Essere o non essere*, cit., p. 49, dove il sacrificio nichilista dell'umanità, evocato da Karl Jaspers, è definito «kafkiano».

¹¹³ Si veda a questo proposito, la proposta di *Codice morale obbligatorio per l'era atomica*, ivi, pp. 36-37. A questo riguardo Andrea Aversano ravvisa in Anders la proposta di un «giusnaturalismo della sopravvivenza», cfr. A. Aversano, *Il diritto all'antiquatezza. Il giusnaturalismo nell'ermeneutica filosofica di Günther Anders*, Wolters Kluwer, Milano 2017, pp. 34, 52, 161, 174.

¹¹⁴ Nelle sue favole brevi, Anders giunge persino a imitare lo stile del testo biblico.

¹¹⁵ Cfr. la novella *Il futuro rimpianto* (1962), in G. Anders, *Brevi scritti sulla fine dell'uomo*, a cura di D. Colombo, Asteriors, Trieste 2016, pp. 23-55) dove Noè riesce a convincere alcuni compagni ad ascoltarlo, anche se con uno stratagemma. Al contrario, in *Essere o non essere* (cit., pp. 180-183), Noè affronta il diluvio solo e piange per la stupidità degli uomini.

¹¹⁶ Per un confronto tra la posizione di Anders e quella di Hans Jonas sulla concezione del futuro, cfr. V. Rasini, *Sulla possibilità del futuro: Hans Jonas e Günther Anders*, in «Syzetesis», IX (2022), pp. 131-146.

rivelano «immortali», come «idee platoniche», perché, una volta scoperte, anche se saranno distrutte, potranno sempre rinascere come le teste dell'idra; dall'altro lato, persino la distruzione dei prodotti tecnologici è vana, poiché essa è la preconditione per la continuazione capitalistica della produzione.

In uno sforzo tanto disperato quanto estremo di uscire da questa nuova paralisi, il ragionamento di Anders approda da ultimo a una giustificazione della c.d. «contro-violenza», la violenza operata in risposta a coloro che esercitano violenza. In un'intervista immaginaria a se stesso, scrive: «Al comandamento 'Non uccidere' (Esodo 20,13), che ormai ha più di 3.000 anni, dovremmo aggiungere un completamento: 'Puoi, persino devi, uccidere coloro che sono pronti a uccidere l'umanità, e che pretendono che gli altri uomini, dunque noi, giudichino bene le loro minacce e partecipino alle loro azioni'»¹¹⁷. Aggiunge, inoltre, che il pacifismo non-violento è ipocrisia sostenuta dalla «piacevole sensazione» di una «buona coscienza»¹¹⁸, invitando non soltanto a «restituire contro-minacce verbali» ma anche a «realizzare, di tanto in tanto, queste minacce, per impedire il sospetto che continueremo a limitarci fino alla fine ad un puro teatro festivo»¹¹⁹. Brandendo l'argomento della legittima difesa, conclude poi che «i minacciati e gli aggrediti, e questo lo prevede non solo il diritto internazionale ma anche il diritto canonico, sono autorizzati e persino obbligati alla legittima difesa contro minacce di violenza e ancor più contro atti di violenza. [...] *Lo stato di necessità legittima l'autodifesa, la morale infrange la legalità*»¹²⁰.

¹¹⁷ Anders, *Il mondo dopo l'uomo*, cit., p. 25.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ivi*, p. 29.

¹²⁰ *Ivi*, p. 38. Nell'epoca dominata dalla tecnologia persino le rivoluzioni gli appaiono antiquate (*ivi*, p. 43). Il pessimismo storico diventa pessimismo antropologico: «ogni pecora è un lupo travestito da pecora» (*ivi*, p. 49). In *L'odio è antiquato* ([1985], trad. it. di S. Fabian, Bollati Boringhieri, Torino 2006, pp. 35, 39, 58), l'autore sostiene che nell'epoca contemporanea persino le guerre sono «lavoro», finanche addirittura

Nonostante il cupo «conservatorismo ontologico»¹²¹ nel quale si rifugia negli ultimi anni della sua esistenza, il messaggio esemplare della riflessione di Anders resta l'invito a «risvegliare quelle facoltà» immaginative in grado di condurre l'uomo a un'«autodilatazione di sé»¹²²:

tura un «semplice azionare»; e «ciò che ci perderà è proprio [la] mancanza di odio, questa incapacità di odiare. [...] Bei tempi erano quelli in cui i soldati si minacciavano e si massacravano a vicenda e in cui le guerre erano combattute da uomini capaci di odiare! Si trattava comunque di esseri umani. E coloro che si odiavano reciprocamente potevano un giorno, in determinate circostanze, anche smettere di odiare; e così smettere di combattere; e così smettere di sterminare, o forse persino iniziare ad amarsi. I computer invece non possono smettere di combattere giacché in loro non c'è odio da spegnere. Per non parlare di amore». Sul tema dell'amore, e dell'evoluzione della storia delle emozioni, cfr. G. Anders, *Amare, ieri* (1986), trad. it. di S. Fabian, Bollati Boringhieri, Torino 2004. Per un commento, N. Mattucci, *Tecnocrazia e analfabetismo emotivo. Sul pensiero di Günther Anders*, Mimesis, Milano-Udine 2018, in part. pp. 183-239, nonché lo speciale monografico dal titolo *Potere e violenza nel pensiero di Günther Anders*, a cura di V. Rasini, in «Etica e Politica», II (2013), pp. 141-290.

¹²¹ Anders, *Il mondo dopo l'uomo*, cit., p. 78. Talvolta, Anders si descrive come un Illuminista che vive in un'epoca oscura. Cfr. *La catacomba molussica*, cit., p. 310 («noi, gli illuministi»); *Noi figli di Eichmann*, cit., p. 31 («la nostra epoca [è] una dark age»). Per un commento, S. Velotti, *Stato di necessità e legittima difesa: Günther Anders e le cose ultime e penultime*, in «Parolechiave», (2008), 2, pp. 65-79. Più ampiamente, cfr. M. Latini e A. Meccariello (a cura di), *L'uomo e la (sua) fine. Saggi su Günther Stern-Anders*, Asterios, Trieste 2014; A. Cernicchiaro, *Günther Anders. La Cassandra della filosofia. Dall'uomo senza mondo al mondo senza uomo*, Petite Plaisance, Pistoia 2014; F.R. Recchia Luciani, Natascia Mattucci, *Obsolescenza dell'umano. Günther Anders e il contemporaneo*, Il nuovo Melangolo, Genova 2018; B. Babich, *Günther Anders' Philosophy of Technology. From Phenomenology to Critical Theory*, Bloomsbury, London 2021.

¹²² Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, cit., p. 258. Com'è stato notato da Margret Lohmann (*Philosophieren in der Endzeit. Zur Gegenwartanalyse von Günther Anders*, Fink, München 1996, pp. 308-309), date le premesse andersiane, si tratta di una soluzione forse insufficiente, che attribuisce tutte le responsabilità all'individuo. Ad ogni modo, in più occasioni Anders si è definito essenzialmente come un «insegnante»: cfr., *inter alia*, Anders, *Opinioni di un eretico*, cit., p. 46.

«il compito morale determinante¹²³ del giorno d'oggi consiste nello sviluppo della fantasia morale, cioè nel tentativo di vincere il 'dislivello', di adeguare la capacità ed elasticità della nostra immaginazione e del nostro sentire alle dimensioni dei nostri prodotti e alla imprevedibile dismisura di ciò che possiamo perpetrare»¹²⁴. Si tratta, in definitiva, di accettare il destino che l'età della tecnica consegna all'uomo¹²⁵:

questa lotta non è solo il nostro compito, o quello della nostra generazione; ma quello di tutti gli uomini d'ora in poi. [...] Dovremo lasciare questa volontà in eredità ai nostri figli (se ci saranno lasciati dei figli); ed essi dovranno lasciarla a loro volta ai figli che saranno loro lasciati. Vincere è necessario ma non sarà mai definitivo; chi perdesse, invece, perderebbe per sempre¹²⁶.

¹²³ Nota a questo riguardo Marina Lalatta Costerbosa che in Anders la responsabilità è intesa come «una capacità che ci inerisce» e ci costituisce in quanto esseri umani: cfr. M. Lalatta Costerbosa, *Günther Anders. Atomica, vergogna, totalitarismo tecnologico, discrepanza, mostruoso*, DeriveApprodi, Roma, 2023, p. 77.

¹²⁴ Anders, *L'uomo è antiquato*, vol. I, cit., p. 256.

¹²⁵ Contro Ernst Bloch, Anders rifiuta di ricorrere all'ottimismo della «speranza». Come scrive in *La catacomba molussica* (cit., p. 304): «sperare è l'attività di chi non agisce. È come pregare o consegnarsi alla disperazione: è solo un'intenzione. [...] Il messaggio che dobbiamo tramandare [è] questo: non sperate e non pregate, ma agite. Chi spera consegna la causa nelle mani degli altri e a volte dello stesso nemico; chi prega resta in adorazione e non agisce».

¹²⁶ Anders, *Essere o non essere*, cit., p. 27. In queste pagine, Anders sembra finalmente ricomporre i frammenti della sua esistenza. Dopo essere stato «no land's man», scrive, ora si sente «figlio di questa terra», perché il suo destino è comune a quello del resto dell'umanità (ivi, p. 148). Tuttavia, il dolore vissuto nel corso della sua giovinezza interrotta continuerà a riemergere carsicamente, come racconta ad esempio nel luglio 1966 in occasione del viaggio ad Auschwitz e Breslavia con la terza moglie, Charlotte Zelka: cfr. G. Anders, *Discesa all'Ade. Auschwitz e Breslavia* (1966), trad. it. di S. Fabian, Bollati Boringhieri, Torino, 2008.

***I PROBLEMI FONDAMENTALI
DELLA DOTTRINA DEL
DIRITTO STATUALE***
DI HANS Kelsen

I PROBLEMI FONDAMENTALI PRESI SUL SERIO. ANCORA SU DIRITTO, MORALE E SCIENZA GIURIDICA IN HANS KELSEN

Lorenzo Milazzo

Abstract

In Kelsen's *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, the autonomy of legal science is derived from the heteronomy of law. In turn, this entails the rejection of imperativism and the analogical construction of the legal duties of both subjects and organs. However, Kelsen's own well-known depiction of legal duty itself implies a different concept of duty. If one is unwilling to accept that this duty paradoxically consists of a power, it must be acknowledged that it can only be understood as the meaning of a command, and that, in the pure theory of law, the heteronomous obligation of the subject implies the autonomous duty of the organ.

Keywords

Kelsen; *Rechthspflicht*/legal duty; *Sollen*/ought; command; permission; authorization.

1. Eteronomia del diritto e autonomia della scienza giuridica

Nei *Problemi fondamentali* il dovere, o obbligo, giuridico (*Rechthspflicht*) si impone in quanto tale indipendentemente dalla volontà dell'obbligato e in questo senso è *eteronomo* per definizione, a differenza del dovere, o obbligo, morale (*Moralpflicht*), che deriva sempre dalle inclinazioni *effettive, fattuali*, della volontà del soggetto/assoggettato. Se «dal pun-

to di vista di una morale autonoma, l'individuo appare effettivamente in questo doppio ruolo di soggetto dell'obbligo e di legislatore (*in dieser Doppelrolle als Pflichtsubjekt und Gesetzgeber*)» e «un 'io devo' (*ich soll*) è sempre e senza eccezioni legato ad un qualificato 'io voglio'», dal punto di vista del diritto «il concetto di dovere (*Sollen*)» viene in considerazione «in quel significato rigorosamente *oggettivo* [...] secondo il quale si può individuare ciò che è dovuto senza considerare i voleri o desideri soggettivi di un uomo». Secondo Kelsen, del resto, sarebbe proprio questo il «significato in cui il dovere (*Sollen*) si presenta, in modo del tutto particolare, come categoria logico-formale in contrasto con l'essere»¹.

L'autonomia della scienza giuridica dipende qui dall'eteronomia del dovere giuridico – tanto del *rechtliches Sollen*² (il quale, per altro, a sua volta si risolve nel dovere *in sé*, ossia nel dovere come «categoria ultima»³, di cui il dovere *giuridico* dovrebbe essere specificazione) quanto del *Rechtspflicht* a cui dà luogo – poiché da essa dipendono la sua oggettività nonché la rilevanza e il valore d'ogni sua considerazione puramente normativa.

È l'eteronomia del diritto, infatti, a rendere necessaria «la separazione formale fra conoscenza e riconoscimento della norma, tra approvazione o disapprovazione di un'azione e il giudizio che confronta quest'azione

¹ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1911, p. 11; trad. it. a cura di A. Carrino, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, in Id., *Opere, II Scritti editi 1911*, a cura di A. Carrino, in collaborazione con Hans Kelsen-Institut, Wien, Rubettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2022, p. 23.

² Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 11.

³ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 81-82. Cfr. M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milano 1981, pp. 70, 74-78; E. Pattaro, *Critica alla dottrina pura*, in Id. (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1982, p. LXII; T. Gazzolo, *Kelsen, o la possibilità del diritto*, in H. Kelsen, *Che cos'è la dottrina pura del diritto?*, a cura di T. Gazzolo, La nave di Teseo, Milano 2022, p. 34.

con la norma», che è invece pressoché del tutto inutile per la morale, in cui «la norma oggettiva e il sentimento soggettivo dell'obbligo sono una cosa sola, sicché a rigore può valere come norma solo ciò che viene sentito soggettivamente come tale. Qui non v'è bisogno di un particolare riconoscimento della norma conosciuta, [...] perché la norma, sin dal principio, non è altro che una volontà determinatamente qualificata del soggetto»⁴. È l'eteronomia del diritto a rendere necessaria «la separazione formale fra conoscenza e riconoscimento della norma» della quale, invece, non avverte alcun bisogno la teoria morale, che spinge «il contrasto *formale* tra essere e dovere [...] in secondo piano rispetto alle interazioni *materiali* interne che effettivamente esistono tra loro»⁵.

Per la teoria morale, «forse, non ha effettivamente nessuno scopo pratico [...] mantenere il contrasto formale tra essere e dovere»⁶ perché «nel campo di una morale autonoma, che si rappresenta la norma come sentimento soggettivo di obbligo o come coscienza dell'obbligo (*als subjektives Pflichtgefühl oder Pflichtbewußtsein*), il dovere appare come essere (*das Sollen als Sein zeigt*)» e perciò «una separazione completa tra metodo esplicativo e metodo normativo, se non impossibile, è però di dubbio valore»⁷. Sul piano di una morale autonoma, infatti, «è dovuto sempre e senza eccezioni ciò che è anche voluto, e certo non solo in senso generale, ma anche in un senso individuale»⁸, non essendovi *dovere* (né *Pflicht*, né *Sollen*) che non scaturisca dalla *volontà soggettiva e fattuale* dell'obbligato⁹.

⁴ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 30. Cfr. anche, ivi, p. 412.

⁵ Ivi, p. 30. Cfr. A. Carrino, *Kelsen e il problema della scienza giuridica (1910-1935)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1987, p. 64 e E. Walter, *Hans Kelsen Rechtslehre*, Nomos Verlag, Baden-Baden 1999; trad. it. di A. Scalone, *La dottrina del diritto di Hans Kelsen*, in Id., *La teoria di Kelsen*, Giappichelli, Torino 2005, p. 9.

⁶ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 36.

⁷ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 32; trad. it. cit., p. 43.

⁸ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 46.

⁹ Cfr. Pattaro, *Critica alla dottrina pura*, cit., pp. LXII e ss.

Ma a differenza delle norme morali, le norme giuridiche, avendo natura eteronoma, per Kelsen «possono essere accertate oggettivamente e sono del tutto indipendenti nella loro genesi da fattori soggettivi, cioè dall'animo dell'individuo che sta sotto l'imperio della legge»¹⁰. Il dover essere giuridico (*rechtliches Sollen*), come il dovere, o obbligo, che conferisce (*Rechtspflicht*), non dipende, infatti, in alcun caso dalla accettazione, dal riconoscimento, dalla volontà di chi vi è assoggettato, anzi, a ben vedere per Kelsen non dipende dall'accettazione, dal riconoscimento, dalla volontà di alcun soggetto, e proprio per questo il suo accertamento non può dipendere da quello di alcuno stato "psichico-reale"¹¹:

Per il diritto odierno è impossibile sostenere l'identità dell'autorità che pone norme con il soggetto sottoposto alla norma, identità nella quale trova espressione l'autonomia della morale. Nel campo etico l'accettazione di questa identità ha per conseguenza che ogni obbligo morale (*sittliche Pflicht*) può sorgere solo tramite una auto-obbligazione (*Selbstverpflichtung*), che per l'individuo vale solo quella norma alla quale egli si sottomette liberamente, che egli stesso fa contenuto della sua volontà, sicché il suo dovere è il suo proprio volere (*daß somit sein Sollen ein eigenes Wollen ist*). E nella completa impossibilità di estendere questo ragionamento al campo giuridico si mostra compiutamente la natura rigorosamente eteronoma della proposizione giuridica, che esercita la sua funzione obbligatoria (*verpflichtende Funktion*) indipendentemente dal volere dell'individuo¹².

E «tanto più indipendente [...] appare nel campo del diritto il dovere (*Sollen*) della norma dall'essere (*Sein*) del volere individuale, tanto

¹⁰ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 51.

¹¹ Cfr. F. Riccobono, *Il diritto come forma alienata. Una lettura della Reine Rechtslehre di Hans Kelsen*, in «Sociologia», LV (2021), 2, pp. 106-111, in particolare p. 110 e Id., *La "sociologia del diritto" di Hans Kelsen*, in «Sociologia», LVII (2023), 2, pp. 10-14, in particolare p. 12.

¹² Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 41; trad. it. cit., p. 52.

più nettamente, nella considerazione dei fenomeni giuridici, si può separare il metodo normativo dal metodo esplicativo»¹³.

2. Eteronomia del diritto e critica dell'imperativismo

Kelsen ha chiaro, d'altra parte, che se si vuole tenere fermo il «carattere rigorosamente eteronomo» del diritto¹⁴ e, con esso, l'autonomia della scienza giuridica in quanto scienza specificamente normativa, non si può fare del dovere giuridico il mero effetto di un comando, perché ogni costruzione imperativistica del dovere giuridico fa in realtà di esso un dovere morale, privando la scienza giuridica del proprio oggetto peculiare e della specificità del proprio metodo¹⁵. Perché da un comando derivi un obbligo è necessario infatti che colui al quale è rivolto lo accetti, lo riconosca, ossia che vi si assoggetti con un atto della sua stessa volontà¹⁶: «poiché questo riconoscimento, indipendentemente dalle forme nelle quali lo si può pensare, scaturisce dallo stesso soggetto, l'atto di obbligazione che viene costruito con la sua mediazione va considerato

¹³ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 41; trad. it. cit., p. 53. Cfr. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., p. 25.

¹⁴ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 54.

¹⁵ Cfr. F. Riccobono, *Riconoscimento e norma imperativa. Una polemica tra Bierling e Kelsen*, in Id., *Interpretazioni kelseniane*, Giuffè, Milano 1989, pp. 33-74; Id., *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, in F. Riccobono-F. Romeo (a cura di), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, pp. 24-43; T. Gazzolo, *Hans Kelsen. Norma. Fondamento. Nichilismo. Colpa. Democrazia*, DeriveApprodi, Roma 2021, p. 20.

¹⁶ Cfr. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 57 e, ivi, p. 324: «La rappresentazione di un comportamento comandato non è per sé sola adatta, agendo sulla volontà in maniera motivante, a produrre una 'pressione morale' [...]. Perciò un'analisi [...] dell'atto di obbligazione, che parte dalla norma *obiettivata*, deve necessariamente mostrare, accanto alla *conoscenza* della legge etica, anche un secondo atto psichico nell'individuo che dev'essere obbligato, un atto attraverso il quale questo individuo fa sua propria la norma conosciuta, attraverso il quale egli si sottomette alla norma. Questo è il *riconoscimento* della norma» (cfr. *Hauptprobleme*, cit., p. 314).

come auto-obbligazione»¹⁷; e «in questo atto di riconoscimento» – che, giova ripeterlo, è «un atto del volere, un atto di volontà»¹⁸ – «va visto il momento essenziale dell'obbligazione morale (*sittliche Verpflichtung*)» in quanto obbligazione autonoma¹⁹.

Per preservare l'eteronomia del diritto, il valore della separazione fra fatti e norme e la stessa ragion d'essere di una scienza giuridica normativa autonoma, Kelsen deve dunque elaborare nei *Problemi fondamentali* una teoria del dover essere (*Sollen*) e, ad un tempo – credo sia proprio questo il punto –, del dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht*), del tutto peculiare, che prescinda, nelle sue intenzioni, dal riferimento a qualunque genere di auto-obbligazione, a eccezione forse, come si vedrà fra poco, di quella dello Stato, inteso come termine di imputazione degli atti compiuti dai suoi organi²⁰.

Come è noto, per Kelsen i sudditi sono giuridicamente obbligati a fare qualcosa da proposizioni che esprimono la volontà dello Stato di sanzionarli infliggendo loro una pena o sottoponendoli all'esecuzione se non la fanno. Così, ad esempio, «l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) di non rubare [...] viene sancito dalla proposizione giuridica che ricollega al furto da parte del suddito la volontà di punire dello Stato»²¹. E in questo senso «l'obbligo giuridico non è altro che la proposizione giuridica nella sua soggettivazione»²².

¹⁷ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 359 (cfr. *Hauptprobleme*, cit., p. 350).

¹⁸ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 364.

¹⁹ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 314; trad. it. cit., p. 324 (cfr., ivi, pp. 327-328 e p. 345). Si veda anche H. Kelsen, *Vorrede zur Zweiten Auflage* in Id., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1923, p. VII. Cfr. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 107.

²⁰ Cfr. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 190-209.

²¹ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 207; trad. it. cit., p. 215.

²² Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 444 (cfr. *Hauptprobleme*, cit., p. 435). Ma si veda anche, ivi, p. 526 nonché, a p. 455: «una proposizione giuridica oggettiva è l'obbligo giuridico soggettivo di qualcuno, perché gli può essere applicata, cioè per-

Ogni proposizione giuridica, dunque, per Kelsen ha la forma logica di un giudizio ipotetico di questo genere: «a determinate condizioni (cioè in presenza di un determinato comportamento di esseri umani) lo Stato vuol porre in essere certe azioni, più esattamente certe azioni che rappresentano le conseguenze di un illecito (vuole cioè punire o eseguire)»²³.

Se ne potrebbe desumere che la proposizione giuridica consista nel comando dello Stato ai propri organi di sanzionare i sudditi che commettano l'illecito e che, in effetti, impartendo questo comando ai propri organi lo Stato obblighi i suoi sudditi (come avevano sostenuto Ihering e Mayer²⁴ e forse lo stesso Kelsen finì poi per ritenere²⁵). Ma Kelsen sa bene che accettando questa soluzione consentirebbe al dovere, o obbligo, morale e, con esso, all'essere e ai fatti che aveva cacciato dalla porta di rientrare dalla finestra. Perciò non soltanto esclude che «la proposizione giuridica [sia] un imperativo indirizzato agli organi statali»²⁶, ma chiarisce anche che con la proposizione giuridica lo Stato non obbliga i suoi sudditi obbligando i propri organi, ossia «quelle persone o pluralità di persone le cui azioni [...] si presentano come realizzazioni della volontà statale espressa nella proposizione giuridica»²⁷, bensì se stesso: «La proposizione giuridica: 'se qualcuno ruba, lo Stato vuole punirlo',

ché la sanzione può riguardare lui. Qualcuno è obbligato a una determinata condotta sol perché e solo in quanto in caso di condotta contraria – cioè in caso di *illecito* – viene punito o fatto oggetto di esecuzione forzata». Cfr. Id., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deutike Verlag, Wien 1934; trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000, p. 83.

²³ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 221. Cfr. anche, ivi, p. 434: «Se [...] c'è la volontà, e quindi l'obbligo, dello Stato di punire o di eseguire a determinate condizioni [...], allora ci sono necessariamente anche i corrispondenti obblighi giuridici dei sudditi».

²⁴ Cfr., ivi, pp. 391 e ss.

²⁵ Cfr., *infra*, pp. 240 e ss.

²⁶ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 393-394.

²⁷ Ivi, p. 472.

sancisce l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) dello Stato di punire e l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) degli altri soggetti di non rubare»²⁸.

Ogni dovere, o obbligo, giuridico dei sudditi è innanzitutto volontà dello Stato di obbligare se stesso.

Mentre infatti la volontà dichiarata nell'ordinamento giuridico obbligante è rispetto ai sudditi obbligati una volontà *estranea*, la volontà di *un'altra* persona, cioè dello Stato, la persona statale obbligata [...] trova in questo ordinamento giuridico la sua *propria* volontà. Ma in questo modo cade per lo Stato quale soggetto di obblighi (*Pflichtsobjekt*) quel contrasto, così caratteristico per gli altri soggetti, tra la norma oggettiva – il dovere (*Sollen*) – e il volere soggettivo. Mentre nell'individuo umano il dovere giuridico (*das rechtliche Sollen*) e la volontà soggettiva possono sempre divergere, nello Stato, che è al tempo stesso soggetto di obblighi e soggetto della volontà obbligante – espressa nella proposizione giuridica –, volere e dovere sono contenutisticamente sempre identici: il volere (*Wollen*) dello Stato è il suo dovere (*Sollen*), il suo obbligo (*Pflicht*) è la sua volontà (*Wille*)²⁹.

Il fatto che il dovere essere (*Sollen*) della pena si risolva nell'assunzione, da parte dello Stato, del dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht*) di infliggerla a certe condizioni, e dunque in fondo nel significato di un comando che lo stato rivolge a se stesso, per Kelsen non sembra costituire un problema perché lo Stato non è un'entità organica nella quale si compiono processi psichici reali³⁰ ma un costrutto giuridico destinato a risolversi in breve nell'ordinamento stesso: «È certamente giusto affermare» – si legge già qui del resto – «che Stato e ordinamento giuridico sono due lati della stessa cosa»³¹.

