



Visión lógica del Derecho

Una defensa del racionalismo jurídico

ISBN 978-84-17121-06-8

Madrid: noviembre de 2017

Lorenzo Peña



Visión lógica del derecho

Lorenzo Peña

PLAZA Y VALDÉS

EDITORES

VISIÓN LÓGICA DEL DERECHO:
**UNA DEFENSA DEL
RACIONALISMO JURÍDICO**

por Lorenzo Peña y Gonzalo

ISBN 978-84-17121-06-8
Editorial Plaza y Valdés

<http://www.plazayvaldes.es/libro/vision-logica-del-derecho>

Quædam jura non lege, sed natura nobis adtributa

(Lucius Annæus Seneca, *Controuersiæ*)

τίς οὖν ἄρξει τοῦ ἄρχοντος; ὁ νόμος ὁ πάντων βασιλεύς, θνατῶν τε καὶ ἀθνάτων, ὡς ἔφη Πίνδαρος, οὐκ ἐν βιβλίοις ἔξω γεγραμμένος, οὐδέ τισι ξύλοις, ἀλλ' ἔμψυξος ὦν ἐν αὐτῷ λόγος, ἀεὶ συνοικῶν καὶ παραφυλάττων καὶ μηδέποτε τὴν ψυχὴν ἐῶν ἔρημον ἡγεμονίας

(Plutarco, *Ad principem ineruditum*, 780c)

¿Quién gobernará al gobernante? La ley que reina sobre todos, mortales e inmortales, según lo dijo Píndaro, una ley no grabada en códigos ni en tablas, sino una razón ínsita en su propia alma, que habita siempre con él y lo vigila, sin dejar jamás su conciencia desprovista de guía.

VISIÓN LÓGICA DEL DERECHO:

UNA DEFENSA DEL RACIONALISMO JURÍDICO

por Lorenzo Peña y Gonzalo

del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
Profesor vinculado *ad honorem* del CSIC

Prólogo.

Reconocimientos.

Introducción: Introducción: Lógica del Derecho y Derecho Natural

1. Un enfoque jusnaturalista en el medio académico hispano. 2. Las contaminaciones ideológicas del jusnaturalismo. 3. ¿Qué es la lógica del Derecho?

Parte I: Lógica nomológica y fundamentos del Derecho

Capítulo I: Esencia y existencia del Derecho

1. El Derecho en su esencia y en su existencia. 2. ¿Cómo es posible una contradicción entre la esencia y la existencia? 3. La esencia racional del Derecho y la «falacia naturalista». 4. La razón de ser del Derecho y el principio de no-arbitrariedad. 5. El bien común, única función del Derecho. 6. ¿En qué sentido el imperativo del bien común es una norma natural? 7. La necesidad de una lógica paraconsistente para un jusnaturalismo aditivo. 8. El principio nomológico de razón suficiente. 9. Similitudes y discrepancias entre el nuevo y el viejo racionalismo jurídico. 10. La reconciliación de la esencia con la existencia del Derecho.

Capítulo II: Las justas nupcias de la lógica y del Derecho

1. La necesidad de la lógica para el jurista. 2. Una lógica deontica correcta. 3. El bien común como criterio de selección. 4. Normas, situaciones jurídicas. 5. Obligación y verdad. 6. Indefinibilidad del operador de obligación. 7. Algunas objeciones. 8. Expandibilidad del vocabulario lógico. El holismo de Quine. 9. La estructuración racional del Derecho mediante un sistema de lógica nomológica. 9.1. Reglas de inferencia. 9.2. El principio de colicitud. 9.3. El *modus ponens* deontico. 9.3.1. Los principios de fusión deontica. 9.4. Algunos principios adicionales. 9.4.1. El principio de subalternación preceptiva. 9.4.2. Los dos principios de permisibilidad. 9.4.3. La regla *ad impossibile nemo tenetur*. 9.4.4. Los principios de distribución deontica. 9.5. Los principios de no impedimento y de causa lícita. 9.6. El principio del bien común. 9.6.1 Deberes y derechos de los miembros no humanos de nuestra sociedad interespecífica. 9.7. Una dificultad: las omisiones. 10. Correlatividad entre derechos y deberes. 11. Necesidad y normatividad. 11.1. Los axiomas del Derecho Natural son verdades necesarias. 12. El problema de las lagunas. 13. ¿Indeterminación de la ley? 14. Inconvenientes de la dicotomía entre licitud interna y licitud externa. 15. La fundamentación de los derechos humanos. 1ª vía. 2ª vía. 16. Relación entre los derechos de libertad y los de bienestar. 16.1. Restricciones injustificadas de la libertad. 17. ¿Cabe fundar la exigibilidad de los derechos humanos en consideraciones morales?

Anejo: Recapitulación de los axiomas de la lógica nomológica.

Parte II: Solución a las dificultades

Capítulo III: Primer conjunto de dificultades. El trilema del principio del bien común

1ª Dificultad. El insoslayable trilema del principio del bien común. **2ª Dificultad.** Ninguna norma jurídico-natural tiene relevancia jurídica. **3ª Dificultad.** Necesidad de distinguir entre lo prohibido *prima facie* y lo prohibido *habida cuenta de todo*. **4ª Dificultad.** Razón para mantener los distinguos conceptuales de Hohfeld. **5ª Dificultad.** Necesidad de la regla de cierre lógico. **6ª Dificultad.** Ninguna especie tiene que reconocerse

preferencia a sí misma. **7ª Dificultad.** Las aportaciones del juspositivismo a la fundamentación de los derechos humanos. **8ª Dificultad.** No todo lo inicuo es disparatado: El Derecho nazi.

Anejo: El ordenamiento jurídico de la Alemania hitleriana.

Capítulo IV: Segundo conjunto de dificultades. ¿Para qué sirve el Derecho Natural?

1ª Dificultad. ¿Cuál es el fundamento del Derecho Natural? **2ª Dificultad.** Juzgar natural aquello que a uno le gusta. **3ª Dificultad.** El principio del bien común no tiene ningún contenido claro. **4ª Dificultad.** El Derecho es un instrumento de dominación. **5ª Dificultad.** La máxima de vivir según la naturaleza. **6ª Dificultad.** Un Derecho Natural aditivo es inútil. **7ª Dificultad.** ¿Cuándo es sustractivo el jusnaturalismo que se profesa? **8ª Dificultad.** La lógica jurídica profesada nos lleva a la conclusión de que todo está prohibido. **9ª Dificultad.** El jurista positivista puede enunciar juicios de valor sobre las leyes vigentes. **10ª Dificultad.** El juspositivista puede fundar racionalmente los derechos humanos. **11ª Dificultad.** Si es ilícito impedir las conductas no prohibidas, todo estará prohibido. **12ª Dificultad.** Existencia de instituciones jurídicas injustas. **13ª Dificultad.** La no subordinación de la libertad y la cuestión de la tortura. **14ª Dificultad.** El Derecho Natural no brinda ninguna pauta unívoca. **15ª Dificultad.** Justificación de la tiranía.

Capítulo V: Tercer conjunto de dificultades. ¿Es irreducible lo deóntico a lo fáctico?

1ª Dificultad. Hay libertades no merecedoras de protección. **2ª Dificultad.** La libertad queda subordinada. **3ª Dificultad.** No cabe inferir lo deóntico de lo fáctico. **4ª Dificultad.** Discontinuidad del jusnaturalismo. **5ª Dificultad.** El principio del bien común es tautológico. **6ª Dificultad.** Las lógicas no clásicas no le interesan al jurista.

Capítulo VI: Cuarto conjunto de dificultades. La presunta falta de potencia crítica del jusnaturalismo aditivo

1ª Dificultad. Un jusnaturalismo aditivo no tiene potencia crítica. **2ª Dificultad.** Su componente sustractivo es puramente formal. **3ª Dificultad.** Todo queda al albur del intérprete. **4ª Dificultad.** El Derecho actual es un cuerpo desordenado. **5ª Dificultad.** La exigencia de racionalidad acarrea que lo que tenemos hoy no es Derecho. **6ª Dificultad.** ¿No incurre la presente propuesta en un positivismo ideológico? **7ª Dificultad.** Excesivas facultades del intérprete.

Capítulo VII: Quinto conjunto de dificultades. ¿Existe una moral objetiva que no sea Derecho Natural?

1ª Dificultad. La naturaleza de los operadores deónticos. **2ª Dificultad.** Impedir por la fuerza. **3ª Dificultad.** Los grados de obligatoriedad. **4ª Dificultad.** Moralidad objetiva.

Anejo: La separación entre Derecho y moral.

1. Las vidas apartadas de la ética y del Derecho.
2. El Derecho que es y el Derecho que debe ser.
3. Los valores nomológicos y la axiología.
4. La ética utilitarista.
5. Los peligros de la ética.
6. Monismo y dualismo axiológico.

Capítulo VIII: Sexto conjunto de dificultades. Normas y proposiciones normativas

1ª Dificultad. ¿No son acaso metalingüísticos los calificativos deónticos? 1. Presuposiciones nepositivistas. 2. La fuerza ilocucionaria de los jusivos. **2ª Dificultad.** El dilema de Jørgensen. **3ª Dificultad.** El principio de permisión, cuando no es tautológico, es un salto en el vacío. **4ª Dificultad.** La postulación de nuevas reglas de inferencia *ad hoc* no refuta la tesis de Hume-Moore de la indeducibilidad de lo normativo a partir de lo fáctico. **5ª Dificultad.** Carece de sentido que reciban calificaciones deónticas aquellos hechos que no sean acciones humanas. **6ª Dificultad.** La lógica, siendo puramente formal, no da cabida a constantes proposicionales. **7ª Dificultad.** No tiene sentido alguno atribuir verdad o falsedad a los derechos o a los deberes. **8ª Dificultad.** No existe una lógica correcta frente a otras incorrectas porque la lógica es analítica. **9ª Dificultad.** Si es variable el contenido del bien común, su obligatoriedad no puede ser una verdad necesaria. **10ª Dificultad.** Si un Derecho Natural aspira a servir de algo, ha de ser una herramienta de crítica externa al Derecho empíricamente

existente. **11ª Dificultad.** ¿Puede hablarse de lógica si se abandona la *regula uitandæ contradictionis*? **12ª Dificultad.** ¿En qué se sustentan, ontológica y epistemológicamente, el Derecho Natural y la lógica nomológica y en qué estriba la diferencia entre ambos?

Anejo N° 1. ¿Qué queda de la lógica deóntica estándar (LDE)?

1ª CONSECUENCIA: Las verdades metafísicamente necesarias serán obligatorias y lo metafísicamente imposible estará prohibido. 2ª CONSECUENCIA: El principio de simplificación. 3ª CONSECUENCIA: Todo sistema con antinomias normativas será delicuescente. 4ª CONSECUENCIA: Obligaciones indeseables. 5ª CONSECUENCIA: Disyunciones que matan. 6ª CONSECUENCIA: Incompatibilidad entre la LDE y el principio de consecuencia jurídica. 7ª CONSECUENCIA: Incompatibilidad de la LDE con el principio de colicidad. 8ª CONSECUENCIA: Incapacidad de la LDE para dar cuenta de razonamientos necesarios en la praxis jurídica.

Anejo N° 2. Algunos comentarios sobre las aportaciones de Alchourrón y Bulygin.

1. El sistema de lógica deóntica de 1973. 2. La dicotomía entre las dos concepciones de las normas: la hilética y la expresiva.

Anejo N° 3. El auxilio de la lógica no-monotónica.

Capítulo IX: La relevancia jurídica del Derecho Natural

Dificultad. ¿Es relevante el Derecho Natural?

Anejo: El Derecho Natural en la jurisprudencia alemana de la posguerra.

Conclusión

Referencias

PRÓLOGO

Siempre ha sido difícil abrazar puntos de vista que se opongan a los paradigmas comúnmente adoptados. Arriégase quien lo hace a que su aportación venga ninguneada. La ley del menor esfuerzo nos empuja a no discrepar de la mayoría de quienes nos rodean, más aún cuando se trata de una mayoría rayana en la unanimidad.

El presente ensayo asume ese desafío de remar contra la corriente; no en esto o en aquello, sino prácticamente en todo. En un ambiente doctrinal y académico donde se cuentan con los dedos de una mano quienes no se adhieren al positivismo jurídico, profesa esta obra la existencia de un Derecho Natural.

A la vez, concibe ese Derecho Natural como diferente de la moral y separado de ella, cuando —como sucedáneo del jusnaturalismo, hoy desdeñado— pululan las tendencias jusmoralistas, aquellas que sienten malestar ante un Derecho positivo a palo seco, buscándole un complemento anímico en la moral, sin por ello dejar de ubicarse dentro del positivismo (o del pospositivismo, que seguramente no deja de ser un positivismo afinado).

Por otro lado, el jusnaturalismo abrazado en este libro toma como sus maestros y precursores a los jusfilósofos de la Ilustración racionalista de los siglos XVII y XVIII —en particular, a Leibniz—, sin por ello renunciar al más amplio legado de la *philosophia perennis*, a la cual tiende a remitirse la mayoría de los poco abundantes nostálgicos del jusnaturalismo que todavía no se han rendido.

Plásmase esa raigambre leibniziana en un estrechísimo entronque del Derecho Natural con la lógica nomológica (una cuasi-identidad entre ambos), lo cual constituye otra singularidad, acentuada porque la lógica escogida no es la aristotélica —ni la lógica llamada «clásica», que desarrollaron Frege y Russell, preservando los supuestos lógicos esenciales de Aristóteles—, sino una lógica gradualista y contradictorial, una lógica de los grados de verdad (que, en lo normativo, se traduce en una lógica de los grados de licitud). No es que sea el autor de este trabajo el único filósofo del Derecho que haya optado por una lógica difusa, pero ningún otro ha desarrollado esa opción con dedicación, minuciosidad y espíritu de consecuencia (tal vez porque ningún otro tiene una trayectoria académica de lógico antes de ser filósofo del Derecho).

Otro rasgo propio del jusnaturalismo aquí defendido es que toma como deber y valor principal el bien común (en lo cual sigue la conocida enunciación de Santo Tomás de Aquino), al paso que —dentro del menguado círculo de los jusnaturalistas— es hoy más habitual otorgar ese sitio a la justicia. La discrepancia revela un desacuerdo sobre los fines del ordenamiento jurídico y de las instituciones políticas: para unos, trátase de arbitrar las desavenencias entre los ciudadanos desde la imparcialidad; para mí, la meta es el bien común, con la doble

consecuencia de que cada cual habrá de contribuir a ese bien común y, en contrapartida, participará del mismo, mediante el disfrute de los derechos de libertad y de los de bienestar, sin que haya primacía de los unos sobre los otros —mas pudiendo producirse antinomias. En relación con ello la justificación del poder político estriba en su servicio al bien común.

Sostengo, pues, que el axioma jurídico-natural del bien común es el fundamento de los dos mencionados conjuntos de derechos humanos.¹ Al exponer esa fundamentación y las antinomias a que da lugar, me veo obligado a entrar en la cuestión del rango de la libertad en el plexo de los derechos humanos y, más en concreto, de qué libertad se trata, en qué libertades específicas se plasma. Así pues, a diferencia de tantas invocaciones de la libertad en términos abstractos (en los círculos de las filosofías políticas liberales y libertarias, hoy prevalentes), este ensayo se moja, comprometiéndose al enumerar una serie de libertades de las cuales no disfrutamos en nuestros ordenamientos jurídicos, pero cuya denegación merma el bien común. Algunas de esas libertades son reclamaciones de un sector minoritario de la doctrina jurídica y de la conciencia pública, pero otras no parece que nadie más las haya reivindicado.

En su defensa del racionalismo jurídico, este libro se empeña en un número de batallas que, hoy por hoy, cabe dar por perdidas. No lo ignora el autor. ¿Esfuerzo vano? La posteridad lo dirá.

* * *

Se ha escrito la presente obra en tres etapas sucesivas. Compúsose en la fase inicial una versión preliminar de la Parte I, integrada en mi Tesis Doctoral jurídica *IDEA IURIS LOGICA* (sustentada en la Universidad Autónoma de Madrid el martes 16 de junio de 2015). A lo largo de un dilatado período (entrecortado por múltiples tareas) se fue redactando posteriormente un borrador de lo que es ahora la Parte II; tratábase de dialogar con mis colegas e interlocutores tomando en consideración sus observaciones; al hacerlo, íbanse perfilando y aclarando las tesis enunciadas en la Parte I. El tercer estadio ha sido el de una honda reelaboración de conjunto, habiendo releído cada capítulo para colmar brechas, no sólo introduciendo rectificaciones —donde fuera menester—, sino igualmente explicaciones y, en general, sistematizando un trabajo de síntesis doctrinal.

No se le escapa al autor que la obra es un producto de singular hechura (otra particularidad adicional de este texto). La Parte I empezó siendo un compendio de tesis sustentadas en nueve publicaciones sobre diversos temas de filosofía jurídica; en absoluto le hace eso perder su unidad temática, tratándose de un trabajo jusfilosófico. Precisamente por servir de síntesis sistemática de una pluralidad de cuestiones se logra proponer una filosofía jurídica —a la manera de un *tractatus brevis*, con una visión de conjunto (al fin y al cabo, la filosofía jurídica es filosofía).

¹. Por motivos que no abordaré en este estudio, soy escéptico sobre la existencia de derechos humanos que no pertenezcan a ninguna de esas dos clases, esos llamados de tercera o de cuarta generación.

La Parte II —cuya génesis ya he bosquejado— se perfila como una secuencia de *cuestiones disputadas* en torno a varios manojos de *dificultades*, cada una seguida de la *solución* que yo propongo.² Casi todas ellas me las han formulado mis interlocutores —a quienes se las debo y agradezco, aunque las haya enunciado yo con frases distintas, en aras de la claridad y unidad sistemática. Lejos de que estén prefabricadas para propiciar o legitimar las soluciones respectivas, lo contrario es verdad: he querido respetar siempre, si no la letra, al menos el espíritu de los reparos que se me han dirigido, de suerte que son las soluciones las que —a la atenta escucha de sendas dificultades, tomadas muy en serio— han venido a completar, aclarar y matizar los asertos de la Parte I.³

* * *

En su ulterior radicalización, algunos o muchos adeptos del positivismo jurídico están ya incluso arrinconando la propia locución de «filosofía del Derecho», cuya connotación

². Esa confección literaria, a modo de disputación, pertenece a la tradición de la *philosophia perennis* —de cuyo precioso legado se ha beneficiado el autor. Sólo que, en lugar del estilo erístico de *objección* y *respuesta*, he preferido una terminología —más idónea para el diálogo— de *dificultades* y *soluciones*.

Un lector habituado a los estilos usuales de la monografía académica puede mirar con ceño la disputación escolástica, considerándola obsoleta. Por mi parte, lejos de avergonzarme de lo que debo a mis lejanos maestros —como Duns Escoto, Francisco de Vitoria o Francisco Suárez (cuya sutileza aspiraría yo a emular)—, tomo como un halago que se compare esa parte de mi obra a la de los doctores escolásticos. Sin embargo no es menester remontarse a ellos. En la filosofía analítica es usual ese modo de presentación. Muchos *papers* dedican su última sección a una discusión de las objeciones —las unas ya dirigidas efectivamente a versiones precedentes del texto, las otras anticipadas por el autor.

Ese modelo estilístico (el tradicional de la *disputatio* y el analítico de la secuencia de objeciones y respuestas) lo juzgo superior al adoptado en las monografías de Teoría del Derecho, en el cual se desdibuja la delimitación entre las prolocuciones de los interlocutores, fundidas en un flujo discursivo sin cesuras. Es mejor que la enunciación de la dificultad venga deslindada de la solución, cual corresponde a una interlocución razonada, a la busca conjunta de la verdad a través del intercambio de ideas.

³. Huelga decir que algunas de esas dificultades se analizan con mucho mayor detalle que otras, por razones obvias.

recuerda al denostado Derecho Natural.⁴ Prefiérese ahora, en su lugar, construir una «Teoría del derecho».⁵

Tales construcciones suelen ser elaboraciones formales, en el sentido de ser neutras con relación al contenido del Derecho. Tienden a abordar tan sólo aspectos estructurales —como la jerarquía de normas, las nociones abstractas de validez, vigencia, eficacia, edicción, abrogación y otras afines. Más audaces —y menos constreñidos por ese prurito formalista—, algunos pospositivistas se adentran en temas como la racionalidad legislativa y los valores jurídicos.

En la producción académica del área de la filosofía jurídica hispana viene a darse casi un aire de familia, que se plasma en el género de monografías y de artículos que se publican. Trátase a menudo de tomar prolijamente un punto muy concreto, dándole vueltas, trayendo a colación lo que arguyen Fulano, Mengano y Zutano —preferiblemente cuando son textos aparecidos muy recientemente—,⁶ hasta causar a veces en el lector una sensación de *déjà vu* y de saciedad ante lo que semeja ser una serie de filigranas o devaneos nugatorios.⁷

En ese ambiente va a resultar extraña una obra que abraza un plan sistemático, en el cual vienen abarcados temas diversos, cada uno de los cuales podría prestarse a una

4. Me pregunto cuántos textos nuevos se publican con un título como «Filosofía del Derecho». Buscando en *Google-Books* libros en cuyo título figure la locución «derecho natural», aparecen varios dedicados a estudiar la teoría del Derecho Natural en célebres filósofos jurídicos del pasado. Fuera de eso, sólo libros de hace varios decenios, apuntes de clase para la asignatura que todavía entonces se impartía en varias Universidades españolas que aún se regían por el Plan de 1953 (el cual quedó definitivamente extinto en los primeros años del siglo XXI).

Pero es que, en el mismo sitio, los libros en cuyo título figura el sintagma «filosofía del derecho» también tienden a ser, o bien de orientación histórica, o, si no, antiguos, exceptuando poquísimos —como un texto de la UNED (de 2015) y alguno que otro publicado en México u otro país hispanoamericano.

Por el contrario, introduciendo la ristra «teoría del derecho» hallamos una muchedumbre, abundando las publicaciones recientes (las del siglo XXI). (Ni una sola con carácter histórico, del estilo «La teoría del derecho de Burlamaqui»; se ve que hasta las postrimerías del siglo XX nadie propuso una teoría del Derecho; a menos que —forzando los conceptos y jugando con las palabras— se quiera embutir ahí la *Teoría general del Derecho y del Estado* de Hans Kelsen o su *Teoría pura del Derecho*.)

Como curiosidad cabe citar el libro *Concepto y teoría del Derecho: Estudio de metafísica jurídica* de Adolfo Bonilla y San Martín, 1897. El subtítulo dice a las claras que eso nada tiene que ver con la teoría positivista del Derecho que hoy se profesa.

5. No ignoro que la nomenclatura viene impuesta por los planes de estudios, en cuyo diseño los profesores del área de filosofía jurídica han tenido que plegarse al sentir de sus colegas juristas (casi todos ellos positivistas hasta la médula de los huesos). Sin embargo, la tendencia antifilosófica reinante ha producido un síndrome de Estocolmo.

6. Y —en genuflexión ante los dictados de la gestocracia— sobre todo publicaciones indexadas en el cuartil superior de una escala diseñada por la bibliometría dominante. Además de eso, las múltiples referencias cruzadas despiden un aroma de endogamia intelectual.

7. Cada argumento a favor de un aserto se enfrenta a un número de dificultades, a cada una de las cuales se pueden oponer múltiples objeciones, cada una de las cuales, a su vez, presta el flanco a reparos, y así sucesivamente al infinito.

monografía exhaustiva del aludido tenor. Más aún cuando la obra no se ciñe a una contemplación estructural del Derecho, sino que entra en su contenido.⁸

En rigor el positivista nada tiene que decir sobre el contenido jurídico —el cual, en su opinión, incumbe exclusivamente al legislador. Piensa, en cambio, el jusnaturalista que, habiendo normas jurídicamente vigentes que no emanan de la edicción legislativa, han de examinarse los aspectos concretos en los que, o bien efectivamente se plasman en normas legisladas, o bien entran en contradicción con ellas.

Así, cualquier jusnaturalista reconocerá hoy que el Derecho Natural contiene una vigencia de los derechos fundamentales o naturales del hombre.⁹ Para el positivista la cuestión de los derechos humanos es material, cayendo fuera del ámbito de la teoría del Derecho.

Se asombrará, pues, un positivista de que —a pocas páginas de distancia— se afronten, en un mismo texto, cuestiones a su modo de ver no ya dispares, sino independientes, como lo serían la de los derechos humanos y la de las lagunas jurídicas.

Para el jusnaturalismo hay un nexo íntimo entre ambos temas (como lo pensaron los jusnaturalistas revolucionarios franceses, aseverándolo expresamente en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de agosto de 1789, que niega las lagunas en virtud del derecho natural a la libertad).

De ahí el marcado contraste entre la obra que tiene en sus manos el lector y la producción académica usual en la filosofía jurídica hispana. Contraste en el fondo y en la forma. Y es que a otro fondo corresponde otra forma.

* * *

La obra así producida es un texto de filosofía del Derecho. Por lo tanto, es, sustantivamente, un trabajo filosófico. Una sustantividad que viene, no obstante, afectada por su cualidad inherente de ser filosofía *del Derecho*, por lo cual se construye labrando materiales jurídicos: principios y textos legislativos, cánones jurisprudenciales, valoraciones y reglas constitucionales así como máximas de política legislativa.¹⁰

⁸. Violando así los cánones formales del positivismo metodológico —que tanto recuerdan a las viejas reglas dramatúrgicas de la triple unidad.

⁹. Evidentemente subsisten —o, hasta un tiempo reciente, han subsistido— los paleotomistas, que oponían Derecho Natural (entendido según la tradición aristotélico-escolástica) y derechos del hombre. El portaestandarte de esa corriente fue Michel Villey (v. *Philosophie du droit. II. Les moyens du droit*, París: Dalloz, 1984, 2ª ed.). En España un ilustre abanderado de las mismas ideas fue el difunto profesor Álvaro d'Ors. Según tendré ocasión de decirlo en esta obra, no creo que haya corte alguno entre el Derecho Natural de esa tradición escolástica y el de la Ilustración, de Grocio a Burlamaqui y Diderot. En Vitoria, Suárez y Mariana hallamos una tematización de los derechos del hombre —por más que difiera de aquella que nos ha conducido a abarazar la experiencia jurídico-política.

¹⁰. Puesto que cada autor es él y su circunstancia, los problemas jurídicos aducidos pertenecen más a los ámbitos hispano y francés que a los anglosajones, que no están ausentes. Hay también ejemplos históricos, porque el Derecho de hoy no existe sin su historia, igual que cada uno de nosotros no es nada sin su pasado.

Llévanse a cabo el acopio y el examen de tales materiales desde el prisma del racionalismo jurídico, de la construcción de una lógica del Derecho con una doble pretensión: descriptiva y prescriptiva. Me he ahorrado, en cambio, entrar en polémicas con las ideas de los demás filósofos del Derecho —sean de nuestro propio ámbito lingüístico o de otros. Puntualmente vienen citados Zagrebelsky, Raz, Alexy, Bobbio y Dworkin; hay bastantes referencias a Hart y a Fuller; mas es Kelsen el único autor del siglo XX en cuya compañía se camina luengo trecho, a pesar de estar doctrinalmente en las antípodas. (Hago una excepción con las aportaciones lógico-deónticas de Alchourrón y Bulygin, a las cuales consagro el Anejo N° 2 del capítulo VIII. En buena medida, todo ese capítulo constituye una polémica con la versión más radical del positivismo jurídico vinculada a la lógica deóntica.)

Respetando el trabajo de quienes se enfrascan en tales controversias, yo he optado por seguir otra senda: la de una construcción sistemática de problemas jurídicos de nuestro tiempo, que —sin ignorar esas aportaciones contemporáneas (ni rehuir un ocasional cara a cara)— aspira a proponer un tratamiento enraizado en la tradición jusnaturalista, no buscando la confrontación con planteamientos alternativos (salvo de soslayo, al ofrecer soluciones a las alegadas dificultades).

En suma la mayor originalidad de la obra que someto a la consideración del lector estriba en su honda raigambre en la tradición intelectualista y racionalista, la de Tomás de Aquino, Vitoria, Grocio, Leibniz y Wolff —entre otras luminarias—, pero de cara a inquietudes e interrogaciones jurídicas de nuestros días, con los instrumentos de formalización lógica que nos han suministrado las ciencias exactas de nuestro tiempo y con el auxilio de los métodos de razonamiento y análisis lingüístico-conceptual de la filosofía analítica del siglo XX.

Espero haber presentado todos mis asertos con comedimiento y con respeto a las tesis criticadas, con serenidad y con prudencia; sobre todo, basándolos en razonamientos.

* * *

Dedico mi libro a la grata memoria de quien dirigió mi primera Tesis Doctoral, el Profesor Paul Gochet, de la Universidad de Lieja, la que fue mi *Alma Mater* durante el cuatrienio 1975-79, en medio de mi largo exilio. Sin sus lecciones de lógica matemática y de filosofía de la lógica y del lenguaje —en la Facultad de Filosofía junto a la Plaza del 20 de agosto, a orillas del Mosa— no hubieran tomado cuerpo las ideas que, dos decenios después, alumbrarán la filosofía jurídica que, tras muchas reelaboraciones, viene finalmente pergeñada en el presente ensayo.

RECONOCIMIENTOS

Agradece el autor los comentarios a versiones previas de este ensayo que han tenido la bondad de expresarle Marcelo Vásconez Carrasco, María González Navarro, Antonio Enrique Pérez Luño, Andrés Ollero Tassara, Ricardo Cueva Fernández y Armando Pérez Rugerio. Para la redacción final no he dejado de tener en cuenta sus observaciones y críticas.

En la medida en que la presente obra deriva de mi Tesis Doctoral jurídica *IDEA IURIS LOGICA* —sustentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el martes 16 de junio de 2015—, tengo una deuda de gratitud para con mi Supervisor, el Doctor D. Liborio Hierro, y para con los cinco miembros del Tribunal, los doctores D^a Marina Gascón Abellán, D. Francisco Laporta San Miguel, D. Juan Antonio García Amado, D. Juan Ruiz Manero y D. Alfonso Ruiz Miguel. Sus nutridas y recias objeciones me han ayudado a pergeñar las disputaciones de la Parte II de la presente obra. (Huelga precisar, sin embargo, que ninguna de las dificultades debatidas en los capítulos III al IX se ajusta al tenor de lo que formularon mis juzgadores en aquel acto académico; por lo demás, varias de las objeciones son de mi propia cosecha.)

De todas las ayudas que he recibido, destaca, con muchísimo, la de Marcelo Vásconez, cuyos comentarios y objeciones han sido decisivos para la reescritura de varias partes de este ensayo (con el cual no pretendo haber puesto punto final a nuestro diálogo sobre la relación entre ética y Derecho Natural). En estas palabras mías sólo queda pálidamente reflejada mi deuda para con él.

Ni que decir tiene que han de imputarse exclusivamente al propio autor los subsistentes errores.

La investigación conducente a escribir el presente libro forma parte de la ejecución de dos programas de investigación:

- (1º) el Proyecto de I+D FFI2014-53926-R, del Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO), 2015-2017, «Responsabilidad causal de la comisión por omisión: Una dilucidación ético-jurídica de los problemas de la inacción indebida»; y
 - (2º) el «Programa interuniversitario de cultura de la legalidad» de la Comunidad de Madrid, S2015/HUM-4466 (coordinado por José María Sauca Cano).
-

Introducción: Lógica del Derecho y Derecho Natural

§1.— Un enfoque jusnaturalista en el medio académico hispano

La presente obra es jusnaturalista, o sea profesa la defensa de un Derecho Natural de orientación racionalista; un jusnaturalismo lógico, que también viene bautizado con los tres sintagmas de «racionalismo jurídico», «naturalismo jurídico» y «esencialismo jurídico», al paso que la doctrina predominante es abrumadoramente adepta del positivismo jurídico.

Para aclarar conceptos, voy a definir «jusnaturalismo» siguiendo a Max Weber: jusnaturalismo es la doctrina que afirma la existencia de un Derecho Natural, o sea «el conjunto de normas vigentes preeminentemente frente al Derecho positivo y con independencia de él, que no deben su dignidad a un establecimiento arbitrario, sino que, por el contrario, legitiman la fuerza obligatoria de éste. Es decir, el conjunto de normas que valen, no en virtud de provenir de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes».¹¹ Por «juspositivismo» o «positivismo jurídico» entiendo la doctrina que rechaza la existencia de un Derecho Natural.

Igual que en muchos países hispanoamericanos —o en todos ellos— el jusnaturalismo es hoy extremadamente minoritario en España. En el mundo anglosajón tiene más vitalidad —asociado a ciertas corrientes analíticas y a otras a las que podríamos tildar de neoneotomistas—; pero, aunque sin llegar a su cuasi-proscripción en el ámbito hispano, en general el jusnaturalismo es hoy, en el mundo entero, una corriente bastante minoritaria, que suele considerarse rancia y anticuada.¹²

¹¹. Max Weber, *Sociología del derecho*, Comares, 2001, pp. 209-10.

¹². Incluso en el mundo de habla francesa —donde también se ha impuesto arrolladoramente el juspositivismo— persiste una respetabilidad académica de la temática del Derecho Natural. Probablemente la causa es que (pese al revisionismo histórico inaugurado por François Furet) en el país vecino no se ha eliminado el tropismo de la Revolución Francesa como cuna de las instituciones de la República y de los derechos del hombre. En la medida en que la Declaración de 1789 está incorporada a la Constitución de la República Francesa, siendo, como es, inseparable tal Declaración —y todo el legado revolucionario— de su matriz doctrinal, el *Droit naturel* de la Ilustración racionalista, por mucho que hoy prevalezcan las obediencias positivistas, nunca eclipsan del todo un larvado interés por el Derecho Natural —desde luego predominantemente histórico y referido al pasado, mas no sin alguna proyección para el presente.

Puedo citar los dos botones de muestra siguientes: Las Jornadas internacionales de historia del Derecho Natural y de los derechos del hombre organizadas en Grenoble del 27 al 30 de mayo de 2009 por la sociedad de historia del Derecho de la Universidad Pierre-Mendès-France, Grenoble II (sus actas se han publicado en el volumen *Droit naturel et droits de l'homme*, PUG, 2011, ISBN 9782706116391); y el coloquio internacional de la *Association Française des Historiens des Idées Politiques*, Poitiers, también en mayo de 2009, con el tema «Un dialogue juridique-politique: le droit naturel, le législateur et le juge», cuyas Actas se han publicado en las Presses Universitaires d'Aix-Marseille en 2010, ISBN 9782731407051.

Bajo el poder personal y totalitario del general Franco Bahamonde se fue implantando, con auspicio oficial, la neoescolástica tanto en las Facultades de Filosofía cuanto en las cátedras de Filosofía del Derecho de las Facultades jurídicas; uno de los ingredientes de esa neoescolástica era la recuperación del jusnaturalismo de nuestro Siglo de Oro.

Reaccionando contra esa imposición desde arriba, en las postrimerías del régimen y en los albores del que le sucedió enarbolaron el estandarte de un rechazo radical de la escolástica —vieja o renovada— tanto los estudiosos de la filosofía pura cuanto los de la filosofía jurídica. En uno y otro caso se optó por el positivismo.

En filosofía pura fue el positivismo gnoseológico, principalmente uno más o menos enraizado en el neopositivismo vienés de los años 20 y en corrientes posteriores influidas por él; pero en esa disciplina también tuvieron presencia el existencialismo, la fenomenología, el neokantismo, cierto neomarxismo y las hodiernas corrientes de la filosofía teutónica brotadas como ramas de esas tradiciones (v.g. Habermas y Apel); más tarde vendría el posmodernismo galo e italiano, con Derrida, Foucault, Deleuze, Lyotard, Lacan, Vattimo, Negri y Agamben.

Todas esas escuelas coincidían en ser positivistas en un sentido preciso: rechazar la metafísica. Entre algunos de los más notables (como Sacristán y Muguerza) tal rechazo adquirió un color particular: el adjetivismo, la visión de la filosofía como un saber derivado cuya sustancia, extrafilosófica, vendría exclusivamente suministrada por otros saberes u otras ramas de la cultura: la religión, las ciencias, la moral, el discurso y el pensamiento políticos y el arte; si, más allá de la filosofía de la religión, la de la ciencia, y de las otras de ese tipo, iba a existir una que se ocupara de ofrecer un panorama de conjunto, no sería una filosofía primera, sino última. La filosofía sería meta-ciencia, meta-política, etc; esa filosofía última vendría a ser meta-meta-ciencia, meta-meta-política y así sucesivamente.

Aunque era diferente la problemática en la disciplina de la filosofía del Derecho, se dan hondas concordancias en cuanto a orientaciones y motivos.¹³

En 1984 institucionalizáronse, por decreto, las «áreas de conocimiento», un concepto nuevo y artificial, recién creado por la Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 1983. Desconozco en qué otro país del mundo existan unas «áreas de conocimiento» oficialmente creadas desde arriba, que hagan preceptiva la pertenencia a cada área de unas determinadas disciplinas o asignaturas —y de los profesores encargados de su docencia—; áreas que vienen a ser como archidiócesis entre las cuales queda particionado el saber académico: las unas grandes (y, por lo tanto, heterogéneas) y las otras pequeñas.

Cualquiera sabe que hay disciplinas o asignaturas susceptibles de una pluralidad de asociaciones con otras aledañas. En el mundo anglosajón es frecuente que haya una asignatura

Pensemos qué evoca en España la locución «la revolución española». La desmemoria histórica, el deliberado olvido de todo lo anterior a 1978, han acarreado que sea casi impensable tener un punto de referencia de la identidad colectiva como 1808 o 1868. El jusnaturalismo que inspiró aquellas dos revoluciones sólo interesa a algunos especialistas

¹³. Sobre la íntima afinidad entre el positivismo gnoseológico y el positivismo jurídico, v. (Peña, 2015a).

o disciplina, X, tal que un profesor la trabaje y profese juntamente con otra, Z, al paso que otro profesor la cultiva juntamente con Y, sin que ninguno cultive Y y Z (basta, para cerciorarse de ello, consultar los elencos del profesorado de las respectivas Universidades).

Así quedó la filosofía: de un lado, la estética, que pronto emigró para abandonar la vecindad del resto de las materias filosóficas; del otro, un área de lógica y filosofía de la ciencia, cuya unidad temática y metodológica era de lo más discutible; en tercer lugar, un área bastante amplia, la de «filosofía» a secas, que venía a agrupar todas las disciplinas filosóficas no subsumidas en ninguna otra área; y, finalmente, el área de «filosofía del Derecho, moral y política» —FDMP para abreviar—, en la cual quedaron fundidas la filosofía del Derecho y la ética.¹⁴

El área unificada de FDMP era una amalgama que se extinguió el 28 de noviembre de 1996, en virtud de una Resolución del Consejo de Universidades que decide escindirla en dos: la filosofía del Derecho, para los juristas, y la filosofía moral, para los filósofos.¹⁵

Tal comunión estaba erizada de dificultades que venían de lejos. Como lo recuerda Gerardo Bolado (Bolado, 2001), las relaciones intelectuales —y hasta de amistad— que pudieron trabarse en esos tres cuatrienios venían lastradas y obstaculizadas por la total separación histórica entre las dos disciplinas de la ética —que sólo se impartía en las facultades de Filosofía y Letras— y de la filosofía jurídica —que sólo se impartía en las de Derecho.

Desde finales del siglo XIX se habían divorciado ambas Facultades —y, por lo tanto, se habían distanciado las disciplinas que se estudiaban en la una y en la otra—. Hasta comienzos del siglo XX era todavía posible a los profesores pasar de la una a la otra (subsistiendo aún cierto tiempo la conexión entre historiadores a secas e historiadores del Derecho, p.ej.; v. Peña, 2010a); pronto dejó de ser así. En concreto, un alumno que cursara toda la carrera de filosofía podía desconocer que existía una filosofía del Derecho y, a mayor abundamiento, qué figuras o corrientes se destacaban en ella, al paso que un alumno que culminara la licenciatura en Derecho no habría tenido de la filosofía no jurídica más noticia que la que, de pasada, deslizara algún día en sus lecciones el respectivo profesor que impartiera las dos disciplinas de Derecho Natural (en primer año) y de Filosofía del Derecho (en el quinto y último año).

Los profesores de filosofía del Derecho eran juristas, licenciados en Derecho, que, en su doctorado, habían optado por esa disciplina, sin haber cursado nunca otros estudios filosóficos (salvo, excepcionalmente, algunos, por afición, a título de opción personal). A la inversa, vivían completamente de espaldas a la filosofía jurídica quienes, habiéndose doctorado en Filosofía pura (la especialidad filosófica de la Facultad de Filosofía y Letras), habían

¹⁴. Un efecto de la partición es que en España, desde 1984, ha sido imposible lo que es común en el mundo anglosajón: profesar, a la vez, lógica y metafísica, o ética e historia de la filosofía —y, en general, cualesquiera combinaciones inter-áreas pues, en los concursos, ese salirse de los límites del área puede venir reprochado como demérito.

¹⁵. La Resolución vino publicada en el BOE el 10 de diciembre del mismo año.

accedido a la docencia universitaria en esa misma Facultad. (Hoy la situación ha vuelto a ser exactamente la misma.)

Ese paréntesis, el período 1984-96 durante el cual estuvieron integradas en una sola área ambas disciplinas, ética y filosofía del Derecho, constituyó una imposición voluntarista del poder político y del académico, fomentada por determinados intereses de escuela; no podía cuajar ni prender porque, pese a las indudables analogías de problemática y de método, tratábase, en verdad, de dos culturas, de dos tradiciones, de dos profesiones académicas, de dos marcos institucionales, sin que en ningún momento se pretendiera colmar el bache favoreciendo el estudio de asignaturas filosóficas por los alumnos de Derecho y viceversa y sin que se tendiera ningún otro puente. Estaba cantada la escisión; si no estalló antes, fue por la prevalencia de los aludidos intereses.

Por otro lado, esa subsunción en un área común de la ética y de la filosofía jurídica poco contribuía a acercar el estudio jusfilosófico al de la filosofía a secas. En efecto, no sólo no facilitaba los nexos de la filosofía jurídica con la lógica, con la filosofía del lenguaje, con la ontología y con la historia de la filosofía, sino que los estorbaba, ya que la partición en áreas conllevó el fomento de una especie de «patriotismo de área» y una xenofobia hacia las áreas ajenas, por muy próximas que fueran y por unidas que estuvieran más allá de nuestras fronteras estatales.

§2.— Las contaminaciones ideológicas del jusnaturalismo

Ese efímero consorcio de la disciplina jurídica de filosofía del Derecho y de la disciplina filosófica de la ética en el común hogar de la FDMP, a la vez que animó a acentuar el positivismo de los unos atizado o caldeado por el de los otros (incentivando una radicalización del positivismo jurídico por el respaldo de los hinchas del positivismo gnoseológico y viceversa), ofrecía, paradójicamente, al positivismo jurídico un sucedáneo para el Derecho Natural: el recurso a la moral.

La paradoja estriba en lo siguiente. Los adeptos del juspositivismo siempre han presentado como un grandísimo logro y un avance histórico de su escuela haber consumado la separación de Derecho y moral ya apuntada o esbozada por Samuel Pufendorf y Manuel Kant (aunque ninguno de los dos era juspositivista). Es más, las enunciaciones corrientes de la doctrina del juspositivismo en España suelen condensarse en la fórmula de la separación de Derecho y moral.

Ahora bien, a lo largo de esos mismos lustros de máximo apogeo positivista —profesado con el mayor ardor y hasta con espíritu militante—, o sea durante el veintenio de 1975 a 1995, aproximadamente, empieza también un cierto declive o desgaste del positivismo en sus formulaciones más fuertes, lo cual llevará al surgimiento de las corrientes llamadas «pospositivistas». Éstas, sin renunciar en absoluto a lo esencial del positivismo jurídico (la tesis de que no hay más Derecho que el positivo, o sea de que la única fuente del Derecho es la emanación de una autoridad), a la vez que se mantienen firmísimas en cualquier rechazo a

todo lo que sea o parezca un retorno del Derecho Natural, quieren paliar algunos de los inconvenientes del positivismo estricto mediante un recurso a la moral.

Tal hibridación reviste varias formas, como el positivismo inclusivo (que juzga que la moral es una instancia válidamente justificada por el propio Derecho en determinados casos), el neoconstitucionalismo (para el cual los valores morales están incorporados al Derecho en los modernos sistemas constitucionales) y —un poco más difíciles de catalogar— otras teorías como el racionalismo trascendental de Alexy y el interpretativismo de Dworkin. Acuden a la moral porque ésta les sirve para seguir repudiando que haya cánones jurídicos que no sean positivos; en su lugar hay cánones morales, de suyo extrajurídicos, pero, a veces, justificados o justificables.

Va más lejos el atractivo por la moral, pues hasta ciertos positivistas excluyentes¹⁶ entienden a menudo que la exigencia de derechos humanos es una válida reclamación moral (desde luego extrajurídica) allí donde todavía no han sido reconocidos en los textos constitucionales vigentes, como en la España de 1978; según ese punto de vista, la moral interpela al Derecho, de suerte que el poder constituyente, sin estar jurídicamente constreñido a hacerlo, puede y, moralmente, debe inclinarse ante ese imperativo moral de reconocimiento y respeto a los derechos humanos.

¡Qué circular itinerario! Tras haberse ufanado de emancipar el Derecho de la moral, ahora el positivismo jurídico llama a las puertas de la moral pidiéndole un auxilio con tal de cerrar el paso a cualquier rehabilitación del Derecho Natural.

Al margen de ese aprovechamiento de la moral para fines de remozar la fachada del positivismo jurídico, lo esencial fue que, en esos años de infecundo concubinato, la antimetafísica y el positivismo de los unos contagiaron a los otros —en la medida en que no lo estuvieran ya— y, claro está, recíprocamente. Así, entre el adjetivismo y otras corrientes dizque posmetafísicas, en ética, y el anti-jusnaturalismo en la filosofía jurídica formóse un espíritu común (al menos en esa convergente oposición a todo lo que supusiera metafísica y, por lo tanto, también al Derecho Natural), con una orientación combatiente, que entendía que la metafísica y el Derecho Natural quedaban irremediablemente comprometidos, para siempre, por haber formado parte de la ideología asociada al régimen político precedente (oficiosa más que oficialmente).

* * *

Al atender exclusivamente a esa instrumentalización de una determinada versión pretérita del Derecho Natural por ciertos ideólogos académicos de un régimen despótico (erróneamente calificado de «nacionalcatólico») ignorábase la compleja historia del Derecho Natural, no sólo en España, sino también en los demás países de Europa.

¹⁶. O sea, tales que no aceptan que, en los ordenamientos modernos, los valores morales estén incorporados al contenido del Derecho.

La enseñanza de la asignatura del Derecho Natural arranca en Alemania en 1660, al venirle confiada a Samuel Pufendorf la recién creada cátedra de esa denominación en la Universidad de Heidelberg por decisión del Príncipe Elector Palatino. Generalízase el ejemplo en los países germanos de fe protestante. La innovación se extiende a Holanda y Suiza, primero, y después a los países católicos del Sacro Imperio Romano-Germánico.

Por el contrario, en Francia opónense con uñas y dientes las Facultades jurídicas, empezando por la Sorbona. Enseñábanse sólo el Derecho romano y el canónico, aunque, desde 1679, se había agregado la asignatura del Derecho francés. Con vehemente hostilidad viene rechazado el Derecho Natural, como una materia extrajurídica, por los profesores de Derecho. Si bien en Alemania las Universidades católicas han ido introduciendo esa asignatura durante la primera mitad del siglo XVIII, en Francia habrá que esperar a la Revolución.

Sin embargo, esa proscripción del Derecho Natural en la docencia académica no consigue cerrar el camino al avance del jusnaturalismo entre los juristas, principalmente entre los de rango e influencia máximos. Difúndese a raudales la obra del Profesor ginebrino Jean-Jacques Burlamaqui. Sus *Principes du Droit Naturel*, de 1747, fueron un ineludible *vademecum* para varias generaciones de operadores jurídicos. Ese libro se tradujo a seis idiomas, alcanzando 60 ediciones. Particularmente influidos por él se nos revelan los *parlementaires*, o sea los miembros de las Cortes Soberanas, junto con todo el *establishment* jurídico ilustrado.¹⁷ Son ávidos lectores de Burlamaqui no sólo su compatriota Rousseau, sino también Diderot; más tarde, se dejará notar su influencia en la obra de los redactores de la Constitución estadounidense de 1788.¹⁸

Al positivismo jurídico *avant la lettre* de los profesores de Derecho añádese la virulenta resistencia del estamento eclesiástico. ¿Cómo así cuando los grandes doctores de la Iglesia habían profesado la existencia del Derecho Natural, cultivado con brillantez por la Escuela de Salamanca, de la cual derivan, a través de Grocio y Leibniz, los jusnaturalismos de la Ilustración? Por dos razones.

La primera es que, a pesar de ese origen, el jusnaturalismo del Siglo de las Luces exhibe una nueva faceta, llevando a sus últimas consecuencias tesis ya presentes en la Escuela de Salamanca —sólo que ahora promovidas con un renovado vigor; tesis que manifiestan el potencial crítico del racionalismo jurídico, el cuestionamiento de las leyes arbitrarias, la afirmación de que el soberano está sometido a la imperatividad de normas suprapositivas, de

¹⁷. V. *infra*, solución a la 2ª dificultad del capítulo III.

¹⁸. Repróchasele a Burlamaqui falta de originalidad, incluso plagio. Lo que sucede es que en un libro póstumo sobre principios del derecho político —editado por sus discípulos— se insertan amplios extractos de Jean Barbeyrac y de Samuel Pufendorf (tomados de los apuntes de sus clases magistrales). Ambos libros se juntarán después en uno titulado *Principios del Derecho Natural y político*. Sin embargo, Burlamaqui se distancia radicalmente de ambos predecesores, rechazando de plano su voluntarismo y su pesimismo, al abrazar, al revés, las ideas optimistas e intelectualistas de Leibniz. V. Petter Korkman, «Burlamaqui and Natural Law» (tomado de la introducción al libro de Burlamaqui *The Principles of Natural and Politic Law*, trad. por Thomas Nugent, ed. y comentarios de Peter Korkman, Indianapolis: Liberty Fund, 2006); disponible en <http://oll.libertyfund.org/pages/burlamaqui-and-natural-law>, acc. 2016-10-11.

lo cual se deduce —o puede al menos deducirse— una legitimación de la desobediencia y hasta de la rebelión cuando, grave y persistentemente, el poder vulnera su obligación de atenerse a esos cánones jurídico-naturales.

Además, ya no son clérigos y frailes quienes formulan las teorías del Derecho Natural, ya no permanecen éstas enunciadas en la calma de los claustros conventuales y en el latín de las Escuelas, sino que, impresas en la lengua hablada, llegan a un público muchísimo más amplio, a la vez que las enseñan —también en alemán, francés, inglés, etc— catedráticos laicos, como Christian Wolff, Burlamaqui y Vattel, abanderados de las ideas ilustradas.

La segunda razón por la cual, en la Francia monárquica del siglo XVIII, se produce un encrespamiento frente al Derecho Natural es la influencia de Bossuet, un escritor y predicador que ha dominado la doctrina católica —y no sólo en Francia— hasta fines del siglo XIX. Inspirado en San Agustín, Bossuet impone un giro pietista-fideísta al pensamiento católico. En su visión los súbditos están obligados a una obediencia absoluta, ciega e incondicional (lo cual no se concilia con el punto de vista que había sostenido Santo Tomás de Aquino); la naturaleza humana está tan pervertida por el pecado original que la luz de la razón queda entenebrecida, siendo ilusorio creer que los hombres pueden descubrir la verdad con la experiencia y la lógica y que, ufanados de sus presuntos hallazgos, tienen licencia para juzgar a sus soberanos, cuyos mandamientos no deben cuestionarse ni siquiera en el fuero interno, puesto que el poder viene de Dios.