²⁸ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 435; trad. it. cit., p. 444.

²⁹ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 250; trad. it. cit., pp. 257-258 (cfr. anche, ivi, pp. 259, 261, 275).

³⁰ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 408.

³¹ Ivi, p. 443. Cfr. Kelsen, *Vorrede zur Zweiten Auflage*, cit., pp. XVI-XVII e Lozano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., pp. 29 e 32-36.

Il vero problema sembrerebbe allora piuttosto quello di comprendere «come vada costruito giuridicamente il rapporto fra lo Stato e i suoi organi»³², o meglio, si dovrebbe forse dire, fra la proposizione giuridica, lo Stato e i suoi organi.

3. La proposizione giuridica, lo Stato e i suoi organi

Kelsen non crede affatto, lo si è visto, che la norma con la quale lo Stato si obbliga a punire o a eseguire a certe condizioni e in base alla quale la condotta dei suoi organi deve essergli imputata di per sé obblighi anche questi ultimi a comminare o a infliggere la pena³³. Dal punto di vista dell'organo, le «azioni [...] indicate [...] nella proposizione giuridica come volute dallo Stato [...] sono [...] una realizzazione della proposizione giuridica, non una 'osservanza' di questa proposizione»³⁴.

Il che non significa, d'altra parte, che per Kelsen generalmente l'organo non sia obbligato giuridicamente a “realizzare” la proposizione: «Il fatto che coloro i quali rivestono una carica statale sono per lo meno di regola soggetti di obblighi – obblighi di ufficio e di servizio – è indubio»³⁵, solo che secondo Kelsen gli organi non sono obbligati dalle proposizioni giuridiche con le quali lo Stato, obbligando se stesso, obbliga i propri sudditi, bensì da proposizioni giuridiche ulteriori e analoghe alle prime, volte specificamente a obbligarli a loro volta:

Se l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) dei sudditi nasce dalla proposizione giuridica che dispone la pena o l'esecuzione, allora è esigenza incondizionata di coerenza derivare l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) all'applicazione della proposizione giuridica, cioè di infliggere la pena o l'esecuzione [...], da una pro-

³² Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 523.

³³ Cfr., *ivi*, pp. 418, 426, 434, 472.

³⁴ *Ivi*, p. 508.

³⁵ *Ivi*, p. 531.

posizione giuridica diversa da quella che dev'essere applicata, e precisamente da una proposizione giuridica costruita in analogia³⁶.

L'errore di Ihering, secondo Kelsen, sarebbe consistito proprio nel venire meno a questa esigenza di coerenza, costruendo – *non* analogicamente – il dovere, o obbligo, giuridico degli organi «secondo un principio completamente diverso» da quello in base al quale aveva costruito il dovere, o obbligo, giuridico dei sudditi³⁷:

Mentre [l'obbligo giuridico degli organi] viene sancito soggettivamente con l'imperativo indirizzato alla persona dell'obbligato, da questa percepito e certo anche accettato, [l'obbligo giuridico dei sudditi] consiste nell'applicabilità oggettiva della proposizione giuridica al soggetto. I due principi si escludono l'un l'altro ed effettivamente non c'è nulla che impedisca [...] di impiegare il giusto principio, che Ihering ha applicato solo per l'obbligo giuridico dei sudditi, anche nella costruzione dell'obbligo dell'organo³⁸.

Come i sudditi sono obbligati da una proposizione giuridica che esprime la volontà dello Stato di sanzionarli quando commettano l'illecito, così gli organi sono obbligati, in genere, da un'ulteriore, analoga proposizione, che esprime la volontà dello Stato che essi siano a loro volta sanzionati qualora non “realizzino” la volontà dello Stato espressa nella proposizione che obbliga i sudditi³⁹.

³⁶ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pp. 389-390; trad. it. cit., p. 398.

³⁷ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 390; trad. it. cit., p. 398.

³⁸ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 390; trad. it. cit., pp. 398-399.

³⁹ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 535-536: «Se l'organo statale è giuridicamente obbligato a esercitare la sua specifica attività, allora bisogna distinguere nettamente tra la proposizione giuridica che sancisce la volontà, e quindi l'obbligo giuridico, dello Stato ad una determinata attività, e quella, sulla cui base l'organo umano ha da realizzare questa volontà statale. Dalla proposizione giuridica per la quale lo Stato vuole punire il ladro non discende per il momento ancora in alcun modo l'obbligo di un qualche organo di eseguire questa pena in un caso concreto. Da questa proposizione giuridica discende solo l'obbligo giuridico della persona statale di punire e l'obbligho

Il dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht*) del suddito non implica quello dell'organo, così come il dovere, o obbligo, giuridico dell'organo non implica quello di un organo ulteriore, bensì piuttosto il dover essere (*Sollen*) della sanzione, ossia l'auto-obbligazione (*Selbstverpflichtung*) dello Stato di infliggerla a certe condizioni, che per Kelsen, del resto, è un dovere, o obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) a sua volta. In questo modo Kelsen sembra riuscire a costruire unitariamente il dovere, o obbligo, giuridico evitando il rischio del regresso all'infinito, salvo ovviamente la difficoltà, che non è in realtà una difficoltà da poco, di dare conto della *natura* dell'auto-obbligazione dello Stato, la quale *non può* essere la stessa dei doveri, o obblighi, giuridici di cui è il presupposto⁴⁰.

Se, come lo stesso Kelsen in seguito avrebbe rilevato, perché vi sia un dovere, o obbligo, giuridico, deve essere *doveroso* a certe condizioni applicare una sanzione (indipendentemente dal fatto che a doverlo fare siano "lo Stato" o i suoi organi), è necessario ammettere che, in ultima istanza, il concetto di dovere, o obbligo, giuridico implichi un concetto *diverso* di dovere, o obbligo, che perciò non può essere ignorato dalla scienza del diritto, per quanto rigorosamente possano essere intesi il suo oggetto e il suo metodo.

go giuridico dei sudditi di astenersi dal rubare, la cosiddetta 'osservanza' della norma giuridica. Per la 'esecuzione' o 'realizzazione' di questa proposizione giuridica da parte dell'organo statale c'è piuttosto ancora bisogno di una proposizione particolare che obblighi a ciò. Questa proposizione giuridica [ulteriore] va individuata [...] nella norma che stabilisce specifiche conseguenze disciplinari dell'illecito. L'obbligo degli organi statali di eseguire la volontà dello Stato espressa nella proposizione giuridica non riposa proprio su questa proposizione giuridica, ma su una proposizione particolare, che stabilisce questo obbligo e che si qualifica come proposizione giuridica in senso stretto; essa, infatti, contiene una volontà dello Stato di una sanzione, di una pena, e ricollega questa volontà alla non-realizzazione della volontà dello Stato – contenuta in un'altra proposizione giuridica – da parte dell'organo statale».

⁴⁰ Cfr. F. Riccobono, *Emilio Betti e la "malattia kelseniana"*, in V. Frosini, F. Riccobono (a cura di), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano 1994 e ora in F. Riccobono, *Antikelsenismo italiano*, Giappichelli, Torino 2017, p. 10.

Benché ancora nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* ripeta che i sudditi possono essere obbligati giuridicamente senza che gli organi siano obbligati a loro volta a compiere atti coercitivi, qui Kelsen constata che anche nei casi in cui essi siano effettivamente obbligati a punire ed eseguire da una norma diversa da quella che obbliga i sudditi a non commettere l'illecito, comunque la serie delle norme che obbligano giuridicamente sudditi e organi non potrebbe «venire estesa all'infinito». Perciò dev'esservi in ogni caso «un'ultima norma della serie, di modo che la sanzione che essa predispone non sia un dovere giuridico nel senso già detto (*There must be a last norm of the series such that the sanction which it stipulates is not a legal duty in the sense defined*)»⁴¹.

Ma immaginare che il problema possa essere risolto separando il dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht/legal duty*) dal dover essere (*Sollen/ought*) della sanzione – «Se si esprime anche il significato di quest'ultima norma dicendo che in date condizioni 'deve' (*'ought to'*) essere imposta una sanzione, allora il concetto di 'dover essere' (*'ought'*) non coincide con il concetto di dovere giuridico (*legal duty*)»⁴² – sa-

⁴¹ H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), translated by A. Wedberg, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1949, p. 60, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano 1994, p. 60 (corsivo aggiunto). Cfr. C. Nitsch, *Guerra e pace nella teoria giuridica di Hans Kelsen*, in «Ars Interpretandi», (2023), 1, pp. 27-49, in particolare pp. 32-33: «affermare il dover essere della sanzione non equivale ad affermare, altresì, che la sua esecuzione sia obbligatoria, cioè che un determinato organo dell'ordinamento, a cui è affidato il compito di applicare il diritto, abbia il dovere giuridico di eseguire la misura di coercizione stabilita. Detta obbligatorietà, infatti, dipende dall'esistenza, nell'ambito del medesimo ordinamento, di una seconda norma, che statuisca a sua volta una sanzione per il caso dell'omissione di tale condotta, per il caso, cioè, della mancata esecuzione della sanzione disposta dalla prima».

⁴² Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 60 (cfr. B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna 1999, pp. 201-206 e p. 213). «Se si esprime – prosegue Kelsen nella stessa pagina – la norma giuridica dicendo che, quando si sono verificate delle condizioni, l'organo deve ordinare ed eseguire la sanzione, allora l'espressione 'dover essere' designa soltanto il sen-

rebbe come pensare di cavarsela con un gioco di prestigio. Appurato, infatti, che nella proposizione giuridica il dover essere della sanzione di per sé con conferisce alcun dovere, o obbligo, *giuridico* di irrogarla o di eseguirla⁴³, resta comunque da vedere *in quale senso* di “dovere” o “obbligo” (*Pflicht/duty*) il *Soll-Subjekt*⁴⁴, ossia qui l’organo che “deve” comminare o eseguire la sanzione, abbia il dovere o l’obbligo (*Pflicht/duty*) di comminarla o di eseguirla⁴⁵, tanto più che l’organo a questo punto è divenuto l’unico soggetto che «può, a rigore, ‘obbedire’ o ‘disobbedire’ alla norma giuridica»⁴⁶.

4. La “*empowerment theory*”

Nella *Dottrina pura del diritto* del 1960, per evitare il regresso all’infinito senza compromettere l’indipendenza del dovere *giuridico* da quello *morale*, Kelsen afferma che nella proposizione giuridica «il termine ‘deve’ (*soll*) non dice se la statuizione dell’atto coercitivo è il contenuto di un dovere giuridico (*Rechtspflicht*)», ossia se alla sua omissione una norma ulteriore imputi a sua volta una sanzione, oppure «di un permesso positivo o di un’autorizzazione». E anzi «tutti e tre i casi», secondo

so specifico il cui la sanzione è ‘stabilita’, ‘disposta’ o ‘determinata’ nella norma. Non vi si dice nulla in merito al problema se l’organo sia ‘obbligato’ ad attuare la sanzione». Secondo Paolo Di Lucia, in questo passo «il *dover essere* [...] della sanzione non è (e neppure implica) il *dovere* [...] di irrogare la sanzione» o, detto altrimenti, «il dover essere della sanzione è un dovere, ma un dovere adeontico» (*Il dovere adeontico in Hans Kelsen, in Saggi in onore di Aristide Tanzi*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 247-248).

⁴³ «Com’è noto, infatti», osserva ad esempio Carlo Nitsch, «non vi è necessaria corrispondenza, per Kelsen, tra il dover essere della sanzione, imputata a una particolare condotta illecita, e la obbligatorietà della sua esecuzione» (C. Nitsch, *Del dovere di vendetta. Prolegomeni a un’anatomia degli ordinamenti giuridici primitivi*, in «Sociologia», LVII (2023), 2, pp. 15-20, in particolare p. 15. Cfr. anche Gazzolo, *Kelsen, o la possibilità del diritto*, cit. pp. 43-44).

⁴⁴ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 71; trad. it. cit., p. 83.

⁴⁵ Cfr. Pattaro, *Critica alla dottrina pura*, cit., pp. XXVI-XXVIII.

⁴⁶ Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 62.

Kelsen, possono esservi compresi⁴⁷, cosicché giuridicamente doveroso, o obbligatorio, non sarebbe che «il contrario di quel comportamento che condiziona un atto coercitivo, il quale ultimo a sua volta è prescritto (*der geboten [ist]*), nel senso che la sua mancata esecuzione è nuovamente la condizione di un atto coercitivo, oppure [...] è autorizzato o positivamente permesso (*oder der ermächtigt, bzw. positiv erlaubt ist*)»⁴⁸.

Ma poiché nell'«ultima norma della serie» *doveroso* non potrebbe significare *prescritto* ma solo *permesso* (positivamente) o *autorizzato*, l'«ultima norma della serie» permetterebbe positivamente di eseguire una sanzione o, più probabilmente, autorizzerebbe a irrogarla senza prescrivere di farlo, e il dovere, o obbligo (*Pflicht/duty*) dell'organo che in base ad essa dovrebbe applicare o eseguire la sanzione non sarebbe in realtà un dovere, o obbligo, bensì un *permesso* o un *potere*.

Proprio a questa conclusione perviene Stanley L. Paulson, secondo il quale a partire dalla fine degli anni Trenta per Kelsen la formulazione linguistica ideale, primaria e fondamentale della norma giuridica diventerebbe quella della «norma ipoteticamente formulata che conferisce a un ufficiale il potere di imporre una sanzione a certe condizioni»⁴⁹, e il dovere, o obbligo, giuridico di conseguenza si risolverebbe nella situazione in cui è messo dalla norma colui al quale la sanzione *può* essere inflitta o comminata⁵⁰.

⁴⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Wien 1960, p. 124; trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1975, p. 141.

⁴⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 124; trad. it. cit., p. 141. Cfr. B. Celano, *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, in «Law and Philosophy», XIX (2000), 2, pp. 173-199, in particolare p. 193 e R. Alexy, *Hans Kelsen's Concept of the 'Ought'*, in «Jurisprudence», IV (2013), 2, pp. 235-245, in particolare p. 238.

⁴⁹ S.L. Paulson, *The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, in «Law and Philosophy», XIX (2000), pp. 131-171, in particolare p. 159. Cfr. anche S.L. Paulson, *An Empowerment Theory of Legal Norms*, in «Ratio Juris», I (1998), 1, pp. 58-72.

⁵⁰ Paulson, *The Weak Reading of Authority*, cit., pp. 145-146. Cfr. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 217-218 e pp. 359-367. Secondo Carlo

In molti, d'altra parte, hanno constatato che questa teoria conduce a esiti paradossali e insensati⁵¹ e che, per quanto effettivamente Kelsen possa averla sostenuta, «non si concilia con altre cose che pure Kelsen [ha sostenuto]»⁵². Non è ben chiaro, innanzitutto, ha osservato in particolare Bruno Celano, quali modificazioni si produrrebbero nella situazione giuridica di colui al quale fosse permesso di compiere atti coercitivi, o fosse autorizzato a permettere di compierli, da una norma che non prescrivesse alcunché ad altri. Colui al quale fosse permesso in questo modo da una norma di compiere un atto coercitivo si troverebbe forse in una situazione diversa da quella in cui sarebbe se non vigesse alcuna norma, come nel caso del permesso negativo? A colui che fosse autorizzato (a permettere di compiere un atto coercitivo) senza obbligare alcuno in alcun modo, quale genere di “potere giuridico” sarebbe effettivamente conferito? La *empowerment theory* «comporta che ogni ordinamento giuridico sia, in fondo, una struttura di puro *empowerment*»⁵³, e una struttura di puro *empowerment* «non pretende, o quantomeno

Nitsch questa soluzione comincerebbe a profilarsi, sia pure in termini ancora fortemente problematici, già in *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, «la cui stesura risale agli anni della Prima guerra mondiale, ma che fu dato alle stampe solo nel 1920, quando Kelsen ebbe terminato il proprio servizio militare» (Nitsch, *Guerra e pace nella teoria giuridica di Hans Kelsen*, cit., p. 29. Cfr., *ivi*, pp. 35-37).

⁵¹ Cfr. N. McCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, in A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Clarendon Press, Oxford 1973, pp. 100-130, p. 127 e B. Celano, *Paulson's Nomological Normativity* (19.12.2013), in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2366927> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2366927>, p. 3. Cfr. anche Id., *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, cit., pp. 190 e ss. Lo stesso Paulson del resto non ha difficoltà ad ammettere che nel testo kelseniano siano presenti evidenti ambivalenze (cfr., ad esempio, Paulson, *The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, cit., pp. 139 e 149).

⁵² B. Celano, *Paulson's Nomological Normativity*, cit., p. 3, che cito traducendo.

⁵³ *Ibid.*

non può pretendere, di fare alcuna differenza sul modo in cui chi è soggetto alle norme si dovrebbe comportare»⁵⁴.

Paulson, per la verità, sa bene quali conseguenze derivano dalla teoria che attribuisce a Kelsen, e non esita ad ammettere che essa priva il “dovere” che è enunciato nella formulazione ideale della norma del suo senso più ovvio, ma in questo non vede alcunché di paradossale, perché «l’idea che le norme siano per definizione deontiche», «che la modalità deontica sia la [loro] caratteristica distintiva», è a suo avviso «precisamente quello che Kelsen contesta»⁵⁵.

Vi sono, d’altra parte, buone ragioni per dubitare che Kelsen avrebbe sottoscritto le conclusioni alle quali per Paulson sarebbe pervenuto, come del resto secondo alcuni dimostrerebbe il fatto che secondo Kelsen le norme che conferiscono poteri non sono norme autonome bensì frammenti di norme che «prescrivono una data linea di condotta»⁵⁶.

La questione richiede, tuttavia, forse più specifica attenzione. Come è noto le posizioni che Kelsen assume nel 1960 riguardo ai nessi intercorrenti fra permesso, potere, dovere, o obbligo, giuridico sono diverse da quella espresse nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*, in cui riconosceva che «l’obbligo giuridico è la sola essenziale funzione del diritto» e che «ogni proposizione giuridica deve necessariamente stabilire un obbligo giuridico», per quanto possa eventualmente «stabilire anche un’autorizzazione»⁵⁷ includendo fra le condizioni da cui fa dipendere la

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Paulson, *An Empowerment Theory of Legal Norms*, cit., p. 61. Cfr. anche D.W.P. Ruiter, *Legal Powers*, in S.L. Paulson-B. Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford 1998, pp. 471-491, in particolare pp. 471-472 e Di Lucia, *Il dovere adeontico in Hans Kelsen*, cit., pp. 243-248.

⁵⁶ Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 360 e Id., *Kelsen’s Concept of the Authority of Law*, cit., p. 193.

⁵⁷ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 83-84.

doverosità dell'atto coercitivo una manifestazione di volontà del soggetto autorizzato.

Nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* Kelsen non sembrerebbe, d'altra parte, di diverso avviso quando afferma che le norme che conferiscono il potere di produrre norme giuridiche non fanno che determinare una delle condizioni alle quali, «in una norma autonoma, è *ricollegato* l'atto coercitivo»⁵⁸. Perciò le norme che autorizzano a produrre norme non dovrebbero essere considerate esse stesse norme autonome, bensì loro frammenti.

Un esempio dello stesso Kelsen può, tuttavia, aiutare a comprendere meglio che cosa egli intenda dire ora esattamente:

Consideriamo la situazione che si verifica quando, in un ordinamento giuridico statale, il furto è vietato mediante una legge che *commina* una pena detentiva. [...] In un certo procedimento, il tribunale è autorizzato a comminare una pena contro il ladro solo se in un procedimento costituzionale è stata prodotta una norma generale che *ricollega* una certa pena al furto. La norma della costituzione, che *autorizza* a produrre queste norme generali, determina una condizione cui è *collegata* la sanzione. La proposizione giuridica con cui si descrive questa situazione suona così: «Se gli individui *autorizzati* a legiferare hanno statuito una norma generale, in base alla quale chi ha commesso un furto è punito in un certo modo, e se il tribunale, a ciò *autorizzato* dalle norme della procedura penale, in un procedimento regolato dalle norme di procedura penale, ha accertato che una certa persona ha commesso un furto, e se questo tribunale ha comminato la pena prevista dalla legge, allora un certo organo *deve* eseguire questa pena». Questa formulazione della proposizione giuridica che descrive il diritto mostra come le norme costituzionali, le quali *autorizzano* a produrre norme generali [...], e le norme di procedura penale, le quali *autorizzano* a produrre le norme individuali delle sentenze giudiziarie penali [...], sono norme non autonome, poiché determinano solo a quali condizioni *devono* essere eseguite le sanzioni penali⁵⁹.

⁵⁸ Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 69-70. Corsivo aggiunto.

⁵⁹ Ivi, p. 70. Corsivi aggiunti.

L'obiezione sollevata da Celano, secondo la quale le norme che conferiscono poteri non sono in realtà norme autonome poiché, come Kelsen sosteneva esplicitamente nel 1934, non si può conferire un potere giuridico a qualcuno senza obbligare giuridicamente qualcun altro, coglierebbe nel segno se non vi fossero buone ragioni per ritenere che il *dovere* di eseguire la sanzione nella seconda edizione della *Dottrina pura* possa essere inteso come una autorizzazione o un permesso⁶⁰. Nel 1960 per la verità Kelsen al riguardo è molto chiaro: perché a qualcuno sia *prescritto* di fare qualcosa è sufficiente che una norma elevi «il comportamento opposto [...] a condizione di un atto coercitivo» *autorizzando* a statuirlo o *permettendone* l'esecuzione, *senza prescriverlo* a sua volta⁶¹.

⁶⁰ Ivi, p. 71: «La norma generale, che in presenza di queste condizioni statuisce l'atto coercitivo, è una norma autonoma, anche se l'atto coercitivo non è prescritto poiché non si ricollega alla sua mancata esecuzione alcun ulteriore atto coercitivo. Se si dice che l'atto coercitivo è autorizzato, si usa il termine 'autorizzare' in senso lato. In questo caso, infatti, esso designa non solo l'attribuzione di un potere giuridico, cioè la capacità di produrre norme giuridiche, ma anche l'attribuzione della capacità di porre in essere gli atti coercitivi statuiti dalle norme giuridiche».

⁶¹ Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 51-52: «Die mit der Grundnorm vorausgesetzte Definition des Rechts hat zur Folge, daß als rechtlich geboten oder, was dasselbe ist, als Inhalt einer Rechtspflicht ein Verhalten nur dann angesehen werden kann, wenn das gegenteilige Verhalten als Bedingung eines Zwangsaktes normiert ist, der gegen den sich so verhaltenden Menschen (oder Angehörige desselben) gerichtet ist. Doch ist zu beachten, daß der Zwangsakt selbst nicht in diesem Sinne geboten sein muß, daß seine Anordnung und seine Vollstreckung nur ermächtigt sein kann». La traduzione italiana dell'ultima frase di questo passo – «Si badi però che l'atto coercitivo stesso non deve essere prescritto mediante una semplice autorizzazione a comminarlo e ad eseguirlo» (Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 64) – è problematica e può indurre a credere erroneamente che per Kelsen vi sia obbligo giuridico solo se l'organo sia a sua volta obbligato a comminare o a eseguire l'atto coercitivo, quando in effetti qui egli probabilmente intese sostenere il contrario («Tuttavia, va notato che l'atto coercitivo stesso non deve essere prescritto in questo senso, che la sua comminazione e la sua esecuzione possono essere soltanto autorizzati»). Cfr. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, translation from the second edition by M. Knight, University of

Una norma che si limita a autorizzare a produrre norme, d'altra parte, non è una norma *autonoma* – ossia, dovremmo intendere, una norma giuridica *perfetta* –, bensì piuttosto il frammento di una *norma* che obbliga giuridicamente *autorizzando* a statuire o *permettendo* di eseguire *a certe condizioni* un atto coercitivo, poiché soltanto quest'ultima soddisfa i requisiti d'una norma giuridica idealmente formulata, indipendentemente dal fatto che l'autorizzazione a permettere o il permesso di eseguire l'atto coercitivo possano essere conferiti *prescrivendo* oppure *autorizzando* o *permettendo* a qualcun altro di autorizzare, permettere o eseguire a propria volta⁶². Così, ad esempio, la norma che autorizza il Parlamento a fare la legge non è che il frammento di una norma autonoma che *prescrive* o che *autorizza* i giuridici a applicarla, prescrivendo a loro volta o autorizzando in senso lato altri funzionari dello Stato a comminare o eseguire una sanzione.

Una norma giuridica, in altri termini, si può considerare “autonoma” se soddisfa tutte le condizioni stabilite dalla definizione di “norma giuridica” o perché la sua esistenza non implica quella di un'altra norma, diversamente formulata, ed è probabile che qui Kelsen intenda l'autonomia della norma nella prima accezione e non nella seconda⁶³. Il fatto che una norma meramente autorizzatrice non sia per Kelsen una norma

California Press, Berkeley-Los Angeles-London 1967, p. 50: «It is to be noted, however, that the coercive act itself need not be commanded in this sense: its ordering and executing may be merely authorized».

⁶² Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 59; trad. it. cit., p. 71.

⁶³ Tanto più che, se nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* ancora si leggeva che la distinzione fra legge permissiva e legge imperativa «non ha valore» poiché non si può dare «a qualcuno un permesso» o conferire «a qualcuno un diritto» senza imporre «un dovere a qualcun altro» (Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 77), nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* Kelsen chiarisce che in realtà «questa distinzione deve essere conservata» se non altro «allorché con permettere si intend[*a*] anche 'autorizzare' (*ermächtigen*)» (Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 26. Cfr. N. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere* (1982), in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino 2014, p. 130).

“autonoma” nel primo senso non significa anche di per sé che non possa esserlo nel secondo senso del termine.