Según lo he dicho más arriba, sólo después de 1789 se vencerán esas resistencias. El siglo XIX, con el apogeo del liberalismo y del constitucionalismo, será el del esplendor de las cátedras y los manuales de Derecho Natural en las Facultades jurídicas de las Universidades de Francia y de Europa.¹⁹ Nada más alejado de la verdad, por consiguiente, que la creencia de que el Derecho Natural es algo propio del antiguo régimen.

¡Crucemos los Pirineos! En (Peña, 2013) se traza sucintamente un recorrido de la profesión académica del Derecho Natural en España. Habiéndose introducido como asignatura en los años 70 del siglo XVIII —por influencia de D. Gregorio Mayáns y Sísar y de otros ilustrados—, fue prohibida (mediante Real Orden del 31 de julio de 1794) por Carlos IV —temeroso de que el racionalismo jusnaturalista pudiera poner en peligro su trono, como había puesto el de su primo Luis XVI—. El valido Godoy va a perseguir con saña al Derecho Natural, reiterando la prohibición del mismo en 1802 y en 1807 (Real Cédula de 12 de julio).

Gracias a la revolución patriótica de 1808, llega el liberalismo a nuestra tierra hispana. Los liberales en el poder, en marzo de 1814, elaboran planes de estudios para la enseñanza secundaria y superior que prevén la docencia del Derecho Natural y de los principios de la legislación universal; no pudo aplicarse tal prescripción, pues lo primero de que se ocupa Fernando VII, al restablecer la monarquía absoluta, es de volver a prohibir la enseñanza del Derecho Natural. La revolución de enero de 1820 restituye esa asignatura (junto con la de

¹⁹. El *Cours de droit naturel* del krausista Enrique Ahrens sale a la luz en 1838, alcanzando 24 ediciones en siete idiomas. Todavía mayor fue la difusión en el mundo universitario del *Cours de droit naturel* del catedrático Théodore Jouffroy, asimismo reeditado múltiples veces.

«Principios de legislación universal») durante el trienio constitucional, pero la nueva invasión francesa, la de los Cien Mil Hijos de San Luis, restaura en diciembre de 1823 el poder absoluto de Fernando VII; entonces su valido de turno, Calomarde, se apresura a eliminar de nuevo la docencia del Derecho Natural.

El Derecho Natural será restablecido por la revolución liberal de 1836 (la que momentáneamente restituyó la vigencia de la Constitución de 1812). Con la regencia de D. Baldomero Espartero, en 1841, se afianza la cátedra de Derecho Natural. La llegada al poder de los moderados en 1844 elimina de nuevo esa asignatura, reemplazándola por las de Prolegómenos al Derecho y legislación comparada. Habrá que esperar a la Gloriosa Revolución antiborbónica de 1868 para que el ministro Ruiz Zorrilla restituya, por Decreto de 25 de octubre, la asignatura de Principios del Derecho Natural. Nuevamente suprimida con la restauración de Alfonso XII en 1875, la vuelve a implantar el ministro liberal Germán Gamazo por el Real Decreto de 2 de septiembre de 1883.

Desde esa fecha (con fugaces eclipses) se mantiene la asignatura de Derecho Natural durante los veintitantos lustros siguientes.²⁰

Con la hegemonía del pensamiento krausista, importado por D. Julián Sanz del Río y la pléyade de sus discípulos, a lo largo del siglo XIX el Derecho Natural fue la bandera de los progresistas y, más tarde, de los demócratas y republicanos, al paso que los reaccionarios y los moderados, sin negar del todo la existencia de un Derecho Natural, deseaban desactivar su potencial revolucionario, confinándolo a un angostísimo espacio intelectual de mera propedéutica.

Bajo el magisterio de los soberanos pontífices Gregorio XVI y Pío Nono el catolicismo de la época restringe al máximo las virtualidades o pretensiones del Derecho Natural, propugnando, frente a él, una postura un tanto fideísta, según la cual al hombre le es imposible alcanzar, por la luz puramente natural de la razón, una visión certera de las normas necesarias para la convivencia social sin el auxilio de la revelación sobrenatural y, por lo tanto, sin reverente acatamiento a las enseñanzas de la Iglesia. Además, se subordinan las normas de Derecho Natural a los preceptos de la Ley Divina positiva, cuya transmisora y depositaria es esa misma Iglesia.

Hay que leer la encíclica *Quanta cura* de Pío Nono, junto con su anejo, el *Syllabus complectens præcipuos nostræ ætatis errores*. De ella destacamos unas perlas:

Pues [como] sabéis muy bien, Venerables Hermanos, se hallan no pocos que aplicando a la sociedad civil el impío y absurdo principio que llaman del naturalismo, se atreven a enseñar «que el mejor orden de la sociedad pública, y el progreso civil exigen absolutamente, que la sociedad humana se constituya y gobierne sin relación alguna a la Religión, como si ella no existiese o al menos sin hacer alguna diferencia entre la Religión verdadera y las falsas». [...] Mas, ¿quién no ve y siente claramente que la sociedad humana, libre de los vínculos de la religión y de la verdadera justicia, no puede proponerse

²⁰. V. sobre todo este tema Palomar Maldonado, 2005.

otro objeto que adquirir y acumular riquezas, ni seguir en sus acciones otra ley que el indómito apetito de servir a sus propios placeres y comodidades? [...]

Entre las pestilencias enumeradas en el *Syllabus* están éstas tres: «III. La razón humana es el único juez de lo verdadero y de lo falso, del bien y del mal, con absoluta independencia de Dios; es la ley de sí misma, y le bastan sus solas fuerzas naturales para procurar el bien de los hombres y de los pueblos»; X «la filosofía no puede ni debe someterse a ninguna autoridad»; «XIV. La filosofía debe tratarse sin mirar a la sobrenatural revelación».²¹

En aplicación de esas enseñanzas minusvalorantes del Derecho Natural (y en general de la naturaleza humana, corrompida por el pecado, que enturbia la razón natural), la jerarquía eclesiástica se va a mantener —hasta Juan XXIII y el Concilio Vaticano II— en beligerante oposición a los derechos naturales del hombre, contraponiéndoles los derechos de Dios, si bien unos pocos filósofos católicos, como Jaques Maritain, se inspiran en el jusnaturalismo tomista para fundamentar la profesión de los derechos humanos (jugando un importante papel en la preparación de la Declaración universal de 1948; v. Peña, 2013).

A ese fideísmo decimonónico empezó a poner tímidamente fin el pontificado renovador de León XIII, 1878-1903, con su Encíclica *Æterni Patris*, 1879-08-04, que inaugura un renacimiento del tomismo.²²

Ese trasfondo nos ayuda a comprender cuán de circunstancias será el jusnaturalismo impuesto por los neotomistas del régimen de Franco en la Universidad española de los años 40, 50 y 60 del siglo XX, al paso que es una larga historia la militante alianza entre progresismo y jusnaturalismo, ásperamente combatida por el tradicionalismo, que subestimaba o menospreciaba el Derecho Natural; aunque, en su caso, tratábase de salir por los fueros, no de la ley positiva humana, sino de la ley positiva divina,²³ el moderantismo, menos fervoroso

²¹. V. <http://www.filosofia.org/mfa/far864a.htm>, acc. 2015-07-24.

²². Advirtamos, no obstante, que no se da sólo una ruptura parcial sino también una considerable dosis de continuidad entre la doctrina de Pío Nono y la de su sucesor en el solio pontificio.

²³. Suena hoy extraño el aserto de que el tradicionalismo católico del período de los pontificados de Gregorio XVI y Pío IX, en su desdén por el Derecho Natural, profesaba un punto de vista rayano en un cierto positivismo jurídico; es el positivismo —eso sí—, no de la ley humana, sino de la divina. (Ese punto de vista seguirá siendo abrazado por el Partido Integrista —Partido Católico Nacional— fundado en 1888 por D. Ramón Nocedal y Romea, distanciándose del partido carlista oficial cuando éste asuma las nuevas orientaciones doctrinales de su santidad León XIII.)

Para aclararlo, repasemos los textos clásicos de la filosofía jurídica. En ellos siempre se distinguió, dentro de la ley divina, dos ramas: la ley natural (o Derecho natural) y la ley divina positiva.

Toda la ley natural es divina. Sin embargo, el sentido y el alcance de tal aserto difiere según las escuelas. Para los intelectualistas —como Santo Tomás y Leibniz— Dios ha promulgado esas leyes porque no podría no promulgarlas, ya que son dictados de la razón y necesariamente Dios regula el mundo que crea con vistas al bien. En cambio, para los voluntaristas —como Duns Escoto y Pufendorf— la fuente de la ley natural es la voluntad divina; igual que, según Descartes, Dios hubiera podido decidir otras verdades lógicas y matemáticas, para los voluntaristas Dios habría podido edictar una ley que mandara robar, matar o fornicar y prohibiera la benevolencia. (Los voluntaristas abordan el dilema de Eutifrón optando por la alternativa según la cual lo bueno es bueno porque Dios lo quiere y no al revés.)

en devoción religiosa, se sumaba al mismo recelo frente al empuje subversivo del jusnaturalismo.

Es cierto que tal alianza se extingue en el tercer tercio del siglo XIX por efecto de dos factores:

- (1) de un lado, en los ambientes progresistas, liberal-republicanos (vertebrados por la Institución Libre de Enseñanza, aunque sin monopolio alguno), el espíritu de los tiempos va dejando de lado el viejo jusnaturalismo krausista para amoldarse al positivismo que va ganando terreno; y
- (2) bajo el decisivo influjo de los Papas León XIII y Benito XV, los medios del tradicionalismo y del conservadurismo hacen las paces con un Derecho Natural —que nunca habían negado del todo pero que sí habían coartado en el período fideísta de los pontificados precedentes. Así se produce una relativa inversión de posturas.

Relativa nada más. Si no nos contentamos con los rótulos, sino que hurgamos el fondo, veremos huellas del jusnaturalismo —krausista u otro— en la obra de los juristas que elaboran la Constitución y las leyes principales de la II República (en su primer bienio, el de avance progresista), según he tratado de mostrarlo en (Peña, 2009a). Nunca se perdió del todo la referencia a los paradigmas decimonónicos ni dejaron los republicanos de los años 30 del siglo XX de inspirarse (parcialmente) en las ideas de 1868 y 1873. Persiste en su mente la visión racionalista y teleológica del poder político, en contraste con la concepción historicista y ancestralista que será la pauta del régimen del 18 de julio (que se enorgullece de heredar el legado de pensadores irracionales como Juan Donoso Cortés y Ramiro de Maeztu): la ideología expresada en los lemas «¡Por el Imperio hacia Dios!», «España, luz de Trento y martillo de herejes»; la justificación de la Inquisición; el tomar como modelo las instituciones

Al margen de esa discusión (en la cual —hay que decirlo— el voluntarismo fue siempre muy minoritario), todos conceden que Dios también edicta unas leyes positivas. La diferencia entre las leyes divinas positivas y la ley natural es que ésta última nos es accesible por la luz natural de la razón, mientras que la ley divina positiva sólo la conocemos por la revelación sobrenatural. De la ley natural vemos la necesidad en virtud de una reflexión racional; la ley divina positiva se nos aparece como un *factum* bruto y sin porqué. Eso no significa que forzosamente sea arbitraria en sí (*quoad se*); pero, perteneciendo su motivación a los insondables designios de la Providencia —opacos a la luz de nuestra razón humana—, es arbitraria *quoad nos*. Así, son preceptos positivos los mandamientos de observar la cuaresma y holgar el domingo (el día del Señor); pero preceptos positivos divinos, no humanos.

No olvidemos que, en la Ilustración racionalista, un número significativo de autores admitieron la ley natural pero rechazaron la existencia de la ley divina positiva (que ya en Leibniz apenas juega papel alguno, tendiendo a evacuarse o diluirse). En ese grupo están todos los deístas, agnósticos y ateos que abrazan un Derecho natural sin connotaciones teológicas —entre ellos, todos los enciclopedistas, a quienes había precedido Grocio al proclamar que, así no existiera Dios, tendrían vigencia las normas jurídico-naturales, pues éstas no derivan su validez de la voluntad divina.

El jusnaturalismo decimonónico rechaza que el ordenamiento jurídico haya de someterse a los dictados de una ley divina positiva.

Cuando finalmente la tendencia predominante entre los católicos empiece a apartarse de ese excesivo énfasis en la ley divina positiva (que exigía la sumisión de las leyes humanas a la revelación sobrenatural), en la orilla de enfrente el jusnaturalismo vendrá suplantado por el positivismo jurídico, en un movimiento de desencuentro cruzado.

de los Reyes Católicos —no porque racionalmente fueran mejores, ni siquiera buenas, sino porque constituían nuestro pasado, nuestra tradición.

Nada fácil ha sido en la Universidad española posterior a 1980 cultivar la metafísica o defender el Derecho Natural, a menos que uno estuviera dispuesto a venir más o menos asimilado a los nostálgicos de la neoescolástica, quienes nunca han faltado, pero que —por la fuerza de las cosas— han hecho rancho aparte en la coyuntura doctrinal para ellos adversa que estoy reseñando.

Incúmbele al autor de estas páginas haber sido uno de los pocos (no sé si el único) que —en las dos etapas sucesivas de su carrera académica—, tras haberse consagrado al estudio de la metafísica, ha profesado una filosofía del Derecho jusnaturalista. En ambos cometidos remando contra una corriente impetuosa, torrencial y arrolladora.

§3.— ¿Qué es la lógica del Derecho?

Según viene concebida en la presente obra, la lógica del Derecho es el conjunto de verdades lógicas tales que: (1) en virtud de ellas existe Derecho; (2) por ellas se rige ese Derecho en aras de una misión de bien común, tendiendo así a ajustarse a unos cánones supralegislativos (a unos principios fundamentales que le dan vida y sentido y a los que está subordinada la facultad de legislar); y (3) con arreglo a ellas funciona el Derecho, esto es: se razona en Derecho, se llevan a cabo los razonamientos de la praxis jurídica (si bien la realización efectiva se desvía de las pautas lógico-nomológicas, al entrar en contradicción la existencia con la esencia del Derecho).

La lógica del Derecho implica el Derecho Natural, que es el alma de las instituciones jurídicas, su núcleo perpetuo e inalterable, aquello por lo cual, en una sociedad de animales cada uno de los cuales tiene su propia voluntad y su propia visión de las cosas, ha de existir un entramado de normas, las unas emanadas de la esencia misma de las relaciones sociales, las otras de la costumbre y, finalmente, otras cuya declaración vinculante ha de incumbir a una autoridad, cuya única legitimación y tarea es velar por el bien común (lo cual le prohíbe dictar leyes arbitrarias; el propio acto legislativo ha de ser —como bien lo dijo Santo Tomás— una operación de la razón en aras al bien común).

El Derecho Natural, ese conjunto de principios nomológicos que justifican el Derecho y lo regulan, implica, a su vez, la lógica nomológica, la lógica del razonamiento jurídico, ya que, siendo la esencia del Derecho una institución racional, fundada en la Razón y cuya razón de ser es el bien común de la sociedad, tal esencia implica un requerimiento fundamental e imperativo de que ese entramado de normas se aplique racional y no arbitrariamente.

La lógica del Derecho tiene, pues, tres facetas. Es lógica fundante del Derecho. Es lógica regulante del funcionamiento del Derecho. Y es lógica de la praxis jurídica, del razonamiento jurídico (de la aplicación del Derecho). En sus tres facetas conlleva una exclusión radical de la arbitrariedad.

La concepción filosófica del Derecho desde la lógica nomológica y el jusnaturalismo es la de un Derecho cuya existencia, misión y aplicación pugnan con el capricho, el antojo, el porque-sí, el voluntarismo (sea el del soberano, sea incluso el de una mítica voluntad general). Lo cual no significa negar que también hay en el Derecho escorias, arbitrariedad, irracionalidad.

A la dialéctica hegeliana debemos los instrumentos para comprender cómo lo racional se realiza aun alienado en su mezcla con lo irracional; la esencia racional coexiste, contradictoriamente, con la contaminación irracional, para tender a superar esa contradicción, al menos asintóticamente. El jusnaturalista que profesa la lógica del Derecho tiene una tarea: concurrir a mejorar el Derecho, a hacerlo más concorde con su esencia racional y más depurado de las escorias de la arbitrariedad y el voluntarismo.

PARTE I

LÓGICA NOMOLÓGICA Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO

Capítulo I

ESENCIA Y EXISTENCIA DEL DERECHO

§1.— El Derecho en su esencia y en su existencia

Tiene como hilo conductor el presente libro la doble idea de la racionalidad y de la racionalización del Derecho.

Distingo, en efecto, entre racionalidad y racionalización. Sostengo, para empezar, que el Derecho es racional, en su esencia, en su médula, en su función social, en su tarea; dicho sumariamente, en su razón de ser.

¿Cuál es esa esencia? Consiste en que las instituciones jurídicas sirven a un propósito, que es el de regular la convivencia de los seres humanos para que ésta sea mejor, o sea: para vivir juntos mejor —o, lo que es lo mismo, para conseguir y promover el bien común.

Pero también reconozco que, en el Derecho positivo, esa racionalidad funcional y esencial está a menudo desnaturalizada, alienada, viciada por normas contrarias a la propia esencia del Derecho; de ahí la necesidad de la racionalización, que no es sino una desalienación, un reconciliar la existencia del Derecho con su esencia.²⁴ En términos

²⁴. La impronta de la filosofía de Hegel viene, en los párrafos que siguen, clarísimamente exhibida; no, empero, la de su filosofía jurídica, sino la de su Lógica (o sea, metafísica) mestizada con la *Fenomenología del espíritu*.

Que el pensamiento filosófico de Hegel continúa siendo de gran interés para los filósofos del Derecho pruébalo el hermoso opúsculo del malogrado Profesor Nicolás López Calera *Mensajes Hegelianos: La «filosofía del Derecho» de G.W.F. Hegel*, Madrid: lustel, 2012.

A mi juicio, los *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft* de 1821 (reed. con una introducción de Helmut Reichelt en Frankfurt am Main, 1972, ISBN 3-548-02929-9) siguen constituyendo, en efecto, una obra de valiosa lectura (como todo lo que produce la pluma del filósofo de Stuttgart). Son, empero, uno de sus trabajos menos brillantes y menos logrados.

Dudo incluso que Hegel acierte en aplicar al Derecho su propio esquematismo, su tríada —que se reproduce una y otra vez— de lo *an-sich*, lo *außer-sich* y lo *an-und-für-sich*; este tercer momento constituye siempre la *Aufhebung*, la **superación**, de los dos momentos precedentes, el primero, el de la pura esencia o potencia interna del **en-sí**, y el segundo, el de su existencia exteriorizada y alienada en el **fuera-de-sí**.

Con arreglo a tal principio general de su esquematismo, era aparentemente de esperar que, de los tres momentos del espíritu objetivo (que ya es, globalmente, el *außer sich* del espíritu), el Derecho fuera el segundo, el *fuera-de-sí* de la moral, al ser ésta subjetiva, interior, introvertida, el reino de la conciencia individual, de la intención, de la voluntad y, a fuer de tal, pura δύναμις. Para Hegel el momento superior, el tercero, el sintetizador (que, a la vez, cancela y absorbe, sublimándolos, los dos momentos precedentes) es la Ética, la *Sittlichkeit*, que es pública mas, a la vez, contiene los valores o ideales interiorizados por los miembros del cuerpo político.

Dando un traspíe, Hegel coloca, empero, el Derecho, *abstrakte Recht*, como el primer momento y la moral como el segundo. Esa desubicación es un síntoma de que Hegel no sabe bien cómo habérselas con el Derecho. Su prodigiosa y apabullante erudición no parece abrazar una familiarización con la técnica jurídica ni un dominio profundo de las cuestiones nomológicas. Hegel nunca fue un jurista —como lo había sido Leibniz, p.ej.— ni parece haber consagrado al estudio del Derecho la pasión que desplegó en el de la matemática, la historia, el arte e incluso la ciencia natural de su época.

hegelianos, podemos decir que el Derecho racional es el Derecho en sí (*das Recht an sich*). Mas lo en-sí es pura esencia y, a fuer de tal, una mera potencia, activa ciertamente, dinámica, pero que, ensimismada, carece aún de realidad concreta.

Esa realidad concreta sólo vendrá alcanzada una vez que ese Derecho en-sí pase por una ordalía: la de la seriedad, la paciencia, el trabajo y el dolor de lo negativo.²⁵ Para eso, el Derecho se plasma en un ser fuera-de-sí (*außer sich*), parcialmente alienado, polucionado, mancillado, desnaturalizado.

Sólo que cualquier alienación ha de tener un límite. Un Derecho alienado sigue siendo Derecho, en mayor o menor medida; para serlo y por serlo sigue conteniendo elementos de racionalidad, valores que la sociedad, racionalmente, ha de escoger en aras de su propia subsistencia —esencialmente, el bien común.

Unas u otras de las normas agregadas por voluntad de los legisladores serán acordes o no con esos valores; pero, si el sistema de normas ignora completamente tales valores; si no contiene norma alguna inspirada en ellos (o sólo contiene normas de esa índole marginalmente); si es total y absolutamente irracional, entonces lo que se tendrá dejará de ser un ordenamiento jurídico. Posiblemente no será ni siquiera un ordenamiento.

Surge así para el Derecho la tarea de formarse y ganarse sus galones a través de ese estar fuera de sí, a través del aguante, la resiliencia, la aflicción, el esfuerzo y la antinomia.

Tal tarea es la racionalización, la eliminación de escorias, la depuración; en suma, la reconciliación de la existencia del Derecho con su esencia. El resultado, la síntesis, es el Derecho en y para sí (*das Recht an und für sich*); derecho realizado, objetivado en un ordenamiento vigente, exequible y eficaz,²⁶ pero a la vez tal que su existencia es plenamente concorde con su esencia; un Derecho sin ninguna arbitrariedad, en el cual cada norma estaría convenientemente justificada. Un Derecho cada una de cuyas normas sería —como la ley para Santo Tomás— una ordenación de la razón para el bien común promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad.²⁷

Ese *Recht an und für sich* ¿es efectivamente realizable? Seguramente sí en una sociedad de dioses o de ángeles. Y acaso también en una de seres menos inteligentes que nosotros pero también menos concupiscentes o menos temperamentales. Entre los seres humanos (como no sea que la ingeniería genética pueda en el futuro obrar milagros), el *Recht an und für sich* podemos tomarlo como una meta asintótica. Pero vale la pena enderezar nuestro rumbo hacia ella. Aun los pasos modestos en esa dirección hacen que el Derecho merezca más su calificación de tal.

²⁵. G.W.F.Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (1807), ed. por W. Bonsiepen & R. Heede, Hamburg 1980.

²⁶. V. Liborio Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, 2003.

²⁷. ... potest colligi definitio legis, quæ nihil est aliud quam quædam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata, *Summa Theologica*, II-I, qu. 90, a. 4.

§2.— ¿Cómo es posible una contradicción entre la esencia y la existencia?

En la filosofía aristotélica, una sustancia tiene una esencia²⁸ que es soporte de accidentes, sin que jamás pueda ocurrir que los accidentes contradigan a la esencia; los accidentes ni quitan ni añaden, simplemente acciden, acaecen, sobrevienen; la sustancia es incólume y plenamente la que es y lo que es mientras exista. Ni cabe tampoco —dentro del aristotelismo— que se dé contradicción alguna entre esencia y existencia. Una esencia podrá existir o no, pero no puede existir alienada, desnaturalizada, extrañada, ya que, en tal supuesto, lo que estaría existiendo no es la esencia en cuestión sino otra.

Lo opuesto a ese enfoque aristotélico es el punto de vista contradictorio que ha guiado todo el itinerario intelectual del autor de estas páginas, inspirado en la filosofía de Heráclito; una filosofía de la antinomia, que entiende que no todo es como es, que algunas cosas son como no son, porque en la realidad se dan hibridaciones: mezcla de ser y no-ser, de bien y de mal, de ser así y ser de otro modo. (El propio Aristóteles a veces tuvo al menos que reconocer que hay sustancias en las que inhiere accidentes mutuamente opuestos.²⁹)

El enfoque heraclíteo o hegeliano por el que hemos optado nos provee de un utillaje conceptual inaccesible al aristotélico. Permítenos comprender los desgarramientos, los *es-no-es*, las impurezas, las desfiguraciones, las adulteraciones. Aristotélicamente nada está nunca

²⁸. Aunque en la tradición aristotélico-tomista algunos filósofos (p.ej. Santiago Ramírez, O.P.) opinan que hay una diferencia entre sustancia y esencia —y, con apoyo textual, así interpretan a Santo Tomás—, hay que señalar, no obstante, que, si tal lectura está fundada, en eso el Aquinate se aparta de su maestro Aristóteles, quien expresaba lo que indistintamente traducimos como «sustancia» y como «esencia» con el mismo vocablo griego, οὐσία; de suyo es un sustantivo verbal del verbo εἶναι, «ser», sustantivo que habría podido también significar «existencia».

En mi obra *El ente y su ser: Un estudio lógico-metafísico* (Universidad de León, 1985) propuse una lectura de Aristóteles y de Santo Tomás que no coincide con la del P. Ramírez, puesto que yo consideraba que, para esos filósofos, un ente es lo mismo que su esencia, mientras que difiere realmente de su existencia; por lo cual la sustancia X será lo mismo que la esencia de X; los accidentes no son sustancias y, en rigor, no siendo esencias tampoco tienen esencia; mas cabría hablar analógicamente de la esencia de un accidente, p.ej. de una cualidad, de una ubicación, de una relación.

Frente a esas ontologías esencialistas proponía yo en ese libro una ontología existencialista, en la cual un ente es lo mismo que su existencia, de modo que, en vez de decir que la esencia tiene o deja de tener existencia, habría que decir que la existencia del ente tiene una esencia.

Tales conceptualizaciones no coinciden con las que empleo en esta Introducción, en la cual me sirvo de los conceptos hegelianos de esencia y existencia sin el rigor metafísico del citado libro. A pesar de tales discrepancias conceptuales y terminológicas, el meollo de lo aquí vehiculado se concilia con la ontología ontofántica de *El ente y su ser* mediante una labor de traducción o adaptación, que, sin embargo, aquí estaría totalmente fuera de lugar. (Esta nota es una mera advertencia al lector familiarizado con la filosofía contenida en el citado libro, el cual podría extrañarse de la falta de sintonía conceptual entre la misma y los desarrollos del presente capítulo.)

²⁹. V. Lorenzo Peña, «The Coexistence of Contradictory Properties in the Same Subject According to Aristotle», *Apeiron* 32/3 (Academic Printing and Publishing, University of Alberta, Edmonton, Canadá), 1999, pp. 203-30. ISSN 0003-6390.

El verbo «inherir» pertenece a la jerga técnica de la tradición aristotélico-escolástica. Dícese en latín «accidentia inhærent substantiæ», con ese verbo «inhærerere» —que rige dativo—; podríamos laxamente traducirlo como un «radicar en», «agarrarse a», «estar en». Sustantívase también la frase, diciéndose *substantia subjectum est inhæsionis*. (*Inhærerere* es un derivado de *hæreo*, que ya tiene un significado próximo de «hincarse en», «pegarse a»; el prefijo «in» refuerza ese nexa.) (En el lenguaje corriente del español no hemos heredado —salvo en las escuelas filosóficas— el verbo «inherir», pero sí «adherir», «adhesión» y «cohesión».)

adulterado, bastardeado, corrupto o alterado; sencillamente es otra cosa. La leche aguada o desnatada no es leche; es otra sustancia.

La lógica aristotélica no tolera la contradicción. No es ya que afirme el principio de no-contradicción, sino que profesa una regla, la *regula uitandæ contradictionis*, que consiste en proscribir que un sistema pueda contener dos asertos mutuamente contradictorios. Según lo he mostrado en mis escritos lógico-filosóficos,³⁰ la diferencia entre el principio de no-contradicción y la regla del rechazo de la contradicción es una diferencia entre asertos y reglas de inferencia.

La citada regla impone que, cuando encontremos en un sistema dos asertos mutuamente contradictorios, rechacemos el sistema, lo eliminemos, lo olvidemos para, en su lugar, buscar otro exento de esa tara. Lo que dice el principio de no-contradicción es que es *verdadero* cualquier enunciado de la forma «No: p-y-no-p».

Los aristotélicos (empezando por el Estagirita, que ya sentó elocuentemente ese argumento) sostienen que, si alguien, en su sistema de afirmaciones, asevera «p» y también «no-p», está comprometido a *no afirmar* «No: p-y-no-p», o sea a no creer en la verdad del principio de no-contradicción. ¿Por qué? Porque, si afirma «p» y «no-p», afirmará también (por la regla de adjunción) «p-y-no-p». Mas, si afirma «p-y-no-p» no puede simultáneamente, so pena de contradicción, afirmar «No: p-y-no-p».

Pero justamente el pensador heraclíteo o hegeliano puede afirmar, y de hecho lo hace, verdades mutuamente contradictorias. Para determinados «p>s, afirma «p» y afirma «no-p». Para esos mismos «p>s, por idéntica razón, afirma «p-y-no-p» y «No: p-y-no-p».

Las lógicas paraconsistentes han demostrado que un sistema puede contener contradicciones sin desmoronarse. Aristóteles pensaba (y dijo) que, si alguien defendía una contradicción, tenía que defenderlas todas; su argumento (un poco críptico) viene a ser éste (más o menos): el único motivo para rechazar una contradicción, sea la que fuere, es que es una contradicción, cuya aceptación vulneraría la *regula uitandæ contradictionis*; si Ud acepta una contradicción, es que está dispuesto a transgredir esa regla; mas entonces rompe la única barrera que le impedirá estar dispuesto a aceptar cualquier otra contradicción.

Falla el argumento de Aristóteles por ser falso que el único motivo válido para rechazar una contradicción es el de que sea una contradicción. Puede haber, y de hecho hay, muchos otros motivos.

En la lógica moderna se ha perfeccionado el argumento de Aristóteles mediante la prueba de Tarski, según la cual del par de premisas {p, ~p} se deduce cualquier conclusión, «q», sea la que fuere. Conque quien acepte una contradicción estará comprometido a aceptar cualquier afirmación, por absurda que sea.

³⁰ V., p.ej., «La defendibilidad lógico-filosófica de teorías contradictorias», en *Antología de la Lógica en América Latina*, comp. por Francisco Miró & Roque Carrión. Madrid: Fundación del Banco Exterior, 1988, pp. 643-76. ISBN 8486884551.

Tal es la regla de Cornubia (a veces llamada «regla de Escoto» o «regla de pseudo-Escoto»). Justamente son paraconsistentes las lógicas en las que no vale esa regla. Son muchas lógicas, muy variadas y diversamente clasificadas.³¹ Son lógicas fecundas, con las cuales se pueden deducir muchas cosas, con fuerte potencial demostrativo, sin necesidad de esa molesta regla (a la que podríamos considerar, en cierto sentido, espuria, toda vez que nos mete de rondón conclusiones indeseables a partir de dos premisas que —por contradictorias que sean entre sí— pueden ser, ambas por separado [*singillatim*], muy razonables).

El autor de esta obra consagró decenios de su vida a desarrollar algunas de esas lógicas y a aplicarlas al tratamiento de dificultades filosóficas.

§3.— La esencia racional del Derecho y la «falacia naturalista»

Justamente una de las dificultades es la contradicción entre la esencia racional del Derecho y su existencia como ordenamiento jurídico frecuentemente plagado de normas irracionales. Irracionales, o sea arbitrarias.

Es racional tan sólo todo aquello que se infiere racionalmente de premisas racionales. La definición es circular, pero lo es en el sentido de las definiciones recursivas: dadas unas premisas racionales, son racionales las conclusiones que de ellas se infieren racionalmente. (La inferencia aquí involucrada puede no ser deductiva; también son inferencias racionales la inducción y la abducción.)

Siendo limitada nuestra capacidad inferencial, no podemos incurrir en inferencias infinitas. En cada caso hemos de partir de premisas cuya racionalidad damos por supuesta.

La naturaleza humana era la premisa fundante en la tradición del viejo jusnaturalismo, que forma un *continuum*, en el que se ubican igualmente Avicena, Santo Tomás, Cayetano, Soto, Vitoria, Mariana, Grocio, Cumberland, Juan Bautista Vico,³² Leibniz, Wolff y Burlamaqui.³³ Frente a ese proceder esgrimióse el canon de indeducibilidad de Hume (posteriormente reformulado como el rechazo de la «falacia naturalista» de Moore): de premisas fácticas no cabe inferir consecuencias axiológicas o normativas.

En varios trabajos del autor de esta obra se ha tratado de refutar el canon de Hume y, con él, el rechazo a la «falacia naturalista». Ni siquiera es correcta una versión atenuada de

³¹. V. Lorenzo Peña, *Rudimentos de lógica matemática*. Madrid: Editorial CSIC, 1991. ISBN 8400071565. Más técnica y detalladamente (aunque ciñéndome a algunos puntos) en «C₁-Compatible Transitive Extensions of System CT», *Logique et Analyse* (ISSN 0024-5836), N° 161-162-163 (1998), pp. 135-143.

³². Con su obra *De universi juris uno principio et fine uno*, Nápoles, 1720 y 1721.

³³. No vale oponer —según lo hacen, nada convincentemente, los neo escolásticos— el jusnaturalismo modesto de la tradición aristotélico-escolástica, la cual se ceñiría a postular unos poquísimos principios jurídico-naturales, al jusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, que pretendería erigir, frente al ordenamiento jurídico positivo, todo un ordenamiento jurídico-natural completo. Desmentir esa visión dicotómica cae fuera del ámbito de la presente introducción.

ese canon, según la cual de un conjunto de premisas, todas ellas fácticas, no es posible inferir, válidamente, una consecuencia normativa.

No es así porque, en una adecuada lógica nomológica o axiológica, puede haber correctas reglas de inferencia que avalen tal inferencia.³⁴ Hay vida, vida lógica, fuera del erial donde domina, asolándolo todo, la paupérrima, pueril, esquelética y puritana lógica clásica, la del «sí» entendido como «totalmente sí» y el «no» entendido como «no en absoluto».

³⁴. Así, p.ej., puede adoptarse una regla de inferencia que, de la premisa «Obrar así o asá causa perjuicio al bien común» infiera (sin necesidad de premisa adicional alguna) «Está prohibido obrar así o asá». Otra regla similar: de la premisa «Una actuación X es contraria al contenido prescrito por un mandamiento del poder legislativo» quepa inferir «Está prohibida la actuación X».

Similarmente, un jusnaturalista puede, legítimamente, adoptar la regla de inferencia lógico-deontica que, de la premisa «X es contrario a la naturaleza humana», autorice a deducir **directamente** «X es ilícito» —sin necesidad de más premisas. (Otra cuestión es en qué sentido se tome la naturaleza humana; más abajo me refiero a ese problema.)

Oigo al debelador de la pseudo «falacia naturalista» objetar que tales reglas de inferencia no son lógicamente válidas, que son *ad hoc*, pues lógicamente no se *sigue* la conclusión de la premisa y no hay más vueltas que darle. El objetor presupone que viene fijado, de una vez para siempre, por un intrínseco vínculo analítico, qué se siga lógicamente de unas premisas dadas, por lo cual serían ilegítimas las manipulaciones consistentes en sacarse de la manga nuevas reglas de inferencia, como si el nexo de consecuencia lógica fuera flexible, estirable o maleable según los deseos de unos u otros autores.

Ese simplismo refleja la ingenuidad y la pobreza del pensamiento dicotómico o binario; en este caso la presuntamente infranqueable separación entre lo analítico y lo sintético, lo *a priori* y lo *a posteriori*. Era, obviamente, un presupuesto de Hume y también de Moore; me parece difícil (pese a los recientes intentos de rehabilitación) seguir profesando una visión tan esquemática después de los muchos y sumamente convincentes trabajos de Quine desde mediados de los años 30 en adelante.

El holismo de Quine no desprecia completamente una cierta dualidad entre enunciados analíticos y sintéticos (existiendo, reconocidamente —aunque el asunto encierra más complicaciones, en las que no cabe entrar aquí—, una estrecha solidaridad entre que sea analíticamente verdadero el enunciado «X implica Z» y la validez de la regla de inferencia: $X \vdash Z$). La tesis que propone Quine (a la cual se adhirió —y sigue adherido— el autor de estas páginas desde hace decenios) es que la diferencia es de grado, rigiéndose la adopción de nuestras teorías por un canon holístico: enfréntase la teoría, como un todo, a la experiencia para verse corroborada o falsada; sólo que, ante recalcitrantes experiencias que pongan en un aprieto a la teoría, no toda ella, cual compacta falange, es igualmente susceptible de venir sacrificada, sino, escalonadamente: primero los asertos periféricos y luego, por incisión en los círculos concéntricos, los componentes menos expuestos de la teoría hasta llegar a su núcleo duro, último en claudicar. La adopción de una concepción del mundo que sea un conjunto de axiomas y de reglas de inferencia se adopta como hipótesis, sometiéndose a la experiencia. Las confrontaciones llevan a rectificaciones localizadas.

Ese holismo de Quine lo alteraría yo reemplazando «la experiencia» por «la experiencia o la praxis» y «experiencias» por «experiencias o resultados prácticos». Siguiendo a su maestro Hume, me reprochará el objetor antinaturalista que una teoría verdadera puede tener consecuencias que sean pésimas desde el punto de vista práctico; que lo que nos conviene no tiene por qué ser verdad, salvo que caigamos en la ilusión del *wishful thinking*; y que, por lo tanto, agregar la praxis a la experiencia en la enunciación del corroboracionismo holístico de Quine o bien presupone un optimismo metafísico leibniziano o bien significa adoptar una versión del pragmatismo que define la verdad por la utilidad. (Curiosamente el propio Quine se considera y viene generalmente considerado uno de los representantes o epígonos del pragmatismo norteamericano.)

Me quedo con el optimismo metafísico leibniziano.

Víctimas de ese prejuicio de Hume-Moore, han optado por otra vía los adalides del «nuevo Derecho Natural», Germain Grisez y John Finnis.³⁵ Admitiendo sin pestañear ese prejuicio como una inconcusa evidencia, entienden que la razón práctica es paralela a la teórica e independiente de ella. Aquello de que ha de partir un Derecho racional (sólo con reticencias lo llaman «natural»), para desembocar en conclusiones normativas, es un conjunto de premisas asimismo normativas, los primeros principios de la razón práctica, como la deseabilidad de los bienes básicos, cuyo catálogo está sujeto a debate pero que, en todo caso, vendrían tomados axiomáticamente, por evidencias intuitivas de la razón práctica.

Lejos de compartir ese repliegue, el autor de esta obra profesa un jusnaturalismo cabal y recio, el cual sí avala la inferibilidad de normas fundamentales jurídico-naturales a partir de la propia naturaleza humana. Sólo que no es ése el camino más acertado. Hay otro mejor.

§4.— La razón de ser del Derecho y el principio de no-arbitrariedad

El Derecho es un sistema de normas. No cualquier sistema de normas. Lon Fuller adujo,³⁶ muy persuasivamente, que un sistema de normas ha de ajustarse a ocho parámetros o criterios para que podamos ver en él algo que merezca llamarse «Derecho».³⁷ La hipótesis de Rex queriendo imponer al buen tuntún sus mandamientos, sin atenerse a parámetro alguno,

³⁵. Sin que, para nada, haya que achicar sus reconocidos méritos, el estrellato académico de John Finnis puede que en parte se deba a una enérgica campaña publicitaria de quienes —doctrinalmente acorralados por su profesión jusnaturalista en un ambiente hostil— han promovido, cual tabla de salvación, el neo-jusnaturalismo tomistoide del catedrático australiano. Su notoriedad ha eclipsado, empero, el aporte de Germain Grisez, el genuino iniciador de esa corriente doctrinal. V. su artículo «The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiæ*, 1-2, Question 94, Article 2», *The American Journal of Jurisprudence*, 10/1 (1965), pp. 168-201, y también su ensayo «A Contemporary Natural-law Ethics», http://www.mccc.edu/~howarthk/Grisez_Ethical_Theory.docx, acc. en 2015-02-09.

Yo me alinee con quienes, desde el tomismo, han rechazado la nueva vía de John Finnis, Germain Grisez y Robert George, como lo hacen Russell Bittinger, Ralph Mcinerny, Henry Veatch y Anthony Lisska. V. Russell Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory*, University of Notre Dame P., 1987; Ralph Mcinerny, «The Principles of Natural Law», *American Journal of Jurisprudence*, 25 (1980), pp. 1-15; Henry Veatch, «Natural Law and the 'IS'-'OUGHT' Question: Queries to Finnis and Grisez», en *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy*, Washington, D.C.: The Catholic University of America P, 1990, pp. 293-311; Anthony J. Lisska, *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*, Oxford U. P., 1996. En general sobre este interesante debate, v. (Grant, 2004).

³⁶. V. Lon Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964 (edición revisada), ISBN 9780300010701, pp. 33ss.

³⁷. Como es bien sabido, tales parámetros son los de regularidad, publicidad, claridad, factibilidad, irretroactividad, mutua compatibilidad, estabilidad y congruencia entre las normas edictadas y la aplicación de las mismas por las autoridades.

Desde luego habría mucho que matizar, corregir y comentar sobre ese óctuple canon; permítaseme una observación minúscula: hay grados. Un ordenamiento jurídico puede existir (y de hecho existe) sin que se cumplan a cabalidad todas esas ocho pautas; es más, en general en ninguno se cumplen del todo; y los hay, perfectamente viables, en los que está ausente al menos una de ellas, particularmente la de compatibilidad. Una cosa es que haya profusión desbordada y enmarañada de incompatibilidades entre las normas del ordenamiento y otra, muy diversa, que existan en él tales o cuales antinomias deónticas; éstas, sin lugar a dudas, suscitan dificultades, pero son abordables sin que se hunda el sistema.

lo conduce a la frustración. En un sentido cabe decir que el irrespeto de tales cánones resulta prácticamente imposible.

Fuller no se sacó de la manga ese óctuple canon, como un rosario de ocho ocurrencias que se le pasaran por las mientes. Partía de dos axiomas: uno es el principio de reciprocidad, según el cual las relaciones entre seres inteligentes y voluntariosos han de regirse por un canon de reciprocidad, por lo cual es rechazable —y ni siquiera merece la atención de un jurista— un sistema normativo que no se ajuste en absoluto a tal canon (adaptándolo y adoptándolo de un modo o de otro).

Su segundo axioma —quizá más relevante en este contexto— es el de que sólo es Derecho un sistema de normas que sirva para regular la conducta humana. Implícitamente se está aquí introduciendo la premisa de una naturaleza humana con unas aptitudes y unas ineptitudes en virtud de las cuales ciertas regulaciones son practicables y otras no.³⁸

Hay, sin embargo, varias lagunas en el planteamiento de Fuller (en su jusnaturalismo formal o procedimental). Liborio Hierro ha demostrado que un ordenamiento jurídico ajustado a ese óctuple canon puede ser clamorosamente injusto, incluso aberrante y monstruoso; p.ej. sometiendo a esclavitud a los varones nacidos bajo el signo de capricornio o rehusando el derecho al matrimonio a aquellos que superen la estatura de 1,8 metros.³⁹

¿Por qué nos parecen rechazables sistemas normativos así? ¿Qué tienen de malo? Y, sean malos o buenos, ¿serían Derecho? Y, de ser Derecho, ¿estaría la existencia de ese Derecho en consonancia con la esencia, con la misión del Derecho?

Lo que nos choca e irrita en esos imaginarios ordenamientos es lo arbitrario, lo inmotivado de tales prescripciones. No hay razón alguna para que se someta a esclavitud a los varones capricornios ni para que se prohíba contraer matrimonio a los muy altos. Un conglomerado de normas con tales prescripciones sería disparatado, en el doble sentido de que sus normas carecerían de razón suficiente (de justificación acorde con unos valores jurídicos) y de que la suma de tales normas se convertiría en un almiar, o sea: en un dispar amontonamiento de obligaciones impuestas antojadizamente.

La arbitrariedad que les reprochamos equivale a lo caprichoso de tales preceptos. Fuller iba en pos de las funestas y frustrantes consecuencias de una legislación despótica y

³⁸. V. W. J. Witteveen & Wibren van der Burg (eds), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, 1999, ISBN 9789053563878; Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1998, ISBN 9780521480413; Peter Cane (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Bloomsbury Publishing, 2010, ISBN 9781847315656. Y también: Stephanie Paton, «Inner Morality of Law: An Analysis of Lon L. Fuller's Theory», *The Glasgow University Law Society Law Review*, Oct. 2014. <http://www.gulawreview.org/entries/legal-theory/the-%E2%80%99inner-morality-of-law%E2%80%99-an-analysis-of-lon-l-fuller%E2%80%99s-theory>, cons. 2015-02-12.

³⁹. Los ejemplos de L. Hierro son éstos (en su artículo «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, 25, pp. 263-302; la cita es de la p. 286): «un sistema jurídico que satisfaga esos ocho requisitos puede incluir una ley que someta a la esclavitud a todos los varones blancos, que expulse del territorio a todas las mujeres negras o que prive del derecho de sufragio a todos los adultos ateos, eso sí: cuidando de hacerlo con claridad y a partir de la fecha de su publicación.» (Hierro cita aquí a Hart.)

antojadiza, en la cual el tirano edictaba sus prescripciones sin ton ni son, por pura fantasía (aun en el supuesto de que obrara con buena intención). Notemos que, para el caso, da igual (digámoslo hobbesianamente) que el tirano sea un individuo investido de poder absoluto, una asamblea o incluso la masa congregada de toda la población (convocada, p.ej., mediante plebiscito). Los caprichos de la muchedumbre o los de una élite podrían desembocar en el mismo caos que los de Rex.

Al óctuple canon de Fuller le sobra algo y le falta algo. Sóbrale el detalle reglamentístico y ordenancista de ese metacódigo de ocho artículos, sin márgenes, sin ajustes, sin proporcionalidad ni ponderación que valga. Pero peor que eso es que le falta un principio más fundamental. Es un error por su parte definir el Derecho como un sistema de reglas válido para regular las conductas de miembros de una sociedad humana.

No cualquier sistema de reglas practicable es un genuino ordenamiento jurídico. Ni quizá siquiera no genuino. Lo que tenemos que preguntarnos es por qué el gobernante o legislador ha de regular conductas humanas; qué sentido tiene, qué papel incumbe al gobernante, en virtud de lo cual en la sociedad que él gobierna se han institucionalizado unas *reglas de reconocimiento* que le otorgan la potestad de edictar prescripciones, con una razonable expectativa de amplio acatamiento (o sea de eficacia de las prescripciones, al menos *grosso modo*).⁴⁰

⁴⁰. Por su enorme utilidad conceptual, más de una vez acudo en esta introducción a la noción hartiana de *reglas de reconocimiento*. (V. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 1961.) Al emplear el concepto, no estoy asumiendo con ello ni la dicotomía hartiana entre reglas primarias y secundarias ni ninguno de sus otros distinguos conceptuales. Opónese a aceptar los distinguos hartianos mi orientación reduccionista.

Estriba ésta en mi adhesión a lo que Quine llamó «economía ideológica», en su famoso artículo de 1951 «Ontology and Ideology», *Philosophical Studies* 2/1, pp. 11-15 (con una reelaboración más afinada 32 años después, en «Ontology and Ideology Revisited», *Journal of Philosophy*, 80/9, pp. 499-502). Quienes hayan seguido algo mi trayectoria filosófica en el período anterior al viraje jurídico conocen mi enorme apego a Quine, a pesar de que fui un discípulo disidente del gran filósofo norteamericano, flexibilizando su extensionalismo para reconciliarlo con el realismo modal y abandonando una de las premisas en que se basa su argumentación a favor de la indeterminación de la traducción, la relatividad ontológica y la inescrutabilidad de la referencia. Por el contrario he adoptado —y sigo adoptando— varias de sus tesis fundamentales, como la ontología conjuntista (si bien yo he preferido hablar de *cúmulos* más que de *conjuntos* para emanciparme de las axiomáticas estándar) y su disposición a aceptar más entes a cambio de asumir menos conceptos. Dicho de otro modo: frente al machete de Occam, el machete de Quine. Occam nunca enunció la frase que se le suele atribuir, «*Entia non sunt multiplicanda præter necessitatem*», pero sí otra que, en la lectura usual, es equivalente: «*Non sunt ponenda plura ubi pauciora sufficiunt*». Mas el *plura* y el *pauciora* pueden entenderse de dos maneras: (1ª) más o menos entes; (2ª) más o menos distinguos conceptuales.

Mientras que enriquecer nuestra visión del mundo asumiendo más entes —o incluso más variedades de entes—, aunque haga nuestra teoría un poco más voluminosa, no nos enreda en dificultades deductivas, la proliferación de conceptos acarrea una inmanejabilidad de las reglas de inferencia, una complicación exponencial, que se desborda arruinando los intentos de formalización lógica.

Eso sucede justamente con todas las teorías metajurídicas que han multiplicado los distinguos conceptuales en el siglo XX, desde Hohfeld en adelante. Sus distinguos son —en parte al menos— artificiales, carecen de criterios claros y manejables de identificación y de aplicación a la praxis y al lenguaje jurídicos y —lo que es más grave— producen recargadas teorías churriguerescas que nadie ha sabido axiomatizar. Son, pues, poco atractivos para quien busca una *lógica del Derecho*.

§5.— El bien común, única función del Derecho

Sólo un enfoque funcionalista puede darnos la respuesta a esa pregunta (la de por qué el gobernante ha de regular conductas humanas). La existencia de vida social es el producto evolutivo de una necesidad. Somos animales. Los animales de unas especies abrazan la vida solitaria y aislada. Los de otras, la sociedad o convivencia. Otras especies se dividen en grupos o variantes de un tipo y del otro. El ser humano es naturalmente social porque su anatomía y su fisiología hacen la vida imposible para él en aislamiento, al paso que sólo en sociedad puede desarrollar su enorme potencial adaptativo.

Unas sociedades animales pueden quizá existir sin prescripciones, sin normas: sociedades de insectos que actúan por instinto.⁴¹ Pero las sociedades de animales más evolucionados necesitan una autoridad que prescriba cómo actuar. Tal autoridad será difusa o concentrada.⁴²

En la evolución biológica, ¿para cumplir qué función se ha instituido, en una sociedad de animales superiores o más complejos, la jerarquía de mando? No ha sido para que la actividad de la manada, del colectivo, de la sociedad en suma se regule de un modo u otro; ni siquiera ha sido para que se regule de un modo no caótico. Ciertamente el orden es necesario; pero no basta. La función es la *Ma'at*, para decirlo en egipcio antiguo. *Ma'at* significa: verdad, (buen) orden, justicia, rectitud, racionalidad, predictibilidad, en suma que las cosas sean como deben ser, que sean de veras lo que son o están destinadas a ser. Las cosas y los hombres y sus conductas.⁴³

Condensaríamos seguramente mucho mejor esta idea diciendo que la autoridad está instituida para el bien común de la sociedad; y sus potestades de edictar normas están otorgadas (por las reglas de reconocimiento social) para ese fin. No meramente el de regular

⁴¹. Lo que recientemente ha aprendido el autor de esta obra desmiente, sin embargo, esa visión simplificadora: los entomólogos están descubriendo que también en las sociedades de hormigas, avispas y abejas hay normas consuetudinarias; también en ellas hay transgresiones y sanciones. Lo que no parece haber es una autoridad que edicte las normas: el papel de la reina no parece ser el de mandar. Las vigilantes sancionadoras actúan *motu proprio*. V.: E. Billig, «Coercion more than Kin» *Nature*, Vol. 444/2, Nov. 2006 —repr. en <http://www.fed.cuhk.edu.hk/~lchang/material/Evolutionary/Coercion%20more%20than%20kin2.pdf>, cons. 2015-02-18; F.L. Ratnieks & T. Wenseleers, «Altruism in insect societies and beyond: Voluntary or enforced?», *Trends in Ecological Evolution*, 2008, pp. 45-52 —repr. en <http://www.santafe.edu/~bowles/Dominance/Papers/RatnieksWenseleers2008.pdf>, cons. 2015-02-18; Tom Wenseleers & Francis L. W. Ratnieks, «Enforced altruism in insect societies», *Nature* 444, Nov. 2006 (doi:10.1038/444050a, cons. 2015-02-18); Susan Milius, «Cops with Six Legs: Law and order among insects», *Science News*, 167/12, March 19, 2005, p. 184, repr. en http://www.phschool.com/science/science_news/articles/cops_six_legs.html, cons. 2015-02-18.