5. Un altro senso di “dovere”

Al di là, tuttavia, del modo in cui si vorranno interpretare queste pagine della seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*, molte altre inducono quantomeno a dubitare che per Kelsen sia possibile davvero *autorizzare* giuridicamente a statuire una norma valida senza *prescrivere* di applicarla e *permettere positivamente* di compiere un atto coercitivo senza *obbligare* a non vietarlo e a non impedire di eseguirlo⁶⁴. Anche ammesso, in ogni caso, che nel 1960 effettivamente ritenesse che nella sua formulazione ideale la norma non faccia che autorizzare a (o permettere di) compiere atti coercitivi, nella *Teoria generale delle norme* Kelsen sembra rompere ogni indugio: «quando è autorizzata una statuizione di norme» – Kelsen scrive ora senza più alcuna esitazione – «autorizzare implica prescrivere (*Ermächtigen impliziert Gebieten*)»⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. J. Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm* (1974), in Paulson-Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms*, cit., pp. 47-67, in particolare pp. 51 e 60; S. Nino, *Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity* (1978), in Paulson-Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms*, cit., pp. 253-261, in particolare pp. 255-256 e 261; Celano, *Paulson's Nomological Normativity*, cit., pp. 4 ss. e Alexy, *Hans Kelsen's Concept of the 'Ought'*, cit., pp. 235-245.

⁶⁵ H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1979, p. 83; trad. it. di M. Torre a cura di M.G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino 1985, p. 169. Già in Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., p. 190, trad. it. cit., pp. 194-195: «Il potere in senso sociale o politico implica l'autorità ed un rapporto di superiore ad inferiore. Un simile rapporto è possibile soltanto sulla base di un ordinamento in virtù del quale uno sia autorizzato a comandare e l'altro sia obbligato ad obbedire (*Such a relation is possible only on the basis of an order by which the one is empowered to command and the other is obligated to obey*). Il potere sociale è essenzialmente correlativo all'obbligo sociale». Cfr. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, cit., p. 141 e Celano, *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, cit., pp. 192-193.

Se tuttavia questo “prescrivere” si dovesse intendere in senso tecnico-giuridico – un atto è prescritto giuridicamente, e dunque è giuridicamente doveroso, o obbligatorio, se all’inadempimento è *imputata* una sanzione –, la norma che autorizza prescrivendo implicherebbe un’altra norma, e dunque non potrebbe essere «l’ultima norma della serie». Perciò Kelsen deve ammettere alla fine che il *Sollen/ought* sotteso dal concetto di dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht/legal duty*) non può essere che il senso di un *comando* – reale o immaginario, come nel caso della norma fondamentale⁶⁶ – con il quale si dispone che, a certe condizioni, l’atto coercitivo sia compiuto⁶⁷.

Kelsen, d’altra parte, sapeva bene che, come si leggeva già nella *Dottrina generale dello Stato* del 1925, «la contrapposizione tra chi comanda, cioè tra *chi pone le norme giuridiche*, e chi è obbligato all’obbedienza, cioè all’*esecuzione delle norme*» – gli organi, si noti, non i sudditi – «è [...] il contenuto caratteristico dell’ordinamento giuridico»⁶⁸, la cui

⁶⁶ Cfr. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 18-19: «Bisogna infine notare che una norma può non costituire soltanto il senso di un atto di volontà effettivamente posto in essere. Questo avviene quando la norma è presupposta soltanto nel nostro pensiero, come la norma fondamentale [...]. Poiché esiste una correlazione tra il dover essere di una norma ed il volere, di cui essa costituisce il senso, quando nel nostro pensiero si presuppone una norma che non costituisce il senso di un effettivo atto di volontà, si deve pensare contemporaneamente un atto di volontà immaginario, il cui senso è costituito da questa norma puramente pensata. Tale norma puramente pensata non è quindi una norma *positiva*, cioè posta da un atto di volontà *reale*, ma una norma soltanto presupposta». Cfr. MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, cit., p. 112

⁶⁷ Cfr. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, cit., pp. 135-136 e Id., *Kelsen e il potere giuridico* (1982), in Id., *Diritto e potere*, cit., pp. 154, 160, 168.

⁶⁸ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlin 1925; trad. it a cura di J. Luther e E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano 2013, p. 238. Il diritto in fin dei conti – scriveva Agostino Carrino in *L’ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984, p. 34 – non è per Kelsen che «un’ideologia specifica attraverso la quale gli uomini si sforzano di raggiungere e realizzare interessi particolari, che benché possano essere di svariato

norma fondamentale suona sempre più o meno così: «comportatevi così come ordina l'autorità giuridica [...]: cioè il monarca, l'assemblea del popolo, il parlamento, etc.»⁶⁹, o ancora, più specificamente, come Kelsen avrebbe scritto nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*: «la coazione deve essere posta nelle condizioni e nel modo che è stato determinato dal primo costituente o dagli organi da lui delegati»⁷⁰.

Fu tuttavia soltanto nella *Teoria generale delle norme* che Kelsen trovò forse il coraggio di trarne ogni conseguenza, prendendo atto che alla fine deve pur esservi chi *debba* applicare la norma, e sia perciò *obbligato* a prescrivere, autorizzare, permettere o eseguire un atto coercitivo, per il solo *fatto* che ne *riconosce* la validità, e che «a questo riguardo non esiste [...] nessuna differenza sostanziale tra diritto e morale», dato che in questo senso «sono entrambi autonomi»⁷¹. Se i sudditi, volenti o nolenti, sono giuridicamente obbligati a osservarla, non lo si deve in fondo ad altro che a questo *fatto*⁷².

Kelsen, del resto, aveva chiaro che le norme giuridiche sono «norme coercitive» perché «dispongono sanzioni», e non perché la loro «effi-

tipo e afferenti a ambiti diversi, sono però sempre connessi ad un fatto storicamente e antropologicamente invariante: la distinzione tra chi comanda e chi è comandato».

⁶⁹ Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 237. Cfr. anche Id., *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 226.

⁷⁰ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 98.

⁷¹ Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 90-91. Cfr. L. Milazzo, *Potere politico e «autonomia» del diritto*, in «Ordines», (2022), 1, *Sulla giustizia. Vecchie e nuove sfide al diritto*, a cura di S. Vantin, pp. 663-681, in particolare p. 676.

⁷² Probabilmente ha ragione Tommaso Gazzolo quando osserva che si può «risalire di dovere in dovere, ma alla fine della catena [si troverà] l'essere, ossia il fatto che il dover-essere è: la *catena* chiude sempre 'il dovere con un essere'» (Gazzolo, *Kelsen, o la possibilità del diritto*, cit., p. 35). Cfr. anche A. Carrino, *Vita e forme in Kelsen*. Introduzione a H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1988, p. 18.

cazia [...] è assicurata da altre norme coercitive»⁷³. Ma se si esclude che le norme giuridiche possano *disporre* sanzioni *autorizzando* alcuni o *permettendo* ad altri di comminarle o di eseguirle, si dovrà ammettere che possano farlo solamente *comandandolo*. Perché l'obbligazione del suddito possa essere eteronoma, quella dell'organo dev'essere pertanto un'obbligazione autonoma⁷⁴.

Come concludeva MacCormick in un saggio di ormai cinquant'anni fa, «it is not the existence of obligation *under* the law, but rather the obligations of officials *towards* the law as such which enables us to grasp the binding nature of the law»⁷⁵. Ed è chiaro che, indipendentemente dal fatto che li si voglia considerare o meno doveri, o obblighi, giuridici, questi doveri, o obblighi, per Kelsen *non* possono avere la stessa natura dei doveri, o obblighi, di chi al diritto è sottomesso.

⁷³ Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 29. Cfr. Milazzo, *Potere politico e «autonomia» del diritto*, cit., pp. 669 e 676-677, anche per alcuni ulteriori necessari riferimenti bibliografici.

⁷⁴ Cfr. S.L. Paulson, *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, in L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giapichelli, Torino 1990, p. 15: «Ironically, Kelsen's legal theory in this last phase looks very much like the nineteenth-century will theories against which he had argued so vociferously, a half century earlier, in the *Hauptprobleme*».

⁷⁵ MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, cit., p. 130. Sulla distinzione fra i doveri *under the law* dei cittadini e quelli *in respect of* o *toward the law* dei funzionari cfr. *ivi*, p. 127.

SUL DUALISMO DI ESSERE E DOVERE NEL PRIMO KELSEN

Giorgio Ridolfi

Abstract

In his first major writing *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), Hans Kelsen is not very consistent in the use of his two most important interpretative categories: Being and Ought. They can be interpreted either as the two essential forms for the apprehension of reality, in a Kantian sense, or as if their dualism can be referred to the distinction between formal (spiritual) and material experience. The work, especially in its Preface, offers a possibility for both interpretations, and it might furthermore make possible a metaphysical reading of Kelsen's early doctrine. This leads to the final question about the affinity between this doctrine and Edmund Husserl's phenomenology.

Keywords

Legal science (jurisprudence); explicative and normative sciences; monism/dualism; phenomenology; Baden neo-Kantianism.

Se si prende in considerazione la prima grande opera di Hans Kelsen, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1911¹, pur tenendo a mente

¹ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J.B.C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1911. Il libro ha trovato una traduzione italiana ad opera di Agostino Carrino come *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, di recente rivista dallo stesso Carrino e pubblicata con il nuovo titolo di *Problemi fondamentali della dottrina del diritto sta-*

i sostanziali versanti di immaturità argomentativa che il suo testo ancora presenta, è possibile vedere già in essa prefigurati i principali temi che impegneranno l'autore nei lunghi decenni successivi, fino alla sua morte, avvenuta nel 1973. Lo *Habilitationschrift* kelseniano riveste, tuttavia, un particolare interesse anche in ragione di una certa discrepanza che, a nostro avviso, può essere rilevata tra la prefazione e il resto dell'opera. È come se, infatti, Kelsen si senta spinto a mettere in luce in alcuni passaggi delle prime pagine, quasi in una sorta di *excusatio*, le difficoltà incontrate nel condurre a risultati soddisfacenti quella che si immagina essere stata una lunga riflessione filosofica ed epistemologica; una riflessione che nel 1911 ancora non sembra aver trovato requie, e che il resto del libro si preoccupa, tuttavia, di mettere da parte, non foss'altro perché ciò avrebbe impedito la prosecuzione del lavoro concettuale del giurista. Non è certo un caso che la nuova introduzione, predisposta per la riedizione invariata del 1923², pur non accennando alle difficoltà espresse dodici anni prima, offra nei toni utilizzati una certificazione di ciò che potremmo definire la trasformazione di Kelsen da giurista fortemente interessato alla problematica filosofica *tout court* a più centrato filosofo del diritto, ossia a studioso che legittima la problematica filosofica solo nei limiti in cui essa risulta necessaria come preconditione del lavoro dei giuristi positivi.

Nei paragrafi che seguono cercheremo soprattutto di descrivere i termini di questa discrepanza³.

tuale, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica come secondo volume delle *Opere* di Kelsen (Rubbettino, Soveria Mannelli 2022).

² L'opera uscì per la medesima casa editrice e con un'immutata numerazione di pagine. La nuova introduzione risulta, pertanto, semplicemente aggiunta alla precedente e ne prosegue la numerazione romana. In attesa della ripubblicazione delle pagine del 1923 nell'ambito delle *Opere*, ordinate secondo un criterio cronologico, l'unica traduzione italiana di esse disponibile rimane quella del 1997.

³ Avremo modo di riconsiderare e di puntualizzare in questo scritto alcune conclusioni cui siamo recentemente giunti in un contributo, di imminente pubblicazione

1. Due macrocategorie per l'esperienza

Nel primo periodo della sua produzione, Kelsen si dedica, in una modalità che potremmo definire preliminare o propedeutica, all'indagine del concetto di "scienza", e più in particolare di scienza giuridica (giurisprudenza). Da questo punto di vista è possibile descrivere un arco che si apre appunto con gli *Hauptprobleme*, trova un suo momento fondamentale nella celebre polemica con Eugen Ehrlich degli anni 1915-17⁴, e comprende anche un articolo pubblicato nel 1916 negli «Schmollers Jahrbücher», in cui Kelsen prende una posizione netta rispetto alla filosofia neokantiana dei valori, soprattutto per ciò che riguarda le figure di Heinrich Rickert, Emil Lask e Gustav Radbruch⁵.

Per avere, comunque, fin dal principio uno sguardo più ampio sulle opere che stiamo esaminando, appare altresì opportuno ricordare come Kelsen, in uno scritto autobiografico risalente al 1927, abbia esplicitamente affermato che la figura di Kant, conosciuto soprattutto tramite la mediazione dell'altro grande esponente del neokantismo sudocciden-

su «Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali», dal titolo *Rilevanza e miserie della polemica tra Hans Kelsen e Eugen Ehrlich*.

⁴ La polemica si sviluppò tra le annate XXXIX (1915) e XLII (1916/1917) dell'«Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik». Degli articoli che la compongono esistono due differenti traduzioni italiane, l'una contenuta in E. Ehrlich, H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992; e l'altra in E. Ehrlich, H. Kelsen, M. Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano 2010.