⁴². La democracia no es un invento humano. En muchas sociedades animales, a la hora de optar por un camino en una encrucijada, se toma la decisión por mayoría, expresada en actos, no en palabras: el colectivo irá por aquel sendero en cuyo arranque se hayan congregado más miembros.

⁴³. V. Russ VerSteeg, *Law in Ancient Egypt*, Carolina Academic Press, 2002. ISBN 978-0-89089-978-6.

conductas humanas, ni sólo el de evitar el caos o el desorden,⁴⁴ o sea el de adjudicarle a cada quien un abanico de opciones, excluyendo las demás; sino hacerlo con discernimiento, con un porqué, con una **razón suficiente** en cada caso; razón que sólo puede ser, en última instancia, el bien común de la comunidad (un bien que conjunta, indisolublemente, los bienes dispersos de los miembros con aquellos que son indivisibles: la prosperidad colectiva, la pervivencia y seguridad, el florecimiento social).

Ésa es la tarea del legislador; ésa es su función. La cumplirá bien, mal o regular. Pero el producto conjunto de sus prescripciones sólo será Derecho si en alguna medida se ajusta a ese canon.

Existe, pues, un imperativo de bien común que constituye la razón de ser de la autoridad y, con ello, el límite de su potestad legítima. Está para velar por el bien común, no para otra cosa. Las reglas de reconocimiento no son cualesquiera pautas de sumisión (a menudo absolutamente forzada), sino cánones de aceptación y cumplimiento voluntario de la ley (el pueblo como colegislador en la concepción de Joaquín Costa).

§6.— ¿En qué sentido el imperativo del bien común es una norma natural?

El imperativo de bien común no emana de particularidad alguna de la humana naturaleza. Es verdad que viene implicado por ella, ya que uno de sus rasgos esenciales es la socialidad, que tiene por corolario la exigencia de un bien común y la necesidad de que se constituya alguna autoridad a la cual esté encomendada esa tarea.

Sucede, empero, que no es en absoluto un rasgo único de la especie humana, sino común a todas las especies de seres sociales; tanto a las existentes en este mundo cuanto a las existentes en otros mundos posibles; por consiguiente, también a sociedades de duendes, gnomos, ángeles, cíclopes, dioses o incluso diablos. Para quienes no comparten el realismo modal —ni en la versión del autor de esta obra⁴⁵ ni en la, mucho más difundida, de David Lewis—⁴⁶ aduzco que son rasgos esenciales de muchas otras especies sociales de animales superiores tanto el imperativo de bien común cuanto la necesidad de una autoridad que vele por él y lo regule.

⁴⁴. En contra de la opinión de Ortega y Gasset (acorde con todo su vitalismo) de que la justicia no debe ser un valor para el Derecho, porque, lejos de mejorarlo, lo empeora, infundiéndole inestabilidad y quebrantando la adhesión de los súbditos. V. su obra de 1948-49 *Una interpretación de la historia universal* (una crítica a la teoría de la historia de Arnold Toynbee), donde asevera que los romanos tuvieron Derecho, y buen Derecho, hasta que los jurisconsultos se dejaron influir por el racionalismo y el humanismo de la escuela estoica. Ese buen Derecho estribaría sólo en la fijeza, en la fijación, en el saber a qué atenerse de una vez para siempre. Su único valor sería la seguridad jurídica. (En otros escritos, sin embargo, también al compás de su filosofía vitalista, recalca la mutabilidad del Derecho, pues todo lo humano está, y debe estar, en perpetuo flujo.)

⁴⁵. V. «Grados de posibilidad metafísica», *Revista de filosofía*, 1993, vol VI, Nº 9 (Madrid: Editorial Complutense), pp. 15-57. ISSN 0214-4921.

⁴⁶. David Lewis, *On the Plurality of Worlds*, Blackwell, 1986.

Me hago cargo de que para muchos (posiblemente la inmensa mayoría) sonará muy duro hablar de Derecho —y quizá incluso de normas— para sociedades de elefantes, macacos, gibones, delfines, bonobos, gorilas, equídeos, bóvidos, pingüinos, cuervos etc.

Particularmente quienes venimos de la escuela analítica —cuya marca fue el giro lingüístico— hémonos acostumbrado a concebir el Derecho desde el lenguaje jurídico. Algunos llevan la reducción al extremo de concebir las normas jurídicas como enunciados, y, más concretamente, como enunciados-muestra, no como enunciados-tipo (pues para hablar de tipos ya hay que introducir entes que no cuadran en las concepciones más estrictas de la primera filosofía analítica, como el empirismo lógico y el verificacionismo). Está erizada de fuertes dificultades esa reducción extrema.⁴⁷ Claro que podrían también concebirse las normas como enunciados-muestra, siempre que no nos ciñamos a los enunciados del mundo actual (el de la experiencia cotidiana, nuestro mundo), sino que agreguemos también enunciados posibles. Mas tal añadido desborda la parca y magra ontología motivadora de la reducción.

Los filósofos del Derecho deudores de la tradición analítica y del giro lingüístico han tenido que hacer ajustes (si no encajes de bolillos) para dar cabida a las normas consuetudinarias. Tales normas podían casi pasar desapercibidas en la época de auge del juspositivismo en su versión legalista (el normativismo kelseniano, p.ej.), pues en ese período el Derecho público internacional estaba eclipsado —o, si no, se tendía a limitar al convencional— y prevalecía la ilusión de un único legislador, un único órgano legislativo que monopolizaría la edicción de normas jurídicas.

La realidad jurídica es mucho más compleja. Resulta imposible entender los sistemas jurídicos de la *common law* sin el Derecho consuetudinario (hasta el punto de que en el Reino Unido incluso el Derecho constitucional es, esencialmente, consuetudinario). En el Derecho internacional, no se produce el esperado arrinconamiento de las normas consuetudinarias, llegándose a dar que las normas convencionales y las emanadas de autoridades creadas por tratados interestatales suelen venir modificadas, alteradas y hasta derogadas por normas consuetudinarias. Por último, vuelve a irrumpir con nueva fuerza y pujanza el Derecho consuetudinario en ramas del Derecho de las cuales el ideal codificador había soñado con desterrarlo; p.ej. en el Derecho mercantil internacional (de importancia decisiva en la era de la mundialización). Y, por más que se empeñe en afirmar el art. 1.3 de nuestro Código Civil «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada», ese mismo precepto carece de fuerza para

⁴⁷. Entre nosotros protagonizada por Rafael Hernández Marín, quien ha derrochado inteligencia, capacidad argumentativa, rigor y perseverancia en la defensa de un enfoque que, llevado a ese punto, encuentra pocos adeptos —o quizá ninguno salvo él. Pugnar por una idea audaz remando contra la corriente constituye un mérito intelectual, desgraciadamente poco común en el medio académico de hoy, que tiende, más bien, a generar conformismos y actitudes de medias tintas.

sobreponerse a la costumbre *contra legem*, que de hecho lo ha derogado (lo cual prueba que la costumbre, al menos la jurisprudencial, tiene más fuerza de obligar que la propia ley).⁴⁸

Por mi parte, propuse años atrás una visión diferente de las normas.⁴⁹ Éstas son situaciones jurídicas generales (o a veces particulares). Una situación jurídica es la afectación de una situación fáctica por un operador deóntico de obligación o de licitud.⁵⁰ Las normas difieren de los preceptos. Un precepto es un enunciado que expresa una norma proferida en un acto de habla *sui generis*, que es el promulgativo. (En el citado artículo se consideran diversas complicaciones.)

Nada impide que animales de especies sociales carentes de lenguaje posean —y de hecho lo hacen— normas consuetudinarias, no expresadas en preceptos. Por otro lado, muchas de las especies referidas se comunican por sistemas de signos que, sin ser lenguajes (en el sentido del lenguaje humano, caracterizado por la doble articulación),⁵¹ son lenguajes en un sentido analógico. Y la etología animal pone de manifiesto que, a través de tales sistemas semióticos, imparten sus mandamientos —creando así situaciones normativas— los individuos revestidos de autoridad (el macho alfa o la matriarca).

Lo que determina, pues, que todo sistema de normas contenga —sin necesidad de que venga promulgado— un núcleo inamovible y necesario —un imperativo de bien común y una obligación de que las demás normas se ajusten a ese imperativo— no es, por consiguiente, un rasgo específico de la naturaleza humana; ni siquiera de la naturaleza de un amplio género animal del cual formamos parte. No lo es porque también tendrían vigencia tales imperativos

⁴⁸. Son numerosas las prescripciones del Código Civil derogadas por la costumbre y, sobre todo (aunque no únicamente) por la jurisprudencia. P.ej. —y eso bien que lo deploro— el art. 1902 sobre la responsabilidad extracontractual; arrancando con una equivocada Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 1936 —e imitando la deriva jurisprudencial que ya había empezado allende los Pirineos— se ha suprimido de la prótasis (supuesto de hecho) la condición de culpa o negligencia, lo cual, dígame lo que se diga, viene a significar que se asigna responsabilidad a quien causa un daño por caso fortuito o fuerza mayor, derogándose así los arts. 1105 y 1905 CC. (He criticado esa transmutación *contra legem* del art 1902 CC en lo tocante al ejercicio de la medicina en (Peña, 2016b); similares argumentos valen para los demás ámbitos.)

¿Qué decir del artículo 1584 que prescribe que, salvo prueba en contrario, se creará a los amos en lo atinente al salario pagado o por pagar a sus criados? (El rifirrafe en la sesión del Senado del 20 de mayo de 2009 sobre la derogación o modificación de ese artículo constituye una prueba más de que, casi siempre, los partidos políticos dicen una cosa cuando están en la oposición y hacen la opuesta cuando gobiernan.) También los arts. 1137 y 1138, que establecen la presunción de obligación mancomunada, han caído en desuetud, decidiendo una jurisprudencia *contra legem* la presunción de solidaridad. En materia de prescripción extintiva, la maraña de disposiciones antagónicas del CC y de otros textos legales no se ha resuelto por la observancia de los cánones de prevalencia, en ese caso dudosos y quizá inaplicables (*lex posterior, lex superior, lex specialis*), sino por la praxis jurisprudencial (provocando las iras de algún comentarista). Por mucho que, con malabarismos, traten de ocultarlo los manuales de cátedra, podemos considerar que ha caído en desuetud el propio art. 1.3 del Título Preliminar; o que, en todo caso, tiene menos fuerza de obligar que la costumbre de mayor rango.

⁴⁹. V. (Peña, 2006b).

⁵⁰. Para ser más exactos, también son situaciones jurídicas: las conjunciones y disyunciones de situaciones jurídicas y las cuantificaciones de situaciones jurídicas. Lo expresado por el enunciado «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica» es una situación jurídica general, o sea una norma. (Es patente que en el lenguaje llano «X debe hacer» se expresa a veces como «X hará».)

⁵¹. V. André Martinet, *Eléments de linguistique générale*, París: Armand Colin, 1970.

en otras sociedades de seres dotados de entendimiento y de voluntad, aunque no fueran animales (seres de otras galaxias o de otros mundos posibles).

La raíz de tales imperativos es la esencia misma del ordenamiento normativo, la función por y para la cual existe. Por ello, quizá mejor que hablar de un Derecho Natural o de jusnaturalismo sería hablar de *esencialismo jurídico*. El Derecho tiene una esencia. Esa esencia —ya lo he dicho— puede estar en contradicción con la existencia (hasta cierto punto solamente). Esa esencia implica que contenga un imperativo supremo de bien común.⁵²

Lo que me lleva, no obstante, a abrazar las expresiones «Derecho Natural» y «jusnaturalismo» es precisamente que nos vinculan a la naturaleza, a nuestros parientes cercanos, o menos cercanos, en la evolución biológica. No fue ésa una consideración que motivara a los jusnaturalistas tradicionales, ni los de la *philosophia perennis* ni sus continuadores y herederos de la Ilustración, porque de ellos muy pocos atisbaron ese parentesco y esa afinidad entre humanos y no humanos (entre las excepciones está Leibniz).

Por el contrario, el Derecho Natural de los romanos (a pesar de su inspiración estoica) sí señalaba ese compartir los humanos con los demás animales los imperativos vitales del *Jus naturale*. Es celebrísima la definición de Ulpiano (recogida en las Instituciones de Justiniano, D. 1.1.1.3): «Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, auium quoque commune est. Hinc descendit maris atque foeminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio; hinc educatio: uidemus etenim cætera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censi». ⁵³

Peca, empero, de dos defectos el análisis de Ulpiano. El primero es que no considera como propias del *jus naturale* más que pautas de conducta distribuidas, sin tener en cuenta lo medular, que es el bien común, por lo cual, en rigor, no cabe hablar de *jus naturale* en una especie de animales solitarios o que sólo vivan en familias nucleares. Yerra Ulpiano, pues, al entender esas pautas como imperativos jurídico-naturales si son meramente modos de vivir

⁵². En (Peña, 2015a) sigo la doctrina del institucionalismo de Santi Romano: «siempre que se tenga un organismo social de cualquier grado de complejidad, por ligera que sea, instáurase en su interior una disciplina, que contiene todo un ordenamiento de autoridades, poderes, normas, sanciones...», de suerte que ese sistema normativo interno es un ordenamiento jurídico al cual han de aplicarse también la lógica jurídica y el Derecho Natural. Lo sabe el autor de este libro, no sólo por reflexión intelectual, sino por práctica vital, toda vez que pasó años de su juventud sometido al sistema normativo de una organización clandestina que no participaba en las reglas de reconocimiento por las cuales muchos españoles estimaban jurídicamente vinculantes los mandamientos del régimen establecido.

A este respecto no es ocioso el siguiente *obiter dictum*: una teoría de las «reglas de reconocimiento» como la de Hart es dudoso que hubiera podido germinar en un país como España, cuya población, durante decenios, no fue unánime en lo atinente a tales reglas; para muchos, o para algunos —entre ellos el autor de este libro— el cúmulo de mandamientos del régimen entonces existente no constituía ningún ordenamiento jurídico, careciendo de otra fuerza de obligar que la nuda coerción que emanaba de la victoria militar de una sublevación. Dudo que teorías del Derecho como la de Hart (pero lo mismo podría decirse de la de Finnis y quizá de casi todas las que están hoy en circulación) sean capaces de abordar satisfactoriamente tales casos.

⁵³. V. Alejandro Valiño «Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, coord. por Josefina Alventosa del Río y Rosa María Moliner Navarro, Vol. 2, 2008 (Volumen II), ISBN 9788437071770, pp. 1689-1704.

instintivamente adoptados, sin mediar un vínculo social, una autoridad y una función de la misma de velar por el bien común.

El segundo error de Ulpiano —estrechamente vinculado al primero— estriba en fijarse en pautas de comportamiento «naturales». Éste ha sido uno de los motivos por los cuales en nuestros días está desacreditado en amplios círculos el Derecho Natural; entiéndese éste como un imperativo de «vivir naturalmente», o sea: de que nuestra vida esté regida por pautas o hábitos que serían los del «hombre natural», el hombre primitivo, no contaminado por los artificios, las variaciones de costumbres, los inventos, las novedades.

Mas nada de todo eso tiene cosa alguna que ver con el Derecho Natural, entendido como lo hace el esencialismo jurídico. El Derecho Natural no impone, de suyo, un cierto tipo de matrimonio. Eso sí, un jusnaturalista podrá argumentar que el bien común sólo queda convenientemente salvaguardado en una sociedad con matrimonio monogámico heterosexual. Mas otros jusnaturalistas pueden sostener lo contrario, sin faltar quienes estiman que el matrimonio, opuesto al amor libre, es incompatible con el bien común y, por ende, con el Derecho Natural.⁵⁴ (Piénsese en los proyectos utópicos de Platón, Tomás Moro, Campanella, Morelly; de un parecer próximo era Diderot, autor de un artículo «Droit naturel» en la *Enciclopedia* a cuya coordinación consagró lo mejor de su vida.)

En realidad no sabemos cómo vivía el hombre de las cavernas. Ni está claro si el hombre natural es el Neanderthal o el hombre moderno (pomposamente bautizado «homo sapiens sapiens», sapientísimo). O tal vez otro anterior al neandertalense. Ignoro si la arqueología nos aportará atisbos sobre su vida familiar. Sea como fuere, nada nos obliga a vivir como ellos. En el sentido trivial, no vivimos, ni debemos vivir, naturalmente, pues hacerlo implicaría no ir vestidos ni morar en edificios ni manejar computadoras ni viajar en vehículos de ninguna clase ni siquiera cocinar los alimentos.

Pero sí vale la máxima estoica (y taoista) de «vivir según la naturaleza» en el sentido de que el ser humano está naturalmente dotado de unos recursos, incumbiéndole usarlos para su propio bien individual y colectivo. Uno de tales recursos es la razón. Conque lo natural (en ese sentido estoico, que es el jurídicamente correcto) es adoptar las formas de vivir que racionalmente sean más conducentes al bien de los individuos y de las comunidades.

Es posible que en el futuro los progresos de la ingeniería genética nos permitan modificar nuestra anatomía y nuestra fisiología. A lo mejor deja incluso de existir la dualidad de sexos. El jusnaturalismo en sí ni quita ni pone nada sobre esos temas. Cada jusnaturalista (como cada jurisconsulto y cada ciudadano) opinará de un modo u otro y ofrecerá sus argumentos. Posiblemente los del jusnaturalista estarán fundados en la convicción de que el imperativo de bien común queda mejor atendido con la opción que él proponga.

⁵⁴. Tales ideas han hallado, y siguen hallando, una amplia acogida en círculos doctrinales de signo libertario —tanto los comunistas libertarios del siglo XIX y comienzos del XX cuanto los anarco-capitalistas de estos últimos decenios. Por el contrario, la mayoría de los jusnaturalistas decimonónicos (panteístas, ateos o teístas) consideraban imperativo, por una exigencia jurídico-natural, que el matrimonio fuera monogámico, heterosexual y vitalicio.

§7.— La necesidad de una lógica paraconsistente para un jusnaturalismo aditivo

¿Por qué la adopción del jusnaturalismo necesita una lógica paraconsistente?

La razón es la siguiente. Mi jusnaturalismo es principalmente aditivo, no sustractivo.⁵⁵ Es **aditivo** aquel jusnaturalismo que adiciona a las normas del Derecho positivo una norma no promulgada (en mi caso, el imperativo del bien común).⁵⁶ Es **sustractivo** el jusnaturalismo que sustrae de las normas de Derecho positivo aquellas que no se ajusten a cierto canon (que podría ser el del bien común). Es **mixto** aquel jusnaturalismo que es, a la vez, aditivo y sustractivo.

El imperativo de bien común, siendo de Derecho Natural, tiene un rango superior a la ley promulgada, pero (salvo casos excepcionales) no la anula. Un sistema jurídico puede contener antinomias (y de hecho todos las contienen).

⁵⁵. Digo principalmente porque es también marginalmente sustractivo. En efecto: la lógica nomológica conlleva este resultado. Imaginemos una norma, N, en virtud de la cual el supuesto de hecho X implica la consecuencia jurídica Z; imaginemos que se cumple ese supuesto de hecho. E imaginemos que el legislador concede el derecho de no realización de Z (en absoluto). Eso colisiona con el principio de consecuencia jurídica. Tenemos que entender que, o bien al autorizar no-Z, el legislador está derogando N, o bien esa autorización es nula; nula por lógica deóntica y, consiguientemente, por Derecho Natural.

⁵⁶. Aunque mi jusnaturalismo es principalmente aditivo, resulta perfectamente verosímil una versión atenuada y matizada del jusnaturalismo sustractivo: un sistema de normas muchas de las cuales sean atentatorias al bien común deja de ser un sistema jurídico —en la medida en que así suceda, pues aquí, como en casi todo, hay grados—. Y aun dentro de un sistema jurídico una norma clamorosa y gravísimamente atentatoria al bien común deja —en esa medida— de ser una norma válida. A pesar de esta concesión, el núcleo de mi jusnaturalismo es el aditivo.

Para no abordar un tema más —que correría el riesgo de causar dispersión— no he querido entrar aquí en las palmarias convergencias entre el «no-positivismo» de Robert Alexy (¡púdica y anodina autodenominación!) y el racionalismo jurídico aquí defendido. Mi racionalismo jurídico, o jusnaturalismo aditivo, parte de una metafísica y una ontología de estados de cosas (estados de cosas en general —situaciones fácticas— y estados de cosas deónticos —situaciones jurídicas—), de mundos posibles, de instituciones y axiomas deónticos vigentes en virtud de la propia existencia y naturaleza de las sociedades, humanas o no.

Por el contrario, el racionalismo pragmático de Alexy es posmetafísico siendo su modelo una argumentación trascendental de inspiración habermasiana y apeliana (con un guiño a Grice y Searle). En lugar de afirmar que un ordenamiento normativo es un cúmulo (con existencia extramental) de situaciones jurídicas tal que una de ellas —así no la haya promulgado nadie— es el doble imperativo para todos, en general, de contribuir al bien común y para los legisladores, en particular, de edictar sólo todas las normas conducentes a ese bien común, el catedrático de Kiel parte de la pragmática de los actos de habla promulgativos, sosteniendo que cada uno de ellos tiene una fuerza ilocucionaria en virtud de la cual quien lo profiere «eleva», tácitamente, una proclamación de la corrección (única que da sentido a la pretensión de obtener acatamiento y obediencia), de suerte que, si en un promulgamiento —p.ej. constitucional— se dijera que se estaba instituyendo un Estado injusto, tendríamos una contradicción pragmática. (Ese argumento es trascendental porque lo que pretende poner de manifiesto es un conflicto entre lo dicho *in actu signato* y lo dicho *in actu exercito*.)

Citaré aquí unas poquísimas referencias: Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, trad. por B. L. Paulson & St. L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 2002; Matthias Klatt, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, 2012, ISBN 9780191624025; Andrzej Grabowski & Malgorzata Kieltyka, *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, Springer 2013, ISBN 9783642276880; George Pavlakos (ed), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Bloomsbury Publishing, 2007, ISBN 9781847313683.

Igual que Finnis, Alexy quiere prescindir de metafísicas, al paso que a toda la construcción jus-esencialista del presente libro subyace una metafísica.

Otro asunto es cómo se arbitre la exequibilidad de una u otra de las normas en conflicto. No forzosamente tiene el jusnaturalista que sostener que ha de ser exequible el imperativo del bien común por delante de la ley promulgada que le sea contraria.

Parece razonable una vía media: en general, el imperativo de bien común se dirige principalmente al legislador; accesoriamente a los servidores de la administración pública y a los jueces (quienes, en la medida de lo posible, han de interpretar la ley según ese imperativo). Finalmente a los súbditos, cuya desobediencia (dejando de lado los casos de objeción de conciencia) está jusnaturalmente justificada sólo en casos excepcionales.

Eso sí, persiste el problema de saber si un conjunto de reglas o mandamientos constituye un genuino ordenamiento jurídico o no. Ni el jusnaturalismo ni el positivismo dan a ese problema una respuesta general. Como pauta orientativa podríamos decir que lo es cuando reconocerle ese estatuto sea favorable al bien común (en tanto en cuanto así suceda). Y no lo es en caso contrario.

Pero este criterio es demasiado simple; requeriría una elaboración que excede los límites de este capítulo. Séame lícito limitarme a una sugerencia: más que usar ese rasero (propio de un utilitarismo de actos), usemos otro más elaborado, propio de un utilitarismo de reglas, y digamos que es un ordenamiento jurídico aquel que resulta serlo de conformidad con criterios cuya aplicación es conducente al bien común —y, ¡precisemos!, sólo en tanto en cuanto así suceda, porque la cualidad de ser conducente al bien común se da por grados, como casi todo.

§8.— El principio nomológico de razón suficiente

La visión lógica del Derecho que propongo es la de que el Derecho, por esencia, por su función social, tiene siempre (por mezclado que esté con impurezas) un contenido racional, que es su razón de ser, su venir enderezado a un fin, el bien común de la sociedad. Ese contenido, ese imperativo de bien común, es, no sólo una parte esencial e ineliminable del Derecho,⁵⁷ sino la **razón suficiente** para que exista una autoridad que edicte normas conducentes a ese bien común. Las extralimitaciones son no sólo posibles sino muy corrientes y algunas de ellas tal vez inevitables; pero el sistema normativo en su conjunto halla sólo su razón de ser en contener ese imperativo y en hacer de él el canon supremo y el criterio general de validez jurídica.

El Derecho siempre es, pues, racional, al menos en su esencia. La ciencia del Derecho y la dogmática jurídica son normativas, no meramente descriptivas, como la sociología jurídica. El jurista, el jurisconsulto, el jurisperito dilucidan e interpretan las normas jurídicas según un criterio de bien común; la mirada del jurista es idealizadora, no realista. No cierra

⁵⁷. He dicho que mi jusnaturalismo es principalmente aditivo y no sustractivo, pero he matizado ese aserto; es un jusnaturalismo mixto, aunque predominantemente aditivo. Imaginemos que un legislador edicta una ley por la cual queda abolida cualquier norma, promulgada o no, que haga imperativa la busca del bien común. Podemos discutir si tal ley es nula o sólo inexecutable. Mi opinión es que es nula e írrita.

los ojos el jurista ante todas las múltiples escorias y aun aberraciones; reconócelas y las lamenta, pero aun éstas trata de, en la medida de lo posible, mitigarlas reconduciéndolas, por un método hermenéutico, a la vía recta del Derecho, al servicio del bien común.

Mas, no contentos con eso, los juristas tenemos otra ambición: mejorar el Derecho, expurgarlo de todo revés y de todo desvío. Como Derecho es rectitud, la meta es reconciliar la esencia y la existencia del Derecho consiguiendo que (hasta donde sea alcanzable) cada norma jurídica tenga su **razón suficiente** (sin necesitar que se la dé el jurisconsulto o el juez previa torsión exegética y doctrinal). Es la empresa de racionalización del Derecho; conseguir que el Derecho sea Derecho de veras, Derecho concorde con su misión y su razón de ser.

§9.— Similitudes y discrepancias entre el nuevo y el viejo racionalismo jurídico

El título de la presente obra, *Visión lógica del Derecho*, deriva del de mi Tesis Doctoral jurídica, *IDEA IURIS LOGICA*, el cual calca, a su vez, el de uno de los tres tratados publicados en 1586 por el jurista de Hesse Hermann Vultejus (1555-1634).⁵⁸ Su obra influirá en Vico y en Leibniz.⁵⁹

Vultejus es un jus-humanista, que intenta reconstruir sistemáticamente el Derecho civil justiniano según un método estricta y rigurosamente euclídeo, e.d. axiomático-deductivo (un *jus ordine geometrico demonstratum*), con lo cual ya propone, seminalmente, un canon de no arbitrariedad, pues busca el porqué de cada precepto, sin contentarse con el *placuit principi*. Tampoco hay que pensar que tan ambicioso plan brota de la nada, puesto que tenía como presurores a los *glossatores*, con su busca de la *ratio legis*, tarea de la cual prescinde gustoso el voluntarismo jurídico.

Están claras las similitudes entre la empresa intelectual de Vultejus y aquella que se plasma en la presente obra:

No menos llamativas son tres diferencias:

1^a) Trátase para Vultejus de demostrar que el Derecho es racional, que cada norma del ordenamiento jurídico está justificada por una razón suficiente (o sea, que ninguna es arbitraria). En cambio, desde la perspectiva del autor de estas páginas, el Derecho es racional *an sich*, en su esencia; esa esencia es su razón de ser, la que lo justifica, la que le da sentido y aquella a la que incumbe al legislador orientar sus promulgamientos. Mas no todo el ordenamiento jurídico es racional en su existencia efectiva; ni, por lo tanto, es posible formalizarlo en un sistema riguroso, pues abundan

⁵⁸. Fue doctor por la Universidad de Basilea en 1580 y después profesor de Griego y de Derecho así como Síndico, Rector y Vicecanciller de la Universidad de Marburgo y asesor del Tribunal de la Corte. A pesar de su fe protestante, fue ennoblecido por el Emperador en 1631, en plena guerra de los treinta años, siendo elevado a la dignidad de Consejero Imperial.

⁵⁹. V. G. W. Leibniz, *Des cas perplexes en droit (De casibus perplexis in jure)*, ed. por Pol Boucher, París: Vrin, 2009, pp. 298-299.

en él las prescripciones arbitrarias y las antinomias (incluso antinomias fuertes, **supercontradicciones**,⁶⁰ o sea pares de mandamientos tales que el cumplimiento del uno impide *completamente* la observancia del otro).⁶¹

- 2ª) Vultejus opera con la lógica de su tiempo, la lógica aristotélica, que no admite contradicciones ni grados de realidad, mientras que la racionalización aquí propuesta se estructura con una lógica de nuestros días, paraconsistente y gradualista.
- 3ª) Vultejus carece de una lógica deóntica; basta, a su juicio, la lógica silogística para formalizar racionalmente el sistema jurídico. Incurrir en un error. Ni la silogística ni tampoco un sistema moderno de lógica sentencial y cuantificacional permiten formalizar el sistema jurídico a menos que se implemente una extensión especial de tal lógica, a saber una lógica deóntica o jurídica; sin ella ni siquiera cabe inferir «X es lícito» de «X es obligatorio», para no hablar ya de inferencias más complicadas.

§10.— La reconciliación de la esencia con la existencia del Derecho

La esencia del Derecho es racional; esa su racionalidad se concreta en el principio del bien común y demás axiomas de la lógica nomológica —que siempre forman parte del Derecho, de todo Derecho, lo mismo que el principio de razón suficiente o no arbitrariedad.

⁶⁰. La diferencia conceptual entre contradicciones y supercontradicciones es una de las peculiaridades del sistema de lógica paraconsistente gradualista propuesto por el autor de esta obra a lo largo de sus años dedicados a la lógica matemática y la filosofía de la lógica. Una contradicción es una fórmula del tipo «p y no p». Una supercontradicción es una fórmula del tipo «p y no-p en absoluto». Está en juego la diferencia entre las dos negaciones, fuerte y débil: el mero «no» y el «totalmente no». Tal distingo lo he hallado en todos los idiomas que he estudiado y seguramente existe en todos los lenguajes humanos.

⁶¹. Aplicando una lógica paraconsistente como las elaboradas por el autor de esta obra (las lógicas transitivas), podemos tener, dentro de una misma teoría, dos asertos mutuamente contradictorios, A y $\sim A$, sin que se derrumbe la teoría (ya que no vale la regla $\{A, \sim A\} \vdash B$). En cambio, representando la negación fuerte como « \neg » (léida «no...en absoluto»), si tuviéramos, a la vez, A y $\neg A$, sí se derribaría la construcción, porque en esas lógicas la regla de Cornubia vale para la negación fuerte.

¿Qué pasa, entonces, para que, en un ordenamiento normativo, podamos tener, a la vez, «oA» y «o $\neg A$ » (donde «o» es el operador deóntico de obligatoriedad) sin que se siga que en ese ordenamiento todo es obligatorio o todo está permitido?

La razón es la siguiente. Podemos definir « $\neg A$ » como «H $\neg A$ », donde el functor monádico «H» significa «Sucede totalmente que». Pues bien, si tuviéramos en nuestra lógica nomológica el principio de intercalación, o sea «oHA \leftrightarrow HoA» (dicho con palabras: la obligación de que A se realice plenamente equivale a que sea plenamente obligatorio que A se realice), entonces fácil sería deducir de {oA, o $\neg A$ }, no ya que todo es obligatorio, sino en general cualquier conclusión; el sistema quedaría derruido.

No ocurre así porque —según lo he analizado en diferentes trabajos de lógica deóntica (particularmente en (Peña, 2009c)— una cosa son los grados de obligatoriedad y otra los de realización de lo obligatorio; puede ser en altísima medida obligado realizar un poco cierta conducta y puede también ser un poco obligatorio —nada más que un poco— realizarla cabalmente.

Por otro lado, la lógica nomológica se originó justamente por el abandono de la regla de cierre lógico de la lógica deóntica estándar, o sea: la regla que estipula que las consecuencias lógicas de conductas obligatorias son también obligatorias. Si valiera tal regla, ciertamente de oA y o $\neg A$ se seguiría oB, para cualquier «B». (En la lógica nomológica ni siquiera vale el principio de agregación, o sea «oA» y «oB» no entrañan «o(A&B)»; por mucho que emanen de la misma fuente jurídica, las obligaciones separadas no se conjuntan.)

Desde esa esencia es posible criticar aquellos ingredientes del Derecho positivo que, generando antinomias jurídicas, se opongan a la misma. Puede así el jusnaturalista— en el ejercicio mismo de su función de jurista y desde sus conocimientos jurídicos (específicamente los jurídico-naturales)— reprobar la obra del legislador, evaluando y censurando las leyes vigentes en tanto en cuanto entren en contradicción con la esencia racional, nomológica, del Derecho y, por lo tanto, hayan de venir cambiadas o abrogadas para que se consiga la reconciliación de la esencia y la existencia del Derecho.

El jurista de orientación jusnaturalista (al menos aquel que haya abrazado una orientación jusnaturalista acorde con el racionalismo nomológico) no formula tal crítica desde fuera del Derecho, en el curso de una actividad ajena, como pensador político o moralista ni nada por el estilo. Realízala a fuer de jurista. Actúa como lo que es: un operador jurídico. La propia docencia e investigación del Derecho también forman parte del quehacer jurídico. En ese ejercicio profesional jurídico, halla en el Derecho una esencia (racional-nomológica) que se encuentra en contradicción con la existencia (con la presencia de leyes irracionales). Evaluar negativamente esas escorias —exigiendo que se eliminen para reconciliar esencia y existencia— es, pues, una labor de jurista.

No sucede lo mismo con el jurista o el estudioso del Derecho que profesa el positivismo jurídico. Él no halla en el Derecho esencia alguna que se contradiga con la existencia ni con algunas de las leyes en vigor, toda vez que, para él, la esencia del Derecho se agota en la vigencia de las leyes establecidas por voluntad del legislador. Como jurista o científico del Derecho no tiene nada a que agarrarse para exigir una modificación legislativa —salvo, tal vez, cuando una ley pueda considerarse inconstitucional o no respete el principio de jerarquía normativa.

Es injustificable, desde el punto de vista positivista, la tan habitual práctica de insertar, en los tratados de dogmática jurídica, consideraciones *de lege ferenda*. Incurrir en ese vicio siendo positivista significa estar escribiendo, no en el ejercicio de la función de científico del Derecho, sino como ciudadano o moralista; introducir espuriamente, en un texto de ciencia jurídica, unas reflexiones que se extraen de particulares concepciones morales, no del Derecho.

Igualmente estará rebasando el ámbito legítimo de sus competencias cualquier jurista de obediencia positivista (abogado, fiscal, registrador, notario, asesor jurídico, secretario judicial, etc) que, en el desempeño de su función profesional, se permita formular recomendaciones de modificación legislativa. Es como que un astrónomo critique que Venus y Urano tengan movimientos de rotación retrógrados. Tales elucubraciones serían extracientíficas, movidas por valores estéticos u otros ajenos a la astronomía y a la astrofísica.

El jurista de orientación racionalista reclamará que toda la legislación se ponga en consonancia con la esencia del Derecho, esencia que estriba en los principios de la lógica nomológica más el principio de razón suficiente. Uno de los principios de esa lógica es el del bien común (según lo vamos a ver, más en detalle, en el capítulo II). Tiene como corolario los derechos naturales del hombre. Por lo tanto, el jurista de orientación racionalista-nomológica puede y debe exigir, en el propio ejercicio profesional de jurista, el pleno respeto a esos

derechos, reclamando la edicción de leyes que los reconozcan y amparen y desaprobando aquellas que —de un modo u otro— atenten contra los derechos humanos. Tal demanda la hará a título de jurista, con la mirada interna en el sentido de Hart —pero una mirada interna que entienda el Derecho como algo más que un cúmulo de normas positivas edictadas por el legislador según su voluntad legiferante.

En cambio el jurista de obediencia positivista sólo puede implorar o predicar una alteración legislativa que incorpore y respete los derechos humanos desde planteamientos extrajurídicos y, por ende, no en el legítimo desempeño de su labor profesional.

Capítulo II

LS JUSTAS NUPCIAS DE LA LÓGICA Y DEL DERECHO

§1.— La necesidad de la lógica para el jurista

En la racionalización del Derecho hemos de tener claridad de qué es razonar en general y, más concretamente, razonar jurídicamente. ¿Qué diferencia ese razonar jurídico del razonar a secas?

Ante todo es menester reivindicar que el razonar jurídico no puede ser sino un caso particular del razonar en general. La operación mental es la misma: pasar de la afirmación (o, al menos, la admisión hipotética) de unas premisas a la de una conclusión mediante reglas de inferencia lógicas (que pueden ser deductivas, inductivas y abductivas). La esencia del razonamiento, aquello que marca su diferencia específica con respecto a la argumentación en general, es el empleo de la lógica.

La ley obliga al juez a razonar, no meramente a argumentar; a convencer, no a persuadir. Constríñelo, pues, a aplicar la lógica. ¿Qué lógica?

Ante todo, una lógica correcta, válida, que preserve la verdad de las premisas (si es que la tienen).⁶² En este comienzo del siglo XXI ya no es dable pensar como hace 90 años, creyendo que hay una sola lógica posible, una sola lógica con credenciales científicas. Entonces había ya lógicas alternativas a la lógica clásica, pero eran curiosidades con escasísimos cultores excepto los lógicos matemáticos que las habían creado o las estaban creando, cuyos escritos muchas veces ni siquiera se habían publicado y, cuando lo habían sido, apenas habían hallado eco: Peirce, Łukasiewicz, Vasiliev, Brouwer. Podía entonces, legítima aunque erróneamente, pretenderse que «la lógica» era la lógica clásica, la lógica bivalente verifuncional, o sea la lógica aristotélica desarrollada y depurada por Frege.

Hoy hay muchas lógicas que compiten seriamente en el mercado de las teorías científicas sin que actualmente nadie esté en condiciones de pronunciar un veredicto merecedor de unánime consenso entre los lógicos acerca de cuál de ellas es la más correcta.

Durante demasiado tiempo los juristas, a sabiendas de que han de acudir a la lógica, han dado por supuesto que ésta era la lógica clásica. (En verdad aún más frecuentemente ni

⁶². Igual que el congelador conserva el grado de comestibilidad de los alimentos que en él se depositan —mas, si ya estaban estropeados, no les va a devolver comestibilidad— las reglas válidas de inferencia tienen una mera función preservativa.

siquiera han recurrido a la lógica clásica moderna, sino a su antepasada, la silogística aristotélica, superada desde mediados del siglo XIX.)⁶³

Se ven hoy los juristas sepultados por una masa ingente de normas, siendo incapaces de manejarlas (ni aun con los mejores instrumentos digitales que pone a su servicio la técnica moderna, gracias a los acervos de datos y los motores de busca). Convirtiéndose en un mero *desideratum* el adagio «*jura nouit curia*». A los jueces pídeseles asimismo que —puesto que en todas las ciencias existen opiniones dispares y mutuamente contradictorias—, lejos de depositar una confianza ciega en los peritos, adquieran ellos mismos algunos conocimientos que les permitan apreciar racionalmente los conflictos entre dictámenes periciales enfrentados.

¿Vamos nosotros, entonces, a exigir a los juristas que, además de tales ya de suyo hoy titánicas empresas, se familiaricen lo suficiente con la lógica matemática para ser capaces de discernir cuál lógica es la más correcta o adecuada para su materia —con su propio criterio y sin incurrir en la fe del carbonero?

Aspirar a tal resultado raya en soñar con una metamorfosis del juez —y del jurista en general—, que no sería ya el Hércules dworkiniano sino un ser dotado de una capacidad intelectual sobresaliente además de una abnegada devoción (que no mera vocación) difícilmente compatible con la llevanza de una vida personal y familiar como aquella a la que todos legítimamente aspiramos.

El juez, el abogado, el jurisconsulto o jurisperito individual tiene capacidad limitada, dispone de tiempo limitado. Por otro lado, ni las sentencias ni los fallos vienen siempre causalmente determinados ni por el contenido normativo del Derecho ni por éste agregado a un conocimiento de la realidad y a una buena aplicación de la lógica. Así lo han mostrado las escuelas del realismo jurídico, especialmente del norteamericano y, más recientemente, los estudios de política judicial.⁶⁴

El autor de esta obra escribe a título de jurista; y el jurista tiene una mirada idealizadora. No es un sociólogo del Derecho. Posiblemente sus postulados son *desiderata*, no pudiendo alcanzar otro estatuto que el de metas asintóticas.

Consciente de esas dificultades, pienso que la solución estriba en la sabiduría colectiva. No es el jurista individual quien tiene que dominar toda esa materia, que sería inabarcable en una vida humana. A ayudarlo están destinadas las instituciones, los colegios de abogados y sus centros de estudios, los organizadores de maestrías, las escuelas judiciales. En tales instituciones hay que estudiar Derecho, pero no sólo Derecho. De nada sirve el Derecho sin un conocimiento del ser humano, de su historia, de su realidad social, del propio transfondo cultural de las normas jurídicas en su evolución. Pero todo eso no basta. Es igualmente necesaria la lógica. Y no vale hoy la perezosa excusa de que, no pudiendo ser experto en todo,

⁶³. V. mi ensayo «El papel de Frege en la historia de la lógica», <http://digital.csic.es/handle/10261/14089>.

⁶⁴. V. *infra*, al final del apartado 6, la referencia al artículo de Pablo José Castillo Ortiz.

el jurista ha de atenerse a la lógica profesada por la mayoría de los lógicos, que es la clásica. Por varias razones. Una de ellas es que no ha habido asamblea alguna de todos los lógicos, reglamentariamente convocada, donde, tras un debate preceptivamente regulado, en buena y debida forma, se haya votado mayoritariamente a favor de la lógica clásica. Otra razón es que, aun en el supuesto de que sí se hubiera procedido de esa manera, la resolución carecería de fuerza de obligar, porque en asuntos científicos no se zanja por votación.

En las instituciones aludidas no puede hoy descuidarse la cuestión. Si prevalecen las corrientes que abogan por la ponderación y la proporcionalidad, es necesario romper el angostísimo molde de la lógica bivalente o aristotélica para dar cabida a la variedad y aun multiplicidad de grados. Cualquier razonamiento que quiera tener en cuenta grados dentro del rígido y estrecho patrón de la lógica clásica se verá forzado a maniobras, a triquiñuelas que, en definitiva, implicarán saltarse esa misma lógica que se invocaba.

Ha llegado la hora de que los juristas se interesen por las lógicas para escoger su lógica. No en el aislamiento del aprendizaje individual, sino en el trabajo mancomunado y colaborativo. Tienen que razonar con lógica. Tienen que hacerlo tanto para inferir conclusiones fácticas a partir de premisas fácticas como para deducir de un cúmulo de premisas, unas fácticas y otras normativas, conclusiones normativas. Han de tener criterio para saber qué lógica han de usar; no la primera que se presente o la que les ha recomendado alguien —por muy autorizado y ducho que sea en la materia—. Para razonar (y el jurista tiene constantemente que razonar, pues *Jus est Ratio*) tienen que usar la lógica, una lógica. Pero para saber qué lógica han de usar tienen necesidad de razonar y de saber.

En otro tiempo, cuando lógica no había más que una y ésta era de la rudeza, la inmediatez y la simpleza infantil propias de la silogística aristotélica —incluidas sus derivaciones decimonónicas—, el estudio de la lógica aportaba poco al jurista, pues, al fin y al cabo, con el instinto se podía suplir, con un elevado porcentaje de aciertos inferenciales. Hoy no es así. Hoy hay que hincarle codos a eso como a tantas otras cosas.

§2.— Una lógica deóntica correcta

No le basta al jurista utilizar una lógica general correcta, sea la clásica (en el contrafáctico supuesto de que ésa fuera la adecuada) u otra. Además de la lógica general (lógica sentencial y cuantificacional) necesita aplicar lógica deóntica. Sin lógica deóntica no puede ni siquiera dar los primeros pasos: concluir que, si el abogado está obligado a guardar secreto de los asuntos de su cliente, le es *a fortiori* lícito hacerlo; concluir que, si es preceptivo que quien abra una cuenta bancaria en un país extranjero lo declare a la agencia tributaria y Ezequiel abre una cuenta bancaria en un país extranjero, entonces es preceptivo que Ezequiel lo declare a la agencia tributaria (un caso simplicísimo de subsunción).⁶⁵ Lo que impide

⁶⁵. Una aclaración terminológica. En esta obra «preceptivo», «debido» y «obligatorio» son sinónimos; también puede serlo el adjetivo «vinculante». Por otro lado, «permitido», «autorizado» y «lícito» también son sinónimos entre sí. En el lenguaje coloquial hay varias locuciones verbales para expresar, respectivamente, la obligatoriedad y la

efectuar este último razonamiento sin recurso a una lógica deóntica es la presencia del operador deóntico «es preceptivo que».

Mas de nuevo, habiendo toda una panoplia de lógicas deónticas, el jurista tiene que escoger con buen criterio la apropiada para su cometido. Tiene que estudiar lógicas deónticas y tiene que hacerlo siempre pensando en cuáles se acomodan al razonamiento jurídico. P.ej., para el elementalísimo razonamiento subsuntivo que acabamos de hacer, no vale para nada la lógica deóntica estándar, bajo ninguna variante, ni ninguna otra que pertenezca a la misma familia.

El jurista puede creer que no necesita la lógica, bastándole con pensar bien según su leal saber y entender; o sea, dejarse llevar de su intuición. Y eso funciona en muchos casos. Pero actuar así es simplemente confiar en el presentimiento, en la corazonada, así sea en un terreno estrictamente delimitado, el paso de premisas a conclusiones. ¿Hay algo más antijurídico que ese *feeling it in one's bones*?

El jurista tiene que recorrer el itinerario discente que lo lleva a adoptar con buen juicio y por motivos racionales una lógica deóntica correcta, que se adecúe a su tarea cognoscitiva, que le sirva para inferir correctamente.

§3.— El bien común como criterio de selección

Las reglas de inferencia lógico-jurídicas válidas o correctas son aquellas cuya aplicación tiene efectividad en el razonamiento jurídico y que se ajustan a un imperativo de bien común; o sea: son tales que, de un cúmulo de premisas —las unas fácticas, las otras normativas pero conducentes al bien común—, se sigue una conclusión conducente al bien común.

Este criterio de corrección no garantiza, evidentemente, que las premisas conduzcan al bien común, igual que en la lógica alética ordinaria las reglas de inferencia son sólo guardianes de que no se pierda la verdad que haya en las premisas; no están para suplir las deficiencias de las premisas.

Hay premisas normativas no conducentes al bien común. P.ej. las que prohíben la libre inmigración, la libre circulación de personas. De premisas así la mejor lógica deóntica no puede asegurar que las conclusiones extraídas sirvan al bien común.

Pero lo que sí cabe afirmar es que son incorrectas aquellas reglas de inferencia deónticas tales que el grado de servicio al bien común de la conclusión sea inferior al de las premisas normativas, las que causen un deterioro de esa utilidad para el bien común.

licitud; así para la obligación se puede emplear el futuro o los sintagmas «tener que» y «haber de»; para la licitud, «se puede» (en sentido deóntico) y «se tiene derecho». Otros autores introducen distingos conceptuales, pero —por los motivos sobradamente argumentados en esta obra— tales distingos no merecen ser adoptados.

Hay que señalar, en este punto, una particularidad de la lógica deóntica o jurídica. En la lógica alética (o lógica general) reputamos válida o correcta una regla de inferencia siempre que, aplicándola, no pasemos de premisas verdaderas a conclusiones *totalmente* falsas; no exigimos que la regla conserve el grado de verdad de las premisas, o sea que impida pasar de premisas con un cierto grado de verdad a una conclusión con menor grado de verdad.⁶⁶

Por el contrario, la opción aquí adoptada con relación a la lógica deóntica gradualista es la de rechazar reglas de inferencia que deterioren el grado de proficuidad para el bien común de las premisas al pasar a la conclusión. Esa particularidad de la lógica deóntica, ese canon de no disminución,⁶⁷ se debe a la misión de la lógica deóntica; o sea a la especificidad del razonamiento normativo. Normativamente es irracional inferir de ciertas premisas una conclusión menos acorde que ellas con los fines del ordenamiento normativo.

Por eso, el método abductivo por el cual hay que investigar qué axiomas y qué reglas de inferencia valen en lógica deóntica es justamente el de que formen un sistema con cuya ayuda se obtenga, por un lado, fertilidad inferencial (podamos derivar lo que razonablemente esperamos poder derivar) mas, por otro lado, evitemos deducir conclusiones que serían deletéreas para el bien común de premisas que no lo son.

Por el contrario, de premisas normativas perjudiciales para el bien común se pueden inferir no sólo conclusiones que igualmente lo son, sino también —en ciertos casos— algunas favorables al bien común, igual que de premisas falsas se pueden extraer conclusiones verdaderas (y, evidentemente, también otras falsas). Inferirse válidamente de premisas falsas no constituye indicio alguno de falsedad. Similarmente, unas normas favorables al bien común pueden inferirse tanto de premisas favorables cuanto de premisas nocivas.

Más abajo volveré sobre esto, pues precisamente los axiomas esenciales del Derecho —alternativamente denominados imperativos de Derecho Natural— son aquellos que se deducen en todos los sistemas normativos, sean cuales fueren las premisas.

§4.— Normas, situaciones jurídicas

Las normas son situaciones jurídicas generales. Una situación jurídica es un estado de cosas consistente en que otro estado de cosas sea lícito, obligatorio o prohibido. Una situación jurídica particular es la de que, para algún ente, se dé la correspondiente situación jurídica, mientras que una situación jurídica es general cuando estriba en el darse esa situación jurídica para todos y no sólo para algunos. (Son asimismo situaciones jurídicas las negaciones de situaciones jurídicas así como las conyunciones y disyunciones de situaciones jurídicas y las cuantificaciones existenciales y universales de situaciones jurídicas; no es, en cambio, una

⁶⁶. Tal opción no es la única posible en las lógicas difusas; los motivos que la avalan figuran en mis dos libros *Rudimentos de lógica matemática*, Madrid: Editorial CSIC, 1991, ISBN 8400071565, e *Introducción a las lógicas no-clásicas*, México: UNAM, 1993, ISBN 9683634516.

⁶⁷. Técnicamente, principio de monotonía.

situación jurídica la disyunción o la conyunción entre una situación jurídica y una no jurídica ni, por lo tanto, un condicional con prótasis no jurídica y apódosis jurídica.)⁶⁸

Créanse las situaciones jurídicas a partir de varias fuentes (las fuentes del Derecho). La primera de ellas la constituye el conjunto de exigencias de convivencia de una sociedad, que se cifran en un imperativo de bien común, que es lo que da sentido a la existencia de tal sociedad (en lugar de una suma de individuos aislados y dispersos). En segundo lugar, la costumbre, siempre que sea arraigada y venga acompañada de la *opinio juris seu necessitatis*. En tercer lugar, los promulgamientos del poder legislativo (incluyendo los tratados). En cuarto lugar, las sentencias en tanto en cuanto sientan jurisprudencia. En quinto lugar, las fuentes privadas amparadas para su fuerza normativa por el propio ordenamiento: (a) unilaterales: promesas (en determinadas circunstancias), testamentos; (b) bilaterales o plurilaterales: contratos. En sexto lugar, los hechos jurídicos —no forzosamente dañinos o «cuasidelitos» en la terminología posjustiniana, pues hay hechos inocuos que generan obligaciones.

El panorama es mucho más complicado de lo que podría hacer creer el párrafo precedente, toda vez que muy a menudo existen diversos poderes legislativos, cuya jerarquización es problemática; existen diferentes órdenes jurisdiccionales, que entran en colisión; existen fuentes contractuales asimismo en mutuo conflicto; hay una pluralidad de hechos jurídicos con consecuencias normativas que se oponen la una a la otra (p.ej. un doble supuesto de minusvalía y de separación de progenitores).⁶⁹

Por ello, suele haber situaciones jurídicas mutuamente contradictorias: una misma conducta es: por un lado, lícita; por otro lado, prohibida. No se trata sólo de que haya situaciones tales que, por un lado —en virtud de una norma— sean preceptivas mas, a la vez —en virtud de otra norma— estén prohibidas. Es que, por la equivalencia de operadores deónticos, estar prohibido es ser ilícito, o sea ser no-lícito; y, por el principio de subalternación deóntica (o de Bentham) lo preceptivo es también lícito; de donde se infiere que la antinomia deóntica implica una auténtica y genuina contradicción.

Podríamos temer que, con un argumento similar, se dedujera que desembocamos, no sólo en contradicciones deónticas, sino en supercontradicciones, de la forma «Es lícito A y, a la vez, no es lícito en absoluto A». Felizmente no es así, porque no valen los esquemas de intercalación, que serían «HaA↔aHA» («Es totalmente lícito A en la misma medida en que es lícito que se realice totalmente A») y «LaA↔aLA» («Es hasta cierto punto lícito que A

⁶⁸. Si Juan cuadra el círculo, entonces es obligatorio que destruya el sistema solar. Es una verdad necesaria, mas no es una situación jurídica. Y es que no hay mundo posible en el que Juan cuadre el círculo y, sin embargo, esté exento de la obligación de destruir el sistema solar.

⁶⁹. Este supuesto está previsto en el art. 94 del Código Civil; pero el concepto de discapacidad o de minusvalía es difuso. Es muy posible que surja un conflicto entre el derecho de visitas paterno y las necesidades del menor aquejado por algún grado de minusvalía, teniendo en cuenta que en tales materias tiene que prevalecer el interés del menor. Pero en ciertos casos puede entenderse que el menor se halla ante dos intereses suyos en conflicto.

en la misma medida en que es lícito que se realice A hasta cierto punto».⁷⁰ Lo que bloquea esas falaces equivalencias es el indispensable distingo entre el grado del contenido de una obligación o de una licitud y el grado de obligación o de licitud del contenido en cuestión.

En tales situaciones, ¿qué hacer? ¿Realizar la situación conflictiva a medias? ¿Reputar una de las normas en mutua colisión inválida, nula, írrita, por quebrantar otra norma presuntamente de rango superior? ¿Aplicar los célebres criterios de exequibilidad preferente (*lex superior, lex specialis, lex posterior*)?⁷¹

Una norma preterida no deja por ello de estar vigente; aunque el juez opte —y lleve razón al hacerlo— por una de las alternativas, eso no exime del todo a la alternativa escogida de la calificación deóntica que le confiere la norma inaplicada. Por otro lado esos criterios son frecuentemente movedizos, entran en conflicto entre sí, suscitan calificaciones muy dudosas, tienen un estatuto jurídico cuestionable y valen lo que valen por la observancia que de ellos haga la jurisprudencia —una observancia en constante evolución.

En realidad la única moraleja práctica del reconocimiento de esas contradicciones normativas es que, en tales casos, el ordenamiento jurídico ofrece varias soluciones correctas mutuamente en conflicto, en vez de una sola (como querría Dworkin). No es que el ordenamiento nos prive de guía, que esté indeterminado, o que carezca de solución correcta. Es que está sobredeterminado, ofreciendo dos soluciones correctas, aunque, en la medida en

⁷⁰. Igualmente fallan los esquemas de intercalación para el operador de obligatoriedad, siendo falaces las fórmulas «HoA↔oHA» y «LoA↔oLA». Puede ser obligatorio que se realice totalmente A sin ser totalmente obligatorio que se realice A; y viceversa.

⁷¹. A quienes sostienen que esos cánones o criterios de prelación disipan las antinomias jurídicas hay que responderles que:

(1) Tales cánones, aun en aquellos casos en que sean aplicables, puede que no deshagan la antinomia, sino que meramente atenúen su efecto o —si se quiere— lo desactiven, ya que la aplicación de un canon de éstos puede entenderse como atinente a la exequibilidad y no a la vigencia o validez (conque una norma puede resultar válida y vigente aunque, por la razón que sea, el juez haya de inaplicarla para ejecutar otra; p.ej., dos Tratados internacionales que colocan al Estado ante sendos compromisos mutuamente incompatibles —aunque en el Derecho público internacional [y, en particular, en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados] no se otorga vigencia al canon de la *lex posterior*, puesto que, de concedérsela, un Estado podría desligarse de un compromiso adquirido a través de un Tratado suscribiendo con otro Estado un nuevo Tratado de contenido opuesto—).

(2) Puede discutirse la vigencia de esos cánones o criterios (salvo el de la *lex superior* que podemos considerar un principio esencial del Derecho, perteneciente al Derecho Natural o a la lógica jurídica); los cánones de la *lex specialis* y de la *lex posterior* son contingentes, pudiendo no valer en un número de ordenamientos; en particular, el canon de la *lex posterior* carecía de vigencia en el Derecho Romano anterior al siglo II (redactábanse las leyes condicionándose la validez de su contenido a su conformidad con el antiguo *Jus Romanorum* —si bien dicha fórmula acabó paulatinamente convirtiéndose en una mera cláusula de estilo); tampoco se aplica en el ordenamiento civil foral de Navarra (al menos en teoría); y venía expresamente rechazada en el viejo ordenamiento foral catalán (que, antes del Decreto de Nueva Planta, abarcaba el Derecho público y no sólo el privado). Asimismo en el Derecho castellano tardó mucho en aceptarse la prevalencia de la *lex posterior*, pues durante siglos siguió consagrada la supremacía de las Partidas de Alfonso X y del Ordenamiento de Alcalá, promulgado en 1348 —con la aquiescencia de las Cortes del Reino— por Alfonso Onceno.

De todos modos, entre el criterio de la *lex superior* y el de la *lex posterior* surgen a menudo conflictos, particularmente en las coyunturas de mutación o cambio constitucional, que se eluden (no se resuelven) con la ficción de un presunto *big bang* jurídico-constitucional.

que se siga una de ellas, no se seguirá la otra. Un juez puede abrazar legítimamente la una y otro juez la otra, mientras no haya un pronunciamiento jurisprudencialmente vinculante que ponga fin a la antinomia o se cambie la ley. Claro que el juez no puede escoger según le dé la gana. Ha de ajustarse a cánones hermenéuticos y lógicos racionales. Mas tales cánones no eliminan el dilema.⁷²

§5.— Obligación y verdad

La lógica deóntica es una lógica de operadores (ya sea la nomológica desarrollada por el autor de esta obra, ya sea cualquier otra). Un operador es una función cuyos argumentos son estados de cosas y cuyos valores funcionales también son estados de cosas. Lingüísticamente se expresa por lo que el lógico Richard Montague llamó «adfórmulas». Una adfórmula es como un adverbio (y de hecho suele clasificarse entre los adverbios), pero no modifica al verbo ni al sintagma verbal sino a toda la oración (la fórmula). Ejemplos de tales adfórmulas son «probablemente», «seguramente», «lamentablemente», «esperadamente».⁷³ Exprésanse muchas adfórmulas por una locución verbal seguida de un «que» que subordina a la fórmula afectada. (En español en tales casos la fórmula así afectada suele pasar a enunciarse en modo subjuntivo.) «Te pido que», «es necesario que», «es sabido que», «va a suceder que», y así sucesivamente. Las lógicas llamadas «intensionales» son lógicas de operadores: la temporal, la modal-alética, la deóntica, la doxástica, la epistémica.

La lógica de los imperativos es perfectamente subsumible en tal tratamiento, puesto que un imperativo «¡Haz esto!» es una enunciación alternativa del performativo «Te mando que hagas esto». Y el prefijo performativo «Te mando que» es un operador jusivo, que tiene un número de alomorfos en distribución complementaria. («Te mando que vengas esta tarde» puede enunciarse así: «Esta tarde vendrás; te lo mando yo». Incluso en ciertos contextos comunicacionales puede elidirse lo que sigue al punto-y-coma.)

Una vieja concepción prescriptivista de las obligaciones entiende que las obligaciones no existen (ni siquiera si se admite la existencia de estados de cosas, lo cual es dudoso dentro de los esquemas antimetafísicos y positivistas de los adalides de ese enfoque imperativista), sino que sólo hay oraciones lingüísticas de un tipo especial, las prescriptivas o jusivas. (Esa visión, proveniente de Bentham y Austin, ha sido prolongada hasta el expresivismo de Alchourrón y Bulygin.) A pesar de las objeciones de Kelsen —y, sobre todo, de Hart—, el prescriptivismo se ha mantenido (ni siquiera el propio Kelsen se vio enteramente despojado de él), suscitando la célebre paradoja de Jørgensen: para que quepa inferir B de A es menester que la verdad de A entrañe la de B, mas los prescriptivos o imperativos carecen de verdad.⁷⁴

⁷². V. *infra*, §13.

⁷³. En inglés 'hopefully' suena más natural.

⁷⁴. V. *infra*, la discusión de la 2ª dificultad del capítulo VIII. Sobre el expresivismo de Alchourrón y Bulygin, v. *infra*, Anejo Nº 2 del capítulo VIII.

Ese aserto es totalmente rechazable —y absolutamente erróneo según el punto de vista defendido por el autor de esta obra.⁷⁵ Toda oración imperativa es verdadera o no existe. Si alguien con autoridad dice que manda que A, entonces es verdad que manda que A.⁷⁶ Una lógica de los imperativos es posible si admitimos imperativos implícitos. Verosíblemente una lógica de los imperativos estará muy cercana a una lógica deóntica correcta.

Pero la posición aquí sustentada es opuesta al imperativismo, porque reconoce situaciones jurídicas que no emanan de ningún mandato (además de que el imperativismo se ve enfrentado a una serie de dificultades en las que no quiero entrar aquí). Una situación jurídica es un estado del mundo.

La auténtica *Grundnorm* no es la hipotética norma fundamental de Kelsen (tan evanescente como los átomos de Wittgenstein),⁷⁷ sino el requerimiento del bien común, en virtud del cual la sociedad tiene que regirse por unas reglas y, en consecuencia, ha de obedecer las que promulgue aquel que *de facto* se halle en mejores condiciones para erigirse en autoridad, siempre que ejerza esa potestad sin apartarse excesivamente de la función de velador del bien común que le ha venido confiada.

La validez de las normas promulgadas brota de esa necesidad deóntica elemental —emanación natural de una sociedad de animales (u otros seres con voluntad)— más los supuestos de hecho que concurran en cada caso.

Sí existen, pues, situaciones jurídicas. Unas las crea el mero hecho jurídico de vivir en sociedad una pluralidad de individuos de una misma especie (sociedad intraespecífica) o —como es el caso de las sociedades humanas desde la prehistoria tardía— de especies diferentes (sociedades interespecíficas). A partir de esas situaciones jurídicas pre y suprale legislativas surgen, dados ciertos supuestos de hecho, otras, que no brotarían ni valdrían ni tendrían fuerza alguna de obligar sin el requerimiento no promulgado del bien común.

⁷⁵. V. (Peña, 2006b). En realidad esa posición reduccionista de la frase imperativa «¡Ven!» al aserto performativo «Te mando que vengas» ya la defendí en mi Tesis Doctoral en Filosofía de 1979, *Contradiction et vérité*, en la Universidad de Lieja; no era una idea que se me hubiera ocurrido a mí, pues antes la habían ya defendido otros autores. Yo la tomé de uno de los miembros de mi comité de Tesis, el Dr. Hubert Hubien, si bien la versión que él proponía no usaba el performativo «mandar» sino el volitivo «querer»: «Quiero que vengas». Argumentaba que, cuando nos referimos en tercera persona a un mandato, lo solemos hacer en esos términos: «Fulano quiere que vengas». Pero la reducción volitiva es muy vulnerable, pues dar una orden no implica, evidentemente, ser sincero, o sea querer que se cumpla. (Ya San Agustín le dio muchas vueltas al mandato divino en su polémica con los pelagianos.) La frase «Quiero que vengas» puede ser falsa. La oración performativa «Te mando que vengas» tiene que ser —por necesidad pragmático-comunicacional— verdadera, igual que cualquier otra oración performativa (como un «pregunto si», «declaro que» etc).

⁷⁶. El hecho que hace verdadero el aserto «Te mando que A» es esa misma aserción —siempre que el contexto pragmático-comunicacional sea apropiado para tal prolocución. Por eso es un performativo. Su verdad es correspondencia; mas no correspondencia a *otro* hecho, sino al propio hecho que es el acto de habla en el cual se profiere. (Más ampliamente viene este problema abordado en (Peña, 2006b).

⁷⁷. V. Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

Quedan, pues, desahuciados los intentos de reconvertir las lógicas deónticas (y las modales y otras) en cálculos metalingüísticos.⁷⁸

Con ello la lógica deóntica se subsume perfectamente en la lógica alética. Para que una situación jurídica, C , se deduzca de otras, S_1, S_2, S_3, \dots , más determinadas situaciones fácticas, F_1, F_2, F_3, \dots , lo que hace falta es que no puedan existir $S_1, S_2, S_3, \dots, F_1, F_2, F_3, \dots$, sin que exista C .

Siguiendo las pautas heurísticas ya evocadas, tócale entonces al lógico deóntico hallar, por abducción, axiomas y reglas de inferencia para elaborar, con ellos, un buen sistema de lógica deóntica. Está a salvo del desesperado refugio de los prescriptivistas de pretender que, por mera analogía, se dirá que una norma N_1 implica una norma N_2 si en todo mundo donde se cumple N_1 se cumple N_2 . Esa semántica de mundos posibles es la fuente de las calamidades de la lógica deóntica estándar ya repetidas veces estigmatizada y puesta en la picota en (Peña, 2009c).⁷⁹

Al afirmar que las situaciones deónticas o jurídicas existen, son hechos, tienen realidad, plantéase el problema de en qué consisten, dónde están, qué estructura interna poseen, si pueden entrar en cadenas causales. Aunque en pasados trabajos que figuran en la Bibliografía de esta obra ya he abordado varios de esos problemas, no he emprendido todavía un tratado sistemático de ontología jurídica, tarea para el futuro. Baste aquí afirmar que la estructura de una situación jurídica o normativa es ésta: es el venir afectado otro estado de cosas por un operador deóntico (licitud, obligación, prohibición).⁸⁰

Las situaciones jurídicas entran en cadenas causales.⁸¹ Una de las causas por las que viene determinada la conducta de la gente (de alguna gente) es el conocimiento de la obligatoriedad o de la licitud de un rumbo de acción, del mismo modo que una de las causas por las que alguna o mucha gente se abstiene de otras conductas es que sabe que están

⁷⁸. P.ej. reconvertir la afirmación de la obligatoriedad para Ernesto de pagar impuestos en la oración metalingüística «'Ernesto paga impuestos' es un enunciado contenido en tal acervo de oraciones». Todo eso no es ya que sea difícil de creer (y que ese acervo —puro figmento de la imaginación— no figure en lugar alguno) sino que es un recurso extremadamente rebuscado e innecesario.

⁷⁹. En todos los mundos posibles es verdad que Celedonio no cuadra el círculo; por lo tanto, en todo mundo posible donde cumple una obligación, O , se abstiene también de cuadrar el círculo. Es absurdo decir, sin embargo, que de su obligación O se sigue la de no cuadrar el círculo. Es más, por argumentos sobradamente expuestos en la presente obra, es perfectamente lícito cuadrar el círculo.

⁸⁰. Al decir que el argumento del operador (y un operador es una función) es *otro* estado de cosas (generalmente uno puramente fáctico), me estoy expresando laxamente. No excluyo en absoluto la existencia de una situación normativa, N , tal que $N=oN$. De hecho en la lógica nomológica, se tiene el teorema: $ooN \rightarrow oN$.

No se tiene, empero, lo inverso: puede existir la obligación de una conducta sin que tal obligación haya forzosamente de ser, ella misma, obligatoria. Pero nada impide que si existan ciertas obligaciones necesariamente obligatorias, o sea tales que $\vdash oN \rightarrow ooN$. De donde se seguiría, para esa N en particular, $\vdash ooN \leftrightarrow oN$; o sea, tendríamos que $ooN=oN$. Y, abreviando « oN » como « M », tendríamos un estado de cosas, M , tal que $M=oM$.

¿Cuál podría ser ese M ? Probablemente la obligatoriedad del bien común, la cual no ya es que de hecho exista sino que tiene que existir.

⁸¹. V. más abajo la referencia a los estudios de política judicial y el reciente artículo de P.J. Castillo.

prohibidas. (El conocimiento de cuál sea la situación jurídica depende en parte de que ésta exista, aunque ciertamente eso no basta.)

A su vez las situaciones jurídicas tienen causas, exceptuando aquellas que son verdades necesarias por ser requerimientos jurídico-naturales que emanan de la esencia misma del Derecho. Las causas son de dos tipos. El primer tipo de causa es la ocurrencia de un hecho jurídico, una vez presupuesta una situación jurídica de contenido implicativo o condicional; el hecho jurídico en cuestión es el supuesto de hecho correspondiente, o sea lo significado por la prótasis; el resultado causal de ese hecho jurídico es que la apódosis venga afectada por el mismo operador deóntico, lo cual genera una nueva situación jurídica. El segundo tipo de hecho que genera una nueva situación jurídica es el promulgamiento (sea éste consuetudinario, legislativo o jurisprudencial). En rigor, sin embargo, este segundo tipo se reduce al primero, pues el promulgamiento sólo surte ese efecto en virtud de la vigencia de una norma que preceptúa que, si el promulgador se pronuncia en cierto sentido (cumpliendo determinados requisitos), entonces ese pronunciamiento adquiere fuerza normativa.

¿Dónde están las situaciones jurídicas? En la zona de espacio-tiempo donde tienen vigor. Unas son eternas (los principios esenciales del Derecho Natural). Muchas otras son temporales y contingentes.

¿Las percibimos? No sensorialmente; no son hechos observacionales (en el sentido de Quine), o sea: un observador atento e informado no podrá responder afirmativa o negativamente a la pregunta de si existe una situación jurídica meramente por la percepción de hechos observables aislados. La existencia de situaciones jurídicas la afirmamos en nuestra imagen cognoscitiva de una realidad social combinando observación y razonamiento. En los casos más sencillos, basta consultar un acervo de datos o leer la *Gazeta*. Pero casi nunca es así de sencillo. Frecuentísimamente es dudoso si existen o no determinadas situaciones jurídicas y las propias pruebas de su existencia son controvertibles hasta para el Juez Hércules. De ahí no se sigue que sean puros constructos del intérprete, figmentos o ilusiones.

§6.— Indefinibilidad del operador de obligación

De todo lo anterior no se sigue, empero, que tengamos que llevar nuestra reducción naturalista hasta el extremo de decir que «obligatorio» significa «beneficioso para el bien común». Esa ingenua y precipitada formulación haría de nuestra teoría un caso paradigmático de lo que Moore llamó «la falacia naturalista».⁸² No es lo mismo el que una conducta sea

⁸². De todos modos, yo rechazo la tesis de Moore de que lo que él llama «falacia naturalista» sea una falacia. Uno de los más perseverantes defensores de la dicotomía entre ser y deber-ser es, desde luego, Hans Kelsen. Luis Recaséns Siches en su «Estudio preliminar» al *Compendio de teoría general del Estado* de Hans Kelsen, México: Colofón, 1992, p. 18, resume la oposición kelseniana entre ser (*Sein*) y deber-ser (*Sollen*) —que le viene de Kant, al cual le vino de Hume—: «La contraposición entre ser y deber ser es una oposición lógico-formal: mientras nos movamos, pues, en el marco del conocimiento lógico-formal, no cabe pasar del primero al segundo; constituyen dos mundos separados por un abismo infranqueable».

obligatoria que el que sea conducente al bien común, porque muchos preceptos de la autoridad legítima no son conducentes al bien común.

Lo conducente al bien común es: (1) que alguien ostente la autoridad; (2) que ese alguien sea quien tenga mejores credenciales de legitimidad (en alguno de los tres sentidos weberianos o, mejor, en un cuarto, que sería la idoneidad para gobernar en pro del bien común); y (3) que se le obedezca mientras cumpla esa función (o no se aparte de desempeñarla en una medida demasiado grave y durante demasiado tiempo).⁸³

En realidad no hay cómo definir «obligatorio» (salvo circularmente como aquello cuya negación es ilícita, a la vez que lo permitido es aquello cuya negación no es obligatoria). Es un concepto primitivo, pero no oscuro. Aclárase por la propia lógica nomológica, de un lado, por su dilucidación desde el Derecho Natural (o dicho para aquellos a quienes repugna esa locución— desde el análisis ontológico de la esencia misma del Derecho) y asimismo desde estudios de sociología del Derecho y ciencias sociales afines,⁸⁴ que muestren el papel causal que la norma (la obligatoriedad o la licitud de un comportamiento) puede tener en la conducta de los sometidos a ella —y, muy en particular, de los encargados de hacerla cumplir, entre ellos los jueces.⁸⁵

En suma, las determinaciones deónticas puede que sean indefinibles, mas son dilucidables (como cualesquiera otros conceptos) no sólo por su potencial inferencial —asuso [*ad sursum*] (como conclusión) y ayuso [*ad deorsum*] (como premisa)—, sino también por su rol como causa o como efecto en las relaciones entre individuos y grupos dentro de una sociedad en la que tienen vigencia.

§7.— Algunas objeciones

He afirmado que una situación jurídica es un estado de cosas (resultante de venir afectado otro estado de cosas por un operador). A este planteamiento se le han dirigido dos objeciones.

La primera es que los operadores deónticos son *de re* y no *de dicto*; o sea: en vez de calificar un estado de cosas, califican una acción o un estado expresables por un sintagma verbal. Al preceptuar el legislador que todos paguen impuestos estaría diciendo esto: «Todos son tales que obligatoriamente pagan impuestos» (o algo similar). Similarmente la licitud o

⁸³. Eso es comparable a la diferencia entre utilitarismo de actos y de reglas. Un utilitarista sensato sigue el utilitarismo de reglas. No reputa automáticamente como buena la conducta que cause la máxima felicidad del máximo número, sino aquella que se realice según reglas cuya adopción causa la máxima felicidad del máximo número.

⁸⁴. Incluyendo la etología social de animales de otras especies sociales.

⁸⁵. V. Pablo José Castillo Ortiz, «¿Importa el Derecho? Política judicial, realismo jurídico y el problema de la indeterminación del Derecho como problema metodológico», *Isegoría* N° 51 julio-diciembre, 2014, pp. 575-596, ISSN 1130-2097.

permisión no se aplica a un hecho, sino a la acción o el estado que en ese hecho se atribuye a un sujeto.

A esa objeción cabe oponerle, en primer lugar, que ese tránsito del *de dicto* al *de re* acarrea, como primera y más grave consecuencia, arruinar e imposibilitar cualquier lógica deóntica, haciendo así ocioso buscar (ni por abducción ni por ningún otro método) qué axiomas y reglas de inferencia legitiman extraer unas conclusiones normativas de premisas igualmente normativas.

En segundo lugar, al convertir los operadores deónticos en modificadores *de re* y, por ello, expresables por adverbios y no por adfórmulas, introdúcese una enorme incógnita sobre por qué pagar-obligatoriamente-impuestos no implica pagar-impuestos. En efecto, pagar puntualmente sí implica pagar; y asimismo lo hace pagar renuentemente; y pagar pausadamente; etc. Se ve que pagar-obligatoriamente-impuestos no es ningún modo de pagar-impuestos, sino otra acción u otro estado; el objetor no aclara cuál es, en qué estriba.

En tercer lugar, el Derecho, particularmente el penal, reputa prohibidas ciertas acciones u omisiones por el desvalor de la acción (u omisión) y el del resultado (o el de la ausencia del resultado que hubiera debido producirse). Lo así desvalorado y, por ello, prohibido es un hecho; mejor dicho: dos: uno, la propia conducta activa u omisiva (toda la conducta, no un componente de la misma); y otro, el resultado (o el no-resultado, la carencia de aquel resultado que merecería haberse producido). Tales avances de la ciencia del Derecho penal difícilmente parecen compatibles con el tratamiento *de re* de los operadores deónticos.

En cuarto lugar, ese tratamiento suscita las mismas dificultades que el análisis *de re* que propuso Bertrand Russell de la creencia:⁸⁶ el problema de la adicidad variable. Y es que unas veces lo prohibido será expresable con un verbo intransitivo; otras con un verbo transitivo; otras por un verbo acompañado de un complemento directo y otro indirecto; etc. Hácese muy problemática la manejabilidad operativa y aun meramente lingüística de tales operadores.

La segunda objeción es que los entes afectados por los operadores deónticos no pueden ser estados de cosas sino conductas, y más concretamente conductas humanas. Habría, según el objetor, una diferencia ontológica entre esos dos tipos de entes, hechos o estados de cosas, por un lado, y conductas por el otro.⁸⁷

Sin embargo, el objetor nos debe una teoría de la diferencia entre conductas y estados de cosas o hechos. Analizar metafísicamente los estados de cosas es tarea ardua (y totalmente ajena al ámbito de la presente obra); pero introducir un distinguo entre esos entes —ya de suyo de complicado análisis— y otros *sui generis* que serían conductas exigiría derrochar talento para

⁸⁶. En su libro *The Problems of Philosophy*, Oxford University Press, 1912.

⁸⁷. Puede el objetor formular su reparo en términos, no de conductas o comportamientos, sino de acciones; prefiero no entrar en ese distinguo, pues es mejor hablar de conductas, ya que una conducta es un trozo de vida, una acción u omisión o una secuencia de acciones u omisiones causal y temporalmente unidas por un vínculo estrecho que hace del todo una unidad relevante de la vida humana, no un corte arbitrario.

dilucidar la diferencia postulada sin incurrir en una logomaquia o cuestión meramente de palabras. Además el objetor no sólo nos debe una aclaración de esa diferencia ontológica, sino una prueba de que efectivamente existen entidades de los dos tipos.

Además, la innecesaria proliferación a la que se está entregando el objetor no sólo vulnera el principio de economía ontológica (machete de Occam) sino igualmente el de economía ideológica o conceptual (navaja de Quine), ya que, en realidad, está introduciendo un concepto irreducible, que tendría otro potencial inferencial (asuso y ayuso), otro rol causal (idem); que, si no, volvemos a incurrir en un prurito puramente nominal.

El modo usual de hablar —y en particular el forense— no le da la razón al objetor. Dícese en las sentencias que no se ha demostrado (o sí) que el acusado haya cometido el hecho, o sea el autor del hecho; se comprueba un supuesto de hecho para extraer la consecuencia jurídica. Esos hechos son indistintamente llamados «conductas»; la diferencia es estilística y, como todos los distingos estilísticos, el uso viene marcado por parámetros contextuales.

Es asimismo reprochable que el objetor circunscriba los trozos de realidad deónticamente determinables a acciones u omisiones humanas; eso es un error. Lo es en sociedades no humanas, donde hay obligaciones, prohibiciones y permisos. Lo es en nuestra sociedad interespecífica con relación a miembros no humanos de nuestra sociedad, a los cuales sometemos a obligaciones y a prohibiciones y les concedemos unos pocos derechos (aunque deberíamos concederles, por un principio jusnaturalista de equidad, muchísimos más).

Ni es razonable excluir del ámbito de los hechos deónticamente determinables aquellos en los cuales no son agentes ni pacientes ni seres humanos ni otros miembros de nuestra sociedad interespecífica, porque, si los principios de la lógica nomológica han de amoldarse a ese constreñimiento adicional (que evidentemente habría que justificar, no meramente estipular), el resultado sería inmensamente complicado. Además, un hecho así puede estar prohibido sin que en él esté involucrado ningún miembro de nuestra sociedad, siempre que pueda causar daños. P.ej. está prohibido prender leña en el monte en estación seca porque puede causar un efecto prohibido, un incendio; no está sólo prohibido si en él arde un ser humano, sino también por sus efectos perjudiciales para la riqueza social y la de los particulares y para el medio ambiente. Por lo mismo, los vigilantes negligentes que no han acudido a apagarlo en sus comienzos han perpetrado una omisión prohibida, justamente porque no han impedido —pudiendo y debiendo hacerlo— un hecho asimismo prohibido.

El objetor puede reforzar su argumento señalando cuán raro resulta decir que hay hechos prohibidos inevitables (enfermedades, muertes involuntarias, incendios causados por rayos, epidemias, huracanes). Sin embargo, está claro que, cuando han sido causados por la acción humana, son resultados prohibidos. Otras veces no sabemos si lo han sido.⁸⁸ No

⁸⁸. Hasta de algunos huracanes se alega que están causados por el calentamiento global a su vez resultante de las excesivas emisiones de anhídrido carbónico, en cuya causación tienen, sin duda, una parte significativa quienes se lucran gracias a promover instrumentos —p.ej. vehículos— singularmente contaminantes.

resulta nada convincente esperar a haberlo averiguado antes de calificar al hecho deónticamente o abstenerse de hacerlo.

En fin, verdaderamente —suene raro o no— ¿qué daño hace calificar de prohibido un hecho que, de todos modos, merece que lo veamos como disvalioso, nocivo, malo? Es una cuestión de pragmática comunicacional lo de sonar raro, o no. Suenan raras muchas verdades científicas porque no se usan en los contextos ordinarios.

§8.— Expandibilidad del vocabulario lógico. El holismo de Quine

¿Cuál es el resultado principal en la dilucidación de la lógica nomológica contenida en esta obra? Voy a analizar ese resultado; pero lo primero que hay que aclarar es el concepto mismo de lógica.

Para Kant, la lógica era una disciplina analítica *a priori*, que se circunscribía a explicitar en la conclusiones lo ya contenido implícitamente en las premisas, justamente en virtud de ese vínculo analítico, consistente en que, al analizar en sus notas conceptuales los conceptos que aparecen en las premisas, salen a la luz los subconceptos atribuibles al mismo sujeto. Kant estima que la lógica la había elaborado Aristóteles definitivamente, sin haber dado después ni un paso adelante ni uno atrás.

Suena irrespetuoso tildar de ignorante al filósofo de Königsberg, pero la verdad es la verdad. Kant desconoce los múltiples desarrollos de la lógica en la escuela estoica y el florecimiento de estudios lógicos de la baja Edad Media y de la Protomoderna hasta llegar a Leibniz (por cuya metafísica expresa reiteradamente una cortés o condescendiente displicencia), si bien en eso tiene la excusa de que los mejores trabajos lógicos de Leibniz permanecieron inéditos muchísimo tiempo.⁸⁹ Por otro lado Kant estaba —excusablemente— en la inopia con respecto a los nuevos desarrollos que se avecinaban y que van a revolucionar la lógica en los decenios que siguen a su muerte.⁹⁰

Ahora bien, a pesar de todos los cambios de la lógica en el siglo XIX y en el XX (que achican hasta casi hacer exigua la contribución del Estagirita con su desvalida silogística), persistió la visión de la analiticidad (quizá menos entre los lógicos —que hacían lógica sin preocuparse demasiado de qué era eso que estaban haciendo— que entre los filósofos que se ocupaban de la lógica). Frege la hace expresamente suya. Y, por supuesto, el mismo punto de vista es dogmáticamente abrazado por la gran corriente filosófica que, en el primer tercio del siglo XX, va a hacerse abanderada de la importancia filosófica de la nueva lógica (el Círculo de Viena y sus congéneres y epígonos del neopositivismo y del empirismo lógico). Es más,

⁸⁹. V. mi artículo «De la logique combinatoire des *Generales Inquisitiones* aux calculs combinatoires contemporains», *Theoria* N° 14-15, 1991, pp. 129-59. ISSN 0495-4548.

⁹⁰. Hasta donde yo sé, ninguno de los representantes del idealismo alemán presintió atisbo alguno de ese inminente cambio de paradigma lógico, que vendrá de la mano de la matemática. (V. mi ya citado trabajo inédito «El papel de Frege en la historia de la lógica», <http://digital.csic.es/handle/10261/14089>.)

cabe atribuirles la convicción de que la analiticidad de las verdades lógicas es una verdad analítica.⁹¹

Las lógicas alternativas sólo empiezan a adquirir notoriedad en los años 30. Su surgimiento suscita una primera interpelación a los que, con la inquebrantable fe del carbonero, creían en el dogma de la analiticidad de la lógica. Al fin y al cabo, por muchos que hubieran sido hasta entonces los desarrollos de la lógica, daba la impresión de que éstos sólo adicionaban nuevos conocimientos; únicamente ensanchaban y ahondaban; nunca suscitaban contrastes, controversias, alternativas.⁹² Ahora sí se produce, por primera vez, una polémica. Brouwer, con su lógica intuicionista, ataca ciertos supuestos de la lógica clásica (principalmente el principio de tercio excluso). Más discretamente estábanse gestando las lógicas multivalentes, cuyo fundador, Łukasiewicz, trabajaba sin alharacas y con sigilo; el impacto de su titánica obra vendrá posteriormente —después de su muerte en Dublín en 1956.

Pero ya en 1936 aparece el trabajo de Garrett Birkhoff & John von Neumann donde por primera vez se propone una lógica cuántica, o sea una lógica adaptada a las peculiaridades de la física cuántica, que resultaba incompatible con la lógica clásica. Al año siguiente se publica⁹³ el primer estudio de la lógica cuántica por J. Destouches & P. Février. Es imposible exagerar la convulsión que esos trabajos estaban llamados a provocar, si bien es preciso reconocer que la retrasaron o amortiguaron durante años el conservadurismo académico, la inercia y el reinado del prejuicio. Por vez primera se proponía otra lógica para acoplarse a resultados de la ciencia empírica; por vez primera hacíase, así, depender la opción por una u otra lógica de varias alternativas posibles, no de cogitaciones metafísicas o filosóficas abstractas (como lo habían hecho Peirce, Vasiliev y el propio Łukasiewicz), sino de la variación del saber experimental. ¿Qué mayor desafío podía hacerse al dogma de la analiticidad de la lógica, que conllevaba su impermeabilidad frente a los avatares de la experiencia, su inasaltabilidad como saber vacuo pero *a priori*?

Carnap fue el primero en reaccionar con su principio de tolerancia⁹⁴. Su extraordinario talento le permitió percatarse inmediatamente del desafío de las nuevas lógicas a toda su laboriosa construcción del neopositivismo, cuyo eje era la infranqueable y absoluta dicotomía entre lo analítico y lo sintético-empírico (a fin de que en tal esquema dual no

⁹¹. Aunque eso, dicho así, no lo he hallado en los escritos de ninguno de sus representantes, Schlick, Neurath, Carnap, Ayer etc.

⁹². Sí en el marco de la filosofía de la lógica —p.ej. los riquísimos debates sobre las paradojas semánticas en la filosofía de la lógica del Renacimiento, cuyo más célebre cultor es Paulo Véneto, a quien tenemos el placer de haber descubierto por los historiadores de la lógica como el P. Bocheński y los esposos Kneale.

⁹³. Pero en francés, lo cual limitó mucho su impacto.

⁹⁴. Sobre el principio de tolerancia de Carnap, v. Florian Steinberger, «How tolerant can you be? Carnap on the normativity of logic», *Philosophy and Phenomenological Research*, publ. online 2015-01-14, DOI: 10.1111/phpr12165.

quedara el más mínimo hueco para la metafísica, decretada así un sinsentido).⁹⁵ La reacción de Rudolf Carnap va a ser la postulación del principio de tolerancia. Va a salvar el dogma de la analiticidad alegando que, en realidad, cada sistema de lógica es analítico internamente, sea el clásico o cualquier otro, siendo, en definitiva, cuestión de decisión optar por uno de ellos; sólo que quien profese uno de tales sistemas y quiera discutir con un seguidor de otro sistema está sujeto a un deber epistémico: proporcionar sus métodos y reglas sintácticas; si no, ni siquiera es posible discrepar. Una vez que se suministran tales reglas, desvanécese la ilusión de controversia doctrinal: no hay nada que se afirme en un sistema y se niegue en el otro.⁹⁶

Con ese ardid, sin embargo, nada se solucionaba. En 1951 Quine publica su seminal artículo «Two dogmas of empiricism»,⁹⁷ donde aboga por un enfoque holístico que destrona a la lógica de su analiticidad: construimos nuestra teoría del mundo bajo el impacto de la experiencia; la diferencia entre lo analítico y lo sintético, lo *a priori* y lo *a posteriori* es meramente cuestión de grado.

Otros lógicos —menos propensos que Carnap a rebajar la verdad lógica a la vacuidad analítica de decir en la conclusión lo ya implícitamente dicho en las premisas—, p.ej. Kurt Gödel, no dejan de compartir su visión apriorística del saber lógico; la vía que proponen es la intuición,⁹⁸ lo cual nos deja en mal lugar a los parias epistémicos que carecemos de intuición alguna. El holismo gradualista de Quine ofrece una solución.

Quine va a ahondar más en su concepción de la lógica. Va a brindar una definición: una lógica es una teoría constituida por enunciados en los cuales sólo unos pocos vocablos («y», «o», «todos», «no») tienen ocurrencias esenciales.⁹⁹ No hay motivo racional alguno para que sea ese conjunto en vez de otro, salvo la conveniencia para articular teorías científicas

⁹⁵. V. mi artículo «Quine y el intento neopositivista de superación de la metafísica», en *Reexamen del neopositivismo*, Salamanca: Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, 1992, pp. 39-64. ISBN 8460443949.

⁹⁶. No podía Carnap —al formular ese principio en su *Logische Syntax der Sprache* en 1934— prever la teoría epistemológica que desarrollará Thomas Kuhn en 1962, con su *The Structure of Scientific Revolutions*, en la cual sostiene la inconmensurabilidad de las teorías científicas en conflicto y, por ende, su intraducibilidad. Cada nuevo paradigma científico traería consigo su propio mundo.

⁹⁷. Aunque ya en 1935 había cuestionado la dicotomía carnapiana en su formidable artículo «Truth by Convention», que entonces no alcanzó todavía el eco merecido.

⁹⁸. V. p.ej, Charles Parsons, «Platonism and Mathematical Intuition in Kurt Gödel's Thought», *The Bulletin of Symbolic Logic*, Vol.1/1, Marzo 1995, repr. en <https://www.math.ucla.edu/~asl/bsl/0101/0101-004.ps>, cons. 2015-02-27; John P. Burgess, «Intuitions of Three Kinds in Gödel's Views on the Continuum», en Juliette Kennedy (ed), *Interpreting Gödel: Critical Essays*, Cambridge U.P., 2014, ISBN 9781107002661, repr. en <http://www.princeton.edu/~jburgess/Goedel.pdf>.

⁹⁹. Son esenciales las ocurrencias de aquellas palabras tales que reemplazarlas por sendas ocurrencias de otra palabra puede hacer pasar de la verdad a la falsedad. Así en «Llueve o no llueve» sólo el «o» y el «no» son esenciales; podemos reemplazar «llueve» por «nieva», «suda», «habla», «bebe», «ronca» sin perjudicar la verdad de la frase inicial. En una teoría física pueden ser palabras esenciales, p.ej., «protón», «electrón», «positrón» etc. En una historiográfica sobre las guerras napoleónicas, «París», «Tilsit», «Jena», «Moscú» etc. En la ciencia del Derecho civil, tenemos palabras esenciales como «contrato», «sucesión», «aleatorio», «propiedad», «posesión», etc.

que se acoplen a la experiencia y funcionen. En principio el vocabulario lógico es expandible.¹⁰⁰

¿En función de qué vamos a expandirlo? La epistemología de Quine nos da la clave. Puesto que lo que queremos es que la lógica esté formada por los asertos que deseamos preservar en el centro de nuestra construcción teórica y, así, más al amparo de las acometidas de una experiencia recalcitrante u hostil que nos zarandee o nos ponga en aprietos, tenemos ahí una pauta: amplíemos o contraigamos el vocabulario lógico según qué partes de nuestra visión global del mundo juzgamos más indiferentes a las contingencias de la experiencia.

Aunque los adeptos de las lógicas intensionales no siguieron esa pauta (es notorio el desamor entre Quine y la lógica intensional), en el fondo ése habría sido un buen camino. Una lógica temporal agrega al vocabulario lógico palabras como «antes», «después», «ahora», etc; pero quizá una lógica temporal erigida teniendo en cuenta la teoría de la relatividad podría diferir de otra que se atenga a la visión newtoniana del tiempo.

Lo que aquí me interesa (y a lo cual venía a parar con todas las consideraciones previas) es que podemos incluir en el vocabulario lógico «obligatorio», «prohibido», «lícito». Ya sabemos que es sólo relativa la inmunidad a la experiencia de las teorías que construyamos con ese vocabulario esencial; la aprioricidad no es absoluta.

Por otro lado, sabemos que la potencia asertiva que se gana en una teoría postulando unos axiomas puede ganarse igual adoptando en la misma nuevas reglas de inferencia.¹⁰¹

De ahí que el autor se haya dedicado a pergeñar una lógica nomológica que comprenda en su vocabulario esencial los operadores deónticos. Como toda lógica, es muy difícilmente vulnerable por la experiencia adversa; es muy inverosímil que lleguemos a decir que la experiencia nos ha hecho abandonar o modificar un axioma lógico; el holismo epistemológico forja un vínculo de solidaridad entre los asertos de la teoría global, a la vez que su respectiva ubicación en la periferia o en el centro determina el grado de precariedad o fragilidad.

Así, si adoptamos, entre nuestros postulados lógico-deónticos, el principio de colicidad (*vide infra* §9.2), difícilmente imaginaremos que algún día podamos afirmar que la experiencia nos ha mostrado que, aunque A es lícito y B también lo es, A&B está prohibido.¹⁰² No

¹⁰⁰. Tarski relativizará igualmente la dicotomía entre el vocabulario lógico y el no lógico. En su tratamiento, ningún criterio de principio impide expandir el primero a expensas del segundo. Parece un asunto de mera decisión.

¹⁰¹. Puede que haya excepciones. Hay quizá reforzamientos de ciertas teorías por la vía de expansión de su acervo de axiomas que acaso no conseguiríamos adoptando nuevas reglas de inferencia; y viceversa. Pero, de darse realmente, son casos muy raros.

¹⁰². No sería un argumento convincente, en principio, que nuestro postulado dejara escépticos a los operadores jurídicos (abogados, jueces, juristas, fiscales); pero si ese escepticismo, lejos de ser ocasional o episódico, fuera sistemático, eso nos daría que pensar. Si nos percatáramos de que con ese principio de colicidad nos comprometíamos, una y otra vez, a consecuencias prácticas perniciosas para el bien común, un canon de honestidad intelectual nos tendría que llevar a replantearnos seriamente el sistema adoptado de lógica deóntica y, dentro de la contemplada reelaboración, sopesar la sacrificabilidad del principio de colicidad.

obstante, en un contexto de reajuste causado por una confrontación entre la aplicación de nuestra lógica nomológica (junto con un determinado ordenamiento normativo) y las exigencias del bien común de la comunidad en cuestión, habríamos de abordar la revisión del sistema con una *open mind*, sin excluir de antemano el eventual sacrificio de ese o cualquier otro postulado o, al menos, su alteración.

§9.— La estructuración racional del Derecho mediante un sistema de lógica nomológica

Es propósito de esta obra racionalizar el Derecho, repensando el ordenamiento jurídico de tal modo que quede reflejado por una *visión lógica del Derecho*.

Tal repensar reviste una doble faceta: descriptiva y prescriptiva, de conformidad con ese canon de la ciencia y de la filosofía jurídicas de considerar siempre el Derecho vigente desde la perspectiva de su idealización, con una proyección hermenéutica e inferencial enderezada al ideal (o al valor) del bien común (ateniéndonos constantemente a la máxima del pretor y jurisconsulto Publio Juvencio Celso —asesor del emperador Hadriano—,¹⁰³ *jus est ars boni et aequi*).

Eso diferencia la sociología del Derecho (ciencia empírica) de la ciencia y la filosofía jurídicas, que son saberes normativos por su función, su contenido y su enfoque metodológico, por lo cual no pueden entender *el Derecho que es sin ajustarlo*, en lo posible, *al Derecho que debiera ser*. Para eso no bastan los exámenes empírico y lingüístico de los textos jurídicos y de las costumbres jurídicamente vinculantes, sino que es menester añadir unos cánones axiológicos de racionalidad, unos principios que enmarcan y orientan al Derecho, asignándole, como razón suficiente, una misión de bien común. Tales cánones de racionalidad jurídica son de dos clases: hermenéuticos e inferenciales. Los cánones inferenciales, a su vez, se agrupan en tres conjuntos: deductivos, inductivos y abductivos.¹⁰⁴ Los más importantes son los deductivos; los provee la lógica nomológica.

No se conforma con eso la racionalización jurídica abrazada como tarea de esta obra. Trátase, no sólo de repensar —del modo recién indicado— el ordenamiento jurídico que tenemos, sino también de mostrar aquellos aspectos en los que se desvía de su misión del bien

¹⁰³. Cit. en *Dig.*, 1, 1, 1.

¹⁰⁴. Así, p.ej., los razonamientos analógico y *a sensu contrario* pueden entenderse, ora como criterios hermenéuticos, ora como reglas de inferencia abductivas (a sabiendas de que, para ser verosímil, la abducción ha de someterse a severos constreñimientos y que, aun así, nunca ofrece tanta evidencia y garantía como la deducción). Ninguno de los dos es deductivo ni, por lo tanto, viene legitimado por la lógica nomológica. Sobre ambos razonamientos se ha escrito tantísimo que huelga recoger aquí bibliografía alguna al respecto; me limito a señalar, con relación al segundo, el artículo de Juan Antonio García Amado «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del Derecho», *Doxa*, Nº 24 (2001), ISSN 0214-8876, pp. 85-114. Asimismo la llamada «tópica jurídica» puede, seguramente, reconducirse a un arsenal de razonamientos abductivos (si es que no de criterios hermenéuticos). V. la tesis doctoral de Wolfram Velten *Juristic topics in English legal theory: The 'topical' method of finding and legitimizing premises for the solution of 'hard cases' in the light of English legal theory*, Durham University, 1990, disp. en <http://etheses.dur.ac.uk/6043/>, cons. 2015-03-16.

común —razonando siempre con las reglas y los principios de la lógica nomológica.¹⁰⁵ De tal constatación se siguen recomendaciones de política legislativa a fin de hacer más racionales las relaciones jurídicas en diversos ámbitos.

Para ambos cometidos necesitamos, pues, una lógica nomológica, con sus axiomas y sus reglas de inferencia.¹⁰⁶ El resultado de las investigaciones del autor se resume en los subapartados siguientes.

9.1.— Reglas de inferencia

A tenor de lo dicho más arriba, si bien un sistema adecuado de lógica deóntica puede enunciarse con reglas de inferencia lógico-deónticas especiales, es más sencillo reducir las reglas a sólo dos:

- 1ª) la regla de equivalencia: aquella que nos habilita a afectar por el mismo operador deóntico dos hechos que sean necesariamente equivalentes entre sí;¹⁰⁷
- 2ª) la regla de presunción de libertad (o de Leibniz): mientras no se demuestre la prohibición de una conducta, hay que presumir su licitud.¹⁰⁸

9.2.— El principio de colicidad

Un axioma de lógica deóntica se expresa como un enunciado (universalmente cuantificado) que contiene operadores deónticos. Puede contenerlos o bien prefijadamente (lo que en la jerga técnico-lógica se llama «prenexados») o bien incrustados en alguna subfórmula. Notemos, sin embargo, que en cada sistema normativo los promulgamientos del legislador son axiomas adicionales, axiomas extralógicos.¹⁰⁹

Entre nuestros axiomas lógico-deónticos, podemos aquí mencionar varios.¹¹⁰

¹⁰⁵. Junto con otros parámetros de racionalidad —inductivos, abductivos y hermenéuticos— cuyo estudio cae fuera del ámbito de la presente obra.

¹⁰⁶. Insisto una vez más para evitar confusiones: tal lógica es necesaria, no suficiente para la racionalidad, no sólo de la praxis jurídica, sino también de la ciencia y la filosofía del Derecho.

¹⁰⁷. O sea la regla de equivalencia: Si $\vdash A \leftrightarrow B$, entonces $\circ A \leftrightarrow \circ B$.

¹⁰⁸. Esta regla es una versión alternativa del famoso principio de permisión; aceptar la regla implica rechazar las lagunas.

¹⁰⁹. Como lo he argumentado en mi artículo (ya citado) «Imperativos, preceptos y normas», el hecho que hace verdadero el contenido de un promulgamiento jurídico es el propio acto de habla promulgante, el cual es así autorreferencial. Consideráanse en el artículo procedimientos promulgativos más complejos, como una requerida concordancia entre dos promulgantes facultados para ello. Lo que hace verdadero el contenido de cada uno de esos dos actos de habla co-promulgantes es que exista y coincida con el otro.

¹¹⁰. Según lo he sostenido en (Peña, 2016a), los axiomas de la lógica nomológica son, todos ellos, o bien normas o bien conexiones normativas, es decir vínculos necesarios, ya sea entre situaciones normativas, ya sea entre situaciones normativas y supuestos de hecho. Los axiomas que son normas y aquellos que son conexiones normativas pueden subsumirse bajo el común denominador de «principios normativos». Y a todos ha de adscribirseles vigencia normativa, en tanto en cuanto, si bien una conexión normativa no establece aisladamente

El primero de ellos es el principio de colicitud: *quicquid licet singillatim licet conjunctim*. Si es lícito que Enrique acuda a la verbena y es igualmente lícito que lo haga María, es lícito que Enrique y María acudan a la verbena. De no ser así, uno de ellos carecería del derecho incondicional de ir a la verbena y, por lo tanto, no podría afirmarse con verdad que tiene ese derecho (sino que lo que tendría sería otro derecho: el de que, con tal que se cumpla determinada condición, pueda ir a la verbena). De ahí que los derechos reconocidos por la Constitución son de ejercicio compatible, salvo las limitaciones que especifique la propia Carta Magna (p.ej. la sindicación de los jueces);¹¹¹ el ejercicio puede estar limitado por la ley dentro de los parámetros marcados por la Constitución, pero nunca puede un individuo ser privado de la titularidad de un derecho constitucional por ejercer otro derecho constitucional.

Se ha objetado que el desempeño de ciertas funciones impone un deber de reserva o aun de secreto. Así es, pero trátase de excepciones tasadas. Un miembro del consejo de administración de una firma no puede divulgar en una red social la deliberación secreta del consejo.¹¹² Lo que no sucede es que se le condicione en general el derecho de libre

una obligación (o un permiso o una prohibición), sí lo hace en un contexto fáctico y jurídico. Por lo tanto, los axiomas de la lógica nomológica no sólo son verdades necesarias, sino también principios normativos necesariamente vigentes en cualquier ordenamiento.

¹¹¹. Art. 127.1 CE. Existen otras restricciones constitucionales de la libre sindicación en virtud del art. 28.1 y 103.3. Notemos que el derecho de libre sindicación del art. 28.1, pese a su enunciación literal, ha de interpretarse en el contexto del propio artículo 28.1, que limita de hecho su ejercicio, aunque no su titularidad. Por ello a los jueces les asiste como a los demás españoles el derecho de libre sindicación; sólo que no pueden ejercerlo mientras sean jueces, por el art. 127.1; recuperan la plena ejercibilidad del derecho —de cuya titularidad nunca han venido privados— en cuanto renuncian a la carrera judicial. Es de notar que ser juez no es un derecho fundamental reconocido en la Constitución, justamente porque está sujeto a muchas condiciones: unas de capacidad y mérito, otras de correcto ejercicio de la potestad judicial y finalmente algunas de incompatibilidad, en aplicación del art. 127.2 CE.