⁵ L'articolo kelseniano è *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung*, in «Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich», XL (1916), pp. 1181-1239. La sua traduzione (*La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica*) si trova alle pp. 103-152 di *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1989, raccolta che ricomprende anche i testi di Lask e Radbruch cui più direttamente Kelsen si rivolge, oltre che contributi di Hermann Kantorowicz (di cui pure Kelsen si occupa brevemente nel suo articolo), di Adolf Reinach e di Erich Schwinge.

tale, Wilhelm Windelband, aveva sempre assunto per lui, dal punto di vista speculativo, il ruolo di “stella polare”⁶. Il pensiero di Kant, di conseguenza, seppure in una prospettiva critica, non potrà che rappresentare, comunque, la cartina di tornasole per leggere i testi di cui ci stiamo occupando; e questo anche al di là delle presunte analogie di tali testi con i temi del neokantismo marburghese, decisamente più problematiche di quanto lo stesso Kelsen abbia voluto lasciare intendere⁷.

Fatte queste dovute premesse, è possibile a questo punto muovere da alcune essenziali domande: Che cosa intende Kelsen per scienza? Perché la giurisprudenza è per Kelsen una scienza, e segnatamente la scienza giuridica? E, infine, che tipo di scienza è la scienza giuridica?

Bisogna innanzitutto, a questo proposito, partire da un rilievo di stampo prettamente terminologico. Per i tedeschi il termine *Wissenschaft* ha un ambito di significato più ampio di quello descritto dalla traduzione italiana “scienza”, che rimanda più direttamente, benché non esclusivamente, ai canoni della scienza naturale, cioè alla rilevazione di protocolli stabili e rigorosi per la verifica – o per la falsificazione, a seconda della prospettiva epistemologica scelta – dei propri dati. In

⁶ Cfr. H. Kelsen, *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006; tr. it. *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di M.G. Losano, Diabasis, Reggio nell’Emilia 2008, p. 59. Lo scritto, che era stato originariamente inviato a Julius (Gyula) Moór, autore della traduzione ungherese di alcune pagine kelseniane, reca in tedesco il titolo di *Selbstdarstellung* – tradotto in italiano come *Autopresentazione* –, benché appaia, in realtà, senza titolo nella foto del dattiloscritto originale pervenutaci. Esso aveva, peraltro, già trovato una traduzione italiana, ad opera di Agostino Carrino, come *Sulla nascita della dottrina pura del diritto. Il primo profilo autobiografico*, in H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. Paulson, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, pp. 27-32 (alle pp. 33-37 era stato pubblicato, per la prima volta, anche l’originale tedesco, di cui risultava disponibile, fino a quel momento, solo una traduzione francese del 1987). L’*Autopresentazione* appare ora anche in H. Kelsen, *Opere*, vol. I.: *1905/1910*, a cura di A. Carrino, Rubbettino, Soveria Mannelli 2023, pp. 9-16.

⁷ Il rimando obbligato, su questo, è alla prefazione alla seconda edizione degli *Hauptprobleme*, e segnatamente alle pp. 22-28 della traduzione italiana.

italiano, anche quando si parla di scienza sociale lo si fa, d'altra parte, pensando alla messa in luce di regolarità del comportamento, che, anche in assenza – o, sarebbe meglio dire, nell'ignoranza – di leggi puntuali, ne determinano un certo grado di prevedibilità. In questo senso, si potrebbe individuare nel marxismo, che tanta importanza ha avuto nella storia della cultura italiana del '900, l'esempio più classico di un tentativo di avvicinamento tra le scienze naturali e le scienze sociali, nella misura in cui esso tenta di rinvenire per queste ultime delle regolarità (economiche) specifiche, valide almeno “in ultima istanza”. In tedesco, si diceva, la parola *Wissenschaft* mantiene, invece, un legame più stretto con il verbo *wissen* da cui origina, e guarda dunque semplicemente a un sapere in qualche modo ordinato, secondo principi che possono però anche essere in parte arbitrari o, comunque, non inquadrabili nei canoni dell'induzione empirica. Per fare un solo esempio, parlare di *ästhetische Wissenschaft*, cioè di una scienza che si occupa di distinguere il bello da ciò che non lo è, anche non mirando all'incondizionatezza kantiana, suona molto meno strano del – pur possibile – riferirsi in italiano a una “scienza estetica”.

Questa distinzione terminologica riverbera anche sull'idea kelseniana per cui l'esperienza umana dovrebbe essere “kantianamente” inserita in due macrocategorie tra loro irriducibili: quella dell'essere (*Sein*) e quella del dovere (*Sollen*)⁸. Abbiamo ovviamente utilizzato le virgolette, perché, come è piuttosto noto, il dovere ha per Kant uno statuto metafisico-regolativo, distinto dallo statuto gnoseologico delle categorie, in

⁸ Aderiamo qui, anche perché decisamente in linea con quanto si dirà nella pagine seguenti, alla scelta di traduzione operata da Agostino Carrino, che nella sua più recente *Introduzione* agli *Hauptprobleme* rifiuta la versione, piuttosto frequente, di *Sollen* in “dover-essere”, giacché essa «aggiunge qualcosa al vocabolo tedesco, un qualcosa che può, ma non deve necessariamente esserci e che in Kelsen di fatto non c'è (l'essere sta fuori del dovere)» (in Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*, cit., p. XIX).

cui il discorso sull'essere trova invece il suo campo di spettanza⁹. Ad ogni modo, essere e dovere sono, per Kelsen, come in definitiva per Kant, due forme del pensiero originarie e inderivabili, nel senso che

per il fatto che qualcosa vige come norma, o, in altri termini, che qualcosa viene considerato come *dovuto*, c'è tanto poco una spiegazione quanto per il fatto di riconoscere qualcosa come essente¹⁰.

Tale distinzione, tuttavia, spinge Kelsen anche a sostituire il classico dualismo tra scienze umane e scienze naturali con quello, a suo avviso più adeguato, tra scienze esplicative e scienze normative.

Per scienze di tipo esplicativo egli intende, infatti, non solo le “classiche” scienze positive, ma anche quelle discipline, come la psicologia o la sociologia, che si occupano appunto di *spiegare* il comportamento dei soggetti, e quindi anche i loro sentimenti di dovere, con modalità il più possibile simili a quelle impiegate dalle scienze positive. Per scienze di tipo normativo, al contrario, Kelsen intende quelle scienze che non hanno la pretesa di stabilire la natura del dovere, ma si interessano principalmente alla questione dell'individuazione astratta del suo oggetto e del suo soggetto, tramite la *comprensione* (dell'essenza) delle norme che

⁹ In una lettera a Renato Treves del 1933, Kelsen affermerà che, poiché Kant «nella sua dottrina del diritto ha ripudiato il metodo trascendentale», la dottrina pura del diritto «amministra [...] l'eredità spirituale di Kant più fedelmente di tutti gli altri filosofi del diritto che si richiamano a Kant» (*Dottrina pura del diritto, 'abandismo' e neokantismo. Una lettera a Renato Treves*, in H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo e realtà sociale*, cit., p. 52).

¹⁰ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 81. Interessante, anche alla luce delle riflessioni che verremo sviluppando in seguito, è il richiamo, in una nota di qualche pagina dopo, alla presunta contraddizione di Locke, che, «da un lato, dichiara che non ci sono assiomi morali e deriva tutte le norme etiche dalla rivelazione o dall'esperienza, e, dall'altro lato, parla di una dimostrabilità matematica della morale». Come nota Kelsen, appoggiandosi a Friedrich Jodl, qui «Locke non pone il problema dell'origine dei concetti e degli assiomi etici, ma li presuppone, proprio come il matematico presuppone le grandezze e le figure con le quali ha a che fare» (ivi, pp. 101-102n).

a essi si rivolgono. Con questo esplicito rimando diltheyano, si vuole affermare che il secondo tipo di scienze ha come punto di riferimento la delineaazione di un vincolo di imputazione, solo alla luce del quale possono poi concretamente venire stabiliti il *Was* e il *Wer* del dovere; mentre viene del tutto tralasciata la questione meramente causale del *Warum*, così come quella teleologica del *Wozu*, che della questione causale, come si dice nelle pagine critiche dedicate a Rudolf Stammler, rappresenta solo una particolare declinazione. «Se, e in che misura», scrive dunque Kelsen,

la giurisprudenza sia una disciplina normativa [...]: ecco il problema cardinale della metodologia giuridica, il presupposto assolutamente principale di tutta la scienza giuridica¹¹.

Ed è proprio sulla base di questa essenziale problematica, d'altra parte, che Kelsen ha potuto affermare, provocando l'indignazione di Ehrlich, che la scienza giuridica può legittimamente non avere nulla a che fare con la realtà¹².

Alcune ulteriori precisazioni sulla posizione kelseniana appaiono qui, ad ogni modo, necessarie. Anche il diritto è, ovviamente, per Kelsen un ambito in cui essere e dovere giungono ripetutamente a incontrarsi, già solo per il fatto che la legge positiva è legge promulgata da uomini in carne ed ossa. Anzi, è Kelsen stesso a rendersi conto di come il «sano intelletto umano» sia naturalmente propenso a scivolare continuamente da una concezione formale a una materiale e a volgersi «alla

¹¹ Ivi, p. 6.

¹² «Con Kelsen», scrive Ehrlich seguendo il durissimo registro della loro polemica, «ci si è abituati alle idee sorprendenti, ma che un professore di diritto nell'Università di Vienna, all'inizio del ventesimo secolo, osi scrivere cose del genere, mi ha comunque stupito» (E. Ehrlich, *Risposta*, in E. Ehrlich, H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, cit., p. 112).

realtà piuttosto che alla idealità»¹³; cosa che renderebbe assolutamente necessaria, per l'ambito giuridico, un'*actio finium regundorum*, volta a evitare il pericolo di cadere in un vero e proprio sincretismo metodologico. Inoltre bisogna ricordare come, per Kelsen, alla scienza giuridica non possa essere di per sé riconosciuto un carattere particolare, essendo essa in definitiva affine a tutte quelle scienze che si sostanziano nella prescrizione di regole di dovere, come l'etica o la grammatica. E tuttavia, aggiunge Kelsen, non si può neanche negare come il suo carattere più esplicitamente eteronomo, la sua possibilità cioè di distinguere più nettamente al proprio interno tra il momento (semplicemente teleologico) della volontà e quello del dovere, renda indubbiamente la scienza giuridica quantomeno un migliore campo di indagine riguardo al problema della normatività¹⁴.

Qui, detto per inciso, si consumava anche la rottura esplicita di Kelsen con la filosofia dei valori, incapace in buona sostanza, a suo avviso, di compiere adeguatamente l'ulteriore passo astrattivo verso la rilevazione della purezza formale del dovere. I rappresentanti di questa scuola, infatti, sulla scorta soprattutto della lezione di Rickert, hanno avuto la

¹³ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 8. La rilevante questione dell'indebita messa in parallelo, soprattutto nelle prime pagine dell'opera, del dualismo di essere e dovere e di quello di contenuto e forma è discussa *infra*.

¹⁴ Nota Kelsen a tale proposito: «Non si può [...] non riconoscere che nel campo di una morale autonoma, che si rappresenta la norma come sentimento soggettivo di obbligo o come coscienza dell'obbligo, il dovere appare come essere, che una separazione completa tra metodo esplicativo e metodo normativo, se non impossibile, è però di dubbio valore, e che una scissione netta dei due punti di vista è assai difficile anche quando la norma, secondo il suo contenuto e la sua origine, è una regola di uso effettivo, di comportamento reale. Ciò non vale solo per la morale. Anche la grammatica non può limitarsi a prescrivere come si deve parlare; essa non può, come indagine sulla storia della lingua, non far vedere come si è parlato in epoche differenti e come si parla oggi, anche se la sua funzione regolatrice la grammatica l'assolve solo constatando la regolarità, la grande frequenza con la quale si manifesta una forma linguistica, la sua effettiva esistenza in scrittori importanti: dunque, un essere qualificato» (ivi, p. 43).

tendenza non solo ad assumere una concezione puramente teleologica, e dunque psicosociale, del valore, ma anche a confonderla alle volte con una problematica concezione metafisica, intesa a individuare i corretti principi di giudizio della realtà.

2. Oltre l'esperienza?

Abbiamo finora cercato di mostrare come Kelsen si sforzi, invero con un certo successo, di conferire un'ampia coerenza logica al suo sistema; obiettivo che, ad esempio, traspare in filigrana nel passaggio in cui si meraviglia di come «uno dei più importanti logici»¹⁵, e cioè Rickert, sia potuto incorrere nei fraintendimenti che egli gli imputa. Ciò non viene certamente infirmato dalla mancanza di coerenza che lo stesso Kelsen, soprattutto nella sua diatriba con Ehrlich, manifesta nei confronti delle concezioni psicosociali del diritto, cui a volte nega soltanto la pretesa di ambire al nome di “scienza giuridica”, mentre altre volte sembra voler negare radicalmente un'autonoma dignità epistemologica. È certo vero, tuttavia, che si fa fatica a capire fino in fondo la radicalità dell'avversione kelseniana verso atteggiamenti che potrebbero essere inquadrati nell'ottica di una sociologia comprendente, cioè che, senza illudersi di sviluppare una millimetrica tassonomia dell'esperienza umana, o, peggio ancora, di lanciarsi in impervi ragionamenti metafisici sul suo senso, ambisce solo a distinguere il modo in cui gli uomini vivono concretamente il loro sentirsi obbligati a una norma. Questo rilievo, d'altronde, può essere sviluppato proprio a partire dal riconoscimento del valore di una delle critiche che Kelsen muove a Ehrlich, e cioè quella per cui, se si rifiuta un'analisi più approfondita della normatività e delle sue varie declinazioni, si finisce per ridurre ogni esperienza umana nei termini del comportamento sociale generale e non si riesce più a istituire delle vere e proprie distinzioni tra diritto, etica, regola del costume etc.