Por otro lado, es de lamentar que la Constitución —tan reglamentista y ordenancista que desmenuza farragosamente un montón de detalles— haya pasado por alto problemas muy serios, como el de si quienes ejercitan un poder del Estado —los jueces, concretamente, que ejercen el poder judicial— pueden ponerse en huelga, suspendiendo tal ejercicio. Por las mismas, ¿podrían ponerse en huelga los diputados o los senadores? ¿Los ministros? ¿El presidente del gobierno? ¿El Jefe del Estado? (Y, por cierto, ¿qué prohíbe al Jefe del Estado afiliarse a un partido o a un sindicato?)

¹¹². De transcendencia infinitamente mayor es la cuestión de en qué medida gozan de libertad de palabra los ministros. Y es que la Constitución (tan puntillósima en tantas minucias) es silente en este particular. El art. 98.4 se limita a decirnos que la ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno; prescripción ociosa si las hay, porque, de no existir ese precepto 98.4 CE, las demás disposiciones de la Carta Magna no sólo autorizarían al legislativo a tal regulación, sino que se la impondrían, por ser palmariamente necesaria. Es digno de señalarse que constitucionalmente la Ley de Gobierno no necesite ser una Ley Orgánica; y, al no necesitar serlo, seguramente sería inconstitucional que lo fuera.

A este respecto, prodúcese una colisión entre el secreto de las deliberaciones del Consejo de Ministros preceptuado por el art. 5.3 de la Ley 50/1997 de Gobierno y lo dispuesto por la ley 19/2013 de Transparencia. En una importantísima Sentencia, la 194/2014 (una de las pocas que merecen de veras la manida calificación de «histórica»), el Tribunal Constitucional ha derogado el citado art. 5.3 de la Ley 50/1997, no porque sea anticonstitucional en sí (puesto que la Constitución en ningún momento manda que esa deliberación haya de ser pública), sino por incompatibilidad con una *lex posterior* que es la 19/2013.

No sé cuántos precedentes tenga tal Sentencia. Entendíase hasta ahora que, en recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, el TC circunscribía su competencia a determinar si una Ley aislada era o no compatible con la Constitución. En el §09 del capítulo 3 de (Peña, 2009a), propongo yo el concepto de *juridicidad constitucional*;

expresión de sus opiniones (sobre cualesquiera temas) a que se abstenga de ejercer su derecho de asociación. Lo que pasa es que los derechos incondicionales tienen sus límites; mejor dicho, los concretos ejercicios o disfrutes de tales derechos tienen esos límites.

Otra objeción muy común es que a alguien le puede estar permitida una conducta, A (p.ej. casarse con Adela) e igualmente otra (casarse con Mencía), sin que por ello le sea lícito realizar ambas conductas (ser bígamo). El error del objetor estriba en considerar incondicionalmente lícita una conducta que sólo lo es condicionalmente (sólo es lícito a alguien contraer matrimonio con Adela si se abstiene de casarse con otra persona).

Hay que hacer notar que el principio de colicitud tiene un corolario que puede resultar llamativo, a saber: si una disyunción entre dos hechos, A, B, es preceptiva, es que uno de esos dos hechos es obligatorio. Podría pensarse que no es así, que puede existir una obligación de pagar la contribución de 100 euros antes del 15 de marzo o pagar una de 150 euros desde el 15 de marzo en adelante, sin que sea obligatorio ni lo primero ni lo segundo.

La objeción reincide en la misma confusión que subyace a casi todas las objeciones que se han dirigido a la lógica nomológica: cree que lo preceptivo es sólo aquello que las leyes califican de tal. No es cierto. Aquello que es preceptivo en un estado del mundo es una situación jurídica concreta, la cual depende, ciertamente, de qué digan las leyes, pero también de qué suceda en la realidad. Una de dos: o Alejandro va a pagar antes del 15 de marzo, o no. Si no, es obligatorio que pague la contribución de 150 euros. Si sí, es obligatorio que pague la de 100.¹¹³

digo allí (en la nota 46, *loc.cit.*): «consiste en que el sistema de normas y actos jurídicos sea, en su conjunto, conforme con la Constitución. Cuando una norma o un acto jurídico de un poder público —en particular un acto gubernativo— transgrede lo preceptuado por otra norma de rango superior o de preferente exequibilidad, aunque no entre en conflicto con la Constitución, produce un ordenamiento jurídico resultante que sí colisiona con la previsión constitucional, y concretamente con la garantía de jerarquía normativa del art. 9.3. Jerarquía que ha de abarcar todos los aspectos de la articulación de un sistema jurídico: no sólo la jerarquía en sentido estrecho, o diferencia de rango propiamente dicha, sino también la primacía, la especialidad, las reglas de derogación, las de inaplicabilidad o inexecutable. Con otras palabras: lo que colisiona, en tal hipótesis, con la Constitución no es un acto jurídico, B, tomado por separado, sino la coexistencia entre ese acto y otro acto, A, contrario a él y que, en la jerarquía normativa constitucionalmente prevista, sea de superior rango.» Como se ve, incluyo entre los criterios **las reglas de derogación**. Y eso ha hecho el TC.

De todos modos parece razonable que el ejercicio de la libertad de palabra de quienes están ejercitando uno de los poderes del Estado quede restringido mientras continúen en el desempeño de tal función. Hay deberes de reserva y secretos oficiales. Un diplomático que está negociando un tratado fronterizo con una potencia históricamente enemiga no estaría facultado para divulgar el contenido de las conversaciones.

¹¹³. Me imagino que algunos objetores no se conformarán con mi respuesta, pensando que los futuros contingentes carecen de valor veritativo, que no son ni verdaderos ni falsos. Tal fue ya la opinión de Aristóteles, seguida por Occam y otros nominalistas de la escolástica tardía. Era igualmente la opinión de Łukasiewicz (quien, eso sí —y por añadidura—, se singularizó por sostener que también el pasado es contingente, porque —según su opinión—, a partir de cierta distancia temporal, las cosas dejan de haber sucedido, opinión que, por ferviente que fuera su adhesión al catolicismo, le valió una reprobación eclesiástica, pues así perdían justificación el cielo y el infierno). No es éste el lugar para tales controversias lógico-metafísicas, que ya abordé en mi primer libro, *La coincidencia de los opuestos en Dios*, Quito: EDUC, 1981.

La generalización del principio de colicitud es su versión cuantificacional: si para cualquier ente, x , es lícito que A , es igualmente lícito que A para todo ente, x . P.ej., si cada uno tiene derecho a votar al Partido Rosa, es lícito que todos voten al Partido Rosa.

Se ha objetado que eso acarrea una consecuencia funesta: aunque todos tengan derecho a visitar Venecia, es ilícito que todos lo hagan, ni siquiera una vez en su vida (suponiendo vidas de un siglo como mucho), porque no hay cabida. Hay varias respuestas válidas a la objeción. Una es que, si de veras es imposible, entonces nada se pierde con que sea lícito (al revés, hay buenas razones para afirmar que lo imposible es lícito).¹¹⁴ Pero hay que cuestionar la premisa. No es verdad que cada uno tenga ese derecho, incondicionalmente. Por triste que sea, no todos pueden tenerlo. El derecho que se tiene es condicional: a visitarla cuando y como sea factible sin provocar un deterioro de la más hermosa ciudad del mundo.

9.3.— El *modus ponens* deóntico

El segundo axioma es el principio de la consecuencia jurídica o *modus ponens* deóntico. Tiene dos modalidades: la una condicional y la otra implicativa; y, además, para cada una de esas dos modalidades hay dos variantes, la una para el operador de licitud y la otra para el de obligación.

2.1.a. Si es obligatorio que sólo se realice A en la medida en que suceda B , entonces sólo es lícito A en tanto en cuanto suceda B .

2.1.b. Si es lícito que sólo se realice A en la medida en que suceda B , entonces sólo es obligatorio A en tanto en cuanto suceda B .¹¹⁵

¹¹⁴. Una más de las anticipaciones de la lógica nomológica que hallamos en Hans Kelsen es su reiterada insistencia en que ni lo necesario ni lo imposible pueden estar prohibidos ni ser obligatorios; que sólo pueden ser preceptivos o ilícitos hechos contingentes. V., p.ej., en el *Compendio de teoría general del Estado*, loc.cit., p. 114: «El contenido de un orden normativo debe ser de tal manera que se dé la posibilidad de una contradicción entre los actos reales particulares y la norma. Tiene que ser posible obrar contra la ordenación: ésta tiene que poder ser violada, porque, de otro modo, no poseería el carácter de un orden normativo». En idéntico sentido, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. E. García Máynez, México: UNAM, 1995, p. 141).

¹¹⁵. Estas enunciaciones de [2.1.a] y [2.1.b] pueden resultar un poquito enrevesadas o desconcertantes a primera vista. Quizá merecerían, en tal formulación, llamarse '*modus tollens* deóntico'. Notemos que son equivalentes a éstas otras:

[2.1.a] $o(A \rightarrow B) \rightarrow .A \rightarrow oB$

[2.1.b] $a(A \rightarrow B) \rightarrow .A \rightarrow aB$

O sea: el que sea obligatorio que, en tanto en cuanto se realice A , también se realice B implica que, en tanto en cuanto se realice A , será obligatorio que B ([2.1.a]); y lo mismo pero reemplazando el operador de obligación por el de licitud ([2.1.b]).

Ahora bien, « aA » se define como « $\sim o \sim A$ » o viceversa, « oA » se define como « $\sim a \sim A$ ». Por otro lado, « $\sim \sim A$ » equivale a « A ». Por ejemplificación, en virtud de la regla de equivalencia y una simple aplicación del cálculo sentencial, tendremos, pues, estas enunciaciones alternativas:

[2.1.a.i] $o(A \rightarrow B) \rightarrow .aA \rightarrow B$

[2.1.b.i] $a(A \rightarrow B) \rightarrow .oA \rightarrow B$

Tales versiones son muy similares a las propuestas en el texto (de las diferencias podemos prescindir aquí). Ejemplo de [2.1.a.i]: que sea obligatorio, en la medida en que uno incremente su patrimonio, tributar más por ese concepto implica que uno sólo tiene derecho a incrementar su patrimonio en tanto en cuanto tribute más por ese concepto. (Si no está dispuesto a tributar más, el modo que tiene de cumplir la ley es absteniéndose de incrementar su patrimonio —p.ej. rehusando una donación o renunciando a una herencia—, puesto que el

2.2.a. Si es obligatorio que, si sucede A, se realice B, entonces, de realizarse A, es preceptivo B.

2.2.b. Si es lícito que, si sucede A, se realice B, entonces, de realizarse A, es lícito B.

Notemos que en 2.2.a y 2.2.b no se toman en cuenta para nada los grados de realización; basta la ocurrencia del supuesto de hecho para que se siga la consecuencia jurídica. Por el contrario, en 2.1.a y 2.1.b hay que ponderar, hay que proporcionar la consecuencia jurídica al grado de realización del supuesto de hecho. P.ej., la ley prescribe que, en la medida en que el menor de edad tenga juicio, ha de ser consultado por el juez para determinar su situación jurídica en caso de divorcio de sus padres.¹¹⁶

¿Cuál es la diferencia entre el mero condicional, «si A, entonces B» (o su equivalente, «A sólo si B») y la implicación, «En la medida [al menos] en que A, B» (o sus equivalentes, «[Por lo menos] hasta donde A, B», «En tanto en cuanto A, B», «A sólo en la medida en que B», «A sólo hasta el punto en que B» y otras muchas locuciones parecidas)? La diferencia estriba en que el condicional hace caso omiso de los grados de realización; da igual que el supuesto de hecho se realice un poquitín o muchísimo. En cambio la implicación exige que el grado de realización de la apódosis no sea menor que el de la prótasis.

incremento patrimonial en cuestión es lícito sólo en tanto en cuanto el beneficiario abone el suplemento impositivo que trae consigo.) Otro ejemplo: el que para una sociedad anónima sea obligatorio sólo repartir este año dividendos en tanto en cuanto se incrementen sus ventas implica que sólo le es lícito este año repartir dividendos en tanto en cuanto aumenten sus ventas.

Ejemplo de [2.1.b.i]: Que una esposa divorciada tenga derecho a, en la medida en que permanezca soltera, percibir una pensión compensatoria de su exmarido, eso implica que sólo le es obligatorio permanecer soltera en la medida en que siga percibiendo tal pensión. (Renunciando a percibirla le es lícito contraer nuevas nupcias; y también se extingue la obligación si, por otra causa, el exmarido cesa el pago de la pensión.)

¹¹⁶ El art. 12 del Convenio de 1989-11-20 sobre los Derechos del Niño —ratificado por España en 1990-11-30— estipula: «Art. 12.1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez». Esa locución preposicional, «en función de», es semánticamente equivalente a «en la medida en que», «en tanto en cuanto». Es cuestión de grado. El Tratado manda sopesar, medir el grado de evolución del menor para, **en ese grado**, concederle derecho a comparecer ante el juez y expresar sus preferencias (así como tomar en consideración tales preferencias, porque, de no, sus declaraciones al juez por un oído le entrarían y por el otro le saldrían).

Incumple ese Convenio (por más que pretenda cumplirlo) la Ley Orgánica 1/1996 dizque de Protección Jurídica del Menor (que, en buena medida, es de desprotección), al preceptuar en su artículo 9: «Derecho a ser oído. ... Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho [a ser oído] por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio». ¡Adiós grados! No es «en la medida en que tenga juicio» sino sólo cuando lo tenga «suficiente». Hay un umbral (arbitrariamente fijado) tal que por debajo nada y por encima todo.

No mejora las cosas la LEC 1/2000 en su art. 777.5 (red. enmendada por la Ley 15/2005) «Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal ... oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio...». Y el art. 770, regla 4.ª, LEC, modificado por la Ley 13/2009, dispone: «4.ª ... se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años». De nuevo el «en la medida en que» se reemplaza por un «si». El legislador español demuestra una crasa y supina ignorancia semántica y un desconocimiento de la lógica nomológica. ¡Gracias a Dios están los jueces para enmendar la plana al legislador!

De ahí que el *modus ponens* deóntico implicativo (en sus dos versiones, para los operadores de licitud y de obligación) conlleva, en su aplicación, que la consecuencia jurídica se realice en tanta medida (o más) que aquella en que se esté realizando el supuesto de hecho.

Estos cuatro principios de *modus ponens* deóntico son sendos tipos de lo que usualmente se denomina «subsunción».

Los textos legislativos no siempre nos dan claves hermenéuticas claras para saber si estamos ante preceptos cuyo contenido o *dictum* sea implicativo o meramente condicional. Suele ser el juez el que interpreta, pero tampoco el juez posee ni la cultura semántica ni, menos, la lógico-nomológica que serían menester para subsumir bien. Lo que pasa es que los legisladores suelen votar en un sentido u otro, suelen optar por una redacción u otra, según les dé la gana —o se lo mande su partido— (imbuidos como están de la errónea convicción de que la ley es la voluntad del legislador), mientras que el juez sabe que tiene que razonar o, al menos, apreciar las cosas razonablemente.

Frecuentemente el legislador debería reemplazar en sus preceptos el «si A, entonces B» por el «[al menos] en la medida en que A, B». Tomemos el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. No es cuestión de todo o nada. Hay muchísimos grados de molestia, insalubridad, nocividad y peligrosidad. Debería haber otros tantos grados de prohibición. Una conducta no debería ser o bien enteramente lícita o bien totalmente ilícita.

Quizá sea el Derecho penal el que más se ha ido acercando a la graduación de la prohibición, aunque desgraciadamente sólo en cuanto al injusto material —al cual atribuye grados—; con respecto al injusto formal, el despótico dominio de la lógica clásica sigue haciendo estragos, provocando que aun los más ilustrados juristas creen, equivocadamente, que, o bien una conducta está formalmente prohibida por la ley —y, de estarlo, lo está totalmente— o bien es plenamente conforme con lo que manda la ley.

Una objeción contra el *modus ponens* deóntico es que no hace falta, pues las normas condicionales e implicativas pueden interpretarse como tales que el operador deóntico sólo afecta a la apódosis, no al enunciado completo. Es la tesis aislacionista. No me voy a extender, pero sí voy a recordar someramente la insostenibilidad de la propuesta aislacionista, la cual atribuye al legislador, no un promulgamiento, sino una afirmación de contenido no deóntico, pues una disyunción entre un enunciado deóntico y uno no deóntico no es un enunciado deóntico. Además, esa afirmación del legislador puede, en este mundo, equivaler a otras de las que sería absurdo decir que son preceptos. P.ej., supongamos que sólo cometen uxoricidio todos los hombres que beben más de tres litros de aguardiente a la semana. El aserto de que, si alguien comete uxoricidio, habrá de ser condenado a tal pena equivaldrá al de que todos los hombres que beban más de tres litros de aguardiente a la semana sufrirán esa pena. Además, la propuesta aislacionista hace verdaderas obligaciones como la de que se ahorque a quien cuadre el círculo o sea dueño de un trillón de dólares.

Otra objeción contra el *modus ponens* deóntico es que paradójicamente nos sirve para saber cómo es el mundo a partir de asertos normativos. En efecto, supongamos que es obligatorio que, si A, entonces B; y que está permitido no-B (más exactamente, que está

permitido abstenerse **completamente** de realizar B). De esas dos premisas, ambas normativas, se deduce que A no se ha realizado en absoluto. O sea, en ciertos casos podemos saber qué sucede en la realidad simplemente conociendo qué situaciones jurídicas existen.

Lo que cabe responder es que así es, pero que eso es inobjetable. Si el mundo fuera diferente, habría en él otras situaciones jurídicas. Hay las que hay porque el mundo es como es.

Fue quizá Hans Kelsen, en su ensayo *Recht und Logik* (1965) el primero en percatarse de la necesidad del *modus ponens* deóntico (aunque él no lo dice así, sino que lo enuncia como la imposibilidad de que la operación jurisdiccional de subsunción se conciba como una deducción silogística).¹¹⁷ Kelsen prueba que silogísticamente de «Todo hombre es mortal» y «Sócrates es hombre» se sigue «Sócrates es mortal»; pero que silogísticamente de «Todo ladrón debe ser condenado» y «Lupiciano es ladrón» no se sigue «Lupiciano debe ser condenado».¹¹⁸ Y es que, a pesar de las apariencias, «Todo ladrón debe ser condenado» tiene como forma lógica «Todo hombre es tal que, obligatoriamente, si es ladrón, es condenado». Interpónese el operador de obligatoriedad; hay que saltar por encima de él para pasar de la norma general y el supuesto de hecho (prótasis) a la consecuencia jurídica —o sea, la obligatoriedad de la apódosis.¹¹⁹

Kelsen se metió en un buen lío con ese hallazgo, que parecía banal. Desde ese descubrimiento de 1965, mantuvo, por un lado, que, evidentemente, no podía haber un ordenamiento jurídico donde se tuviera «obligatoriamente, si A, entonces B» y en el cual se diera, de hecho, A, pero donde B no fuera obligatorio. Por otro lado, al no deducirse lógicamente, ese requerimiento de la obligatoriedad sobrevenida de la apódosis sólo podía darse si la dictaba un juez (o un decisor administrativo competente para ello);¹²⁰ el juez estaría obligado a dictar tal consecuencia jurídica, pero eso todavía abre dos nuevas cuestiones:

¹¹⁷. Kelsen es insuperable. No es mi propósito agregar un enésimo distingo o una sutileza más para enderezar alguno de los muchos argumentos a favor o en contra de un positivismo inclusivo, de uno exclusivo o de algún pospositivismo. Dialogo con los clásicos. Kelsen lo es y seguirá siéndolo durante los siglos venideros, como Platón, Aristóteles, Leibniz y Hegel. (Sobre la actualidad de Kelsen, v. de Guillermo Lariguet «Los muertos que vos matáis gozan de buena salud: Un análisis crítico del *kelsenismo*», en *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. VI/3 (21015), pp. 1-41, ISSN 2250-619.)

¹¹⁸. V. el análisis del argumento de Kelsen en Mario G. Losano, *Teoría pura del Derecho: Evoluciones y puntos cruciales*, trad. J. Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, p. 63. Más en detalle Losano vuelve a analizar esos argumentos de Kelsen en las pp. 170ss

¹¹⁹. En su obra póstuma, que cito por la trad. francesa, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud & F. Malkani, París: PUF, 1996, nota 183, p. 576, repite la misma consideración quizá más claramente: «La signification de la norme 'Si un homme vole, il doit être puni' est 'On doit, si un homme vole, punir cet homme'. Nous sommes en présence d'un devoir-être-puni conditionné, et non inconditionné».

¹²⁰. Ciertamente Kelsen venía defendiendo, al menos desde 1925, que la sentencia crea derecho, que es una norma jurídica individual, que «es la individualización o concreción de la norma general o abstracta» (*Compendio de teoría general del Estado*, *loc.cit.*, p. 196). Lo que no quedaba nada claro entre 1925 y 1965 es que, hasta que el juez dicte sentencia condenatoria, no es verdad que Lupiciano, habiendo perpetrado un robo, deba ser condenado.

(1ª) ¿En virtud de qué está obligado a ello el juez? (¿Se sigue lógicamente de las premisas esa obligación del juez?) (2ª) ¿Qué pasa si el juez no dicta tal sentencia, por la razón que sea?

9.3.1.— Los principios de fusión deóntica

Los principios 2.2.a y 2.2.b equivalen, respectivamente, a sendos principios de fusión deóntica, a saber:

[PFD1] $HA \& oB \rightarrow o(A \& B)$

[PFD2] $HA \& aB \rightarrow a(A \& B)$ ¹²¹

El [PFD1] nos dice que, en el supuesto de que se realice *totalmente* un cierto estado de cosas, A, la obligación de realizar el estado de cosas B implica la de realizar el estado de cosas conyuntivo (o fusional) A&B. La razón es que, en ese supuesto, sólo se realiza B en la medida en que también se realice A&B; por lo cual el deber de que se realice B sólo se cumple en tanto en cuanto exista ese hecho conyuntivo. Dicho de otro modo, imponer, en ese supuesto, la obligación de que se realice B comporta el deber de que se realice conjuntamente A-y-B. Por *modus tollens*, en ese supuesto sólo es normativamente omitible A&B en tanto en cuanto también lo sea B.

El razonamiento es igual con [PFD2], sólo que reemplazando el operador de obligación por el de licitud. En el supuesto de la plena existencia de un hecho A, la licitud de B implica la del hecho conyuntivo A-y-B. Por *modus tollens*, en ese supuesto la prohibición de A&B implica la prohibición de B. V.g., si está prohibido tener menos de 18 años de edad y conducir un automóvil, entonces, en el supuesto de que Raimundo no haya cumplido los 18 años (en lo cual no caben grados), esa prohibición implica para él la de conducir un automóvil.

Trátase, pues, en ambos casos —en los dos principios [PFD1] y [PFD2]— de hallar situaciones normativas sobrevenidas, a partir de otras dadas, por efecto de supuestos de hecho.

Otras equivalencias de esos principios (o sea de los dos principios del *modus ponens* condicional, 2.2.a y 2.2.b) son los principios de opción: opción preceptiva y opción lícita, respectivamente, a saber:

[POP] $\neg A \& o(A \vee B) \rightarrow oB$

[POL] $\neg A \& a(A \vee B) \rightarrow aB$

(El functor de disyunción, « \vee » se define del manera usual en la lógica sentencial, a saber: « $A \vee B$ » abrevia a « $\sim(\sim A \& \sim B)$ ».)

Aquí presuponemos que un cierto hecho, A, no se realiza **en absoluto** (ni poco ni mucho); en tal supuesto, el derecho a hacer A-o-B implica el derecho a hacer B e igualmente la obligación de hacer A-o-B implica la de hacer B. P.ej., si el alumno tiene obligación de

¹²¹. El functor monádico «H» significa *A cabalidad, totalmente, plenamente, completamente, enteramente*. Un hecho que se realiza del todo, plenamente, es uno que no se realiza a medias o parcialmente, o sea: hasta cierto punto sí y hasta cierto punto no.

entregar su monografía el lunes o el martes, suponiendo que no la entregue el lunes (porque no quiere o porque no puede), tiene obligación de entregarla el martes (y, similarmente, si no la va a entregar el martes porque se va de viaje, tiene obligación de entregarla el lunes). Un ejemplo de [POL] es éste: si el empleado tiene el derecho de tomar cuatro semanas de vacaciones en verano o cinco en invierno, suponiendo que se abstenga (totalmente) de tomar las cuatro semanas estivales, le es lícito tomarse unas vacaciones invernales de cinco semanas.

9.4.— Algunos principios adicionales

9.4.1.— El principio de subalternación preceptiva

El tercer axioma es el principio deóntico de subalternación preceptiva: Es preceptivo que, en la medida en que una conducta sea obligatoria, sea lícita.

De este principio más el *modus ponens* deóntico deducimos, por un lado, que lo obligatorio es obligatoriamente lícito y, por otro lado, que lo lícitamente obligatorio es lícito. En un sistema normativo sólo puede estar permitido imponer como obligatorias conductas que, según el propio sistema, están autorizadas; o, con otras palabras, lo prohibido, en la medida en que lo sea, no puede ser obligatorio (donde el «puede» tiene sentido deóntico, o sea significa «es lícito»).

Se ha objetado que este principio es un mandamiento, un precepto y que, por muy deóntica o nomológica que sea, la lógica, al ser analítica, sólo debería contener conexiones. Tal objeción reincide en el prejuicio de la analiticidad, y además una analiticidad achatada; aun suponiendo ese canon de analiticidad, ¿por qué no va a ser una verdad analítica lo expresado por este principio?

En realidad, la objeción presupone una versión muy fuerte del canon de analiticidad, a saber: que sólo son analíticas las conexiones condicionales o implicativas, las que unen una prótasis a una apódosis. Este principio las une, pero las une afectando tal unión de preceptividad. Lo que nos dice el principio es que un conglomerado de normas carente del principio deóntico de subalternación preceptiva no es un ordenamiento normativo; y, sobre todo, en Derecho, podemos afirmar que, sin él, no hay ordenamiento jurídico. Sería incongruente, absurdo e inviable un ordenamiento en el cual el grado de licitud de una conducta fuera menor que el grado en que fuera permisible hacerla obligatoria.

9.4.2.— Los dos principios de permisibilidad

El cuarto axioma es el principio de permisibilidad. Son dos, en realidad. El uno nos dice que sólo son obligatorias aquellas conductas que sean permisiblemente obligatorias. El otro que sólo son lícitas aquellas conductas que sean permisiblemente lícitas.

De lo primero he aquí un ejemplo: si está prohibido venir obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE), entonces es lícito no declarar sobre su ideología, religión o creencias. De lo segundo: si está prohibido permitir a alguien presentarse a reelección inmediata a un cargo, le es ilícito a ese alguien presentarse a reelección inmediata a dicho cargo.

Aplicando el *modus tollens* a los dos principios de permisibilidad, tenemos los conversos: en la medida en que una conducta sea preceptivamente obligatoria, es obligatoria (principio de desiteración deóntica), o sea « $\circ\circ A \rightarrow \circ A$ »; y, en la medida en que sea preceptivamente lícita, es lícita, o sea « $\circ a A \rightarrow a A$ ». Podemos llamarlos «los principios de preceptividad». En (Peña, 2016a), examino con detalle varias aplicaciones de estos principios a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española. (Basta que sea preceptivo permitir una actuación para que tal actuación esté, *eo ipso*, autorizada.)

9.4.3.— La regla *ad impossibile nemo tenetur*

En (Peña, 2016a) he deducido los dos principios de permisibilidad de un axioma adicional, « $a(A \rightarrow A)$ », o sea: cualquier autoimplicación es siempre lícita.

Para que tenga eficacia la incorporación de tal axioma es menester flexibilizar nuestras restricciones a los reemplazantes posibles de las letras esquemáticas, «A», «B», etc. Para huir de paradojas deónticas (y atendiendo también a los motivos filosófico-jurídicos ya evocados), habíamos estipulado que esas letras harían las veces de hechos contingentes de suyo y contingentes entre sí. Podemos ahora rebajar el requerimiento, estableciendo que, o bien es así, o, si no, esas letras hacen las veces de situaciones deónticas, o sea de hechos que se expresan como «aC», «oC», «vC» (es, respectivamente, lícito, preceptivo o prohibido que C).

Con ese axioma adicional más la mencionada flexibilización, basta reemplazar «A» por «oA» y, aplicando el *modus ponens* deóntico, deducimos « $\circ A \rightarrow \circ a A$ », o sea que lo obligatorio es lícitamente obligatorio. Si sustituimos la letra esquemática «A» por «aA», deducimos, de igual manera, « $a A \rightarrow a a A$ »: lo lícito es lícitamente lícito. O sea los dos principios de permisibilidad dejan de ser axiomas para convertirse en teoremas.

El motivo invocado en (Peña, 2016a) a favor del axioma de licitud de la autoimplicación es que, por el principio de tercio excluso, una autoimplicación o bien es lícita o bien está prohibida; si está prohibida, es obligatorio que sea falsa. Mas su falsedad es un imposible y *ad impossibile nemo tenetur*.

Sin embargo, en ese trabajo se introduce tal axioma un poco *ad hoc*. Sería mejor derivarlo a partir de una regla de inferencia deóntica adicional, a saber $\Box A \vdash a A$. Esta regla nos dice, de manera más general, que cualquier hecho necesariamente verdadero es lícito. Es una enunciación global del referido adagio.

Conviene, en este punto, señalar una importante diferencia entre la lógica nomológica y la lógica deóntica estándar fundada en 1951 por von Wright (en pos del cual han caminado todos los cultores de esa disciplina dentro del molde clásico y estándar).

En ese planteamiento lo necesariamente verdadero es obligatorio, no meramente lícito; y lo imposible está prohibido. Claro que eso choca frontalmente con el principio que hemos adoptado, siguiendo a Kelsen, de que las obligaciones y las prohibiciones sólo pueden afectar a hechos contingentes (con la única salvedad de la obligatoriedad del bien común que, siendo necesaria, es también, ella misma, obligatoria). (Si $2+2=4$ fuera un hecho obligatorio, $2+2=5$

estaría prohibido. ¿Qué podríamos abstenernos de hacer para observar tal prohibición? ¿Qué conducta nuestra estaría vedada?)

En la lógica nomológica, de la premisa « $o(A \rightarrow A)$ » sacaríamos conclusiones aberrantes e indeseables, como éstas: « $aoA \rightarrow oA$ », « $oA \rightarrow ooA$ », « $aaA \rightarrow aA$ », « $aA \rightarrow oaA$ », cuyas lecturas respectivas son: «Cualquier conducta que podría ser obligatoria es de hecho obligatoria», «Toda conducta obligatoria es preceptivamente obligatoria» (no sería lícito abrogar su obligatoriedad), «Una conducta que podría autorizarse está de hecho autorizada» y «Una conducta lícita es preceptivamente lícita». Huelga comentar tales resultados.

Nada de eso nos afecta, puesto que en la lógica nomológica lo necesariamente verdadero no es obligatorio sino únicamente lícito, al igual que también es lícito lo imposible, porque prohibir lo imposible sería absurdo, ya que cualquier prohibición tiene sentido si puede ser transgredida.

9.4.4.— Los principios de distribución deóntica¹²²

En la lógica deóntica estándar valen los principios de simplificación, a saber « $o(A \& B) \rightarrow oB$ » o « $a(A \& B) \rightarrow aB$ ». O sea, en la medida en que sea preceptivo leer la monografía y escribir una reseña, es obligatorio escribir la reseña (así no se haya leído la monografía); y, en la medida en que sea lícito regar el plantío y llevarse unos melocotones, es lícito llevarse unos melocotones (aunque no se riegue el plantío).

Desde los comienzos de la lógica nomológica (1994/95) rechazáronse tales esquemas.¹²³ Pero luego se vio que la eliminación era excesiva, en tanto en cuanto hay una versión plausible, pero debilitada, de tales principios: exijamos simplemente que a la prótasis implicativa se le agregue la realización de uno de los dos hechos cuya conyunción se supone, respectivamente, obligatoria o lícita. Podemos llamar al resultado de tales debilitamientos «los principios de distribución», porque distribuyen la obligatoriedad o la licitud hacia el interior de la conyunción; pero con una condición, a saber: que el otro conyunto se haya realizado.

Tenemos así el quinto axioma de la lógica nomológica, el de distribución, que es doble: « $o(A \& B) \& A \rightarrow oB$ » y « $a(A \& B) \& A \rightarrow aB$ ».¹²⁴

¹²². V. *infra*, Anejo Nº 1 del capítulo VIII.

¹²³. V. *infra*, la 2ª consecuencia funesta en el Anejo Nº 1 del capítulo VIII.

¹²⁴. Hay que restringir esos axiomas de distribución, « $o(A \& B) \& A \rightarrow oB$ » y « $a(A \& B) \& A \rightarrow aB$ », postulando que B sea, o bien un hecho aún no realizado, o bien un hecho lícito (o, por lo menos, axiológicamente positivo).

Bloquéase así la vieja paradoja del buen samaritano que aqueja a la lógica deóntica estándar: habiendo indigentes, es preceptivo que se les dé ayuda pública; mas que se dé ayuda a indigentes equivale lógicamente a que haya indigentes y se les dé ayuda. Hay que bloquear la inferencia que va de «Es preceptivo que haya indigentes y se les dé ayuda», junto con la premisa de que se les da efectivamente ayuda, a la conclusión de que es preceptivo que haya indigentes. En realidad la existencia de indigentes es un hecho prohibido, por ser absolutamente contrario al bien común.

Podríamos extender el ámbito de la dificultad, ya que hay hechos que, si bien resulta difícil calificar de prohibidos, no obstante, siendo axiológicamente negativos, no deseamos concluir que deben tener lugar en aplicación del principio de distribución.

Con arreglo a esos principios de distribución deóntica, tendremos lo siguiente. Siendo preceptivo leer la monografía y reseñarla, es obligatorio reseñarla en la medida en que se haya leído. (Otro ejemplo: siendo preceptivo convocar elecciones y celebrarlas, habiéndolas convocado es preceptivo celebrarlas; en cambio, no lo sería si se hubiera omitido la convocatoria.) Siendo lícito regar el plantío y tomar unos melocotones, es lícito llevarse los melocotones en tanto en cuanto se haya regado el plantío.

A diferencia del principio estándar de simplificación —que es inválido—, es especialmente importante el principio de distribución en el Derecho privado: en el de obligaciones y contratos así como en el de sucesiones testamentarias. En virtud del contrato contraído entre Ludmila y Valentiniano, es obligatorio que (A) Ludmila pague el alquiler y que (B) Valentiniano deje a Ludmila vivir en la vivienda arrendada; en la medida en que A&B es obligatorio y se cumple A, es preceptivo B. Pero B deja de ser preceptivo si no se cumple A (*non adimplenti non est adimplendum*).

9.5.— Los principios de no impedimento y de causa lícita

El sexto axioma es el principio de no impedimento o de no vulneración: en la medida en que una conducta sea lícita, está prohibido impedirla. (Formulación alternativa: está prohibido vulnerar el disfrute de los derechos ajenos.)

El impedimento de que aquí se trata es aquel que implica el uso de violencia, coacción o fuerza en las cosas.

De ahí que fallen las objeciones más frecuentes. P.ej., que Jenaro puede tener derecho a ser notario; pero si sus opositores hacen mejores ejercicios, no lo será. ¿Puede prohibirse a sus opositores hacer mejores ejercicios que él, frustrándolo así de su derecho a ser notario?

La respuesta es que, para empezar, Jenaro no tiene derecho a ser notario. Tiene sólo derecho a tener derecho a ser notario, bajo ciertas condiciones. En segundo lugar, los contrincantes que hacen mejores ejercicios que Jenaro no ejercen contra él ni violencia ni coacción ni fuerza en las cosas.

Otra objeción es que este principio implicaría la prohibición de la apropiación privada y, por lo tanto, de la propiedad privada. Locke justifica la apropiación privada con su célebre argumento de la mezcla del trabajo propio con un material preexistente, la tierra que se cultiva. (Dejo de lado las objeciones.) Somete, empero, a condiciones esa apropiación: dejar para los

Sea la obligación de prestar socorro a quien sufre una desgracia. Sonando un poco extraño decir que está jurídicamente prohibido que a alguien le suceda una desgracia, lo cierto es que se trata de un hecho axiológicamente negativo. (Lo deseable es que no sucedan desgracias.) Por ello, si bien, acaecida la desgracia, es preceptivo prestar socorro, y prestar socorro a quien sufre una desgracia equivale lógicamente a que alguien haya sufrido una desgracia y se lo socorra, de eso más la premisa de que efectivamente se preste el socorro no queremos concluir que es obligatorio que haya sucedido la desgracia.

Si el problema se planteaba ya en la lógica deóntica estándar, en la lógica nomológica todavía más, en virtud del teorema —más arriba expuesto, en el apartado 9.3.1— [PFD1] (principio de fusión deóntica), a saber: $HA \circ B \rightarrow \circ(A \& B)$; porque supongamos las tres premisas HA, $\circ B$ y B. El principio de distribución nos llevaría a afirmar $\circ A$, aunque A sea totalmente reprochable e incluso prohibido. De ahí que necesitemos la restricción expuesta en la presente nota.

demás una tierra igual (o mejor) en cantidad y calidad. Pero ¿qué pasa si el número de candidatos a la apropiación excede el de lotes por apropiarse? Quedará al menos uno sin tierra; luego el que lo ha precedido ha frustrado su derecho; y lo ha hecho con fuerza en las cosas, puesto que adueñarse de un terreno es un acto de fuerza; para no incurrir en tal ilícito, ese penúltimo se abstiene de apropiarse de terreno alguno, estando frustrado en su pretensión por el antepenúltimo. Y así sucesivamente.

Aunque el problema de la legitimidad de la propiedad privada no se trata en ningún lugar de esta obra,¹²⁵ dudo que ese argumento constituya una objeción muy seria contra el principio de no impedimento. Incluso el libertario Nozick reconoce que fue injusta la apropiación inicial y que, en consecuencia, a los despojados habría que indemnizarlos.¹²⁶ Siempre cabría aducir que, haya sido ilegítima o no la apropiación original, la usucapión la ha hecho lícita. Sea como fuere, está claro el minúsculo peso de tal objeción en comparación con las funestas y deletéreas consecuencias para el bien común de abandonar el principio de no impedimento.

Notemos que el enfoque de la presente obra rechaza que existan varios tipos de derechos: derechos fuertes y derechos débiles; meras licitudes sin derecho y derechos de verdad; permisiones internas y externas (una dualidad radicalmente excluida por la regla de presunción de libertad); derechos reconocidos y meras no-prohibiciones (*idem*). El principio de no impedimento ampara cualesquiera casos de no prohibición: cualquier conducta es tal que, o bien está prohibida o, si no, está prohibido impedirla.

Una dificultad muy espinosa se refiere, empero, al impedimento por abstención. Hay casos, en efecto, en que las omisiones pueden equivaler a coerciones o al ejercicio de fuerza. Al omitir puede impedirse que actúe algún factor que podría evitar un resultado funesto, resultado que conlleva que alguien vea frustrado el disfrute de un derecho. ¿Cuándo se da tal equivalencia? Hay que reconocer que es difícil o imposible brindar una descripción puramente fiscalista de tales equivalencias, por lo cual hay un margen de normatividad.

No sucede, empero, que impedir sea aquello que el Derecho diga que es impedir. No se da tal arbitrariedad. El impedimento es una relación material, o bien una omisión de relación material en condiciones en que es preceptivo que se produzca una relación material. Así, si el vecino se queda encerrado en su casa por avería de la cerradura y no tiene cómo comunicar al exterior su situación calamitosa, quedarse inactivo sin llamar al cerrajero equivale normativamente a ejercer fuerza en las cosas, una fuerza que le impide salir.

¹²⁵. Viene varias veces tratado ese problema en (Peña, 2009a).

¹²⁶. V. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Blackwell, 1974, pp. 176ss; Dale F. Murray, *Nozick, Autonomy and Compensation*, Londres: Bloomsbury, 2007, ISBN 9780826488862; R. Bader & J. Meadowcroft (eds.) *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy, State, and Utopia*, Cambridge University Press, 2012; C. Nock, «Equal Freedom and Unequal Property: A Critique of Nozick's Libertarian Case», *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 25/4, 1992, pp. 677-695; Karl Widerquist, «Lockean Theories of Property: Justifications for Unilateral Appropriation», *Public Reason* 2/1, 2010, pp. 3-26; S. B. Drury, «Locke and Nozick on Property», en *John Locke: Critical Assessments*, ed. por Richard Ashcraft, Nueva York: Routledge, 1982, pp. 495-510; J. Paul (ed), *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell, 1981.

Siendo el campo de la omisión el que más dificultades plantea con este principio, pero afectando el problema de la omisión también a otro principio de lógica nomológica del que voy a hablar a renglón seguido —el principio de causa lícita—, voy a extenderme sobre él en un apartado posterior de este mismo capítulo.

El séptimo axioma es el principio de la causa lícita: los efectos causales de conductas lícitas son lícitos. O, dándole la vuelta: en la medida en que está prohibido un estado de cosas, lo está aquella acción que lo cause.

Todo el Derecho ha vinculado siempre las prohibiciones con sus efectos causales. Ése es un canon general. Es ilícito hincar un puñal en el cuerpo de otro porque le causa un efecto prohibido, lesión o muerte. Está prohibido inducir al crimen porque la inducción o instigación causa la conducta criminal (o, por lo menos, una disposición a tal conducta).

Evidentemente que se trate de un canon universal no significa que siempre se haya observado bien. Ni un solo ordenamiento jurídico ha carecido de algún reconocimiento de este canon (por inconsecuente que fuera), pero ha sido titubeante su implementación normativa.

Y es que hay que reconocer que, por evidente que sea el principio, no tiene un perfil perfectamente definido. Su núcleo es material, fiscalista; pero su delimitación precisa depende del propio ordenamiento jurídico.¹²⁷

Como la causa de la causa de un efecto no es causa del efecto, la causa llamada indirecta no es causa. Ahora bien, si el efecto está prohibido, también lo está el hecho que lo causa; y, estando éste prohibido a su vez, es ilícita la primera causa.¹²⁸

¿Qué sucede cuando se causa un efecto dañino sin mala intención y sin incurrir en imprudencia? En tal caso, se causa ese efecto por caso fortuito o fuerza mayor. La jurisprudencia, en su aplicación *contra legem* del art. 1902 del Código Civil, tiende a considerar (al menos ésa es mi lectura) que el efecto dañino es prohibido y que, por

¹²⁷. En (Peña, 2016a) he tratado de solucionar estas dificultades conceptuales del principio de causa lícita brindando una formulación alternativa. Lo he denominado «Principio de la originación ilícita» enunciándolo en estos términos: «En la medida en que un hecho ocasione una consecuencia prohibida, es ilícito». El verbo «ocasionar» tiene una extensión más amplia que «causar»; pero, de nuevo, sin perder su base fiscalista, el perfil jurídico de la noción de ocasionamiento no puede quedar perfectamente acabado y definido sin notas normativas, que, pienso, pueden basarse en la teoría de la acción de Jescheck. La ventaja de hacer intervenir la relación de ocasionamiento en lugar de la de causación es que así resulta mucho más fácil dar cuenta de por qué son ilícitas en virtud de este principio ciertas omisiones y también por qué no se ha ocasionado el efecto funesto cuando han concurrido caso fortuito o fuerza mayor.

Según lo afirmo en el citado ensayo, «[p]odemos decir que la omisión ocasiona el resultado, porque la relación de ocasionamiento es más laxa, expresándose con locuciones verbales como las de ‘dar lugar a’, ‘propiciar’ u otras semejantes. Hay un hecho físico que es una combinación de tres hechos: (1) X se abstiene de la acción A; (2) tiene lugar el resultado deplorable B; (3) es verdadero el condicional subjuntivo: Si se hubiera efectuado A, no habría tenido lugar B. Claro que esa mera conjunción no basta para que sea reprochable la inacción de X. Tienen que concurrir otras circunstancias».

¹²⁸. Naturalmente esto se aplica sólo en el ámbito jurídico general, no concretamente en el penal.

consiguiente, lo es la conducta que lo causa, haya sido realizada o no con culpa o con negligencia.¹²⁹

Rechazando —como vengo haciendo desde hace años— esa jurisprudencia *contra legem*, creo que tenemos cuatro soluciones para casos así:

- 1ª) Decir que ni el resultado dañino ni la conducta que lo ha causado son ilícitos. El inconveniente de esta solución es que reputa lícito un resultado dañino, lo cual va en contra de una consideración expuesta más arriba según la cual los hechos disvaliosos merecen venir considerados en general prohibidos, hayan sido causados por el hombre o no (pues muchas veces no lo sabemos).
- 2ª) Decir que la conducta que ha causado el efecto dañoso es ilícita, pero su autor está exonerado de responsabilidad por haberla realizado sin mala fe y sin incurrir en negligencia.¹³⁰ El inconveniente que tiene esta segunda solución es que no hay base legal alguna para reputar ilícita tal conducta si está exenta de responsabilidad; de hecho, siempre se consideró lícita una conducta que causara un efecto nocivo por caso fortuito o fuerza mayor.
- 3ª) Restringir la enunciación del propio principio de la causa lícita para excluir las conductas realizadas de buena fe y sin incurrir en negligencia.

¹²⁹ Pasa lo mismo al norte de los Pirineos. En realidad la jurisprudencia española, desde vísperas de nuestra guerra civil, se puso a imitar la evolución de la francesa. En el país vecino, el Art. 1382 del *Code Civil*, promulgado el 30 de ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), prescribe: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.» No se ha alterado la enunciación en los 212 años transcurridos desde entonces, pero sí su interpretación jurisprudencial y doctrinal (aunque en estos últimos años un sector minoritario de la doctrina empieza a reaccionar tímidamente contra esa deriva).

Podría dar la impresión de que ese artículo del *Code Civil* establece como supuesto de hecho una conducta del hombre que causa daño a otro y como consecuencia jurídica el deber de reparación. Tal lectura es errónea, porque prescinde de la locución «oblige celui par la faute duquel il est arrivé». O sea, está claro que el hecho del hombre que causa un daño es un hecho realizado con *faute*, e.d. culpa. En rigor, esa *faute*, en el espíritu de los redactores del Código, es mala fe, no mera culposidad o negligencia. Pruébalo que a dicho artículo siga inmediatamente el 1383, que reza así: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.» O sea, el legislador francés de 1804 entiende que un agente causa *par son fait* sólo lo que hace intencionadamente, a sabiendas de sus efectos causales. Nuestro artículo 1902 subsume, pues, en uno solo los dos artículos franceses 1382 y 1383. En ellos está claro que la responsabilidad reparatoria no se contrae más que si el hecho que ha ocasionado el daño se ha realizado con mala fe o con negligencia o imprudencia. Pero donde el legislador ha dicho «digo», la jurisprudencia ha dicho «diego» —eso sí, con la mejor intención del mundo, la de amparar a la parte débil o perjudicada en cualquier relación humana, incluyendo un encuentro azaroso—.

¹³⁰ Aplicaríamos así al derecho civil un canon análogo a aquel por el cual, en el Derecho penal, hay casos de exoneración de responsabilidad por dos fundamentos: (1º) las causas de exculpación (inimputabilidad o bien concurrencia de uno de aquellas eximentes del art. 20 del Código Penal que, a juicio de la doctrina, no constituyen causas de justificación [p.ej, el miedo insuperable], puesto que no eliminan la antijuridicidad de la conducta —aunque sí la culpabilidad de su autor); (2º) las excepcionales (pero dispersas y abigarradas) excusas absolutorias (v. sobre éstas últimas María Pilar Marco Francia, «Las excusas absolutorias en la legislación y jurisprudencia española: A propósito de la Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado», en *Noticias Jurídicas*, Marzo 2011, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/201103-777253125852365.html>, cons. 2015-02-25). En tales situaciones el Derecho penal considera que estamos en presencia de una conducta antijurídica —e incluso delictiva si su autor viene amparado por una mera excusa absolutoria y no por una causa de exculpación—, pero excluye la aplicabilidad de sanción penal.

4ª) Sostener que, siendo una ardua tarea erizada de dificultades y rodeada de enormes dudas individualizar *la causa* de un hecho (por lo cual han brotado como hongos los diversos tratamientos ontológicos y epistemológicos de la causalidad, que libran una reñida porfía entre sí), cuando se obra con buena fe y respetando las normas objetiva y subjetiva de cuidado (por lo tanto sin incurrir ni en imprudencia ni en impericia), la conducta a la que sigue un resultado nocivo no es la causa de tal resultado, el cual viene, en realidad, causado por unas circunstancias interpuestas que el autor de la conducta en cuestión no pudo prever o no pudo evitar —e.d. las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor.¹³¹

Llegado el momento de concluir, creo que la cuarta solución es la adecuada. El principio nomológico de la causa lícita hay que entenderlo así: lo que causa un efecto ilícito es ilícito; y no causa un efecto ilícito aquella conducta que se realiza con buena fe y con la debida pericia y prudencia; tal conducta puede ocasionar el resultado, pero la causa de éste es la concurrencia de un factor imprevisible o inevitable.¹³²

Topámonos aquí de nuevo con el problema de las omisiones o inacciones. ¿No podemos censurar jurídicamente una omisión por no haber evitado un efecto dañino que se hubiera podido (y debido) evitar? ¿No nos sirve el principio de causa lícita para las omisiones?

¹³¹. Esta cuarta solución —que es aquella con la que me quedo— podríamos ilustrarla con miles de ejemplos tomados de diversos ámbitos, en varios de los cuales la jurisprudencia ha aducido abusivamente su lectura *contra legem* del 1902.

Imaginemos una defunción o una pérdida de un miembro ocasionadas por la intervención de un cirujano que la ha realizado siendo todo lo competente y experimentado que cabe legítimamente esperar, poniendo toda la atención, habiendo tomado —o mandado que se tomen— todas las medidas precautorias del caso y respetando escrupulosamente la *lex artis* —o sea, los códigos de buenas prácticas o *soft law* de la profesión médica y del ejercicio de la cirugía en particular. ¿Qué ha pasado? Ha pasado, ni más ni menos, que se han interpuesto factores causales que el cirujano no podía controlar: ya sea que el paciente estaba, por causa de su propia enfermedad o dolencia, propenso a ese lamentable desenlace y la cirugía iba encaminada (con un margen de probabilidad, pero sin seguridad) a prevenir lo que, a la postre, ha resultado imprevisible; ya sea que ese mismo paciente estaba aquejado por algún otro mal que el cirujano no podía conocer y que ha sido el desencadenante del fracaso de la operación; ya sea, en fin, que han surgido otros imponderables externos, como ha podido ser un cortocircuito o una incontrolable enfermedad nosocomial. (V. (Peña, 2016b).)

¹³². En la doctrina francesa se han esgrimido dos teorías para justificar la deriva jurisprudencial en la aplicación del art. 1382: (1ª) la teoría del riesgo: el que, con su actividad, causa un peligro ha de asumir las consecuencias causales del mismo; (2ª) la teoría del lucro: el que se lucra con una actividad ha de estar a las duras y a las maduras, indemnizando a las eventuales víctimas de esa actividad con la cual se lucra.

Pienso que en ambos supuestos pueden concebirse alternativas perfectamente verosímiles sin tener que embutirlas en la responsabilidad extracontractual. En el caso de actividades peligrosas, hay que entender que las mismas están generalmente prohibidas; extiéndese una dispensa condicional de prohibición a aquellos que cumplen determinados requisitos (p.ej, aprueban los exámenes para obtener el carnet de conducir); siendo condicional esa dispensa, una condición de la misma es la de reparar los daños causados a terceros por tal actividad —de suyo ilícita, aunque el autor del hecho dañoso esté, en ese supuesto, condicionalmente eximido de tal prohibición. En el caso de actividades lucrativas, caben al menos tres soluciones: (1ª) establécese una implícita relación contractual entre el Estado y el empresario en virtud de la cual éste, a cambio de beneficiarse del marco jurídico y de las obras públicas gracias a los cuales puede desempeñar su actividad mercantil, se compromete a indemnizar daños a terceros; (2ª) la relación contractual implícita es la que se da entre el empresario y quien resulte perjudicado por su actividad (pues para ello ha tenido que encontrarse de algún modo en la esfera de esa actividad, al menos indirectamente); (3ª) tenemos un enriquecimiento ilícito, pues, al perjudicar el empresario a ese damnificado, créase entre ellos una cuasi-asociación temporal en la cual es justo que el perjuicio sufrido sea compensado por la parte beneficiada.

¿O unas veces sí y otras no? ¿Cuándo? ¿En aquellas circunstancias en que lo mande el ordenamiento jurídico? ¿Queda así todo al arbitrio del legislador? En el subapartado 9.7 abordaré esta dificultad.

9.6.— El principio del bien común

Quedaría incompleta esta sucinta presentación de los principios de lógica nomológica sin agregar el último axioma, que considero esencial: la obligatoriedad del bien común. Su razón de ser es que toda la lógica nomológica se ha levantado seleccionando los axiomas y las reglas de inferencia con el criterio del bien común. Puesto que la imperatividad jurídica, la obligatoriedad o preceptividad, es sólo un requerimiento en aras del bien común, sería extraño que ese mismo bien común careciera de dicho rasgo, que fuera meramente facultativo u optativo.

La obligatoriedad del bien común es, pues, un razonabilísimo postulado de la lógica nomológica. Es más, constituye la clave de bóveda del sistema, lo que le da sentido y unidad.

Podemos enunciarlo de diversos modos. Uno sería el más sencillo de todos: añadir el axioma « α », donde « α » significa «el bien común se realiza» (del griego ἀγαθόν).

Hay una formulación que, a primera vista, podría parecer más adecuada para el tenor enunciativo de un postulado de un sistema lógico.¹³³ Sería: « $\circ(A \rightarrow \alpha)$ », o sea: es obligatorio que nada suceda salvo en tanto en cuanto se preserve el bien común. Con ese postulado más el *modus ponens* deóntico podremos deducir « α » de cualquier premisa « A ».

Otras formulaciones más oportunas en el marco de una exposición formal de la lógica nomológica serían éstas: [1] « $\circ(aA \rightarrow \alpha)$ » y [2] « $\circ(oA \rightarrow \alpha)$ », o sea, respectivamente: [1] «Es preceptivo que la licitud de una conducta (sea la que fuere) sólo se dé en tanto en cuanto se preserve el bien común» y [2] «Es preceptivo que la obligatoriedad de una conducta se dé sólo en tanto en cuanto se preserve el bien común». De suyo [1] y [2] son, en principio, más débiles que la directa postulación de « α », pues no nos autorizan a concluir « α » más que presuponiendo que alguna conducta es lícita o, respectivamente, obligatoria. Pero en el contexto del sistema, son equivalentes a postular directamente « α »; omitiré la demostración.

Una formulación más fuerte sería « $\circ(oA \rightarrow \alpha)$ », o sea: «Es preceptivo que sólo exista una obligación en la medida en que también sea obligatorio el bien común». De aquí podemos inferir, en el sistema, no sólo « α », sino también « $\circ\alpha$ ». Esto, además, nos suministraría el estado de cosas acerca de cuya existencia nos preguntábamos más arriba: uno, N tal que $N = \circ N$. Ese N sería α .

¹³³. Aunque un poco insólito, no es desconocido entre los lógicos introducir una constante sentencial y postularla, o postular su negación. En una formulación muy original de Alonzo Church, en su *Introduction to Mathematical Logic. Vol. I*, Princeton U.P., 1956, se define incluso la negación de « p » como el que « p » implique una constante sentencial que significa la falsedad. Richard Sylvan (ex-Routley), en una de sus lógicas relevantistas fuertes, introduce un postulado contradictorio, « $A \& \sim A$ », donde « A » es una constante sentencial (cuyo sentido se abstiene de explicar).

Hay que aclarar que el bien común que así se erige en preceptivo no es un bien generalmente determinado, sino, en cada caso, en cada ordenamiento normativo, el respectivo bien colectivo de esa comunidad.

Cerraré este apartado con una breve consideración. ¿Por qué el bien común y no el bien a secas? Para Santo Tomás la ley es la ordenación racional para el bien común, pero el principio del *Jus naturæ* no es la obligatoriedad del bien común, sino la del bien: *bonum est faciendum et malum uitandum*.¹³⁴

Tengo dos objeciones. La primera es que ese adagio suena tautológico, pues decir que ha de hacerse el bien es dudoso que encierre un contenido semántico más denso que el aserto de que ha de hacerse lo que ha de hacerse (siendo difícil definir «bonum» independientemente de su nota axiológica de preferibilidad práctica, o sea de su cualidad de *faciendum*).

La segunda objeción es que, aunque así no sea, adoptar ese adagio como axioma del Derecho Natural es confundir el campo jurídico con el de la moral. El Derecho sólo se ocupa del bien común. El bien puramente privado es también un asunto privado, ajeno a lo jurídico. Similarmente no puede valer en el Derecho —ni en el Natural ni en el positivo— el precepto de evitar el mal, cualquier mal, lo cual abarca los malos pensamientos, los malos deseos, los malos propósitos. Ni siquiera las malas palabras son jurídicamente *uitandæ* —salvo en el acotado ámbito en el cual se edictan restricciones legítimas y tasadas a la libertad de expresión, en aras de salvaguardar otros valores del ordenamiento jurídico.

No hay en absoluto libertad si es sólo para ejercerla en un sentido. La libertad no puede ser sólo para el bien sino también para el mal. Claro que esa libertad para el mal tendrá un límite, que es el de la pública salvaguardia del bien común.

9.6.1.— Deberes y derechos de los miembros no humanos de nuestra sociedad interespecífica

Surge aquí el espinoso problema de si el bien común, axiomáticamente reconocido en nuestra lógica nomológica, ha de entenderse sólo como el de los miembros humanos de

¹³⁴. V. I^a II^a q. 94 a. 2 co. «Respondeo dicendum quod [...] præcepta legis naturæ hoc modo se habent ad rationem practicam, sicut principia prima demonstrationum se habent ad rationem speculatiuam, utraque enim sunt quædam principia per se nota. [...] Et ideo primum principium in ratione practica est quod fundatur supra rationem boni, quæ est, bonum est quod omnia appetunt. Hoc est ergo primum præceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum uitandum. Et super hoc fundantur omnia alia præcepta legis naturæ». Está claro que el Aquinate, al sentar ese principio, no está distinguiendo el principio del *Jus Naturæ* del principio general de la razón práctica. Leyendo atentamente toda la cuestión 94 de la *Prima Secundæ* de la *Suma Teológica*, está claro que el Doctor Angélico no distingue ahí el *Jus Naturæ* de la *lex naturalis*. Presupone que el Derecho es parte de la moral.

Frente a la doctrina tomista, mi planteamiento implica, justamente, el distingo entre la ley jurídica y la ley moral. En cambio, si bien cae fuera de mi presente investigación discutir la presunta diferencia entre razón teórica o especulativa y razón práctica, no ocultaré —y valga, nada más, como un *obiter dictum*— que se trata de una de tantas dicotomías aristotélicas conceptualmente prescindibles (varias de las cuales, en el campo metafísico, ya me ocupé de descartarlas en mi obra *El ente y su ser: un estudio lógico-metafísico*, Publicaciones de la Universidad de León, 1985, ISBN 8460039730).

Un intelectualismo de cuño leibniziano, como el profesado en este libro, ni necesita ni consiente tal dicotomía. No es menester para nada una razón práctica diversa de la razón a secas.

nuestra sociedad o como un bien común que, en algún grado, sea asimismo compartido por aquellos no-humanos que pertenecen a la misma —toda vez que nuestras sociedades humanas (*preponderantemente* humanas) son, en rigor, interespecíficas, constituyendo un caso particular de ese tipo de sociedades biológicas en las cuales conviven animales de varias especies. ¿Deberíamos —según lo piden los animalistas radicales— reconocer un principio de igualdad (igualdad animal), o sea reconocer a los miembros no humanos de nuestra sociedad unos derechos no subordinados a los de los humanos (aunque sean distintos en virtud de las dispares necesidades de unos y otros)? Para el animalismo radical, superar el especismo es como superar el sexismo, el clasismo y el racismo.

Alternativamente está la propuesta mayoritaria de que, aunque vivan entre nosotros, los animales no humanos no son miembros de nuestra sociedad ni tienen derecho alguno. Hay quien dice que tenemos deberes para con ellos sin que ellos tengan derechos, comparando tal relación con la que nos une a los muertos, hacia los cuales tendríamos deberes sin que ellos tuvieran derechos. (No estoy para nada de acuerdo en que los muertos carezcan de derechos, pero podemos dejar eso de lado.)

Por el principio de correlatividad lógica entre deberes y derechos (Peña, 2009b), un derecho existe necesariamente en la medida en que pesa sobre otro, o sobre todos (*erga omnes*), la obligación de no impedir su disfrute o ejercicio.

Aquí se me podrá objetar que un ser no humano no es un «alguien». Pero ¿por qué? Un animal es un ser con intereses, con capacidad perceptiva y aperceptiva, que tiene deseos, temores, sufrimientos y placeres. Los avances de la etología revelan que, en muchas cosas, están más cerca de nosotros de lo que se creía. (V. (Peña, 2012).) Y por añadidura —quizá sobre todo— está el vínculo de parentesco que nos une.

Además, a los miembros no humanos de nuestra sociedad les imponemos deberes, castigando el incumplimiento de tales deberes con sanciones. Siendo sujetos de deberes, son sujetos de derechos. (V. de nuevo (Peña, 2012).)

Nuestro deber para con los miembros no humanos de nuestra sociedad —compañeros nuestros— no es como nuestro deber hacia un paraje natural, hacia un monumento, hacia el medio ambiente, hacia el Planeta o hacia la naturaleza. Aunque algunos digan que también la naturaleza tiene derechos, lo desmiente el hecho de que no le asignamos deber alguno (v.g. no producir terremotos ni intemperies ni sequías ni epidemias; cuando suceden, no castigamos el incumplimiento de una prohibición). Ni los monumentos ni los parajes naturales ni el Planeta tienen intereses ni temores ni deseos ni sufren ni sienten placer ni perciben ni se dan cuenta de nada. No son sujetos. Los animales, sí.

Es un aserto gratuito afirmar que nuestra sociedad no es interespecífica. Puede uno estipularlo definicionalmente, pero una observación biológica nos revela una sociedad donde coexisten individuos de la especie humana, que dominan, e individuos de otras especies, que son dominados (igual que la mirmecología nos revela sociedades interespecíficas de hormigas, algunas de ellas con prodigioso parecido a las humanas en algunos aspectos). Es arbitrario excluir de la pertenencia a nuestra sociedad a los no humanos.

Sin embargo es desmesurado —y en la práctica imposible— pretender una igualdad animal. Nuestra sociedad es interespecífica, lo cual quiere decir que en ella convivimos con otras especies, mas no en igualdad, una igualdad que la naturaleza ha hecho irrealizable. La comunidad de pertenencia y el parentesco zoológico que nos une fundan el reconocimiento de ciertos derechos: a un trato benigno y compasivo, al bienestar, a no sufrir perjuicios más allá de aquellos que sean necesarios para el bien común de la sociedad —con el límite de que no se inflijan torturas ni vejaciones.¹³⁵

¿Por qué sólo esos pocos derechos y no otros? ¿No estamos discriminando entre humanos y no humanos? Estamos discriminando. Hacémoslo porque cada especie tiene un derecho natural a discriminar. Cada especie se otorga preferencia a sí misma. Nuestra sociedad interespecífica es humana, la hemos formado los humanos. Y los derechos de los demás humanos estriban en nuestros deberes para con ellos como miembros preferentes de nuestra sociedad, con quienes nos une una hermandad biológica (según la conocida tesis de Georges Scelle, abrazada por el autor de esta obra en (Peña, 2002).)

En suma, mi tesis es resueltamente especista, pero de un especismo que reconoce a los miembros no humanos de nuestra sociedad lo máximo en derechos que es posible reconocerles. No tiene fundamento alguno equiparar el especismo al racismo, el clasismo o el sexismo, porque lo máximo que es posible reconocer a humanos de diferente sexo, clase social o raza es la igualdad de derechos, mientras que eso no es posible con relación a los no humanos.¹³⁶

¹³⁵. La prohibición de la tortura voy a defenderla como una regla de plena vigencia que hace enteramente ilícita cualquier tortura contra un ser humano; por lo cual es indefectible, *juris et de jure*.

Aun siendo dudoso si hemos de ser tan tajantes en lo que atañe a miembros no humanos de nuestra sociedad, el mero hecho de compartir con ellos un vínculo social más la hermandad biológica que nos une nos imponen unas infranqueables líneas rojas que vedan absolutamente infligirles cualquier sufrimiento que no sea estrictamente necesario para que desempeñen el papel social al cual están adscritos y aun eso sólo dentro de un perímetro de lo tolerable, allende el cual se estaría negando el valor que esos hermanos inferiores tienen como parientes y consocios y se degradaría a la propia sociedad humana que perpetrase o consentiera crueldades inadmisibles, por ser gratuitas o desmedidas.

En cuanto al concepto de *vejaciones*, es menos riguroso que el de *humillaciones*, atentatorio contra el valor del ser humano (o —si se quiere expresarlo así, contra el elemental derecho a la dignidad humana; v. *infra* 13ª dificultad del capítulo IV).

Sin duda a los animales domesticados y cautivos —por su propia condición de tales— no nos queda más remedio que permitirnos tratarlos con grados de coerción y sujeción que, con relación a los humanos, consideraríamos sevicias o humillaciones. Sin embargo tal permisibilidad ha de estar rigurosamente limitada por las aludidas líneas rojas. También esos compañeros no-humanos de nuestra de sociedad tienen derecho a beneficiarse, en alguna medida, del bien común; y lo mínimo para ello es que la legislación los proteja de vejaciones o crueldades excesivas. Podría acudirse aquí al concepto de dignidad animal, acuñado por Martha Nussbaum —en aplicación de su teoría de las capacidades, que no suscribo—. V. su libro *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard U. P., 2006, ISBN 0674019172. Una crítica de ese enfoque la ofrece Federico Zuolo, «Dignity and Animals: Does it Make Sense to Apply the Concept of Dignity to all Sentient Beings?», *Ethical Theory and Moral Practice*, 2016, doi: 10.1007/s10677-016-9695-8.

¹³⁶. Desde luego, mi enfoque deja abiertas muchas cuestiones, porque, inevitablemente, usa conceptos jurídicamente indeterminados. ¿Será obligatoria la dieta vegetariana? ¿En qué circunstancias y hasta qué punto? ¿Cuán benevolente ha de ser el trato que inflijamos a los animales de labor? ¿Qué instrumentos de coerción son legítimos? Nada de todo eso puede resolverse de una vez para siempre. Es evolutivo según nuestra toma de conciencia, nuestras necesidades y nuestras posibilidades.

9.7.— Una dificultad: las omisiones

Particularmente delicado es el problema de las omisiones en lo tocante a los dos principios de no impedimento y de causa lícita. De hecho, la consideración de las omisiones lleva a una reformulación de tales principios.

En la omisión falta el nexo de causalidad, ya que sólo analógicamente cabe decir que la abstención o inacción provoca un resultado; éste —hablando en rigor— viene determinado por sus propias causas, aunque hubiera podido prevenirse si el omitente hubiera actuado, debiendo hacerlo.

La mejor solución está en abrazar la concepción social de la conducta de Hans-Heinrich Jescheck. Para este ilustre penalista, en el ámbito jurídico-criminal es pertinente un comportamiento entendido como un fragmento de la vida humana intencionable —o sea sometido o sometible a la voluntad— y medido por parámetros socialmente relevantes, ante todo las expectativas y las pautas de la relación social.

En esta visión, las omisiones son tan conductas o comportamientos como las acciones. Y los resultados son atribuibles a las unas y las otras, no necesariamente por existencia de vínculo causal, sino por su existencia en unos casos y por su inexistencia en otros (inexistencia del nexo causal que debió existir entre una acción que se ha omitido y un resultado impeditivo que, así, no ha tenido lugar).

En este fecundísimo marco, cabe brindar una dilucidación muy convincente de la diferencia entre las omisiones puras penalmente reprochables y los delitos de comisión por omisión. Son las expectativas sociales, es el contexto social de valoraciones y pautas, lo que caracteriza un trozo de vida humana, activo o pasivo, como acción o como omisión. No hablamos de omisión siempre que haya una inacción, sino sólo cuando se dé una abstención (no forzosamente deliberada) en un contexto social en el que hay unas expectativas de acción del sujeto.

La reflexión sobre el problema de las omisiones ha de llevar a una reformulación de los dos últimos principios de la lógica nomológica: el de no impedimento y el de causa lícita.

Extensiva o analógicamente, ha de entenderse igualmente por «impedimento» del disfrute de un derecho ajeno aquella inacción indebida que no ha evitado —pudiendo y debiendo hacerlo— un hecho (o la persistencia de un hecho), el cual ha frustrado ese disfrute contra la voluntad de su titular y de una manera que para él, que lo sufre, objetivamente equivale a una acción de fuerza (aunque tal acción de fuerza no tenga causante humano).

Similarmente, en el contexto del principio de causa lícita, hay que entender, analógicamente, por «causa» la inhibición indebida, el dejar que siga su curso una acción causal que desemboca en el efecto dañino, cuando se puede y se debe evitar.

De lo cual se deduce cuán difícil es brindar una formulación perfectamente clara, lógica, irreprochable y técnicamente adecuada de esos dos principios. No obstante, esas dificultades no aquejan en particular al tratamiento propuesto en esta obra, siendo comunes a

cualesquiera otros tratamientos jurídicos. Esta obra no cierra el camino a la busca ulterior de formulaciones más refinadas de tales principios; pero para el tratamiento del jurista, las formulaciones presentadas son útiles; en todo caso, de momento no existen, hoy por hoy, otras formulaciones de esos principios (imprescindibles en la praxis del razonamiento jurídico) más claras, precisas y prácticas. (Y las que se pergeñen en el futuro corren el riesgo de perder en concisión lo que ganen en exactitud).

§10.— Correlatividad entre derechos y deberes

Existe una correlatividad entre derechos y deberes. Su defensa suscita sin duda problemas. Las soluciones aportadas en (Peña, 2009b) no tienen por qué ser definitivas para todos ellos. Sea como fuere, es un logro de esa propuesta ofrecer un tratamiento de los derechos que —por rechazar las dicotomías inventadas a partir de Hohfeld— resulta lógicamente formalizable, uniforme, exento de arbitrariedad en la lectura de los textos jurídicos (no tiene que acudir a recursos dudosos para leer «derecho» unas veces en un sentido, otras en otro, ni nada por el estilo). Derecho es licitud.

Atribuir a alguien (humano o no humano) un deber es considerar obligatorio un hecho en el cual a él le corresponde un papel de agente o autor. Atribuirle un derecho es considerar lícito ese hecho. Si un hecho es lícito, está prohibido impedirlo. Asimismo resulta extremadamente verosímil (aunque difícil o casi imposible de formalizar) la tesis inversa: que, si está prohibido impedir un hecho, éste es lícito.

A estas afirmaciones se les han dirigido objeciones. Una es que, como lo imposible es lícito,¹³⁷ impedirlo estará prohibido. Pero impedir lo imposible es o imposible o vacuo. Podemos decir que es imposible porque no hay acción alguna que pueda impedir que alguien cuadre el círculo, o sea que cause violentamente su no-cuadrar el círculo. Si es imposible impedir causar el círculo ¿cómo va a estar prohibido?

Esa dificultad se responde fácilmente si se tienen en cuenta las restricciones de los principios de la lógica nomológica expuestas en mis trabajos previos,¹³⁸ que reducen su campo de aplicación a los hechos contingentes de suyo y contingentes entre sí.¹³⁹ Que lo imposible sea lícito es un caso límite y excepcional (un resultado del principio de colicitud); pero ese imposible no puede tomarse a su vez como materia para ulteriores aplicaciones. No está prohibido impedir lo imposible porque el principio de no impedimento ha de entenderse como que está prohibido impedir, pudiendo hacerlo, una conducta ajena lícita.

¹³⁷. Lo imposible es lícito porque sólo las situaciones contingentes son prohibidas u obligatorias (con la única excepción, tal vez, de que, siendo necesaria, la obligatoriedad del bien común es obligatoria; el bien común posee así una obligatoriedad de primero y de segundo grado).

¹³⁸. V, en particular (Peña, 2009c).

¹³⁹. Eso quiere decir que sólo está prohibido impedir una conducta si es posible impedirla.

Otra dificultad esgrimida es que, si el derecho y la licitud son lo mismo, no se ve bien qué diferencia hay entre que a alguien le sea lícito recibir una donación y que tenga derecho a tal donación (p.ej. en virtud de un testamento).

En (Peña, 2009b) discutí diversas soluciones a ese problema. Probablemente la mejor de ellas es la que afirma que el hecho lícito es que, si el donante quiere, se haga la donación. El donatario tiene derecho a ese hecho. (En el caso de la donación obligatoria por una manda testamentaria, el hecho lícito es que se haga la donación sin más; es un hecho no sólo lícito sino obligatorio.) Así a secas no es verdad que al donatario le sea lícito recibir el bien en cuestión; sólo le es lícito recibirlo si el propietario del mismo quiere dárselo.

Aquí, como en problemas anteriormente abordados, hay que aclarar que, al decir que tal situación es lícita, no se trata de saber si la ley la prohíbe o no ni tampoco de saber si la ley afirma su licitud; trátase de saber si, en la realidad de los hechos, en el mundo tal como está, se da o no se da esa licitud. Y, mientras el propietario no tenga intención de dar un bien suyo a otro, a éste otro no le es lícito recibirlo; sólo le es lícito esto: estar en el estado de que, si el propietario llegara a querer dárselo, aceptar la donación. (Naturalmente no tiene obligación de aceptarla.)

El derecho del propietario a hacer la donación ha de entenderse con la cláusula condicional «si quiere». Así son todos los derechos de libertad. El hecho lícito es la voluntaria donación; no una donación involuntaria (o sea forzada).

En este punto es menester una consideración sobre el nexo de reciprocidad entre derechos fundamentales del individuo y derechos fundamentales de los demás. Por el principio de correlatividad, esos derechos ajenos implican deberes igualmente fundamentales.

Es sabido que, desde los orígenes del movimiento moderno de los derechos naturales del hombre, se planteó la cuestión de si, correlativamente, tenía que haber una declaración de deberes del hombre. Cabe recordar cómo, en el máximo auge y esplendor de la ola ampliativa de tales derechos, en torno a la revolución francesa de 1848 (II República) y el *Risorgimento* italiano, el sacerdote excomulgado francés Félicité de Lamennais inspiró al patriota y socialista Giovanni Mazzini la redacción de *I doveri dell'uomo*.

Ya mucho antes se había reclamado una declaración de deberes. Tal fue el planteamiento del abbé Grégoire, uno de los padres de la Declaración versallesa del 26 de agosto de 1789;¹⁴⁰ lleváronse a cabo, de hecho, trabajos preparatorios, que no desembocaron

¹⁴⁰. En las deliberaciones preliminares, un número de diputados insistieron —con razón— en la necesidad de ese acompañamiento de los derechos por los deberes del hombre y del ciudadano. Así en la sesión del 17 de agosto de 1789, el diputado Pellerin afirma: «Vous allez lui indiquer ses droits; mais ces droits supposent des devoirs: il est incontestable que les uns ne peuvent exister sans les autres; ils ont entre eux des idées relatives. Il est incontestable, en effet, qu'aucun citoyen n'a de droits à exercer s'il n'y a pas un autre citoyen qui ait des devoirs à remplir envers lui. Il faut donc établir que les droits ne peuvent exister sans les devoirs; ainsi, lorsque nous établissons que la vie de l'homme, son honneur, son travail, forment sa propriété, il convient cependant de dire qu'il en doit une portion à la patrie. [...] Nous n'oublions pas surtout de rappeler à l'homme qu'il ne tient pas la vie de lui-même; que les vertus sont récompensées. [...] Je demande donc une déclaration qui renferme les droits et les devoirs de l'homme en société». El diputado Guiol argumenta así: «il faut remonter au principe générateur et en

en nada. Sin embargo, en 1795, año III de la República Francesa, la nueva Constitución que instauro el sistema directorial (la república moderada) proclama la Declaración de los derechos y de los deberes del hombre y del ciudadano (del 5 de fructidor, o sea 22 de agosto).

Aunque el título de las declaraciones omite (y es de lamentar) explicitar que lo reconocido es, junto con una lista de derechos fundamentales, una de deberes igualmente fundamentales, hay que mencionar que (pese a todos sus defectos y sus excesos) la Declaración de 1793¹⁴¹ encarna la unión de unos derechos con otros y así, implícitamente, una recíproca referencia de derechos y deberes humanos, basando la titularidad de los derechos en la pertenencia a la familia humana.

Según la doctrina solidarista existe un cuasi-contrato (yo preferiría decir: un vínculo sinalagmático) entre el individuo y la sociedad (y, por lo tanto, entre cualquier individuo, singularmente tomado, y cada uno de sus compañeros de sociedad) por el cual el mero hecho jurídico de nacer, crecer, vivir y disfrutar de ciertos bienes comunes de la sociedad nos somete, en reciprocidad, a obligaciones de solidaridad.

Los derechos individuales son así correlativos a deberes para con la sociedad y para con los demás.

Pongamos un contrato entre A y B en el cual se establece esta obligación: A hará X y B Z. ¿Podemos decir que, en virtud del contrato, A ha adquirido un derecho a que B realice Z mientras que B ha adquirido un derecho a que A realice X? ¿Qué pasa si A se abstiene de realizar X? *Non adimplenti non est adimplendum*: B queda exonerado de realizar Z; o sea, al no cumplir su deber de realizar X, A pierde su derecho de obtener Z.

Sin embargo, esa reciprocidad de cláusulas no es exactamente condicionalidad (aunque el Código Civil español algunas veces llama «condiciones» a las cláusulas contractuales, p.ej. art. 1255). Lo que sucede es que, en rigor, estamos en presencia de una obligación conyuntiva: la de que A haga X y B haga Z. De ahí no se deduce que B esté incondicionalmente obligado a hacer Z.

¿Es así como hay que entender los derechos y deberes fundamentales del hombre, como un deber conyuntivo?

No deseo negar que los derechos naturales del hombre son incondicionales, pero sí que (salvo los pocos que son absolutos, como el de no ser torturado) su ejercicio o disfrute es, en alguna medida, condicional al cumplimiento de sus deberes fundamentales.

No sostenemos que la libertad (ambulatoria) del art. 17.1 CE sea un derecho condicional. Sin embargo, casi todos admitimos que en nuestro código penal exista la pena de

sivre les conséquences. Il existe, et il doit en exister un qui embrasse tous les droits et tous les devoirs de l'homme; c'est celui de veiller à la conservation de son être; les autres n'en sont que la suite naturelle». V. http://frda.stanford.edu/en/catalog/bm916nx5550_00_0526, cons. 2015-02-20.

¹⁴¹. La cual seguirá siendo, durante decenios, un faro luminoso, hasta que la conciencia pública haya madurado para que se logre consensuar una mejor.

privación de libertad. A un hombre o una mujer privados de libertad, en ejecución de ese código (dado un supuesto de hecho, que presuntamente consiste en la violación de uno de sus deberes fundamentales), ¿les asiste el derecho a la libertad del art. 17.1? ¿Han decaído en la titularidad del derecho? ¿Está suspendido su ejercicio o disfrute?

No hay que renunciar al principio de incondicionalidad de los derechos naturales pero sí entender que (salvo el derecho a no sufrir tortura) todos son limitados y no absolutos; y que una limitación —que, en la práctica, es casi equivalente a la condicionalidad— es que, en tanto en cuanto un miembro de la sociedad viole grave o persistentemente sus deberes para con los demás y para con la propia sociedad, disminuye el grado en el cual tiene un legítimo título para reclamar que se respeten sus derechos; en el caso que nos ocupa, el más fundamental de todos, la libertad, que la Constitución sólo pone por detrás del derecho a una vida con integridad (art. 15) y a la libertad de pensamiento (art. 16).

Afortunadamente nuestro ordenamiento no contiene pena alguna contra la vida ni contra la integridad corporal y moral (no hay pena de muerte ni de mutilaciones ni de azotes ni de infamia o escarnecimiento público). La pena más grave es la privación de libertad. Si el ordenamiento prevé (conceptuémoslo como lo conceptuemos) una suspensión del ejercicio de ese fundamentalísimo derecho que es la libertad, es coherente pensar que, de manera general, es correlativa al cumplimiento de los deberes cívicos esenciales la exigibilidad de los derechos —tanto los de las secciones I y II del capítulo II cuanto los del capítulo III CE—. Ello, claro, según expresamente lo regulen y prevean las leyes, en aplicación de la letra y del espíritu del art. 53 CE y de las demás reglas de reserva de ley formal recogidas en la Carta Magna.

§11.— Necesidad y normatividad

11.1.— Los axiomas del Derecho Natural son verdades necesarias

¿Sería posible un mundo sin contingencia? No, sería imposible. Por paradójico que suene, es una verdad necesaria que hay verdades contingentes, o sea no necesarias. Y es que la inexistencia de hechos contingentes, si ocurriera, no podría ser una verdad necesaria; de serlo, sería imposible que hubiera hechos contingentes. Pero los hay. De ahí que tenga que haber verdades contingentes.

Podría, sin embargo, no haber seres sociales, ni angélicos, ni divinos, ni animales ni de ningún tipo. No afirmo que de hecho exista tal posibilidad (posibilidad metafísica), e.d. que sea una verdad puramente contingente la existencia de seres sociales. Lo que digo es que al menos doxásticamente parece darse esa posibilidad. Quiero decir que hay gente (no poca gente) que opina que la existencia de seres sociales es meramente contingente y que bien podría suceder que no hubiera nada o que hubiera un universo de seres inertes.

Las situaciones jurídicas ¿existen necesaria o contingentemente? Si sólo hechos contingentes pueden ser obligatorios o prohibidos ¿no significa eso que las obligaciones o prohibiciones mismas tienen que ser, todas ellas, contingentes?

No, porque los principios esenciales o axiomas del Derecho Natural son verdades necesarias. Tomemos los axiomas de la lógica nomológica que hemos repasado más arriba, en los apartados 9 y siguientes. En su mayor parte son implicaciones (p.ej. el de colicidad).¹⁴² Otros resultan de fijar el operador de obligación a una implicación (o a un condicional). Sólo uno carece de tal estructura, el último que he agregado, la obligatoriedad del bien común.

Los axiomas que son condicionales, implicativos o resultantes de afectar un condicional o una implicación por el operador de obligación son verdades necesarias. Su verdad no depende de que haya o no seres sujetos a tales obligaciones. En un universo formado por un átomo de helio y nada más valdrían exactamente igual, sólo que de manera vacua.

Un poco más difícil es entender que en tal universo no dejaría de valer $\text{o}\alpha$, o sea la obligatoriedad del bien común. ¿De qué bien común? Del bien común posible, del que tendrían seres sociales, si existieran, unidos en una comunidad.

Uno de los rasgos de las verdades necesarias es que se deducen de premisas cualesquiera, verdaderas o falsas; e incluso de un conjunto vacío de premisas.¹⁴³

Por eso los propios axiomas de la lógica nomológica son verdades necesarias que se deducen de cualesquiera premisas. Y el último de esos axiomas, la obligatoriedad del bien común —principio supremo del Derecho Natural— es, asimismo, una verdad necesaria que se deduce lógicamente de cualesquiera premisas; por lo tanto es una verdad necesaria que se deduce de cualesquiera situaciones jurídicas.

¹⁴². Una implicación une, no dos enunciados, sino dos situaciones. La lógica no se ocupa de relaciones entre frases, sino de vínculos metafísicamente necesarios entre hechos. La regla del *modus ponens* no es una mera receta para escribir unas oraciones debajo de otras, sino que refleja un hecho necesario de la realidad, a saber: siempre que en un mundo posible se realice la situación A y también la situación de que, si A, entonces B, en ese mundo se realizará igualmente el estado de cosas B.

Todas las conectivas lógicas son operadores ónticos, que afectan a estados de cosas (aunque se expresen mediante «operadores» lingüísticos; el doble uso del mismo vocablo, «operador», no debería provocar confusión alguna, teniendo en cuenta el contexto en cada caso). Así la copulativa «y» expresa un operador óntico tal que, tomando como argumentos funcionales los estados de cosas A más B, los proyecta sobre el estado de cosa conyuntivo A-y-B, que no es la mera yuxtaposición de las dos situaciones, A, B, por separado, sino un *tertium quid*. De ahí que sea posible —y necesario, según la lógica deóntica aquí defendida— rechazar el principio de agregación deóntica, aquel que, de la obligación de A y de la de B, deduce la obligación de A-y-B.

¹⁴³. Tal deducibilidad de las verdades necesarias a partir de premisas cualesquiera es un rasgo común a una amplísima gama de lógicas —incluidas las propuestas por el autor de esta obra— pero ha sido rechazado por las que forman la familia de lógicas relevantes o relevantistas, en las cuales sólo cabe inferir una conclusión de unas premisas si se da un determinado vínculo analítico de significado entre éstas y aquella.

Tal restricción sedujo a un número de lógicos que consagraron ímprobos esfuerzos a levantar y justificar esas lógicas. Lamentablemente, siempre se acaban revelando tremendamente decepcionantes los resultados —todos ellos muy estimulantes como ejercicio intelectual—. En aras de ese purismo, esas lógicas tienen que sacrificar demasiados axiomas lógicos y demasiadas reglas de inferencia. Además tienen que carecer de negación fuerte, con lo cual su potencia expresiva es muy débil y pobre.

Y ¿cuánto vale la ganancia? ¿Cuánto mejor es la vida intelectual o la aplicabilidad de la lógica al conocimiento y a la investigación porque nos hayamos desembarazado de ese hecho —sin duda sorprendente para los novicios en lógica— de que las verdades necesarias se sigan de cualesquiera asertos? El ingenio derrochado por los lógicos relevantes ha convencido a pocos; entre esos pocos no se halla el autor de estas páginas.

Los principios del Derecho Natural son justamente aquellas situaciones jurídicas que se dan en todos los ordenamientos, por emanar de la esencia misma de un ordenamiento normativo; siendo así, dedúcese lógicamente de cualesquiera premisas deónticas (y no deónticas) su verdad o existencia.

Sostengo que son derechos naturales, no sólo los usualmente llamados «derechos humanos»,¹⁴⁴ sino también otros que tristemente aún nadie ha incluido en el catálogo de

¹⁴⁴. En mi opinión son revisables las listas adoptadas de tales derechos. Es absurdo tomarlas como inquebrantable dogma de fe, para siempre, dada la proliferación desmesurada de tales listas —junto con pavorosas ausencias, p.ej. la del derecho a comer y a beber o el derecho a la movilidad.

Pretensiones discutibles, culturalmente condicionadas y, a veces, socialmente perjudiciales se han erigido en derechos naturales del hombre. Baste, p.ej., repasar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para percatarse de cómo un documento que parecía tan modesto y consensual como el Convenio de Roma de 1950 (junto con sus protocolos adicionales) —a pesar de no contener ni un solo derecho de bienestar o prestacional— desemboca (correctamente aplicado, lo cual es más grave) en sentencias como que Grecia esté obligada a indemnizar con 8 millones de euros a su ex-rey por privarlo de sus palacios reales y otros bienes de la Corona; que los presos ingleses hayan de tener derecho de voto (Hirst v. the United Kingdom (N1 2) [2005] ECHR 681, ratificado por la sentencia del Tribunal del 10 de febrero de 2015, que exige al Reino Unido modificar su legislación para permitir el sufragio de los penados, cualquiera que sea el fundamento de la condena); que constituya una violación de un derecho humano fundamental el que en las paredes de las escuelas públicas italianas haya un crucifijo (litigio Lautsi c. Italia, 2009, felizmente anulado en 2011).

Por el contrario, el Tribunal de Estrasburgo ha avalado la prohibición de emitir opiniones disidentes sobre determinados hechos históricos, agrupados en un catálogo que crece sin parar; paulatinamente la libertad de palabra se convierte en libertad de estar de acuerdo con la mayoría; este reproche se dirige contra sentencias como éstas: T. v. Belgium, App. No. 9777/82 (1983); F. P. v. Germany, App. No. 19459/92, (1993); Honsik v. Austria, App. No. 25062/94 (1995); Remer v. Germany, App. No. 25096/94 (1995); Nachtmann v. Austria, App. No. 36773/97 (1998); Witzsch v. Germany, App. No. 41448/98 (1999).

Los instrumentos internacionales de derechos humanos han agregado muchas prescripciones que darían lugar a fuerte polémica social si se sometieran a debate público (en vez de que tales textos sean venerados con la fe del carbonero). Entre otras, han exaltado el derecho de propiedad al rango de sagrado e inexpropiable sin indemnización; han calificado la confiscación de bienes como una violación de un derecho fundamental del hombre. (Sin embargo, al firmarse el Convenio de Roma, en 1950, los laboristas ingleses, bajo el liderazgo de Clement Attlee, se habían opuesto a que, entre los derechos individuales, figurase el de propiedad —que sólo vendrá agregado por el art. 1 del Primer Protocolo adicional.)

Notemos que muchos clásicos del Derecho Natural (de Tomás Moro y Campanella a Diderot) juzgaban la propiedad privada incompatible con el Derecho Natural. Lo recuerda Hans Kelsen: «... el mismo Derecho Natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la nature ou le véritable esprit des lois*. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli [sic], de quien no sabemos gran cosa». (*Teoría pura del Derecho*, trad. M. Nilve, Buenos Aires: EUDEBA, 1994 [24ª ed.], pp. 111-112.) La atribución a Diderot me atrevo a pensar que es la auténtica, por concordancia con afirmaciones contenidas en los ensayos tardíos del gran editor de la *Enciclopedia*, quien varias veces hizo atribuir a otros sus propios escritos más osados; y es que era hombre prudente. escarmentado por el verano y el otoño de 1749 que había pasado encerrado en los calabozos del castillo de Vincennes, en castigo a haber escrito la *Lettre sur les aveugles*.

Kelsen parece ignorar total y absolutamente los debates en la Escuela de Salamanca acerca de si la propiedad privada es compatible con el Derecho Natural. Los dominicos, siguiendo a su maestro, Santo Tomás de Aquino, juzgan que, de suyo, la propiedad privada es contraria al Derecho Natural, sólo que, una vez instaurada, viene legitimada por prescripción adquisitiva —aunque siempre sujeta a una función social cuyo incumplimiento la anula, siendo así confiscable sin indemnización.

En varios escritos, también Leibniz le da vueltas al problema de si es armonizable con el Derecho Natural la propiedad privada, adoptando un punto de vista similar al de los tomistas; justifica su mantenimiento en virtud de los males que se seguirían de intentar abolirla (por injusta que haya sido su instauración). En los *Elementa Juris Naturalis* (que escribió de 1669 a 1672, o sea a una edad de entre 23 y 26 años) ya se muestra Leibniz preocupado por ese problema: cito por la ed. y trad. de Tomás Guillén Vera, Madrid: Tecnos, 1991; en la p. 57 nos dice: «Me pregunto si es justo en mayor medida que el bien común se reparta entre las personas en una determinada

tales derechos (como el de radicación y naturalización);¹⁴⁵ asimismo (v. el subapartado siguiente) derechos de nuestros parientes de otras especies animales, particularmente aquellos que viven en nuestra sociedad como cautivos o domesticados (y con los cuales nos une, por lo tanto, un nexo social, o sea son miembros no humanos de sociedades principalmente humanas).¹⁴⁶

Por consiguiente, tales derechos son verdades necesarias. Es necesario que, si hay seres como los humanos, disfruten de tales derechos. Es contingente que haya humanos, que haya fronteras. También es contingente que los humanos formen sociedades como las nuestras,

proporción geométrica». Siendo dudoso cuál sería esa proporción, está clara la incompatibilidad de reparto proporcional alguno con la propiedad privada (a menos que ésta quede reducida a un nombre).

Unos años después, en su opúsculo «De tribus juris naturæ et gentium gradibus» (1680) (Gaston Grua, Leibniz, *Textes inédits*, Paris: PUF, 1948, p. 611) nuestro filósofo afirma: «En un estado perfecto todos los bienes tendrían que ser de propiedad pública y [sus beneficios] perfectamente repartidos entre las personas privadas; pero desgraciadamente el público no está suficientemente ilustrado para vivir así ni hay administradores suficientemente justos y animados por el espíritu público. Vale entonces, hoy por hoy, mantener la propiedad privada sujeta a un deber de benevolencia para que a nadie falte lo necesario. Sería difícil y peligroso distribuir la propiedad según méritos y virtudes» (v. Leibniz, *Political Writings*, ed. por Patrick Riley, Cambridge U.P., 1982, 2ª ed., p. 20).

Dos decenios después (en 1702-03), en sus «Meditaciones sobre el concepto común de la justicia», Leibniz vuelve a discutir si ha de otorgarse prelación al derecho de propiedad (*strictum jus*) sobre la utilidad pública. Su respuesta es que ha de privilegiarse la utilidad o conveniencia pública, pero que ésta última determina que «no esté permitido privar a los ricos de sus bienes para beneficiar a los pobres [...] Eso se debe al desorden que se produciría y que acarrearía un mal y una inconveniencia mayores que los que se tienen [con la desigualdad de riquezas]. Es preferible mantener las posesiones, puesto que el Estado no puede hacerse cargo de los asuntos domésticos de los hombres, por lo cual ha de preservarse la propiedad [privada] de los bienes, de suerte que cada quien tenga su propia esfera que pueda mejorar y ordenar adecuadamente, *Spartam quam ornet*, siendo en general útil la emulación; de otro modo, siendo todo de dominio común, se descuidaría, a no ser que se regulara como entre miembros de órdenes religiosas, lo cual sería difícil en los tiempos que corren; no obstante son tolerables infracciones a esta política [favorable a la propiedad privada] en aras de la seguridad común y del bien común; de ahí se sigue lo que se denomina *dominium Eminens*, los impuestos y tributos para gastos bélicos» (en Riley, *op.cit.*, p. 64).

Está más claro que el agua que Leibniz se las ve y se las desea para justificar la propiedad privada —aunque sólo sea pragmáticamente, como un *pis aller* para los tiempos que corren.

María Luisa Suprani, en *Il concetto di 'giustizia' negli scritti di diritto naturale de G.W. Leibniz: Un ponte fra Oriente ed Occidente* (tesis de *laurea magistrale*, Universidad de Bolonia, 2012, disp. <http://academia.edu/4083933>, acc. 2015-03-05), dice (p. 41): «Mentre Locke pone la proprietà fra i diritti inalienabili dell'uomo (perché fondata sul lavoro personale), Leibniz considera invece la stessa un male minore di cui è prematuro liberarsi: i disordini cagionati dalla sua abolizione sarebbero ben più gravi di ciò 'a cui [sc. con questo gesto] si vuole porre rimedio'». Y agrega: «Questa sintesi condusse il Nostro [Leibniz] a trarre alcune conseguenze temperate peraltro dopo di una (amara) constatazione rassicurante: 'in uno Stato perfetto ogni bene dovrebbe essere di proprietà pubblica, venir pubblicamente distribuito ai privati' (la comunione dei beni manifesterebbe per tanto il raggiungimento del livello più atto da parte di una società capace di adottare in larga parte le modalità di vita delle comunità religiose)».

La autora explica que la posición de Leibniz es inversa a la de Rousseau, para quien la propiedad privada implica el abandono del estado de naturaleza, al paso que para el filósofo de Leipzig constituye precisamente ese estado, el plano inferior, precivilizatorio, esperando que la ilustración de los hombres acabe desembocando en un estado de mayor perfección en el cual se renunciará a la propiedad privada en aras del bien común.

Leibniz es paradigmático de toda esa tradición jusnaturalista en la cual hallamos coincidencias con los derechos de bienestar de la tradición socialista e incluso con algunos de sus fundamentos doctrinales.

¹⁴⁵. V. (Peña, 2015b).

¹⁴⁶. V. (Peña, 2012).

sociedades interespecíficas, donde convivimos con animales de otras especies. Pero es una verdad necesaria que, en tanto en cuanto así suceda, también ellos tendrán ciertos deberes y ciertos derechos.

Por eso podemos definir los principios del Derecho Natural como aquellas situaciones jurídicas cuya afirmación se deduce en todo ordenamiento normativo. Hay asimismo, claro está, situaciones jurídicas que tienen vigencia en virtud del Derecho Natural —y no de promulgamiento alguno de una autoridad contingente— pero que no son verdades necesarias, porque se siguen de principios del Derecho Natural más supuestos de hecho contingentes, en virtud del *modus ponens* deóntico en cualquiera de sus cuatro variantes. Así, el derecho de un ser humano individual, H, a escoger el país en el cual opta por radicarse y naturalizarse es un derecho humano, un Derecho Natural, pero contingente; lo es porque la mera existencia y la vida de H es un supuesto de hecho contingente. Lo que sí es una verdad necesaria es que, si H existe y vive, tiene ese derecho.¹⁴⁷

§12.— El problema de las lagunas

Resulta extremadamente llamativo que hasta mediados del siglo XX, aproximadamente, casi todos (jusnaturalistas y juspositivistas) estuvieran de acuerdo en rechazar las lagunas (con la posible excepción de algunos seguidores de la escuela del Derecho libre), al paso que en estos últimos decenios casi todos (salvo los dworkinianos) coinciden en afirmar las lagunas (agrúpanse en torno al estandarte del jusnaturalismo o en torno al del juspositivismo).

Durante el período que aproximadamente transcurre entre 1800 y 1950, los jusnaturalistas rehusaban las lagunas por unos motivos y los juspositivistas por otros. Pero era difícil hallar juristas o jusfilósofos dispuestos a sostener que para ciertas situaciones, X, X no era ni lícito ni ilícito en la realidad de los hechos (o sea, supuestos, no sólo el ordenamiento jurídico como ensamblado de normas, sino también el conjunto de consecuencias jurídicas derivadas de los supuestos de hecho).

No se negaba, desde luego, que muy a menudo, dados los márgenes de determinabilidad discrecional del poder judicial o de la administración, dada la problemática interpretación de los preceptos promulgados —en ocasiones oscuros o ambiguamente redactados—, hay muchos casos en los que no sabemos con certeza si una situación es o no lícita; un juez puede opinar así y el otro así. De esa controvertibilidad nadie (o casi nadie) sacaba la conclusión de que el asunto en sí era indeterminado, que la licitud de la situación era objetivamente indeterminada.

¹⁴⁷. Presupongo que la pertenencia de un individuo a la especie humana es una verdad necesaria; tal individuo puede no existir, mas, si existe, es un ser humano; podría cuestionarse ese supuesto, alegando que la evolución biológica habría podido seguir otro rumbo, por lo cual quizá H existiría, mas no sería un humano. (V. mi artículo «Grados de posibilidad metafísica», *Revista de filosofía*, vol VI, Nº 9, 1993, pp. 15-57.)

Hans Kelsen fue, toda su vida, uno de los más encarnizados impugnadores de la idea de lagunas jurídicas. Podemos rastrear su rechazo más absoluto de las lagunas a lo largo de toda su obra, con una perseverancia que no caracterizó casi ningún otro aspecto de su pensamiento jusfilosófico, en constante cambio. (Tal vez el otro rasgo inalterable fue su oposición al Derecho Natural.)

En la *Teoría pura del Derecho*¹⁴⁸ dice:

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay un litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el Derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa, dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el Derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica una norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el Derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el Derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

En ese párrafo (tan enjundioso que ha merecido la pena la longitud de la cita) Hans Kelsen está en realidad enunciando una regla de inferencia fundamental de nuestra lógica nomológica (la regla de permisión) y uno de sus axiomas (el principio de no impedimento).¹⁴⁹ (Podemos pasar por alto su inciso parentético que —en coherencia con su teoría— vincula la existencia de una obligación a la de una sanción por incumplimiento.)¹⁵⁰

¹⁴⁸. Trad. del francés por M. Nilve, Buenos Aires: EUDEBA, 1994, p. 172.

¹⁴⁹. Paréceme empero que no lo formula correctamente. Donde dice «no constreñirlo a hacer lo que está prohibido» entiendo que quería decir «no constreñirlo a hacer lo que no es obligatorio». Una conducta no prohibida pero tampoco obligatoria ha de ser libre y, por consiguiente, a los demás ha de estarles vedado forzarnos a realizarla. Achaco ese *lapsus* a un descuido de redacción.

¹⁵⁰. Kelsen reincide en sostener el principio de permisión en muchos otros ensayos. Así en el *Compendio de teoría general del Estado*, *loc.cit.*, p. 166, afirma: «El hombre puede hacer todo cuanto no está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico». ¿Puede? ¿De dónde emana ese «poder», esa facultad, esa licitud —a la cual Kelsen, no obstante, rehúsa el calificativo de «derecho» (a su juicio no tenemos derecho a no ser asesinados)? ¿No será una norma de Derecho Natural? En la *Teoría general del Derecho y del Estado* (*loc.cit.*, pp. 94ss) define el derecho subjetivo como la posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción. Está claro que la víctima de un homicidio carece de tal posibilidad. Sin embargo Kelsen ni de lejos es consecuente en ese uso técnico tan *sui generis* de «derecho». En la misma obra recién citada, p. 88, afirma: «Tengo el derecho subjetivo de hacer algo, o de abstenerme de hacer algo, sólo porque o en cuanto otro tiene el deber de no impedirme que lo haga o deje de hacerlo». ¡Una coincidencia más, como tantísimas otras, entre el autor jusnaturalista de la presente obra y el más encarnizado anti-jusnaturalista del siglo XX!

Sin embargo, con Kelsen siempre nuestras coincidencias tienen su anverso amargo; en su obra póstuma *Théorie générale des normes*, *loc.cit.*, Nota 85, pp. 440-441 critica y rechaza la opinión de Wilhelm Wundt de que

Lo más llamativo en esa declaración kelseniana es el principio de permisión, que él profesa aquí en una doble formulación pero que no justifica. La primera de sus dos formulaciones es ésta: es «la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido». Pues bien, ¿quién ha promulgado esa regla general? ¿Es un principio de lógica jurídica? Ciertamente la versión francesa de la *Teoría pura del Derecho* se publica en 1953 nueve años antes que nuestro jusfilósofo inicie un repudio de la lógica jurídica (que nunca se resignará a adoptar plenamente y sin titubeos, ni siquiera en su obra póstuma).¹⁵¹ En todo caso ese estatuto no lo aclara Kelsen. (Y, además, unos axiomas de lógica jurídica se parecen demasiado a principios de Derecho Natural, puesto que valdrían en todos los ordenamientos jurídicos sin necesidad de venir promulgados, sin emanar de la voluntad de legislador alguno).

La segunda formulación es ésta: «el orden jurídico [...] garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado». ¿La garantiza? ¿En qué norma? Si es en una norma de un determinado ordenamiento jurídico, ése lo garantizará, pero no los otros. Claramente Kelsen está dando a entender que cualquier ordenamiento jurídico garantiza esa libertad y tiene que garantizarla; que la garantiza independientemente de cuáles sean los promulgamientos legislativos y las decisiones jurisdiccionales. Sin percatarse de ello, Kelsen está abrazando una norma de Derecho Natural, como (*à leur corps défendant*) hacían todos los juspositivistas de su época.¹⁵²

En la filosofía jurídica de nuestros días, desde posiciones diametralmente opuestas entre sí en casi todo lo demás, coincídese en rechazar el principio de determinación del Derecho.

Pienso que en gran medida la nueva corriente se ha originado a partir de los trabajos de lógica deóntica de Alchourrón y Bulygin¹⁵³ y que ha ido ligada a un neo-positivismo jurídico. A diferencia del viejo positivismo que tendía a exaltar o enaltecer la Ley (el positivismo ideológico de Bobbio)¹⁵⁴ concibiéndola como un sistema completo y consistente que contenía no sólo lo preceptuado expresamente por el legislador sino también aquello que

la correlación entre derechos (o sea licitudes) y deberes ajenos (de no impedimento) es una correlación puramente lógica. (Wundt lo había afirmado en su *Logik*, 3ª ed., 1908.) Las objeciones de Kelsen son enrevesadas, oscuras y meandrosas. Es en ese sitio donde asevera que no tenemos el derecho de no ser asesinados.