¹⁵ Kelsen, *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, cit., p. 111.

In ragione di tali puntualizzazioni, oltre che delle ricostruzioni presentate più sopra, appare ora del tutto legittimo leggere le indagini della prima parte degli *Hauptprobleme* proprio come un necessario esercizio tassonomico, cioè come se esse, anche tramite l'assunzione dello strumentario trascendentale kantiano, mirassero nei fatti semplicemente a delineare una più funzionale ricostruzione del fenomeno diritto, che di per sé rimarrebbe però essenzialmente vincolato all'ambito dell'essere. La stessa distinzione tra essere e dovere, riportata all'unico punto di vista dotato di autentica effettività scientifica, quello ontologico, si ridurrebbe a una mera distinzione tra due tipi fenomenologici dell'essere, l'essere e il dover-essere; e l'andamento argomentativo del libro starebbe lì a rafforzare questa ipotesi di lettura monistica, tra l'altro indubbiamente valida per la successiva produzione kelseniana¹⁶.

Ciò nondimeno, come abbiamo sottolineato all'inizio, una simile interpretazione viene, in parte, a collidere con quanto Kelsen afferma nella prefazione, nel momento in cui, ad esempio, sostiene che uno dei suoi principali obiettivi è quello di «gettare dei ponti tra scienza giuridica e filosofia», evitando che la filosofia del diritto continui a venire «nominata solo con un tono di disprezzo»¹⁷. Il che, insieme ad altri passaggi che ora citeremo, ci offre la possibilità di proporre ipotesi decisamente più ardite, congetturando che l'atteggiamento del giurista viennese nasconda, sotto la sua veste esplicita, una più vaga insoddisfazione, che ci si potrebbe proprio arrischiare a definire metafisica, oltre che teoretica; un'insoddisfazione provocata dall'inesausta ricerca di un senso più profondo dell'esperienza, esplicitamente rappresentata dal richiamo a «un piano superiore», al «grande mondo di un sistema filosofico univer-

¹⁶ Una suggestiva sottolineatura dell'inintelligibilità anche del Kelsen maturo al di fuori di una lettura dualistica – di tipo rigorosamente trascendentale e non trascendente – si trova nelle complesse analisi di T. Gazzolo, *Essere / dover essere. Saggio su Hans Kelsen*, prefazione di V. Vitiello, FrancoAngeli, Milano 2016.

¹⁷ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 11.

sale», ossia all'«unica, grande idea fondamentale»¹⁸, capace di unificare tale esperienza, non solo a livello giuridico. E qui, sia detto per inciso, non ci si troverebbe di fronte a inquietudini dissimili rispetto a quelle che, pur spingendo verso altre soluzioni, si agitavano al fondo della stessa filosofia dei valori.

Kelsen afferma, dunque, che i contrasti della teoria giuridica si basano su «presupposti di principio, radicati in ultima analisi nella concezione del mondo e, quindi, soggettivi e indiscutibili»¹⁹. Ora, si deve certamente notare come questo richiamo alle diverse concezioni del mondo, più volte ripetuto nella prefazione, ma in una maniera che appare piuttosto cursoria, non sia sempre fonte di chiarezza rispetto alle intenzioni dell'autore. In un senso retrospettivo, potrebbe apparire congruente con gli obiettivi del giurista viennese un accento posto sulla strutturale relatività gnoseologica di ogni concezione del mondo e sul fatto, dunque, che essa origina principalmente dalle indiscutibili preferenze dei diversi interpreti, delle quali una dottrina pura del diritto, benché al momento semplicemente *in fieri*, deve per statuto epistemologico disinteressarsi. Ci si può, tuttavia, anche chiedere se possa bastare asserire che Kelsen, in queste pagine, voglia già assumere quella neutralità valoriale che rappresenterà poi la cifra della sua successiva produzione; o comunque se, al di là delle sue intenzioni, egli si dimostri già in grado di prendere con sufficiente determinazione una simile posizione. Affermare, infatti, una differenza *toto coelo* tra il *Sollen* e il *Sein*, almeno se si vuole rimanere in un campo filosoficamente, e non solo giuridicamente, fecondo, non può non implicare appunto domandarsi in maniera appropriata dove corra la linea di frattura tra il discorso ontologico e il discorso deontologico, e quali fenomeni cadano specificamente nell'un campo o nell'altro. Se si tiene d'altra parte a mente quanto si è affermato all'inizio, e cioè che Kelsen individua la scienza giuridica solo come caso paradigmatico delle

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ivi*, p. 5.

scienze normative, e non come tipo di scienza a sé stante, non può sfuggire come anche il concetto di imputazione non possa essere ridotto, in questo contesto, a un semplice principio logico di funzionamento, ma porti con sé un ben determinato carico esistenziale, visibile in maniera più evidente nei suoi inaggirabili legami con l'obbligo morale e con i principi di libertà e di responsabilità.

L'insistenza sulla distinzione tra essere e dovere non implicherebbe, a questo punto, solo la sottolineatura della differenza tra due categorie trascendentali, bensì anche la distinzione tra una considerazione vincolata all'immanenza e una aperta verso la trascendenza, che finirebbe per riportare in auge il più puro dualismo kantiano di *homo phenomenon* e *homo noumenon*. Lo stesso dissidio con la filosofia dei valori verrebbe, quindi, a caratterizzarsi principalmente per il fatto che Kelsen esprimerebbe – invero giustificatamente – una maggiore difficoltà a riconoscere quelli che sono i valori stabili per giudicare l'esperienza, stante anche il profondo relativismo che consegue alla sua già marcata ortodossia positivista. Un problema questo che, a ben vedere, sia pure secondo prospettive diverse, si era in qualche modo posto anche a Kant, che, nella seconda delle sue critiche, aveva parlato di “dovere per il dovere”, ma era stato poi costretto a ricorrere, per dare nerbo al suo sistema etico, ai cosiddetti postulati della ragion pratica²⁰. Rimane, comunque, il fatto che una comunanza tra il primo Kelsen e la filosofia dei valori potrebbe continuare a essere rinvenuta nella convinzione che la vita umana può essere giudicata da due punti di vista irriducibili, ognuno dei quali solleva specifiche pretese.

²⁰ Non considera questo Kelsen, quando scrive che «la formulazione dell'imperativo categorico di Kant [...] costituisce la prova più brillante del fatto che nel campo dei valori una validità oggettiva e assoluta non può in ultima analisi significare altro che questo: che alla sommità della piramide dei valori si trova il puro dovere privo di ogni contenuto, l'astratta forma del valore in sé. L'imperativo categorico – non ostante la sua apparenza di contenuto – dice solo questo: tu devi ciò che devi!» (*La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, cit., p. 138).

3. Un ausilio fenomenologico

Quella che abbiamo tentato nel precedente paragrafo, impossibile negarlo, è anch'essa una lettura molto problematica del testo kelseniano. È difficile, ad esempio, non considerare il fatto che, quando Kelsen nel 1911 parla di volontà libera, la caratterizza già semplicemente, come farà con maggiore chiarezza negli scritti successivi, alla stregua di una "costruzione ausiliaria" per lo sviluppo di un autentico concetto di imputazione²¹. A testimoniare, ciò nondimeno, che il nostro tentativo ermeneutico possiede quantomeno un fondamento testuale, e a rendere, comunque, definitivamente meno chiare le intenzioni speculative di Kelsen, sta la celebre frase della prefazione mediante la quale egli, con un certo candore, riconosce i limiti della sua posizione, e che qui appare opportuno riportare nella sua intera estensione:

Sono del tutto consapevole del fatto che una concezione del mondo monista non riconosce, e non può riconoscere, come un dualismo definitivo, né il dualismo di essere e dovere, né quello di contenuto e forma. Se in ciò, tuttavia, io ravviso dei contrasti di principio e ritengo di dover necessariamente rinunciare a unire tra loro essere e dovere, contenuto e forma, in una superiore unità, a giustificazione di questo mio punto di vista non trovo onestamente altra risposta che questa: io non sono monista. Per quanto anch'io *percepisca* come insoddisfacente una costruzione dualistica dell'immagine del mondo, nel mio *pensiero* non vedo alcuna via che superi il conflitto insopportabile tra io e mondo, anima e corpo, soggetto e oggetto, forma e contenuto – o in quali altre parole l'eterno dualismo alternativamente possa celarsi²².

²¹ Come è piuttosto noto, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, Kelsen arriverà a sostenere, in una maniera che non lascia più adito a nessun dubbio, che «l'imputazione è resa possibile non dalla libertà [...] ma, proprio al contrario, dalla determinabilità causale del volere. Non si effettua un'imputazione nei riguardi di un uomo per il fatto che egli è libero, ma l'uomo è libero perché nei suoi riguardi si effettua un'imputazione» (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien 1960²; tr. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1966, p. 118).

²² Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 5.

Sulla natura stessa di questi dualismi che imbarazzano Kelsen, ma che al contempo, a nostro avviso, mostrano in controluce la profondità del suo impegno filosofico di questi anni, è possibile senza dubbio operare alcuni rilievi critici. Ciò che salta maggiormente all'occhio, a tal proposito, è che le due alternative presentate come strettamente attinenti, se non sinonimiche – quella di essere e dovere da una parte, e di contenuto e forma dall'altra –, sono ben lungi dall'occupare piani di senso similari, e anzi, a ben vedere, posseggono una natura reciprocamente esclusiva, che sarebbe invece opportuno portare a conciliazione. Essere e dovere, infatti, nella prospettiva kantiana, cui Kelsen, come detto, in buona parte aderisce, appartengono entrambi alle forme in cui i contenuti storici si inseriscono. Pertanto, tornando al passaggio del dissidio con Ehrlich precedentemente citato, anche l'essere, e non solo il dovere, non avrebbe qui nulla a che fare con la realtà – o, sarebbe forse meglio dire, con la datità (*Gegebenheit*), intendendo con questo termine il residuo inerte, ma comunque coriaceo, che si impone a un intelletto e a una ragione semplicemente ordinatori, e non creatori, quali in definitiva sono anche quelli kelseniani²³. E allo stesso modo, per quanto riguarda il versante normativo, potrebbe forse apparire necessario per Kelsen anche fare i conti con l'altro “residuo” ineludibile all'interno del suo sistema dualistico, ossia la datità del valore (e dei valori).

Si può, a questo punto, ricordare come il Kelsen di questi anni giovanili abbia cercato una strada di revisione filosofica, o piuttosto di rafforzamento speculativo, della sua dottrina attraverso la fenomenologia

²³ Questa imprecisione concettuale riguardante lo statuto di essere e dovere è rilevata anche da Carsten Heidemann nel suo celebre *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Nomos, Baden-Baden 1997, pp. 24-26. Può rimanere qui in sospenso la questione della natura produttiva del pensiero, che Kelsen riprende da Hermann Cohen, ma che si riferisce unicamente all'esperienza scientifica e non, come nel caso che stiamo esaminando, anche all'esperienza quotidiana. D'altra parte, come dirà nella prefazione del 1923, nel 1911 Kelsen ancora non conosceva l'opera coheniana.

husserliana. Ora, non è certo il caso di esagerare la portata di questi rapporti, considerando che Kelsen, pur dimostrando di conoscere le *Ricerche logiche*, le cita con estrema parsimonia e che, comunque, esse appartengono a un periodo meno interessante della produzione husserliana, almeno per ciò che riguarda il nostro discorso. Gli *Hauptprobleme* escono, invece, proprio nello stesso anno del celebre articolo di «Logos» sulla *Filosofia come scienza rigorosa*, con il quale Husserl apre la strada alle fondamentali *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*, in cui appunto la fenomenologia trova una sua prima matura elaborazione, per poi ricevere, nelle opere seguenti, una curvatura più marcatamente “idealista”. Queste ulteriori elaborazioni della filosofia husserliana cadono, però, in un momento in cui Kelsen sta abbandonando, o ha già abbandonato, le sue precedenti preoccupazioni speculative; e, dunque, anche i suoi rapporti più tardi con la fenomenologia, mediati soprattutto dall'avvicinamento ad essa del suo allievo Fritz Schreier, non possono qui entrare in linea di conto²⁴. Infine non va dimenticato che, come è piuttosto noto, Husserl nei suoi scritti

²⁴ Una ricostruzione dei rapporti tra Kelsen e la fenomenologia, che comprende anche il periodo immediatamente successivo a quello di cui ci stiamo occupando, è stata lungamente e scrupolosamente tentata da Giuliana Stella, della quale possiamo ricordare almeno i seguenti contributi: *Hans Kelsen and Edmund Husserl*, in L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino 1990, pp. 161-172; *Ernst Mach, Hans Kelsen, Edmund Husserl*, in A. Carrino (a cura di), *Kelsen e il problema della sovranità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1990, pp. 141-153; e il più recente *L'interpretazione giudiziale e il suo oggetto tra Hans Kelsen e Fritz Schreier*, in A. Carrino (a cura di), *Legalità e legittimità nell'interpretazione costituzionale*, Mimesis, Milano-Udine 2019, pp. 135-166. Un tentativo di interpretazione fenomenologica del Kelsen più maturo – in particolar modo di quello della prima edizione della *Dottrina pura del diritto* – è stato presentato da P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., Paris 1964 (soprattutto alle pp. 45-62), che ha trovato una dura replica in H. Kelsen, *Eine phänomenologische Rechtstheorie*, in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», XV (1965), pp. 353-409, tr. it. *Una teoria fenomenologica del diritto*, a cura di G. Stella, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1990.

non ha fatto altro che preparare il campo teoretico per le necessarie ricerche ulteriori riguardanti i versanti più spirituali dell'esistenza umana, concedendosi qualche accenno più specifico ad essi solo verso la fine della sua parabola filosofica²⁵.