¹⁵¹. V. Mario G. Losano, *op.cit.*, p. 52; v. *ibid.*, pp. 55ss sobre la aplicabilidad del principio de no-contradicción, la correspondencia con Ulrich Klug y la complejísima relación de Kelsen con la lógica desde 1962 hasta su muerte once años después.

¹⁵². Kelsen se reafirma en su rechazo de las lagunas —por motivos que sustancialmente no han cambiado— en su obra póstuma, *Théorie générale des normes*, *loc.cit.*, capítulo 31, pp. 171ss, donde reitera su adhesión al principio de permisión, que justifica sólo diciendo que es una aplicación del Derecho vigente, lo cual no demuestra. (Ni siquiera es seguro que todos los ordenamientos contengan una norma expresa que venga a decir que el inocente no será judicialmente condenado.)

¹⁵³. V. (Alchourrón & Bulygin, 1991). V. *infra*, Anejo Nº 2 del capítulo VIII.

¹⁵⁴. V. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid: Debate, 1993, capítulo VII, pp. 227ss.

se siguiera lógicamente de esos preceptos (aunque jamás se aclaró cuál era la lógica adecuada para ese cometido), el nuevo, o bien excluye totalmente consecuencias lógico-deónticas, o bien (tal es el caso de Alchourrón y Bulygin) las admite pero introduciendo un sutil distingo entre lógica de las normas y lógica normativa mediante el cual se bloquea inferir de la no prohibición de una conducta su licitud.

Como ya lo he señalado más arriba, la manzana de la discordia es el principio de permisión. En la lógica deóntica que, en su juventud, elaboró Leibniz en sus *Elementa Juris Naturalis* figuraba la regla de presunción de libertad o de licitud;¹⁵⁵ regla que filosóficamente había sido ya abrazada por Hobbes (quien hizo de ella uno de los ejes de su filosofía política) y más tarde será igualmente asumida por Bentham.

Técnicamente esa regla plantea una dificultad: autoriza a extraer la conclusión «aX» (X está autorizado o es lícito), no de unas premisas, sino de la ausencia de premisas (o teoremas) de los cuales quepa deducir que X está prohibido. La adopción de tal regla (abrazada, desde luego, en la lógica nomológica) acarrea que el sistema resultante no sea recursivamente enumerable. En la práctica eso carece absolutamente de importancia, porque la única ventaja de los sistemas cuyo conjunto de teoremas es recursivamente enumerable estriba en que para cada fórmula demostrable en el sistema puede hallarse un algoritmo que en un número finito de pasos produzca una prueba; el número puede ser superior al de átomos del universo o al de segundos de existencia del planeta Tierra.

Lo que resulta curioso o pintoresco es cómo se ha extendido la nueva visión, el rechazo del principio de permisión, a partir de ese origen —inicialmente circunscrito a ambientes de un positivismo más radical que el viejo positivismo jurídico, el cual, con el principio de permisión, abría un resquicio a situaciones jurídicas no generadas por la actividad legislativa, sino por su inacción y, a fuer de tales, supralegislativas.

Desbordándose a la otra orilla, el rechazo del principio de permisión —o, dicho de otro modo, la admisión de lagunas— se asocia a la tesis de la indeterminación del Derecho, cuyo corolario sería la creatividad jurídica de la jurisdicción. De ahí que frecuentemente (en una y otra orilla) vayan juntas la afirmación de lagunas y el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho.

¹⁵⁵. *Op.cit.*, p. 93: «El acto se presume justo». En la terminología de Leibniz, «justo» significa lo mismo que «lícito». En la página siguiente lo expresa afirmando una obligatoria presunción a favor de la libertad. Al igual que su descollante opúsculo de 1686 *Generales inquisitiones de analysi notionum et ueritatum* (v. mi estudio de esta obra: «De la logique combinatoire des *Generales Inquisitiones* aux calculs combinatoires contemporains», *Theoria*, Nº 14-15, 1991, pp. 129-59), en sus *Elementa Juris Naturalis* mezcla Leibniz axiomatizaciones de sistemas incompatibles. En las *Generales Inquisitiones* elabora una lógica combinatoria, pero, al aferrarse al principio de subalternación cuantificacional de la silogística aristotélica, lo echa a perder. En los *Elementa Juris naturalis* tenemos seminalmente, de un lado, toda la lógica deóntica estándar pero también, de otro lado, algunos de los axiomas de nuestra lógica nomológica: la presunción de licitud, la subalternación deóntica y el principio de no impedimento.

§13.— ¿Indeterminación de la ley?

A favor de la afirmación de lagunas mucho se ha insistido, desde ambas orillas, en la indeterminación de los preceptos jurídicos a causa de la pluralidad de interpretaciones posibles.¹⁵⁶

Para atender ese argumento hemos de preguntar: la interpretación ¿es constitutiva o es cognitiva?

Si es cognitiva, el precepto tiene su significación propia, incumbiendo al intérprete descubrirla. En ese supuesto no hay tal indeterminación.

Si la interpretación es constitutiva, entonces surge la cuestión adicional de si, durante el lapso que media entre el acto legislativo y el pronunciamiento jurisdiccional, ya es verdadera una interpretación o no es verdadera ninguna. De ser ya verdadera, ¿cuál? Aquella por la que optará ese órgano jurisdiccional.¹⁵⁷ No sabemos cuál será, pero está alécticamente determinada.

De todos modos, si bien —en aras de la simplicidad— he dicho que, de ser constitutiva la interpretación, será aquella por la que se pronuncie el órgano jurisdiccional, he de rectificar o matizar: la interpretación relevante no es aquella que adopte, en una sentencia aislada, un tribunal, sino la que acabe siendo consensuada en el conjunto de la comunidad de operadores jurídicos, la suma de jurisprudencia y doctrina.¹⁵⁸

¹⁵⁶. En *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad* (México: UNAM, 2009), Pilar Zambrano —quien se adhiere a un planteamiento jusnaturalista— lleva a cabo una amistosa discusión con el positivista excluyente Raz, con el positivista incluyente Waluchow y con el postpositivista Dworkin. Concluye concediendo que el Derecho está indeterminado, incumbiendo al juez determinarlo. Para esa autora la interpretación es creativa, no cognitiva; sólo que eso no exime al intérprete de dos cánones hermenéuticos: (1) contextualizar la expresión; y, sobre todo, (2) guiarse por un principio de exégesis «teleológico-sistemática donde el intérprete determina el sentido de las normas a la luz de los fines globales de la práctica jurídica» (*ibid.*, p. 76). Lo que no me queda claro es si la vigencia de esos cánones es epistemológica, moral o jurídica; la autora nos dice (*ibid.*, p. 77) que, contrariamente a lo que afirman los juspositivistas, esos cánones no son modos contingentes de interpretar el Derecho. De acuerdo, pero, siendo así, ¿no estaba ya esa interpretación expresada semánticamente por el propio precepto legislativo? ¿No tiene la interpretación un alcance cognitivo, en vez de creativo? Con lo cual el intérprete no determina; simplemente enuncia algo ya predeterminado. Y es que no hay que confundir indeterminación con plurideterminación o sobredeterminación.

¹⁵⁷. Topámonos de nuevo con un viejo problema lógico-metafísico, que viene de Aristóteles: la verdad de los futuros contingentes, tan debatida, no sólo en la filosofía medieval y renacentista, sino también en la posterior, p.ej. en Leibniz y Spinoza.

¹⁵⁸. Añadiría también la conciencia pública y, en particular, la conciencia jurídica del conjunto de profesionales del Derecho —no sólo jueces, sino abogados, procuradores, fiscales, notarios, registradores.

Y un poco también la opinión pública en general, siendo especialmente relevante el comportamiento de la población, la cual puede hacer caer en desuetud muchas obligaciones y prohibiciones, que van perdiendo fuerza constriñente cuando son masiva y continuamente desobedecidas. Así la prohibición penal de los anticonceptivos (oficialmente en vigor incluso en la Francia de los años 60) perdió vigencia real porque, desde luego, los jueces la inaplicaron sistemáticamente, pero lo hicieron porque las boticas expendían ese fármaco, que era consumido por la mayoría de la población femenina en edad de actividad sexual.

Podemos admitir que en muchos casos el sentido de la ley no está unívocamente determinado según se plasma en el texto legislativo, por la pluralidad de lecturas posibles y razonables.

Hay varias posibilidades. La una es que, si bien se dé tal pluralidad de interpretaciones admisibles, haya escala entre ellas, de suerte que, para cada par de interpretaciones diversas, una de ellas sea más admisible que la otra. Seguramente, en esa hipótesis estaremos de acuerdo en que, sin necesidad de ser la única admisible, aquella que sea máximamente admisible es la correcta; y, con eso, desvanécese la aparente indeterminación.

No obstante, podemos imaginar que, aun dándose esa escala, carecemos de método indagativo racional para conocerla, al no tener nada que se parezca a un algoritmo que nos permita atribuir un lugar preciso en la misma a una u otra de las interpretaciones. En ese supuesto, tampoco hay indeterminación objetiva, aunque sí la haya subjetiva. Qué es el Derecho está fijado pero lo desconocemos; o, aunque lo conozcamos, ese nuestro conocimiento no es un saber científico; o, si es científico, no tiene el rigor, la exactitud, la plena certeza de los asertos de las ciencias duras.

Mucho me temo que en Derecho (y en historia, y en lingüística, y en sociología y en medicina e incluso en biología) nuestros asertos carecen de esa plena certeza.¹⁵⁹

Lo más probable es que ni el texto legal tenga una única interpretación razonable ni tampoco estén las diversas interpretaciones situadas en una escala de mayor o menor razonabilidad. Es muy posible que haya dos interpretaciones alternativas, I_1 e I_2 , siendo la una mejor, o más adecuada, en un aspecto y la otra en otro. La verosimilitud se mantiene si del número dos pasamos al tres, al cuatro, y así sucesivamente.

Pero ¿qué lecciones extraemos de ahí? ¿Que la opción por una u otra alternativa es asunto de voluntad? Dicho de modo más claro, ¿que es una selección arbitraria, una cuestión de gusto, de apetencia subjetiva? De ser así, la solución sería echarlo a suertes.

Supongamos que se va a echar a suertes: entrarán en el bombo bolas que representen a sendas interpretaciones. Así no se interpondrá ningún favoritismo de un juez, que puede preferir una interpretación porque resulta más conveniente para sus amigos.

¿Cuándo se hará el sorteo? Podemos dejarlo para después del juicio; a la hora de dictar sentencia, el tribunal se retira, hace girar el bombo y procede al escrutinio. Pero ¿por qué esperar y perder tiempo? Mejor que una comisión de jurisperitos se reúna nada más votado el texto legislativo en las cámaras y haga un elenco de sus interpretaciones razonables,

¹⁵⁹ Ni siquiera creo que tengan tanta certeza los asertos de las ciencias duras, puesto que el *big bang*, la materia oscura, la energía oscura, los agujeros negros, la dualidad de lo ondulatorio y lo corpuscular, la paradoja de Einstein, la de Schrödinger y el propio principio de Heisenberg suscitan tantas incógnitas y tan fuertes interrogantes —incluso sobre la lógica adecuada a la comprensión de esas teorías— que son materias donde es dudoso cuánto tiempo van a permanecer las concepciones actualmente en boga —ya sin hablar de otras hipótesis más audaces, como la teoría de cuerdas con sus nueve dimensiones. ¡Emplacémonos para dentro de cinco lustros a ver qué queda entonces de tales conceptualizaciones! Pero nada de todo eso es, en absoluto, un indicio de que la realidad esté indeterminada.

asignando una clave a cada una; acto seguido, se acude a la lotería para fijar la interpretación preceptiva. Sin embargo, no se hace pública: mantiénesse bien guardada bajo sello (y, para mayor seguridad, ni siquiera los miembros de la comisión de jurisperitos conocen el resultado de selección aleatoria).

Sólo se abrirán los sellos a la hora de deliberar el tribunal. Sin embargo, no diremos que entre tanto ha estado objetivamente indeterminado cuál era la interpretación correcta. El azar ya la había fijado, pero nadie sabía cuál era.

Creo que, a efectos de determinación aléctica, eso es exactamente igual que si el procedimiento aleatorio se realiza más tarde. Porque el futuro estará causalmente determinado (como pensamos los deterministas) o no lo estará (como lo piensan quienes creen en el libre albedrío y los adeptos de la mecánica cuántica). Pero, esté o no causalmente determinado, está alécticamente determinado. *Que sera, sera.*

Evidentemente a nadie se le ocurrirá acudir al azar para optar por una u otra interpretación. Pero ¿por qué? Si verdaderamente no hay racionalmente cómo tomar una decisión, si es asunto de voluntad, si un juez interpreta así porque le da la gana y, por idéntica no-razón, el otro interpreta asá, ¿por qué no acudir a un procedimiento desde luego irracional (la fortuna es ciega y escoge porque sí), pero al menos imparcial?

Esa ocurrencia podría tomarse en consideración si los jueces, a la hora de interpretar, nos dijeran que interpretan así o asá porque quieren, porque les gusta más, porque una corazonada los inclina a esa opción hermenéutica o cualquier cosa parecida.

Sin embargo, en realidad, el tribunal siempre dirá que interpreta así porque es la lectura más correcta, por esto, por esto y por esto. Otro tribunal podrá hacer una opción opuesta, que también justificará; ambos tribunales, en discordia sobre cuál es la buena interpretación, coincidirán, empero, en dos asertos: (1º) hay una y sólo una interpretación que es la acertada, válida e imperativa; (2º) la ley no estaba indeterminada, sino perfectamente determinada, habiéndose limitado la labor del tribunal a reconocer y manifestar ese contenido ya predeterminado en la ley.

Me inclino a pensar que la ley susceptible de varias interpretaciones tales que no puede afirmarse que estén en una escala de grados de acierto posee, en realidad, varias significaciones en conflicto, todas válidas. El tribunal que escoja razonadamente una actúa conforme a derecho. Igual hace el que escoja otra. Puesto que el ordenamiento tiene un contenido contradictorio, cada uno de los dos tribunales actúa racionalmente, por mucho que sus sentencias produzcan una jurisprudencia contradictoria.

El desacuerdo se irá resolviendo por las vías de recurso.¹⁶⁰ La decisión sobre un caso aislado no fijará la interpretación finalmente aceptada, sino que habrán de acumularse

¹⁶⁰. Sin embargo, una vez firme la sentencia, cobra fuerza de cosa juzgada. Con lo cual se puede generar otra antinomia jurídica. La situación surgida de la fuerza de la cosa juzgada es lícita. Pero también puede ser ilícita en tanto en cuanto sea contraria a la norma según ésta acabe viniendo interpretada en el consenso de los operadores jurídicos.

casos para que se vaya llegando a un consenso en la jurisprudencia y la doctrina (que no siempre concuerdan entre sí, por otro lado).¹⁶¹

No pocas veces, en realidad la interpretación así seleccionada es, en rigor, *contra legem*, opuesta al sentido (al menos el originario) del texto legislativo.¹⁶²

Unas sentencias del TC son correctas y otras son incorrectas. Las correctas son aquellas que seleccionan una interpretación del texto constitucional tal que no hay otra de la que sea afirmable con verdad que es más acertada. (No es afirmable con verdad porque o bien es menos acertada o lo es más en unos aspectos pero menos en otros; para que un enunciado sea afirmable con verdad es menester que sea verdadero en todos los aspectos.)¹⁶³

¹⁶¹. V. supra, final del §4.

¹⁶². Tal como emanó del poder constituyente de 1978, la Carta Magna —según el tenor clarísimo del art. 20.4— dejaba el derecho a la libre expresión subordinado a las pretensiones ajenas de honor, intimidad y propia imagen (propia imagen halagüeña, se entiende), en una prelación escalar no atenuada por ninguna consideración de proporcionalidad ni de ponderación de valores.

La jurisprudencia *contra legem* del Tribunal Constitucional en su primera etapa (bajo la Presidencia de D. Manuel García-Pelayo y Alonso) alteró la situación jurídica, imponiendo la obligación de ponderar los bienes en conflicto, de suerte que la intimidad o la honra de personalidades cuya actuación fuera socialmente significativa y suscitara un legítimo interés de la opinión pública no podía ponerse por encima del derecho de los periodistas a informar honestamente para cumplir su deber profesional de satisfacer el derecho del público a recibir información veraz, según lo preceptuado en el art. 20.1.d CE. Posteriormente ha sido sinuosa la jurisprudencia constitucional al respecto. (V. Eduardo Francisco Rodríguez Gómez, «El Tribunal Constitucional y el conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen: Revisión jurisprudencial», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, Vol. 20/2, 2014, pp. 1209-1224, http://dx.doi.org/10.5209/rev_ESMP.2014.v20.n2.47061, cons. 2015-02-23.) A pesar de esas fluctuaciones, hoy la norma material en vigor en España no es la que literalmente expresa el texto constitucional.

No es ése el único extremo en el que la jurisprudencia constitucional ha modificado, creativamente, el contenido nomológico vigente. El art. 22 CE apenas reconocía, muy cicateramente, un restringidísimo derecho de asociación, que ni siquiera recibía el nombre de «libertad»; mantúvose en vigor hasta 2002 la ley de asociaciones franquista de diciembre de 1964. Fueron las sentencias del TC las que dieron la vuelta, haciendo decir al art. 22 CE lo que no decía, a fin de amparar un más amplio derecho de asociación —aunque todavía abusivamente limitado por la vigente ley orgánica 1/2002.

Lamentablemente en otros aspectos la mutación constitucional decidida por el TC ha sido para mal. P.ej., el art. 25.3, leído en el contexto, claramente excluye toda privación de libertad que no sea decidida por un juez de lo penal (en fase instructiva o de cumplimiento de condena), mientras que la jurisprudencia constitucional ha avalado que un juez de lo contencioso-administrativo estampille la privación de libertad que a un inmigrante sin papeles le inflige extrapenalmente la administración en castigo a la infracción administrativa de «encontrarse en territorio español sin autorización legal».

¹⁶³. Cae fuera del ámbito de este capítulo referirme al impacto de la jurisprudencia constitucional en ordenamientos extranjeros, siendo particularmente destacable su papel en Alemania (la magna obra del *Bundesverfassungsgericht* de Karlsruhe), Colombia, Perú y otros países, para no hablar ya del papel tan especial de la *Supreme Court* de los Estados Unidos. Sobre Europa, v. Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, A&C Black, 2014, ISBN 8781782252450. Con respecto al Tribunal Constitucional peruano, v. Eloy Espinosa-Saldaña Barrero & Juan Manuel Sosa Sacio, «El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones», *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Nº 85 (enero de 2015), pp. 21-39.

Permítaseme no resistir a la tentación de citar la famosísima decisión del Conseil Constitutionnel del 16 de julio 1971, que, al norte de los Pirineos, implicó una genuina y radical mutación constitucional. (En frase de Jean Gicquel: «Le Conseil Constitutionnel a lié [desde la indicada fecha] sa fortune aux droits fondamentaux de la personne en élevant face au pouvoir la barrière de l'État de droit» [en *Libertés et droits fondamentaux*, ed. por M. Delmas-Marty & Claude Lucas de Leyssac, París: Seuil, 1996, p. 239].) Acogiéndose a la Ley de libertad de asociación de 1901, habíase creado un colectivo que se llamó «Les Amis de La Cause du peuple», en el cual

Cuando es correcta una sentencia del TC, no crea Derecho. Su pronunciamiento ya estaba contenido en la Constitución.¹⁶⁴ Pero cuando es errónea, crea Derecho. Crea una situación jurídica en la que tenemos vigentes dos normas opuestas y de cumplimiento incompatible: la Constitución y el contenido de la errónea sentencia del TC.¹⁶⁵

Ese erróneo contenido puede ser de dos clases: (1ª) declarar erróneamente la inconstitucionalidad de una ley;¹⁶⁶ (2ª) declarar erróneamente su conformidad con la

participaba la escritora Simone de Beauvoir. A la hora de matricularse —según lo preceptuado en la citada Ley—, el ministro del Interior, Raymond Marcellin, ordenó a la prefectura rehusar la inscripción. Careciendo de base legal tal denegación, el gobierno del Presidente Pompidou presentó al Parlamento un proyecto de ley que restringía el derecho de asociación, al otorgar un poder discrecional a la administración sobre la inscriptibilidad o no de las nuevas asociaciones. El presidente del Senado, Alain Poher (derrotado poco antes por Pompidou en las elecciones presidenciales), planteó ante el Consejo Constitucional un recurso de inconstitucionalidad a tenor del art. 61.2 de la Constitución. Ahora bien, el espíritu de ese artículo era el de atar corto al Parlamento para que no ejerciera su potestad legislativa en materias que la Constitución reservaba al ejecutivo.

Por otro lado ningún artículo de la Constitución francesa de 1958 amparaba ni la libertad de asociación ni ninguna otra. Sólo el Preámbulo hablaba de los derechos del hombre, pero sin perfilar su contenido, remitiéndose a la Declaración versallesa de 1789 y a «las leyes de la República». ¿Qué leyes de la República tenían la fuerza de obligar que se quisiera atribuir al Preámbulo, que teóricamente carecía de ella?

Estribaba la dificultad en que, aun erigiendo el Preámbulo en un precepto (lo cual claramente no era), la Declaración de 1789 no contempla, absolutamente para nada, ni el derecho de asociación ni siquiera el de reunión. El Presidente del Consejo Constitucional, Gaston Palewski, impulsó una interpretación (desde luego forzada, por no decir carente de base textual), según la cual el Preámbulo pasaba a tener la misma fuerza vinculante del articulado y la Ley de 1901 se erigía una de esas «Leyes de la República» englobadas en el bloque de constitucionalidad —concepto de creación jurisprudencial.

Conque el proyecto de Ley fue anulado y la libertad de asociación salvaguardada. Desde 1971, ha sido enorme el papel del Consejo, muchas veces favorable a los derechos humanos, dejados bastante desamparados por la Constitución de 1958, de inspiración antiprogresista. V. Louis Favoreu & Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, París: Dalloz-Sirey, 1995.

¹⁶⁴. Puede dudarse si, en el caso de que el TC seleccione una de varias interpretaciones tales que de ninguna de ellas es afirmable con verdad que sea más acertada que las otras, el precepto constitucional estaba indeterminado hasta el pronunciamiento del Alto Tribunal. Me inclino a pensar que no estaba indeterminado sino sobredeterminado; tenía varias significaciones, todas normativamente válidas (aunque estuvieran en mutuo conflicto). Claro que, de ser así, también el TC crea derecho al abolir las interpretaciones que descarta.

¹⁶⁵. Sobre las sentencias erróneas de un tribunal constitucional, v. José Juan Moreso «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en *Los desacuerdos y el Derecho* por J.J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, ISBN 9788461442973. V. también el ya citado artículo de Espinosa-Saldaña y Sosa Sacio sobre el caso peruano.

Tales contribuciones plantean la cuestión de si, una vez recaída sentencia de la jurisdicción constitucional, la fuerza de cosa juzgada ha de ser absoluta o si podría contemplarse una reforma de la Ley Orgánica del TC que —bajo condiciones estrictísimas— lo autorizara a revisar sus propias decisiones. Ciertamente ello iría en desmedro de la seguridad jurídica, pero ésta no es un valor absoluto. Desde luego hay que diferenciar las dos funciones principales del TC: el amparo y la declaración de (in)constitucionalidad de la ley. En torno a la revisabilidad de decisiones relativas al amparo en España, v. Enrique Morera Guajardo, «La violación de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional», Verano 2005, publ. en el portal de la firma de abogados Balaguer-Morera, http://www.bmabogados.com/articulos/Violacion_derechos_fundamentales_TC.pdf, cons. 2015-03-14. Con relación a Iberoamérica, v. Humberto Nogueira Alcalá, «Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur», *Ius et Praxis*, Año 10 N°1, 2004, pp. 113-158, repr. en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005, cons. 2015-03-14.

¹⁶⁶. Diferente del problema que estoy planteando es el de precisar el exacto perfil jurídico de la sentencia de inconstitucionalidad, concretamente si los efectos de la anulación son *ex tunc* o *ex nunc*. En el ordenamiento austríaco son sólo *ex nunc* —e.d. la ley declarada inconstitucional viene *ipso facto* abrogada. Es España la doctrina ha tendido a pensar que tiene efectos *ex tunc*, o sea que es una declaración de nulidad, a salvo del mantenimiento

Constitución. En lo tocante a la clase 1ª, el Derecho creado por el TC consiste sólo en tener que entender la Constitución inconstitucionalmente; pero, si bien eso abre la puerta a nuevas leyes inconstitucionales (cuya inconstitucionalidad vendrá ignorada por ser conformes con la interpretación promulgada por el TC), directamente la Sentencia del TC no crea nuevos derechos ni nuevos deberes. Al revés, en lo tocante a la clase 2ª, el TC, junto con el legislador, impone una situación jurídica anticonstitucional, acarreado así una antinomia nomológica adicional.¹⁶⁷

Podríamos hacer consideraciones parecidas sobre la labor de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, especialmente cuando no da lugar a recursos de amparo ni cuestiones de inconstitucionalidad. La jurisprudencia errónea siempre crea Derecho. La jurisprudencia acertada puede que lo cree en algunos casos.

De nada de todo eso se deduce la existencia de lagunas. En rigor, aquello con lo que a veces nos topamos es la existencia de *gluts*, no de *gaps*. No es que una conducta no sea lícita ni ilícita según el ordenamiento. Es que no pocas veces es lícita e ilícita. El tribunal que emite un fallo condenatorio actúa conforme a Derecho y lo mismo hace el que emite un fallo absolutorio.

En el curso de la depuración jurisprudencial y doctrinal normalmente se irá imponiendo uno de los puntos de vista en mutuo conflicto, cayendo en desuetud el punto de

de las situaciones jurídicas consolidadas en virtud de la ley así anulada —p.ej, todas las decisiones judiciales con fuerza de cosa juzgada y ciertos actos administrativos que han creado irreversibles derechos para terceros. En esos casos, nos encontraremos con situaciones jurídicas que son prohibidas, o sea: a la vez se da esa situación jurídica, X, y la ilicitud de X, puesto que X tiene como fundamento jurídico uno que ha sido declarado nulo *a radice*. (Si una ley permite a la administración desafectar y enajenar un predio demanial, lo cual se lleva a cabo, siendo posteriormente declarada inconstitucional esa ley, el nuevo dueño del predio tiene derecho al mismo, pero lo tiene ilícitamente, aunque, por otro lado, todo derecho existente es lícito.) Por consiguiente, al aplicar los principios lógico-nomológicos más arriba expuestos, podremos, en muchos de esos casos, inferir no sólo genuinas antinomias jurídicas, sino contradicciones verdaderas.

Por otro lado, ni siquiera siempre la declaración de inconstitucionalidad produce plenos efectos anulatorios *ex nunc* (o sea, ultractividad), como lo ha puesto de manifiesto Javier Jiménez Campo (en «¿Qué hacer con la ley inconstitucional?», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Madrid: Tribunal Constitucional/CEC, 1997, pp. 63-4): la ley anulada puede haber eliminado ciertos supuestos de un determinado tipo penal o puede haber instituido nuevas eximentes; está claro que el principio de legalidad penal impide que la anulación de la ley lleve a acusaciones penales excluidas por dicha ley.

¹⁶⁷. Con relación a la fuerza (material y formal) de cosa juzgada de que están revestidas las decisiones del Tribunal Constitucional surge el consabido problema de si abarca sólo al fallo o también a sus fundamentos. Sería absurdo que sólo el fallo adquiriese dicha fuerza, porque ello eliminaría la autoridad doctrinal del TC.

En Francia la *Cour de Cassation* (tribunal supremo de justicia) sostiene que la fuerza de cosa juzgada de las decisiones del *Conseil Constitutionnel* en lo tocante a los motivos (nuestros fundamentos) sólo afecta al «texte soumis à l'examen du Conseil». Bajo esa fórmula sibilina, trátase de prevenir cualquier extrapolación hermenéutica que adujera la autoridad de cosa juzgada por el CC para preceptos afines, aunque no idénticos, a aquel sobre el cual se ha pronunciado dicho Consejo. Tan restrictiva visión parece superada con la reciente reforma constitucional de 2008-07-23 (en vigor desde 2010-03-01), que ha introducido la QPC (*question prioritaire de constitutionnalité*, una variante —aunque filtrada por la *Cour de Cassation*— de nuestra cuestión de constitucionalidad). (V. Olivier Desaulnay, «L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel vue par la Cour de Cassation», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 30, enero 2011, disp. online, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-30/l-autorite-des-decisions-du-conseil-constitutionnel-vue-par-la-cour-de-cassation.53155.html>, cons. 2015-03-15. En el mismo número hallamos, entre otros, artículos sobre la autoridad de cosa juzgada de las decisiones del CC y sobre las QPC.)

vista descartado; y así ese *glut* se acabará superando (normalmente). Sin embargo, cuando el *glut* surge por la simultánea vigencia de la Constitución y de una jurisprudencia *contra constitutionem* del TC, el conflicto de situaciones jurídicas sólo será posible por una reforma de la Carta Magna.¹⁶⁸

Por último, he de señalar que, a mi modo de ver, igual que cualquier sentencia o auto jurisdiccional es un acto intelectual o racional (acertado o desacertado, sincero o falaz), lo propio sucede con los actos legislativos. O bien la norma jurídico-natural del bien común, junto con los supuestos de hecho, entraña la necesidad de un cierto promulgamiento, o no. Si no, si tal promulgamiento no corresponde al deber de impulsar y tutelar el bien común, el legislador crea Derecho. Mas incluso en el supuesto de que sí corresponda a ese deber, al explicitar el Derecho implícito en la obligación del bien común, tal explicitación podemos legítimamente considerarla creación del Derecho en la medida en que así el legislador impone una interpretación posible del principio del bien común en detrimento de otras.¹⁶⁹

§14.— Inconvenientes de la dicotomía entre licitud interna y licitud externa

Vale la pena reflexionar acerca de cómo y cuánto se ha extendido hoy la afirmación de la indeterminación del Derecho. Es digno de notar, en efecto, cuán cerca están del positivismo jurídico (si no es que, en el fondo, vergonzantemente lo suscriben) aun varios de aquellos (no tan numerosos) que hoy día se profesan adeptos del Derecho Natural (bajo alguna versión del mismo).¹⁷⁰

¹⁶⁸. Manifiéstase —soy consciente de ello—, en las consideraciones que preceden, un cierto titubeo entre dos tesis opuestas: (1ª) La jurisprudencia constitucional produce una mutación constitucional, abrogando la vigencia de aquellas significaciones válidas del texto de la Carta Magna que han quedado descartadas al optar el Tribunal por una interpretación contraria a las mismas (llegando incluso a derogar, en algún caso, la única lectura correcta, ajustada al tenor literal del articulado y a su contexto); (2ª) siguen en vigor tales normas, singular o pluralmente significadas por un precepto de la Constitución, aunque sean contrarias a la jurisprudencia constitucional —un vigor impotente, desde luego, porque lo único exequible, en ese conflicto de normas, será aquello que sea conforme con las decisiones de la jurisprudencia constitucional, por anticonstitucionales que sean. En el momento de redactar este libro, no me siento con ánimos para pronunciarme ni por la una ni por la otra de esas dos alternativas.

¹⁶⁹. Aquí sigo a Luc Wintgens, con su teoría de la jurisprudencia (v. su libro *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Ashgate, 2007, ISBN 9780754626671, también disponible en formato ePUB), la cual ha puesto de relieve que la actuación deliberativa y razonadora del legislador no es un mero acto de voluntad y guarda semejanzas con la jurisprudencial. El legislador se puede y suele equivocar, pero su acto es intelectual, no volitivo, como bien lo supo ver Santo Tomás de Aquino, al definir la ley como una ordenación de la razón, en *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4 co: «Et sic ex quatuor prædictis potest colligi definitio legis, quæ nihil est aliud quam quædam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata».

¹⁷⁰. Tal vez no suceda así (o no tanto) en el mundo anglosajón. Posiblemente sea sobre todo un fenómeno hispano ese deslizamiento subrepticio de la doctrina del Derecho Natural, nominalmente abrazada, a un jusnaturalismo anodino, acomplejado, reticente, presto, con alacridad, a concesiones de principio al positivismo jurídico —incluso al neopositivismo radical y extremo inaugurado por Alchourrón, con su rechazo del principio de permisión. Las causas de esa claudicación serían político-culturales.

Así, Juan B. Etcheverry,¹⁷¹ si bien parece querer impugnar las tesis del positivismo jurídico sobre la indeterminación del Derecho, en verdad las asume, e incluso las radicaliza, haciendo suyo el distingo de Archourrón-Bulygin sobre la inventada y deletérea diferencia entre licitud externa e interna.

Reprocha Etcheverry a Raz¹⁷² que éste se adhiera al principio de permisión (lo que no se demuestra prohibido está permitido), sosteniendo que es un mero principio lógico (lo que a Raz le falta decir es de qué sistema lógico).

Dice Etcheverry: Raz «considera que es una verdad lógica la idea de que no existe una razón jurídica concluyente para realizar un acto si el Derecho no requiere concluyentemente hacer esto. Esto se reafirma con la idea de que no puede ser verdad que jurídicamente haya una razón concluyente para realizar un acto y, al mismo tiempo, que jurídicamente no exista esa razón. Estas afirmaciones lo llevan a sostener que la conocida regla de clausura según la cual todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido es en realidad una verdad analítica que no necesita ser incorporada en un sistema jurídico para que puedan evitarse este tipo de lagunas».¹⁷³

Dejando de lado la gradualidad del tránsito de lo analítico a lo sintético en un marco epistemológico holista, podría criticársele a Raz que no se da cuenta de que esa presunta verdad analítica es una regla de lógica deóntica, porque lo que está en cuestión es si una conducta tal que no hay una razón jurídica concluyente para no realizarla merece la protección del Derecho, o sea si está prohibido a los demás impedirlo o si tal prohibición sólo se dará en el eventual caso de que, contingentemente, el legislador opte por promulgar un precepto como el art. 172 del vigente Código Penal español (delito de coacciones).¹⁷⁴

Lejos de ser ésa la refutación de Etcheverry, lo que reprocha a Raz¹⁷⁵ «es que un permiso explícito puede aportar una razón mientras que el permiso entendido como falta de

¹⁷¹. En *Objetividad y determinación del Derecho: Un diálogo con los herederos de Hart*, Ed. Comares, 2009.

¹⁷². *Ibid.*, pp. 189-90.

¹⁷³. La cita es de Raz, *The Authority of Law*, Oxford U.P., 1979, pp. 53-77.

¹⁷⁴. Como todos cuantos rechazamos las lagunas (de Zitelmann al autor de esta obra, pasando por Kelsen) Raz sostiene lo siguiente: la inadmisión —o, de no haberse producido ésta, eventualmente la desestimación— de la pretensión de un actor contra el demandado de que éste responda por cierta conducta (activa u omisiva), cuando se basa en el silencio de la ley sobre tal conducta, posee exactamente el mismo fundamento jurídico que cuando se basa en un texto legal que expresamente reconozca el derecho a realizar esa conducta. En cambio, para el lacunarista (el adepto de las lagunas), en el primer supuesto (silencio de la ley) el juez debe inadmitir la demanda porque lo debatido sería materia extrajurídica, mientras que en el segundo supuesto habrá de inadmitir o desestimar para así amparar un derecho jurídicamente reconocido y, a fuer de tal, protegido por la ley. El lacunarista está inventando un distingo conceptual huero, espurio y ocioso por ser nomológicamente inane e irrelevante. Además propone una visión falsa y degradante del juez, como si éste, en el primer supuesto, no estuviera tutelando derechos. Siendo ello así, el lacunarista puede todavía objetar que no ve de dónde emana un derecho que la ley no ha reconocido *expressis uerbis*. A esa objeción Raz no tiene nada que responder. En suma, Raz no suministra la *razón* por la que el juez debe inadmitir o desestimar la demanda en el primer supuesto.

¹⁷⁵. *Ibid.*, p. 190.

prohibición no parece hacerlo. Esto parece advertirse con claridad en el hecho de que si un sistema jurídico que otorga un permiso débil para hacer algo, posteriormente establece una norma que impone una prohibición, esto no genera un conflicto entre la nueva prohibición y el permiso débil, lo que sí sucedería si la nueva prohibición es contraria a un permiso fuerte».

Ese doble argumento es un paralogismo. Se descompone en dos subargumentos. El primero es que la mera ausencia de prohibición no suministra razón alguna para amparar o tutelar la conducta no-prohibida. Sí, justamente existe una poderosísima razón, que es una norma de Derecho Natural que protege la libertad, en virtud de la cual la acción se presume lícita —una presunción defectible, que será deshecha en cuanto se pruebe que sí existe una situación jurídica consistente en la ilicitud de esa acción. ¿Qué más poderosa y decisiva razón cabe invocar?

Al segundo subargumento cabe responder que, al instituir una nueva prohibición, el legislador abroga la previa norma no escrita que permitía jurídicamente la realización de esa conducta. No hay conflicto de normas, sino tránsito de una norma permisiva implícita (no enunciada) a una norma prohibitiva posterior, que deroga la primera.

Lo propio sucede, al revés, cuando viene abolida la norma prohibitiva. Voy a poner un ejemplo: la abrogación de la ordenanza de policía parisina del 7 de noviembre de 1800 (16 de brumario del año IX), «Ordonnance concernant le travestissement des femmes», impuesta bajo la autoridad del primer cónsul, Napoleón Bonaparte —recién enseñoreado del poder (justo un año antes, por el golpe de estado del 18 de brumario del año VIII = 9 de noviembre de 1799).¹⁷⁶ Esa ordenanza prohíbe a las mujeres el atuendo masculino, especialmente llevar pantalón.

La grandísima escritora George Sand desafió la prohibición, pero su pertenencia a la privilegiada clase dominante le otorgaba una inmunidad, mientras que las féminas de condición modesta estaban obligadas a la falda larga, inconveniente para muchas labores y símbolo de discriminación. Sin éxito alguno, en 1887 Mme. Marie-Rose Astié de Valsayre pidió la abrogación de la ordenanza de 1800 en una solicitud dirigida a la cámara de los diputados. En 1930, en un juicio que alcanzó celebridad, la campeona Violette Morris reivindica su derecho a vestirse con pantalones, pensando que esa Ordenanza había caído en desuetud; perdió, siendo expulsada de la Federación deportiva femenina de Francia. La primera parlamentaria que se atrevió a sentarse en el hemiciclo en pantalón fue la diputada comunista Chantal Leblanc en 1978.¹⁷⁷

Tras muchas peticiones para la abrogación de la ordenanza, el ministerio francés sobre los derechos de la mujer, en 31 de marzo de 2013, responde: «Esa ordenanza es incompatible

¹⁷⁶. V. Christine Bard, «Le droit au pantalon: Du pittoresque au symbolique», *La Vie des idées*, 1er mars 2013. ISSN 2105-3030. Repr. en <http://www.laviedesidees.fr/Le-droit-au-pantalon.html>, cons. 2015-03-06.

¹⁷⁷. Parece hoy mentira, pero unos poquitos años antes, en 1972, a Michèle Alliot-Marie, consejera técnica del ministro Edgar Faure, al querer entrar en el recinto de la asamblea en pantalón para transmitir un mensaje, se le rehusó el ingreso; atribúyesele la réplica, tan parisina: «Si c'est mon pantalon qui vous gêne, je l'enlève dans les plus brefs délais».

con los principios de igualdad entre mujeres y hombres inscritos en la Constitución y los compromisos europeos de Francia, especialmente el Preámbulo de la Constitución de 1946, el artículo 1º de la Constitución¹⁷⁸ y el Convenio europeo de derechos del hombre. De esa incompatibilidad se deriva la abrogación implícita de la ordenanza del 7 de noviembre, la cual está, por consiguiente, desprovista de efecto jurídico alguno y sólo constituye un documento de archivo conservado como tal por la Prefectura de policía de París». ¹⁷⁹

Tales razones son sofisticadas. Ya sabemos con qué pulso en 1971 el Conseil Constitutionnel ganó contra el legislativo la vigencia vinculante del Preámbulo de la Constitución de 1946; una vigencia no consagrada aún en el texto constitucional. De ahí que sea problemático el alcance jurídico exacto del punto 3 de ese preámbulo que declara que la ley garantiza a la mujer, en todos los dominios, derechos iguales a los del hombre. ¿«Derechos iguales» equivale a «los mismos derechos»? Porque hasta los años 60/70 no se permitió a la mujer el uso de esa prenda, pudiéndose alegar que tenía derechos iguales (cada uno al atuendo propio de su sexo). ¹⁸⁰

Por otro lado, es doctrina común que la preferible exequibilidad del Convenio de Roma de 1950 —y en general de los tratados internacionales suscritos por la República Francesa— no implica la abrogación o pérdida de vigencia de una ley interna en Francia que le sea contraria.

Lo que sí parece claro es que la desuetud ha revocado la Ordenanza liberticida de 1800 y que, a la postre, las autoridades han acabado reconociendo esa abrogación consuetudinaria (aunque con argumentos retorcidos y falaces). Sin embargo no hay precepto legislativo alguno que permita a la mujer vestirse con pantalones. ¹⁸¹

¹⁷⁸. Esa referencia parece cogida por los pelos. En su versión actual lo que dice ese artículo es: «La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales». De ahí no se deduce ningún derecho a vestirse con las mismas prendas los individuos de ambos sexos ni siquiera a poder viajar en los mismos vagones del ferrocarril, ni a frecuentar las mismas escuelas. Con ese artículo serían compatibles la segregación y la discriminación sexuales en muchos ámbitos. Además la ley sólo *favorece* ese igual acceso.

¹⁷⁹. *Journal Officiel*, Sénat, 31 janvier 2013, p. 339. El texto original francés reza así: «Cette ordonnance est incompatible avec les principes d'égalité entre les femmes et les hommes qui sont inscrits dans la Constitution et les engagements européens de la France, notamment le Préambule de la Constitution de 1946, l'article 1er de la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme. De cette incompatibilité découle l'abrogation implicite de l'ordonnance du 7 novembre qui est donc dépourvue de tout effet juridique et ne constitue qu'une pièce d'archives conservée comme telle par la Préfecture de police de Paris».

¹⁸⁰. Cabe preguntarse si en Francia los varones tienen derecho a vestirse con faldas. Mi tesis es que sí, pero sólo sobre la base del principio de permisión, o sea de la presunción de libertad.

¹⁸¹. Las discriminaciones vestimentarias continúan en Francia, esta vez en perjuicio de los varones, a quienes se prohíbe, en muchos empleos, el pantalón corto, autorizado a las mujeres (en empresas donde no existe ninguna obligación de llevar uniforme). Lo peor es que la jurisprudencia avala tales discriminaciones. Así pues, dista de ser verdad que el efecto conjunto del Preámbulo de la Constitución de 1946 más el Convenio de Roma garanticen en Francia los mismos derechos a los individuos de ambos sexos.

En el enfoque dicotómico de Alchourrón-Bulygin, abrazado por Etcheverry, una mujer francesa que se vea discriminada por llevar pantalón no puede reclamar que tiene un derecho a vestirse así.¹⁸²

Corro el riesgo de hacer pensar que el problema del silencio jurídico se plantea (sólo) cuando tácitamente viene revocada una prohibición (o, lo que es igual, cuando se constata la abrogación o derogación implícita del precepto que la imponía en virtud de su incompatibilidad con preceptos posteriores o superiores). Pero el problema es idéntico cuando la abrogación es expresa y explícita. La abrogación de un precepto no implica, de suyo, restablecimiento de otro anterior al cual el ahora abrogado hubiera venido a reemplazar. (La derogación de un precepto P_1 derogante de otro P_2 no implica repromulgamiento alguno de P_2 .)

Sin embargo, cuando lo que se deroga es una prohibición, todos estarán conformes en afirmar que, al levantarse tal prohibición, se permite implícitamente la conducta hasta aquí ilícita. ¿Por qué? Justamente por el principio de permisión, porque lo que no está prohibido está permitido.

Esta digresión nos lleva a las conclusiones que de tales debates extrae Etcheverry, quien reconoce la existencia de casos de indeterminación jurídica en los cuales la decisión la toman discrecionalmente los jueces, en lugar de sostener (como se hace en estas páginas) que en tales casos el juez se limita a abrazar una interpretación que, por ser válida, ya estaba semánticamente contenida en el propio texto legislativo; en rigor el juez sólo crea Derecho cuando su sentencia es normativamente errónea, o sea se basa en una equivocada inferencia deóntica o en una falsa lectura de la ley.

§15.— La fundamentación de los derechos humanos

Aquellas reclamaciones esenciales para la vida humana que llamamos «derechos humanos» —o, mejor, «derechos naturales del hombre»— son corolarios del axioma del bien común, puesto que ese bien común sólo existe en la medida en que lo posean, colectiva o conjuntamente, todos los miembros de la sociedad y disfruten de él, asimismo, todos ellos (a salvo de inevitables sacrificios, siempre que no se adjudiquen o impongan arbitrariamente, sino precisamente según reglas cuya razón de ser sea bien común y sólo el bien común). Ese disfrute estriba en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de bienestar y de libertad. Lo cual significa que tales derechos tienen una raíz jusnaturalista, tesis que ha suscitado polémica. En (Peña, 2013) ofrecí una doble vía demostrativa —histórica y conceptual— a favor de dicha tesis.

¹⁸². Otro ejemplo —mucho más dramático— es el de las leyes promulgadas por Hitler en 1935 en materia de relaciones sexuales y conyugales, que —en una amplísima y heteróclita serie de supuestos— prohibían, dentro o fuera del matrimonio, la cópula carnal; entre ellas figuraba la ley para la salud genética del pueblo alemán. Hubo que esperar a 1986-02-07 para que, por fin, un tribunal de primera instancia de Kiel declarase que tal ley vulneraba el artículo 123.1 constitucional y, por consiguiente, había perdido vigencia. Pero abolir así determinadas prohibiciones conyugales no es lo mismo que declarar lícitas tales relaciones. V. al respecto: (Santos, 2014).

1ª VÍA.— Conceptualmente mi argumento consiste en afirmar que el único sentido que tiene afirmar que los derechos humanos son violados en los reinos de Baréin, Swazilandia, Brunei o Arabia Saudí es que allí existen (pues lo que no existe no se viola). Como bien lo señaló repetidas veces Kelsen, que una norma exista es lo mismo que el que sea válida o vigente. Luego en esas cuatro desgraciadas monarquías están vigentes los derechos humanos. No lo están por un promulgamiento legislativo (los que allí ostenten ese nombre no coinciden ni en todo ni en parte con lo que entendemos por «derechos humanos»). Tiene, pues, que tratarse de una norma no promulgada, supralegislativa, que emana sólo de la esencia misma del Derecho y de la naturaleza del ser humano.

Parecen destinados al fracaso más estrepitoso todos los intentos de probar que el juspositivismo ha contribuido o puede contribuir doctrinalmente al reconocimiento jurídico de los derechos humanos. Y es que ha habido, ciertamente, un número de juspositivistas que han sido grandes adalides del reconocimiento constitucional de derechos fundamentales del individuo (al menos de los nacionales del Estado correspondiente); pero ni un solo relato de los que he podido consultar acredita, en lo más mínimo, que haya sido su profesión juspositivista —o la particular doctrina juspositivista que ellos abrazaban en cada caso— lo que los haya llevado a esa defensa de los derechos individuales. Pueden haber sido motivados por consideraciones morales cuando tomaban parte en el ejercicio del poder constituyente (o cuando lo asesoraban), pero esas consideraciones morales eran totalmente independientes y absolutamente separadas de la doctrina jusfilosófica que profesaban.

Y eso ha sucedido así porque no puede suceder de otra manera.¹⁸³ Si todo lo que

¹⁸³. Ha habido tantos y tan preclaros juristas y jusfilósofos que han defendido el positivismo que no hay —ni podría haber— ningún otro denominador común entre ellos. Sin lugar a dudas algunos han sido campeones de los derechos humanos. Pero ¿era ésa una consecuencia lógica de su juspositivismo? Eso es lo que ni se prueba ni hay cómo probarlo, porque cualquier pauta *jurídica* suprapositiva tiene que venir rechazada por el juspositivismo (y por su variante el realismo jurídico).

Podría ejemplificarlo con el caso del celeberrimo (y, sin duda, insigne) juez Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841-1935), *Chief Justice* de la Corte Suprema estadounidense. (V. «Holmes, Oliver Wendell», *World Encyclopedia*, Oxford University Press 2005, repr. <http://www.encyclopedia.com/doc/1O142-HolmesOliverWendell.html>, cons. 2015-03-04). Encarnizado adversario de toda invocación de unos supuestos derechos del hombre y de cualquier otro concepto jusnaturalista, habíase opuesto, durante varios años, a declarar inconstitucionales ciertas reformas sociales, como la protección del trabajo infantil (en virtud de su tendencia a la jurisprudencia sociológica, separándose así del originalismo hermenéutico tan seguido en USA).

Eran tiempos de paz. Llegó después la guerra. Una feroz persecución se abatió en los Estados Unidos sobre toda propaganda pacifista en virtud del *Espionage Act* promulgado por el presidente Wilson en 1917. El título de esa ley era de lo más engañoso, puesto que prohibía penalmente «to interfere with the operation or success of the armed forces of the United States or to promote the success of its enemies»; un promover que podía consistir simplemente en opinar en público que era injusta la guerra por el lado aliado.

El 16 de junio de 1918 (cinco meses antes del fin del conflicto bélico), Eugene V. Debs, dirigente del Partido Socialista Norteamericano, pronunció un discurso en Canton, Ohio, criticando la entrada de los EE.UU. en la gran guerra europea. Escandalizadas por su pacifismo, las autoridades lo detuvieron; el fiscal lo acusó de violar la citada ley. El acusado alegó su libertad de palabra en virtud de la Enmienda Nº 1 de la Constitución federal. Finalmente el asunto llegó a la Corte Suprema; Oliver Holmes redactó la sentencia, aprobada por unanimidad, que rechazaba la alegación de Debs, cuya condena resultó así definitiva. (V. «Debs v. United States», the Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law, 2015-03-04 http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1918/1918_714.)

No fue, ni mucho menos, el único caso. Otro anterior fue Schenck v. United States. Los acusados, Charles Schenck y Elizabeth Baer, eran militantes del partido socialista en Filadelfia; habían distribuido entre reclutas octavillas expresando su sentimiento contrario a la conscripción (la cual, a su juicio, equivalía a un tipo de

hay en el Derecho es Derecho positivo, la invocación de los derechos humanos jurídicamente sólo es válida y pertinente cuando y donde se han promulgado por el legislador; lo más que cabrá hacer será una propaganda moral para influir en ese legislador. Tal propaganda no podrá aducir ningún argumento jurídico.

2ª VÍA.— Históricamente pónese de manifiesto cómo, desde las primeras declaraciones hoy reconocibles como de derechos humanos —paradigmáticamente la Declaración de Independencia norteamericana de 1776 y la Declaración versallesa del 26 de agosto de 1789—, la terminología misma refleja la total impregnación de los redactores y suscriptores de tales textos en la concepción de los derechos naturales del hombre cual concreciones de un Derecho Natural objetivo.

Contrariamente a la opinión de que ese influjo jusnaturalista se circunscribe a los orígenes, demuestro en (Peña, 2013) que continúa en las nuevas y grandiosas declaraciones incorporadas a la Constitución republicana francesa de 1848¹⁸⁴ y a la española (no

servidumbre prohibida por la 13ª enmienda). La sentencia (también unánime) de la Corte Suprema, igualmente redactada por el Juez Holmes, sostuvo que tales declaraciones eran criminales, por comportar «un peligro claro e inmediato» de realización de un crimen, por lo cual no podían ampararse bajo la libertad de palabra de la 1ª Enmienda.