Quanto appena sottolineato significa, a nostro avviso, contestualmente due cose: che è nel significato profondo della novità speculativa husserliana che andrebbe rinvenuto il nerbo di un atteggiamento filosofico che Kelsen può avere pensato di fare proprio; e che, tuttavia, è probabilmente solo nelle dottrine di alcuni allievi di Husserl – e qui pensiamo soprattutto a Max Scheler e ai suoi tentativi di liberare l'apriori kantiano dalla sua linearità gnoseologica – che Kelsen avrebbe potuto trovare una via di uscita dai suoi dualismi. Dunque, risulta del tutto legittimo, almeno come valida congettura interpretativa, leggere le dottrine del primo Kelsen alla luce del significato più profondo della fenomenologia, e cioè del suo tentativo di elaborare una costruzione autonoma e superiore dell'esperienza umana – conoscitiva, morale, estetica, etc. –, affidata esclusivamente alle cure e alle forme della filosofia. La filosofia può essere, infatti, intesa, sulla scorta di Husserl, come scienza rigorosa, visto che i suoi risultati pretendono la stessa puntualità euristica di quelli scientifici, e allo stesso tempo come qualcosa di diverso da una scienza rigorosa, quantomeno nel senso tradizionale – deterministico – che questa locuzione ha assunto. In armonia con la terminologia husserliana, essere e dovere potrebbero tradursi sulla pagina di Kelsen, ben più che come due forme gnoseologiche pure, come due ricettacoli analitici e concettuali, che collaborano strettamente affinché nella coscienza dell'interprete si svolga adeguatamente la cosiddetta esperienza eidetica, e cioè avvenga un autentico riconoscimento di quelle essenze in cui si incarna il più complesso significato della vita umana. Oltre la

²⁵ Cfr. R. Bernet, I. Kern, E. Marbach, *Edmund Husserl. Darstellung seines Denkens*, Felix Meiner Verlag, Hamburg 1989; tr. it. *Edmund Husserl*, il Mulino, Bologna 1992, pp. 293-299.

monodimensionalità della consueta esperienza scientifico-empirica, ma anche oltre la semplice riduzione dell'esistenza negli schemi di una teoreticità integrale, secondo un'interpretazione piuttosto diffusa della fenomenologia, essere e dovere si troverebbero ad operare una mediazione eidetica all'interno di un nuovo dualismo fondamentale, che Kelsen può aver riconosciuto, pur senza includerlo nella sua enumerazione: quello tra i significati autenticamente normativi che – “irrazionalmente” – si impongono all'esperienza *dall'alto*, e la datità causale che – altrettanto “irrazionalmente” – le si impone *dal basso*²⁶. E solo in questi termini si potrebbe probabilmente comprendere l'insistente richiamo kelseniano da una parte alla relatività delle concezioni del mondo, che un cultore del dubbio non può risolvere postulando l'esistenza di un apriori materiale, come fa invece Scheler; e dall'altra a un'idea fondamentale che, ancora una volta kantianamente, rappresenta il punto fermo, asintoticamente avvicicabile, di un'inesausta ricerca²⁷.

²⁶ In quest'ottica unificante, dunque, solo come giurista, e non come filosofo, Kelsen potrebbe continuare a sostenere che «l'azione corrispondente alla norma è [...] non l'azione 'dovuta', ma soltanto un'azione che contenutisticamente concorda con quella dovuta» (*Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*, cit., p. 83). Allo stesso modo, potrebbe rappresentare una reminiscenza fenomenologica, o meglio un tentativo di reinterpretare il suo bagaglio husserliano, la seguente frase, che Kelsen scrive nel 1916, purtroppo senza argomentarla ulteriormente: «Valore e realtà sono [...] solo differenti forme di rappresentazione di uno stesso e unico sostrato. Sfortunatamente, per questo sostrato, che una volta rappresento come contenuto dell'essere, quindi come realtà, l'altra volta come contenuto di un dovere, quindi come valore, il linguaggio non ha nessuna specifica denominazione e la filosofia non ha ancora costruito un concetto stabile. L'uso linguistico comune e però sviante identifica la realtà, quindi una *forma* di rappresentazione, col suo *contenuto*, quando fa apparire la realtà come sostrato del valore, cioè di un'altra forma di rappresentazione che *esclude* quella della realtà» (*La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, cit., p. 127).

²⁷ Sui rapporti della scienza giuridica con la fenomenologia rimane sempre di grande attualità l'ampia panoramica del giovane Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Istituto Giuridico della R. Università,

Una simile concezione potrebbe naturalmente evolvere verso la posizione, inferibile dalla pagina kantiana, in ragione della quale diritto e morale si comportano come due linee rette, che seguono percorsi autonomi, ma sono destinate a incontrarsi all'infinito; mentre, da un'altra prospettiva, essa sarebbe persino in grado di chiudere lo iato kantiano tra forma e materia, anche senza particolari artifici speculativi che chiamino in causa le idee della ragione oppure l'esistenza di Dio. Ciò non significa, tuttavia, che una conclusione metafisico-religiosa non sia uno degli esiti più diretti di queste riflessioni, e non è un caso che molti degli aderenti alla fenomenologia – Scheler, Edith Stein, Gerda Walther, ma anche lo stesso Husserl – abbiano cercato, e spesso trovato, un approdo nelle religioni rivelate e istituzionalizzate²⁸. Il relativista Kelsen, forse spaventato da questi esiti, e più probabilmente non del tutto convinto, in generale, dalle soluzioni filosofiche offertegli dalla fenomenologia, sembra ben presto essersi voluto tirare indietro, rivolgendosi a un campo più ristretto e più sicuro, qual è quello della semplice teoria giuridica²⁹. Se l'interesse religioso non si è in lui mai del tutto sopito, si è però

Torino 1934 (recentemente ripubblicato nella collana *Bobbiana*, a cura di P. Di Lucia, Giappichelli, Torino 2018). Bobbio, non ancora kelseniano, e anzi decisamente critico nei confronti del formalismo del giurista austriaco, si colloca, tuttavia, sul versante di una lettura della fenomenologia come “teoreticità intergrale”, in esplicita connessione con le coeve riflessioni di Antonio Banfi.

²⁸ Su questo si veda, ad esempio, V. Melchiorre, *Fenomenologia e teologia*, in A. Cimino, V. Costa, *Storia della fenomenologia*, Carocci, Roma 2012, pp. 417-432. Interessante è anche ricordare come, in una lettera a Ernst Cassirer del 3 aprile 1925, Husserl abbia affermato che quella dei postulati della ragion pratica «è forse la più grande delle scoperte kantiane» (passo citato in I. Kern, *Husserl und Kant. Eine Untersuchung über Husserls Verhältnis zu Kant und zum Neukantianismus*, Martinus Nijhoff, Den Haag 1964, p. 302).

²⁹ Come nota Giuliana Stella, «si ha [...] l'impressione che [la dottrina giuridica pura di Kelsen], una volta approdata a una coerenza dogmatica ritenuta soddisfacente, abbia finito per disfarsi, forse troppo presto, ritenendo di non averne più bisogno, delle proprie ascendenze speculative» (*L'interpretazione giudiziale e il suo oggetto tra Hans Kelsen e Fritz Schreier*, cit., p. 149). Tra i problemi della fenomenologia può

trasformato, più tacitamente, in un inquieto *ignorabimus* rispetto al mistero dell'esistenza, che preludeva al massimo a una sorta di "nostalgia del totalmente-Altro" di sapore horkheimeriano³⁰.

A tal proposito, in sede di conclusione, sarebbe forse interessante riandare alle obiezioni che Kelsen oppone a Radbruch nelle pagine che nel 1916 dedica ai suoi *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Come abbiamo più volte notato, lo scritto fa da preludio alla successiva produzione kelseniana, nella misura in cui, accanto alla *comprensione* delle norme, pone ora esplicitamente l'accento sulla loro *conoscenza* da parte della scienza giuridica. Radbruch viene qui criticato, come era avvenuto per i suoi "ispiratori" Rickert e Lask, in ragione del suo tentativo di trovare un punto di incontro tra considerazione causale e considerazione normativa, benché, in questo caso specifico, in una sorta di enigmatico "terzo" regno. Il "nuovo" Kelsen ribadisce che

ogni tanto si cerca di fare, del rapporto tra intellettualità ed attualità, un criterio di differenziazione all'interno delle scienze; ma sempre invano, perché la scienza è sempre e solo intellettualità³¹.

E le ultime parole dello scritto sono, tra l'altro, dedicate a ricordare come la preconditione per accettare la visione che in esso viene espres-

essere, tra gli altri, ricordato quello, messo in evidenza da Bobbio (*L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, ed. 2018, cit., pp. 78-88) sulla scorta di Adolf Reinach, della discrepanza tra l'essenza del diritto e le sue realizzazioni pratiche, che possono patentemente divergere da essa. Da notare è anche come Reinach utilizzi il termine *Sein* per riferirsi al carattere di necessità dell'essenza, e il termine *Sollen*, invece, per caratterizzare la contingenza della realtà.

³⁰ Su questo si veda, ad esempio, H. Kelsen, *Politics, ethics, religion and law*, in G.A. Ritter, G. Ziebur, *Faktoren der politischen Entscheidung. Festgabe für Ernst Fraenkel zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin 1963, pp. 3-10. Più in generale, sulla ricorrenza e sui significati del tema religioso nell'opera kelseniana si veda F. Riccobono, *Kelsen e la religione*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», n. speciale, 2013, pp. 395-410.

³¹ Kelsen, *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, cit., p. 104.

sa sia «riconoscere il carattere puramente formale del dovere e la relatività del valore giuridico positivo»³².

Nelle pagine radbruchiane cui Kelsen si rivolge c'è, tuttavia, qualcosa in più. Radbruch parla cioè di un «concetto di diritto che 'per grazia di Dio' ha imposto [ai fenomeni giuridici] il proprio potere»³³; ma parla soprattutto di un atteggiamento religioso che trasfigura in unità ristoratrice i contrasti tra l'essere e il dovere, dai quali originano i fenomeni dell'errore, del brutto e del peccato. In una pagina di esasperato lirismo, egli aggiunge poi che

il sentimento religioso fondamentale è che ai figli di Dio tutto deve servire per il bene; ovvero [...]: religione [...] non è l'ottusa indifferenza al contrasto tra valore e realtà, bensì la nobile calma nella quale può cercare guarigione il sentimento anche più doloroso di questo contrasto [...]; [...] è il ridente positivismo che non ostante tutto [...] dice il suo "così sia" su tutte le cose del mondo.

Essa, infine, «è la seconda innocenza, non quella della indifferenza ai valori, che precede la separazione di valore e disvalore, ma quella che segue e la supera»³⁴. Su tutta questa complessa congerie di riflessioni è interessante notare come Kelsen non dica assolutamente nulla; e tuttavia, alla luce di quanto siamo venuti delineando in queste brevi notazioni finali, sarebbe stato forse ben più interessante, e chiarificatore, se egli ci avesse offerto una chiave di lettura, possibilmente retrospettiva.

³² Ivi, p. 152.

³³ Radbruch, *Il concetto di diritto*, in *Metodologia della scienza giuridica*, cit., p. 92.

³⁴ Ivi, p. 94.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2024
da Tipografia Monteserra Srl – Vicopisano (PI)
per conto di Pisa University Press - Polo Editoriale CIDIC - Università di Pisa

Il presente fascicolo di Diacronìa contiene i materiali presentati in occasione del VII Seminario di Storia della filosofia del diritto, tenutosi a Siviglia, in Spagna, il 9-10 marzo 2023, e dedicato a “Tecnologia, Potere e Diritto: una prospettiva storico-filosofica”. I contributi sono dedicati alla storia della filosofia del diritto e al rapporto tra diritto e tecnica, nonché ad autori come Ortega y Gasset, Lon Fuller e Günther Anders. Il fascicolo contiene altresì una sezione dedicata ad Hans Kelsen, e in particolare ai *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*.

In questo numero saggi di:

Nuria Belloso Martín, Ricardo García Manrique, Fernando H. Llano Alonso, Ana M^a Marcos del Cano, Lorenzo Milazzo, Antonio Enrique Pérez Luño, Stefano Pietropaoli, Giorgio Ridolfi, Serena Vantin.

€ 25,00