Sin el juspositivismo de Holmes, ¿se habría producido esa triste jurisprudencia (que no hace honor a la idea de que, si en USA se reconocen menos derechos fundamentales, en cambio los que sí se aceptan tienden a ser absolutos)? Tal vez sí, tal vez no. Si la 1ª Enmienda no fue un dique suficiente para proteger la libertad de palabra, acaso tampoco lo habría sido el Derecho Natural del hombre a la libre expresión de sus opiniones. Con todo es legítima la duda.

Otra actuación del juez Holmes que consideraríamos hoy lesiva de los derechos humanos fue su redacción de la sentencia *Buck v. Bell* 274 US 200 (1927). (V. Paul A. Lombardo, *Three Generations, No Imbeciles: Eugenics, The Supreme Court, and Buck v. Bell*, Baltimore: The John Hopkins U.P., 2008; y también: José Antonio Santos, 2014, pp. 60-61.) La sentencia avaló la esterilización forzosa de una muchacha pobre y violada con una argumentación que podemos leer —entre líneas— como la previsibilidad de que los nacidos en ese medio miserable se acabarán haciendo delincuentes. Es dudoso qué derecho subjetivo reconocido en las enmiendas de la Constitución federal norteamericana podría invocarse en contra de tales prácticas (que se van a generalizar legislativamente en USA a partir de dicha sentencia), como no sea la 9ª enmienda que protege los derechos no enumerados en las otras enmiendas pero «retenidos» por la gente («retained by the people»). Tal cláusula, no obstante, vale lo mismo para un roto que para un descosido. No existe en USA ningún derecho constitucional a la integridad física, ni a la salud, ni al desarrollo de la personalidad, ni siquiera a la libertad (fuera de aquellas libertades tasadas que se enuncian explícitamente en varias enmiendas). Por ello este caso es claro: de haber hecho algún hueco a los derechos naturales del hombre, Holmes podría haber sido de otra opinión en el caso *Buck v. Bell* de 1927, habiendo evitado así la ulterior política legislativa de esterilizaciones forzosas en 27 estados de la Unión.

Sobre el juspositivismo del juez Holmes, v. Robert P. George, «Holmes on Natural Law», *Villanova Law Review* 1 (2003), repr. en <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol48/iss1/1>, cons. 2015-03-04; el célebre artículo de Holmes «Natural Law», publ. en la *Harvard Law Review*, 1918, está repr. en <http://teachingamericanhistory.org/library/document/natural-law>, cons. 2015-03-14; ahí Holmes niega que exista un derecho a la vida y afirma que la creencia en un Derecho Natural resulta de la ingenuidad de pensar «our truth is cosmic truth».

¹⁸⁴. Dícese en el Preámbulo de la Constitución del 4 de noviembre de 1848: «Il — La République française [...] reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives». No contenta con esa radical y centelleante afirmación jusnaturalista, dicha ley fundamental recoge detalladamente en su articulado tales derechos y deberes individuales, no sólo los de libertad, sino también los de bienestar.

promulgada) de 1873. En la segunda posguerra mundial, el influjo jusnaturalista¹⁸⁵ es decisivo en la nueva ola de ampliaciones de los derechos fundamentales del individuo y, sobre todo, en el redactar la Declaración Universal de la ONU de 1948.

A la demostración histórica se ha opuesto esta objeción. El Derecho Natural había existido —como doctrina— desde la antigüedad, desde los estoicos; habíanlo profesado —cada uno a su modo— todos los filósofos medievales. Sin embargo, de ahí no emanó, ni por asomo, reclamación alguna de derechos de libertad y de bienestar como los entendemos hoy. Esos jusnaturalistas aceptaron la esclavitud y la servidumbre. Es cierto que, posteriormente, hay una doctrina del Derecho Natural que sirve de matriz, en la Ilustración, a la gestación de los derechos humanos; mas ese Derecho Natural tardío, representado por Locke,¹⁸⁶ Rousseau

¹⁸⁵. Una muestra de ello es el proyecto de Constitución de la República Francesa mayoritariamente adoptado por la Asamblea nacional constituyente el 19 de abril de 1946 (aunque rechazado después en el plebiscito de 1946-05-05). Ábrese el texto del 19 de abril con una escueta Declaración de los derechos del hombre (no del ciudadano) de sólo dos párrafos, en el primero de los cuales aparece esta frase: «le peuple français, fidèle aux principes de 1789 — charte de sa libération — proclame à nouveau que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés, auxquels nulle loi ne saurait porter atteinte, et décide, comme en 1793, 1795 et 1848, de les inscrire en tête de la Constitution». Y el artículo 1º reza así: «Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux devant la loi». Esa declaración de derechos culmina en el art. 29, último de esa sección, que prescribe deberes de aportación al bien común: «La sauvegarde des droits inscrits dans la présente déclaration [...] et le progrès social exigent que tous connaissent et remplissent leurs devoirs: les citoyens doivent servir la République, la défendre au prix de leur vie, participer aux charges de l'État, concourir par leur travail au bien commun et s'entraider fraternellement».

Paradójicamente la mayoría que votó a favor estaba formada sobre todo por marxistas, sin que asome en ese texto el más mínimo atisbo o residuo de marxismo. Recordemos que Marx había manifestado el mayor desdén hacia los «derechos del hombre» como altisonantes disfraces de los derechos burgueses; en pos de él, lo mismo dijeron todos los pensadores marxistas, de Rosa Luxemburgo en adelante. (V. (Peña, 2006a).) Además, en el marco del materialismo histórico el Derecho, siendo una superestructura, varía con la sucesión de formaciones económico-sociales, sin que haya en él nada inmutable, nada natural ni, por ende, derecho alguno inherente al ser humano por su nacimiento ni derecho alguno que sea sagrado e inalienable; menos aún derechos que estén por encima de la ley.

Es, en cambio, rotundo y absoluto el tenor jusnaturalista del texto de abril de 1946; la izquierda francesa de la inmediata posguerra procedía a un *ressourcement* que la llevaba a asumir ideologías jurídico-políticas propias de la primera y de la segunda revoluciones francesas. En realidad la liberación de 1944 constituyó una tercera revolución francesa, pero que duró menos de un trienio.

¹⁸⁶. Hacen falta astucias hermenéuticas para presentar a Locke como un precursor de los derechos humanos en cualquier acepción de ese sintagma que asuma, como mínimo, el legado de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Locke ni siquiera concede libertad de conciencia a los católicos (alegando que, si ellos prevalecieran, no se la otorgarían a sus oponentes) ni a los ateos (siendo —a su juicio— el ateísmo enemigo de la sociedad). Su espacio de libertades, ya angosto de por sí, queda reducido por esa cláusula de excluir a quienes no sean partidarios de la libertad que él defiende, según él la defiende y precisamente para aquellos para quienes él la reclama (aunque la prohibición del ateísmo es gratuita aun con tales criterios), al paso que la verdadera libertad sólo se da cuando ampara por igual a sus adeptos y a sus adversarios. (V. (Peña, 2006c).)

Más grave que esa restricción es el vínculo de Locke con la esclavitud. No sólo no la condenó (como sí la había condenado Santo Tomás) sino que se lucró con la esclavitud y la trata negrera. (V. Wayne Glauser, «Three approaches to Locke and the slave trade», *Journal of the History of Ideas*, vol. 51/2 (1990), pp. 199-216, repr. en <http://www.jstor.org/stable/2709512>, cons. 2015-03-04.)

Peor que eso: Locke redactó las «Fundamental Constitutions for the Government of Carolina» cuyo artículo CX preceptúa: «Every freeman in Carolina shall have absolute power and authority over his negro slaves of what opinion and religion soever». Notemos que en las posesiones hispanas la legislación en vigor no reconocía a los dueños de esclavos ese poder absoluto, puesto que concedía a los negros algunos derechos de bienestar (aunque ciertamente pocos).

A diferencia de Locke, Leibniz condena la esclavitud, proponiendo, hasta que sea abolida, una mitigación. V. Christopher Johns, *The Science of Right in Leibniz's Moral and Political Philosophy*, Boomsbury Studies in

y Kant, sería una reacción al Derecho Natural precedente. Vendría a ser una transición del Derecho Natural metafísico —hostil a los derechos humanos— a una visión del Derecho emancipada de cualquier referencia natural. En el siglo XX las nuevas conquistas de derechos humanos ya habrían dejado atrás todo el horizonte intelectual en el que cabía hablar de Derecho Natural, fuera el tradicional o el ilustrado.

Frente a esa objeción, mis estudios de genealogía jusfilosófica¹⁸⁷ me han llevado a una visión totalmente opuesta a la del objeto.¹⁸⁸ Desde sus orígenes, la doctrina del Derecho Natural, que profesan los filósofos estoicos, influencia sobremanera el pensamiento de los jurisconsultos romanos de la época clásica (siglos II y III), plasmándose en evoluciones jurisprudenciales (*contra legem*) —derecho pretorio y rescriptos del *Princeps*—, como el *fauor libertatis* (la presunción de libertad), el reconocimiento de que el hombre es naturalmente libre y merece serlo, una suavización de la esclavitud (al menos sobre el papel), una mayor aceptación del extranjero, aunque sea bárbaro, y finalmente la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio en la constitución antonina del emperador Caracalla en 212.

En la baja Edad Media, el jusnaturalismo escolástico propicia, tímidamente, la evolución jurídico-política que se traducirá en la abolición progresiva de la servidumbre y en reconocer el deber público de beneficencia, con la apertura de hospicios y hospitales.

Más importante es el hecho de que el jusnaturalismo, concretamente el de la corriente tomista, es el inspirador, en la Escuela de Salamanca (entendida en sentido amplio), de la tesis de que todos los seres humanos, por serlo, merecen no ser tratados como seres inferiores. Otra de esas escuelas, la jesuítica, va a desarrollar la doctrina de los derechos ciudadanos, que denuncia el despotismo y la tiranía, proclamando el derecho del pueblo a la revolución. El P. Mariana será su más egregio representante, pero, menos resueltamente, otros autores van en la misma dirección.¹⁸⁹

Varias de esas doctrinas serán retomadas en el siglo siguiente por Grocio y Leibniz, los dos máximos representantes del jusnaturalismo protoilustrado. En ambos es decisiva la

Philosophy, 2013, p. 114, ISBN 9781780937663.

¹⁸⁷. Algunos publicados y otros no. En (Peña, 2009a) hay unas reflexiones que contribuyen a seguir alguno de esos itinerarios transgeneracionales.

¹⁸⁸. Mi lectura de los textos de Kant y de Locke me ha conducido a cuestionar su pertenencia a las fuentes de la doctrina de los derechos humanos. Insto a cualquier persona que comparta una visión actual de los derechos humanos a leer con detenimiento aquellos textos de esos dos filósofos que se suelen considerar seminales para los derechos humanos. V. mis apuntes inéditos «Lecturas filosófico-jurídicas (2005-2007): Ejercicios didácticos», <http://digital.csic.es/handle/10261/15158>.

¹⁸⁹. En este particular, convendría releer la olvidada aportación de Román Ríaza Martínez-Osorio —discípulo de Rafael Ureña Smenjaud y víctima de homicidio en 1936—, estudioso del pensamiento filosófico-jurídico de nuestro Siglo de Oro, en el cual vio una fuente de las declaraciones de derechos del hombre de finales del siglo XVIII, terciando así en la célebre polémica (de 1902) entre Émile Boutmy y Georg Jellinek; v. mi ensayo inédito «La renovación de los estudios histórico-jurídicos en España en el primer tercio del siglo XX», 2014, en <http://lorenzopena.es/ms/EstHistorJur.pdf>.

influencia de la Escuela de Salamanca. Ellos, a su vez, dejarán una progenie en el siglo de las luces, en la obra, muy variada, de Wolff, Burlamaqui, Diderot, Montesquieu, Vattel, etc.

Otro conducto por el cual se transmite la herencia jusnaturalista hasta los orígenes intelectuales de la revolución francesa es la que pasa por la Liga (la cual, con su fanatismo religioso a cuestas, fue también una lucha por los derechos de la ciudadanía, contra la prepotencia nobiliaria y el absolutismo regio), la Fronda, la tradición jansenista de los órganos jurisdiccionales (principalmente los *Parlements*), que se refleja en Montesquieu (a pesar de su desconfianza para con los jueces), y se plasma en la obra de Louis-Adrien Le Paige, ya en vísperas de la revolución.¹⁹⁰

Todas esas corrientes convergen en la asamblea versallesa que redacta la Declaración de agosto de 1789; y, tras pasar por el alambique revolucionario, influirán en las declaraciones posteriores, mucho más actuales y más humanas, como la de la Constitución jacobina del año I (1793). En nada de todo eso asoma siquiera el menor atisbo de Kant.¹⁹¹ En la revolución

¹⁹⁰. Louis-Adrien Le Paige (1712-1802) era un abogado jansenista. Gracias al apoyo de su patrón, el Príncipe de Conti (Luis Francisco de Bourbon-Conti, 1717-76, primo de Luis XV), gran prior de la Orden de San Juan de Jerusalén en París, obtiene el título de baillío del Templo (un recinto que había pertenecido a la antigua orden de los Templarios y que será derruido por el emperador Napoleón Bonaparte en 1808). Considerado *le dernier prince frondeur*, Conti acoge en su palacio, auspicia y alienta tanto a los enciclopedistas cuanto a los jansenistas, unos y otros oponentes a la Corte de Versalles, a la jerarquía eclesiástica y a los jesuitas, aunque sólo eso los unía. (Mi tesis es que, a pesar de sus hondísimas discrepancias, unos y otros son, a su manera, precursores intelectuales de la revolución de 1789.)

Ardiente polemista, inspirado y prolífico escritor, además de insigne letrado (estrechamente unido a los círculos forenses parisinos, al provenir de una familia de parlamentarios y profesores de la Sorbona), Le Paige, gracias a la inmunidad que le otorga el título de baillío, consagra una buena parte de su tiempo a escribir y publicar una ingente cantidad de artículos y ensayos de muy diverso volumen, muchos de ellos rayanos en lo sedicioso. Su principal obra la constituyen las *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs et les lois fondamentales du Royaume* (1753-54), texto que (alejadísimo en su método de la historiografía científica posterior) expone la ideología de la clase jurídica —especialmente de la forense— bajo los reinados de Luis XV y Luis XVI: una ideología plagada de elementos conservadores, pero que converge, en parte (desde principios diametralmente opuestos), con las tendencias de los enciclopedistas (por lo menos de los radicales, como Diderot) a combatir el despotismo, reclamando la vuelta de los *Estados Generales* (cuya última reunión, en 1614-15, la había convocado la entonces reina regente, María de Médicis) y atribuyendo a los *Parlements*, en ausencia de esa asamblea electa, un papel de representante del Reino.

Ni los enciclopedistas ni los jansenistas de los círculos forenses aspiraban a una revolución; cuando ésta llegue, los desbordará en seguida. Pero unos y otros la habían propiciado sin saberlo ni quererlo.

V. Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, París: PUF, 1995 (3ª ed.), pp. 176-177.

¹⁹¹. Si bien, al estallar la revolución francesa en la primavera y el verano de 1789, el filósofo de Königsberg era no sólo un hombre de edad propecta (sobre todo para la época) sino también un autor conocido y respetado en los ambientes filosóficos, el conocimiento de su obra apenas había empezado a desbordar el estrechísimo círculo académico en Alemania. En Francia era mínimo el interés por sus cogitaciones —y seguirá siéndolo durante decenios después de su muerte, pues la filosofía francesa de la época seguía otras rutas, principalmente la *ideología* influida por el sensualismo de Condillac. Kant había escrito muchos ensayos en 1789, pero la mayoría de ellos habían pasado totalmente desapercibidos (incluso ese magnífico opúsculo de 1763, el *Beweisgrund*, «El único fundamento posible para demostrar la existencia de Dios»). Más impacto había tenido su folleto de 1775 *Sobre las diferentes razas de hombres* (un escrito que hoy posiblemente se prohibiría por ir contra los derechos humanos). La *Crítica de la razón pura* (1781, 1787) y la *Crítica de la razón práctica* (1788), si es que llegaron a ser conocidas en la Francia de la época, por poquísimos pudieron ser leídas —menos aún entendidas—; desde luego, su influjo fue nulo.

Más se ha discutido, inversamente, sobre la influencia de la revolución francesa en Kant. Con su encomiable y envidiable valentía intelectual, con su extraordinario talento para defender las causas más

francesa Locke ha sido un filósofo desconocido —que a lo sumo ha podido influir muy muy indirectamente.¹⁹²

En las revoluciones del siglo XIX (particularmente la francesa de 1848 y la española de 1868) van a influir pensadores jusnaturalistas: unos salidos de la tradición escolástica, como Félicité de Lamennais;¹⁹³ otros adeptos de las nuevas corrientes socialistas;¹⁹⁴ otros, receptores de Hegel y, sobre todo, de Krause.¹⁹⁵ De nuevo Kant no aparece; si alguna vez se leyó, Locke está olvidado y ya poco puede aportar.¹⁹⁶

Tal vez en la segunda mitad del siglo XX haya llegado, por último, una influencia kantiana con el nuevo valor de la «dignidad». Mas mi análisis de la Declaración Universal de 1948 (en (Peña, 2013)) demuestra que es totalmente antikantiano el sentido que en ella tiene ese vocablo (de contenido semántico tan etéreo y escurridizo), además de que, estudiando las trayectorias intelectuales de quienes más influyeron en la redacción del texto, es difícil hallar influencias de Kant.

Si cruzamos el Atlántico, hemos de tener en cuenta las investigaciones acumuladas desde hace décadas, pero incrementadas en los últimos años, sobre los orígenes intelectuales de los *founding fathers*. Contrariamente a los prejuicios, no influyó Locke tanto como suele decirse. Hay estudios detalladísimos que prueban cuáles eran las lecturas de Franklin,

impopulares, Domenico Losurdo ha derrochado ingenio, afán investigativo y quizá un poco de imaginación para presentarnos un Kant muy amigo de la revolución incluso en su fase jacobina; según él, el rechazo kantiano del derecho a rebelarse contra el poder significaría una condena del rey y los reyes que eran quienes se sublevaban contra la legítima autoridad popular, encarnada por la Convención revolucionaria. V. *Rivoluzione francese e filosofia classica tedesca*, a cura di Domenico Losurdo, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, *Acta philosophica* 13, Nápoles: Ad. QuattroVenti, 1993. También de Losurdo: *Autocensure et compromis dans la pensée politique de Kant*, Presses Universitaires de Lille, 1993. V. asimismo de Gérard Raulet, *Kant. Histoire et citoyenneté*, París: PUF, 1996.

¹⁹². V. *La philosophie et la Révolution française: Actes du Colloque de la Société française de philosophie, 31 mai, 1er et 2 juin 1989*, ed. por Bernard Bourgeois, París: Vrin, 1993, ISBN 9782711611423.

¹⁹³. Inicialmente adepto del catolicismo ultramontano, lo cual desencadena su primera confrontación con la realeza, siempre de tendencia galicana, incluso con el rabioso absolutista Carlos X.

¹⁹⁴. Destaquemos en la revolución de 1848 la influencia de Pierre Leroux, desidente del saint-simonismo e influido por la filosofía de Schelling.

¹⁹⁵. La constitución republicana española de 1873 (adoptada por la comisión constitucional de las Cortes constituyentes en julio y al parecer redactada en 24 horas por Emilio Castelar y Ripoll) empieza, en su Título Preliminar, proclamando «todos los derechos naturales» de «toda persona» y, tras enumerarlos, concluye: «Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva». Al igual que, no sólo la mayoría de los republicanos, sino, más ampliamente, la de los demócratas de la época, estaba influido Castelar por el jusnaturalismo krausista; inclinábase más Pi y Margall a ser receptor de Hegel —aunque de un Hegel mezclado de Proudhon y de otros pensadores socialistas. Ni uno solo de ellos abrazaba el positivismo jurídico, enseña ideológica del unionismo y el moderantismo.

¹⁹⁶. Es cierto, en cambio, que fue grande y significativa la influencia de Bentham; mas no su positivismo jurídico, sino su utilitarismo. Si bien se mira, ambos se hallan en conflicto.

Jefferson, Jay, Hamilton,¹⁹⁷ Madison, Adams, en las diversas etapas. Junto con Montesquieu, el autor que más influencia parece haber tenido es Vattel (a su vez seguidor de Leibniz).¹⁹⁸ Entre los ingleses, tanto o más que a Locke,¹⁹⁹ leyeron a Edward Coke, Algernon Sidney, Milton, Bolingbroke, pero sobre todo William Blackstone.²⁰⁰

En concreto el eudemonismo reflejado en la Declaración de independencia de 1776 parece debido a la lectura de Burlamaqui, a expensas de Locke, con su Derecho Natural a la propiedad.²⁰¹ También parece influido por Vattel y Burlamaqui Hamilton²⁰² en el desarrollo de sus ideas federalistas.²⁰³

¹⁹⁷. Sobre Hamilton, v. Forrest McDonald, *Alexander Hamilton: A Biography*, Nueva York: WW Norton & Company, 1979. Hamilton escribió, ya en 1775 (un año antes de la Declaración de Independencia), «The Farmer Refutation», donde sostiene: «upon this law [natural law] depend the natural rights of mankind». Y también: «I would recommend to your perusal Grotius, Puffendorf, Locke, Montesquieu and Burlamaqui [sic]». Años después, cuando ahonde sus conocimientos jurídicos, preferirá a Vattel. En el citado artículo, sin embargo, el autor más citado es Blackstone. V. <http://oll.libertyfund.org/titles/1378>, cons. 2015-03-14.

¹⁹⁸. V. entre otros: Francisco Fernández Segado, *La Evolución de la Justicia Constitucional*, Madrid: Dykinson, 2014, ISBN 9788490318409; Joe Wolverton, II, J.D., «Forgotten Influences of the Founders» (2009-12-24), en <http://www.thenewamerican.com/culture/history/item/4766-forgotten-influences-of-the-founders> (cons. 2015-02-22); Ray Forrest Harvey, *Jean Jacques Burlamaqui: A Liberal Tradition in American Constitutionalism*, The University of North Carolina Press, 1937; Barry Alan Shain (ed), *The Nature of Rights at the American Founding and Beyond*, University of Virginia Press, 2007, ISBN 9780813926667; Raúl Pérez Johnston, «Jean Jacques Burlamaqui and the Theory of Social Contract», *Historia Constitucional*, 2005 (6), repr. en <http://www.redalyc.org/pdf/2590/259027572013.pdf>, cons. 2015-02-22; Forrest McDonald, «A Founding Father's Library», *Literature of Liberty: A Review of Contemporary Liberal Thought*, vol. 1/1 January/March 1978, repr en <http://oll.libertyfund.org/pages/founding-father-s-library-a-bibliographical-essay-by-forrest-mcdonald>, cons. 2015-02-22.

¹⁹⁹. Bernard Bailyn, en *The Ideological Origins of the American Revolution* (enlarged edition, Harvard U.P., 1992, ISBN 9780674443020), muestra que los *Founding Fathers* no revelan un conocimiento de Locke que vaya mucho más allá de unos cuantos manidos tópicos. Bailyn afirma que Locke «is referred to in the most offhand way».

²⁰⁰. Está lleno de interesantes informaciones históricas y agudos comentarios el libro de Ricardo Cueva Fernández *De los niveladores a Marbury vs. Madison: La génesis de la democracia constitucional*, Madrid: CEPC, 2011. Sin embargo, aunque constituye un hondo estudio de genealogía doctrinal, no se detiene en los problemas de influencia jusfilosófica a que me estoy refiriendo.

²⁰¹. V. Robert Trout, «Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness: How the Natural Law Concept of G.W. Leibniz Inspired America's Founding Fathers», *Fidelio Magazine*, vol VI, Nº 1, spring 1997; repr. en http://www.schillerinstitute.org/fid_97-01/1971-vattel-2.html, cons. 2015-03-03. El mismo autor afirma en su artículo «Vattel»: «The myth that the founding of American Republic was based on the philosophy of John Locke could only have been maintained because the history of Leibniz's influence was suppressed», v. http://east_west_dialogue.tripod.com/vattel/index.html, cons. 2015-03-03.

²⁰². V. Nancy Spannaus, «Alexander Hamilton's Economics Created our Constitution», *Executive Intelligence Review*, dec. 2010, repr. en http://www.larouche.com/other/1010/3748hamilton_constitution.html, cons. 2015-03-03. V. también *The Political Economy of the American Revolution*, ed. by Nancy Spannaus & Christopher White, Executive Intelligence Review, 1996.

²⁰³. En los *Federalist Papers* —colectivamente firmados por «Publius»— opúsose Hamilton a que se introdujera, como enmienda, un *Bill of rights*, al texto aprobado por la Convención de Filadelfia en 1787 (que pasará a la historia como «Constitución de los Estados Unidos de América»). Temíase que un elenco de tales derechos se entendiera limitativo, además de sostenerse que la garantía de la libertad estribaba únicamente en el buen funcionamiento de instituciones representativas y electas.

Es de señalar, sin embargo, que en una Constitución que todavía hoy se resiste a dar cabida, por vía de enmienda, a los derechos de bienestar (constitucionalmente inexistentes en USA), Hamilton tiene una visión del

En cualquier caso, si (por fijar ese mojó) reprochamos al jusnaturalismo anterior a 1700 haber hablado del bien común sin levantar la voz contra la esclavitud,²⁰⁴ ¿no incurriremos en un doble rasero absolviendo a los heraldos liberales de los derechos humanos —esos destructores del Antiguo Régimen que pregonan una nueva época de libertad— de su complicidad con la institución esclavista hasta el punto de que alguno de ellos, como Thomas Jefferson,²⁰⁵ era un propietario de muchos esclavos y que, si contemplaba para un futuro indeterminado su manumisión, era a condición de desterrarlos por la fuerza?²⁰⁶

poder público como promotor del bienestar colectivo —lo cual, lógicamente (por la correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos), acarrea un derecho del individuo a participar en ese bienestar común.

El Preámbulo de la Constitución de 1787 reza así: «We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America». (V. Bruce A. Ackerman, *We the People: Foundations*, Harvard University Press, 1991, ISBN 9780674948419.)

He atribuido a Hamilton la paternidad, no sé si de todo el Preámbulo, pero sí, como mínimo, de la cláusula del *general welfare*. Tras haber pasado por varias comisiones, el texto de la Constitución fue finalmente redactado (en 10-12 de septiembre de 1787) por un comité de estilo de cinco miembros, entre ellos Hamilton y Madison. Suele adscribirse al gobernador Morris la escritura del Preámbulo, pero para darle a Hamilton el crédito por la cláusula del *general Welfare* me baso en que concuerda con su opúsculo de 1791 *Report on the Subject of Manufactures*, donde —refutando las tesis de Adam Smith— propone la idea de una administración federal encargada de promover el bienestar general de la nueva nación —una propuesta que suscitó la oposición no sólo del antifederalista Jefferson, sino también del federalista Madison. Hamilton preconizaba que la administración asumiera, no sólo las obras públicas y el abastecimiento de la población, sino también la promoción de la industria, la agricultura y la enseñanza, ajustándose, eso sí, al principio de no favorecer a una sección de la población a expensas de otra. El individualista Jefferson abogaba por el Estado mínimo, no intervencionista.

Robert Trout, *op.cit.*, afirma: «Hamilton launched a program to build up the new nation based on the Leibnizian concept of the development of the production of labor. He designed the National Bank of the United States [...] Hamilton mapped out a grand design for the development of the nation, through measures to develop labor force, protect and encourage domestic industry and develop industry through science».

Hamilton fue el más brillante orador de esa Convención de Filadelfia de 1787. Trout añade: «Whereas many of the delegates to the Convention saw the purpose of government from the Lockean standpoint of 'life, liberty, and property', Hamilton's speech, coherent with Vattel's *Principal Objects of a Good Government*, located the purposes of government as 'the great purposes of commerce, revenue or agriculture', 'tranquility and happiness at home' and 'sufficient stability and strength to make us respectable abroad'».

²⁰⁴. Censura que habría que matizar, teniendo en cuenta los citados aportes de la Escuela de Salamanca.

²⁰⁵. Jefferson, a quien una tradición erige en un ilustre prócer, abanderado de los derechos humanos, fue, en 1778, el redactor de un proyecto de ley penal en su colonia de Virginia, «A Bill for Proportioning Crimes and Punishments» (v. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendVIII10.html>, cons. 2015-03-10) que preceptuaba, entre otros castigos: «Whosoever shall be guilty of Rape, Polygamy, or Sodomy with man or woman shall be punished, if a man, by castration, if a woman, by cutting thro' the cartilage of her nose a hole of one half inch diameter at the least.» «Whosoever on purpose and of malice forethought shall maim another, or shall disfigure him, by cutting out or disabling the tongue, slitting or cutting off a nose, lip or ear, branding, or otherwise, shall be maimed or disfigured in like sort: or if that cannot be for want of the same part, then as nearly as may be in some other part of at least equal value [...]» «Slaves guilty of any offence punishable in others by labor in the public works, shall be transported to such parts in the West Indies, S. America or Africa, as the Governor shall direct, there to be continued in slavery.» (El proyecto no prosperó; la sodomía siguió castigándose con la pena capital.) Otra norma que sancionó siendo Gobernador de Virginia castigaba con destierro y proscripción perpetua a la mujer blanca que yaciera con un negro o mulato.

²⁰⁶. ¿Cómo desconocer que va a mediar casi un siglo entre la Declaración de Independencia de 1776 —proclamada por el Segundo «Congreso Continental» (un documento privado, mera propaganda a favor de unos rebeldes alzados en armas contra la Corona británica)— y la abolición de la esclavitud en USA en 1865?

Por lo menos en Francia, gracias a la radicalización revolucionaria, fue posible que la Convención Nacional republicana aboliera la esclavitud, antes que ningún otro país, el 16 de pluvioso del año II (4 de febrero de 1794).

Reconociendo el inmenso mérito de todos esos pasos a favor de la libertad humana, ¡cuantísimo faltaba por recorrer antes que se llegara a una visión integral y genuinamente humanista de los derechos humanos!

Las genealogías intelectuales son entrecruzadas y complejas. Tras mezclarse las aguas de diversos cauces, vuelven a separarse, pero ya modificadas la una por la otra. Es muy posible que mis estudios de historia de las ideas sean muy parciales; pero, desde luego —hasta donde llegan y para lo que valgan—, desmienten completamente la ingenua dicotomía de un viejo jusnaturalismo escolástico hostil a los derechos humanos frente a un jusnaturalismo antiescolástico fautor de esos derechos (y que sería dizque casi precursor del juspositivismo decimonónico).

¿Cuál ha sido la aportación juspositivista? En el siglo XIX español, si seguimos los debates entre el liberalismo doctrinario y el naciente pensamiento republicano y democrático, comprobamos textualmente que para los adeptos del primero los derechos individuales han de fundarse exclusivamente en la ley, careciendo de título alguno supralegislativo, al paso que los demócratas opinan lo contrario —considerándolos derechos naturales del hombre— (y por eso en las Cortes Constituyentes de 1869 los declararon ilegislables).

Para cerrar este apartado (dicho sea con toda mi infinita estima hacia el insigne jusfilósofo austríaco), en lo tocante a la presunta aportación de Kelsen a la fundamentación de los derechos humanos, son sus propios textos los que acreditan el punto de vista que defendí en (Peña, 2013).²⁰⁷ Así en el ya citado *Compendio de teoría general del Estado* (*loc.cit.*, p.

En 1790, al realizarse el primer censo de la población de la nueva República, el único de los 13 estados que había abolido la esclavitud era el de Massachusetts. El número de esclavos era entonces de 697.897, sobre una población total de 3.893.635 —o sea, aproximadamente el 18%. En Carolina del Sur el porcentaje era del 43%. (V. Jeffrey B. Russell, «Christianity and Black Slavery», *Christian Research Journal*, vol. 36/1, 2013.)

La abolición de 1865 no será una consecuencia del rimbombante texto de 1776, sino, más bien, de un renovado brío del jusnaturalismo en el segundo tercio del siglo XIX, que impulsó el movimiento emancipatorio antiesclavista. (V. Justin Buckley Dyer, *Natural Law and the Antislavery Constitutional Tradition*, Cambridge U.P., 2014, ISBN 9781107454354.) Su influencia acabará repercutiendo en el triunfo electoral de Lincoln en 1860; sin embargo, eso por sí solo no implicaba en absoluto el fin de la esclavitud, que será, un quinquenio después, el inevitable resultado de la derrota de la secesión de *Dixie*, por una concatenación de acontecimientos que van a permitir a los republicanos radicales obtener mayoría en el congreso durante unos poquitos años (los primeros y casi los últimos en que va a tener un cariz progresista la política legislativa norteamericana). Los republicanos radicales eran sensibles a la oleada de ideas emancipadoras suscitada, a ambos lados del Atlántico, por la segunda revolución francesa, la de 1848.

Pero la emancipación de 1865 dejó a los negros en un estatuto de parias, una casta inferior. Tendrán que esperar a la 14ª enmienda (1868) para obtener la ciudadanía estadounidense y dos años más para que, por fin, la 15ª enmienda les otorgue el derecho de voto. Eso sobre el papel del texto constitucional. En los estados meridionales la legislación discriminatoria y segregacionista persistirá todavía cien años más hasta la presidencia de Lyndon Johnson.

²⁰⁷. «The [Kelsenian] distinction between positive and negative legislator rests on the absence, within the constitutional law, of enforceable rights. Kelsen equated rights with (open-ended) natural law and thought that, through the process of discovering and enforcing rights, a CC [Constitutional Court] would inevitably obliterate the

165) se pronuncia, tajante y categóricamente, contra las garantías de libertades individuales contenidas en algunas constituciones (no ya de derechos de bienestar, lo cual ni siquiera se le ocurre), afirmando que, como mínimo, son superfluas. Y reconoce más de una vez que la pretensión de constitucionalizar tales libertades viene del jusnaturalismo.

Concluyo, pues, que no es convincente la objeción que se me ha dirigido de que en (Peña, 2013) negué *a priori* la posibilidad de fundamentaciones no jusnaturalistas de los derechos humanos. No hay tal aprioridad. Hay un doble análisis conceptual e histórico. En ninguna de las dos vertientes ha conseguido el objetor rebatir racionalmente mis argumentos.²⁰⁸

§16.— Relación entre los derechos de libertad y los de bienestar

La preceptividad del bien común significa la obligatoriedad de que éste exista. Pero ¿en qué consiste la existencia del bien común? Por su propio concepto, el bien común es aquel bien que se tiene colectivamente y del cual, a la vez, participan todos los miembros de la sociedad —a salvo, únicamente, de aquellas restricciones necesarias para el propio bien común, o sea de aquellos sacrificios de unos u otros cuya imposición sea precisa para salvaguardar o acrecentar el bien común sin resultar arbitrariamente discriminatorios ni desproporcionados; de serlo, quebrantarían la misma existencia del bien común, el cual, en esa medida, dejaría de ser un bien genuinamente común.

No hay, por lo tanto, bien común sin ser participado por todos los miembros de la sociedad (con la única limitación de los sacrificios indispensables, proporcionados y no arbitrariamente distribuidos). No hay bien común si la sociedad es rica pero los miembros del cuerpo social son pobres; ni si la sociedad es soberana y respetada pero sus miembros —o algunos de ellos— son humillados o arbitrariamente privados de libertad.

distinction between negative and positive legislator. Today Kelsen's warning is usually politely ignored», Alec Stone Sweet, «Constitutional Courts», en Michael Rosenfeld & Andrés Jajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., 2012, ISBN 9780191640179, pp. 816-830; la cita es de la p. 819.

²⁰⁸. Desde el punto de vista que anima e inspira toda esta obra, resulta dudoso que el neoconstitucionalismo caiga fuera del campo del juspositivismo, aunque haya superado su modalidad decimonónica, el legalismo. En palabras de Gustavo Zagrebelsky «la Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia —como sucede con todas las manifestaciones del iusnaturalismo—, su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana; los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas». (Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2009 (9ª ed.), p. 114.) De lo cual se sigue que los derechos humanos no vinculan para nada al poder constituyente (a diferencia de lo que proclaman las constituciones francesas de 1793, 1848, 1946 [en su primera versión, derrotada en el plebiscito ratificador] y la española [no promulgada] de 1873, textos impregnados de jusnaturalismo).

¿De qué maneras participa un individuo del bien común de la sociedad de la cual forma parte? De dos maneras, y sólo de éstas dos: mediante el disfrute de derechos de bienestar y mediante el de derechos de libertad.

En (Ausín & Peña, 2002) se expuso una teoría de la dualidad entre esos dos tipos de derechos. La dicotomía no es nueva, sino ampliamente reconocida. Lo nuevo en el citado artículo eran el análisis conceptual y la dilucidación consiguiente de sus implicaciones lógicas.

Un derecho de libertad es uno cuyo contenido o *dictum* es disyuntivo: es el derecho de hacer o no hacer. En virtud de los axiomas y las reglas de inferencia de la lógica nomológica, de su existencia se sigue que quien tenga ese derecho, al optar por uno de los dos disyuntos (A o no-A) tiene derecho a hacerlo, renunciando al otro disyunto. (En general, según la lógica nomológica —en virtud del *modus ponens* deóntico—, el derecho a A-o-B implica el derecho a A renunciando plenamente a B y viceversa; es igual que la renuncia sea voluntaria o venga impuesta por cualesquiera circunstancias.)

Un derecho de libertad sólo existe si hace lícita la acción cuando ésta se haya escogido, pero también hace lícita la inacción cuando sea ésta la opción elegida por el agente.

Así, votar en las elecciones sólo es un derecho de libertad cuando y donde hay derecho de votar o no votar.

Típicamente un derecho de libertad está correlacionado con deberes ajenos de mera abstención, o sea negativos. Eso no es del todo verdad, en tanto en cuanto también se requieren ciertos deberes ajenos de hacer, concretamente la intervención protectora de los poderes públicos para prevenir o sancionar los eventuales impedimentos ilícitos, las trabas u obstaculizaciones ajenas (coacciones o amenazas).

Enteramente diversos son los derechos de bienestar. Su contenido se expresa por una cuantificación existencial. Un derecho así es el derecho a que exista algo con determinadas características: derecho a tener unos alimentos, una vivienda, un empleo, a acceder a unos medios de transporte (derecho a la movilidad), a cuidados sanitarios, a un descanso, a un esparcimiento, etc.

Los deberes ajenos correlativos a derechos de bienestar son, a la vez, negativos (no impedir) y positivos (deberes de prestación, cuyo respectivo obligado dependerá de la naturaleza del derecho y de las relaciones entre unos y otros).

Como los derechos de bienestar implican un deber ajeno de prestación, no son ni pueden ser derechos de libertad, porque quebrantaría el principio de reciprocidad exigir a otros una prestación (por ende, un esfuerzo) y malgastarla o desaprovecharla. En mayor o menor medida, cualquier derecho de bienestar implica un cierto deber de aprovechar la prestación; eso no conlleva, evidentemente, que cualquier infracción de tal deber merezca una punición, pero sí, al menos, una sanción consistente en reproche legal. No existe un derecho a la ociosidad ni a la enfermedad ni al vagabundaje. Es ilícita una situación así en una sociedad que ofrezca prestaciones sociales adecuadas y suficientes para evitarla.

Los diversos derechos de libertad se pueden compendiar en el derecho a vivir con libertad —o en libertad—; más concisamente en *la libertad* (el *derecho-libertad* —que no es lo mismo que el derecho a la libertad, el cual es el derecho *a tener libertad*; es éste un derecho de segundo nivel y, aunque sea paradójico, es un derecho de bienestar, por lo cual no es lícito renunciar a la libertad; la razón es que el derecho a la libertad es el derecho a estar protegido de coacciones y amenazas, lo cual acarrea prestaciones públicas y privadas).

La libertad (diversa, pues, del derecho a tener libertad) es el derecho de hacer lo que uno quiere y de no hacer aquello que uno no quiere hacer —con las limitaciones no-arbitrarias que, en aras del bien común, establezca el Derecho.

Presidiendo los derechos de libertad está un valor jurídico, la libertad. Presidiendo los derechos de bienestar está otro valor jurídico, el bienestar. ¿Hay primacía de uno de esos dos valores sobre el otro? Ninguna. Tampoco hay prelación entre los derechos de libertad y los de bienestar. No existe ningún orden lexicográfico, como el que propone Rawls, quien da primacía absoluta a la libertad. Tampoco hay primacía del bienestar.

¿Significa eso que no van a surgir colisiones entre libertad y bienestar? Están surgiendo constantemente conflictos entre unas libertades y otras, entre unos derechos de bienestar y otros, entre el ejercicio por unos de derechos de libertad y el disfrute por otros de derechos de bienestar.

No hay solución idílica. No se pueden maximizar todos los derechos. Se imponen sacrificios.

No estando subordinada la libertad, es inaceptable una regla que sistemáticamente otorgue primacía a los derechos de bienestar o a algunos de ellos. Mas también, a la inversa, la libertad carece de rango superior, siendo, por consiguiente, rechazable toda regla general que subordine cualesquiera derechos de bienestar de unos a la máxima libertad de otros. (De hecho es imposible realizar la máxima libertad, porque cada libertad de esto colisiona con la libertad de aquello; la libertad de festejar choca con la libertad ajena de vivir con tranquilidad.)

Como surgen conflictos, no quedará otro remedio que imponer sacrificios y restricciones.

Tenemos, de un lado, que delimitar el ámbito de cada derecho de bienestar y de libertad en función de parámetros que sirvan para armonizarlos. Mas, aun dentro del ámbito legítimo de ejercicio de un derecho, habrá un grado mayor o menor de licitud en la medida en que se realice a mayor o menor distancia de la línea de demarcación que circunda el ámbito objetivo del derecho.

Aquí entra la noción de abuso del derecho, o sea: un ejercicio del derecho en cuestión, dentro de su ámbito legítimo de disfrute, pero en medida excesiva, desproporcionada, que desborda la necesidad o el provecho legítimo. En esa zona de conflicto donde se superponen los ámbitos de dos derechos opuestos, cuanto más incursione en el ámbito del derecho ajeno lesionado, más abusivo será el ejercicio del derecho propio. En general, el grado de abuso se puede medir en función del provecho propio y del perjuicio ajeno.

Las normas que determinan los ámbitos respectivos de los distintos derechos de libertad y de bienestar inevitablemente imponen limitaciones. Siendo normas forzosamente afectadas por una indeterminación, aquellas que, aun dentro de tales ámbitos, prohíban el abuso del derecho limitarán más el ejercicio de tal derecho que las que meramente establezcan el ámbito objetivo del mismo.

Tales limitaciones son legítimas siempre que sean necesarias para el bien común (suficientemente justificadas), proporcionadas y tasadas. La proporción o ponderación implica que no se conculque el disfrute de un derecho de modo que se perjudique al que sufre la limitación más de lo que se está beneficiando al bien común. Que sean tasadas quiere decir que no se pueden acumular o multiplicar unas limitaciones concatenándolas con otras y otras más, de suerte que, al final, el derecho se desvanezca o se convierta en vestigial, atrofiado.

En aras de ese mismo bien común que se trata de salvaguardar, cada uno ha de saber qué limitaciones podrá sufrir en el disfrute de su bienestar o de su libertad, teniendo seguridad jurídica sobre tales limitaciones y, por ende, pudiendo preverlas racionalmente —a salvo, claro está, de imponderables, casos fortuitos o de fuerza mayor, sean guerras, calamidades naturales u otros hechos impredecibles.²⁰⁹

A esos constreñimientos que hemos establecido para las limitaciones lícitas a los derechos (ser necesarias, ponderadas y tasadas) hay que agregar otro, que es el de los límites infranqueables de la actuación de los poderes públicos. Hay actuaciones tales que, en el contrafáctico supuesto de que el bien común tuviera que ser defendido vulnerando determinados derechos, no merecería ser defendido, porque esa vulneración destruiría el bien común.

En particular es el caso del derecho a no ser torturado, uno de los pocos absolutos (quizá el único). Si el bien común tiene que ser tutelado torturando, ese bien común deja de ser valioso. No torturar es un límite absoluto, totalmente infranqueable, a la actuación legítima de cualquier agente, público o privado, porque la tortura es el mayor atentado contra el valor mismo de la humanidad.

16.1.— Restricciones injustificadas de la libertad

Puesto que son inevitables las contradicciones entre unos derechos de bienestar y otros, entre unas libertades y otras y entre los derechos de bienestar y los de libertad, hay que aceptar restricciones a la libertad. Esta, sin estar subordinada al bienestar, legítimamente puede

²⁰⁹ En este punto podría reclamarse que, para salvaguardar al máximo nuestros derechos, los poderes públicos aplicaran lo que se ha llamado «el principio de precaución», que equivale a ponerse en el peor escenario posible, presumiendo que se realizará la hipótesis más catastrófica (eso que otros denominan informalmente «la ley de Murphy»: *everything that can go wrong will go wrong*). Lo que pasa es que, al querer así dominar el caso fortuito y la fuerza mayor, los poderes públicos sacrifican muchos derechos, sin necesidad, porque de hecho en muchísimos casos no ocurrirán tales calamidades. Cuando no podemos prever el grado de probabilidad de una hipótesis, es irracional presumir lo peor si, como resultado, lesionamos la libertad o el bienestar de muchos, particularmente cuando los lesionados son los más desvalidos y necesitados. V. (Peña, 2015c).

sufrir, en su ejercicio, limitaciones necesarias, ponderadas y tasadas en aras del bien común.²¹⁰

¿Quiere eso decir que el racionalismo jurídico que estoy proponiendo carece de mordiente al proclamar que la libertad no es un valor subordinado? De ninguna manera. Al revés, desde ese aserto, es dable defender una multitud de libertades que hoy se hallan abusivamente coartadas y que, en ciertos casos, se nos rehúsan del todo, sin que tales cercenamientos de nuestro derecho a ser y vivir libres vengan en absoluto justificados por imperativos o exigencias del bien común. Mencionaré las diecinueve siguientes (no juzgando que la lista sea exclusiva):

- Que no seamos libres de comprar productos de suyo beneficiosos para la salud (como los medicamentos) sin la autorización de profesionales a quienes el poder político ha extendido una patente para controlar nuestras vidas en ese importantísimo aspecto.
- Que no seamos libres de adquirir, cultivar, vender y consumir productos con propiedades sedantes, analgésicas o recreativas, como las llamadas «drogas» —sin que exista, además, ninguna definición científica, médico-farmacéutica, de qué son—, siendo particularmente lesiva esta prohibición en lo atinente a aquellas plantas cuyo uso, o incluso abuso, es menos perjudicial que el de otros productos de libre comercio, como

²¹⁰. No es válido contra este aserto el argumento de Dworkin, según el cual la libertad sólo existe legítimamente para fines legítimos y medios igualmente legítimos, de suerte que sólo puede haber libertad para realizar lo que permitan la Constitución y las leyes, o sea: únicamente somos libres para llevar a cabo conductas que no colisionen con otros bienes jurídicamente protegidos. (V. su obra *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, ISBN 9780674046719.)

El planteamiento de Dworkin —acorde con su integralismo jurídico— es el de la tradición casuística: no tenemos —en general o a secas— libertad ambulatoria, sino que, en el enunciado completo de tal libertad, hay que agregar cláusulas restrictivas y condicionales, como la de no estar sufriendo condena, no circular en las zonas administrativamente delimitadas por una decisión de policía, caminar al ritmo que prescriban las ordenanzas y con la frecuencia autorizada, etc. En suma, el contenido de cada derecho es aquel que se armoniza y compagina perfectamente con la totalidad de las normas vigentes y, por lo tanto, ni entra ni puede entrar en contradicción con otros derechos.

Concluyo de tal enfoque que: (1) libertad la hay sólo para lo que nos permita la autoridad (lo cual desvirtúa considerablemente la fuerza de las declaraciones de derechos fundamentales); y (2) el genuino contenido de un derecho de libertad requeriría enunciarse en una frase que, con sus numerosísimas y pormenorizadas cláusulas condicionales, quizá se extendería por decenas de miles de páginas, tendiendo potencialmente al infinito.

Con esa teoría no cabe ponderación alguna, lo cual puede ser llamativo en el jusfilósofo que introdujo el distingo entre principios y reglas. Pero, a la postre, un principio viene a ser un mero *desideratum*, mientras que lo único que tiene genuina vigencia jurídica es la regla; pero una regla tan prolija y exhaustivamente enunciada que no deja resquicio alguno para la antinomia.

Frente a ese monismo extremo, confieso mi adhesión a un matizado pluralismo. Verdad es que el único valor del ordenamiento jurídico es el bien común, pero éste se desglosa en una pluralidad de valores que chocan entre sí. Dworkin no ha logrado refutar los convincentes argumentos de Isaiah Berlin al criticar «the conviction that all the positive values in which men have believed must, in the end, be compatible [...] It is a commonplace that neither political equality nor efficient organization nor social justice is compatible with more than a modicum of individual liberty, and certainly not with unrestricted *laissez-faire*. [...] The world that we encounter in ordinary experience is one in which we are faced with choices between ends equally ultimate, and claims equally absolute, the realization of some of which must inevitably involve the sacrifice of others». (El texto de I. Berlin, de su escrito «Two Concepts of Liberty», 1958, está disponible en http://www.cooperative-individualism.org/berlin-isaiah_positive-versus-negative-liberty-1958.htm, acc. 2016-05-01.)

los licores alcohólicos o el tabaco (y, si vamos a eso, incluso elementos culinarios cuyo consumo excesivo causa serias enfermedades en millones de casos).

- Que no seamos libres de caminar pacíficamente por las aceras ni de transitar por estaciones o intercambiadores sin ser molestados por controles de identidad antojadizos (que se ceban en individuos con un determinado perfil somático, sea de tez, color del pelo u otros rasgos cuyo secreto guardan en su pecho los agentes del orden) cuando no existe ningún motivo proporcional, idóneo y específico para que se nos inflija el control de identidad.
- Que no seamos libres de entrar o salir de edificios públicos o de acceder a medios de transporte público, como trenes, sin someternos a un humillante y disuasorio control en aras de la seguridad, cuando no existe ninguna alerta concreta ni motivo de sospecha y cuando se podrían sustituir esos incordios por métodos discretos y no incomodantes de escrutamiento a distancia.
- Que no seamos libres de poner fin a nuestra propia vida de manera rápida e indolora (contando para ello con el concurso de allegados, personas benévolas o cualesquiera otras que accedan a ayudarnos, con remuneración o sin ella, pudiendo —con vistas a ese fin— adquirir libremente los productos necesarios para tal operación eutanásica) cuando sólo la muerte puede aliviar una existencia de desgarradores e incurables padecimientos.
- Que no seamos libres de seguir trabajando mientras tengamos ánimo e idónea capacidad laboral, sin venir condenados a la condición de parásitos pobres como castigo por el mero hecho bruto de amanecer en el 25.550 día de vida (o cualquier otro corte arbitrario que se les haya ocurrido a quienes detentan el poder).
- Que no seamos libres de cruzar las fronteras viajando a cualquier país del Planeta Tierra para radicarnos y naturalizarnos en él cumpliendo, a tal efecto, la condición de un período residencial probatorio que nos acredite para, con la adquisición de la nacionalidad, tener acceso a los servicios sociales.²¹¹
- Que no seamos libres de emitir nuestro parecer más que tomando muchísimas precauciones —acudiendo a paráfrasis, eufemismos y silencios— para que nuestras palabras escapen a la tipificación penal (en virtud, no sólo de la vaguedad de las figuras de injurias y calumnias, sino también de los privilegios adicionales de incensurabilidad de la Corona y de las confesiones religiosas con las que el Estado tiene acuerdos firmados, a lo cual se agregan otras nuevas prohibiciones penales que restringen ulteriormente el ámbito de lo que es lícito decir).
- Que, en particular, se tipifique como delito expresar opiniones sobre el pasado, por absurdas que sean, a la vez que la criminalización del llamado «discurso del odio» cercena

²¹¹. V. (Peña, 2015b).

considerablemente el ámbito de lo lícitamente expresable (v.g. la recriminación a los ricos por amasar fortunas mientras otros sufren penalidades).²¹²

— Que no seamos libres de vestirnos o desvestirnos como nos dé la gana (salvo en el ejercicio profesional cuando existan normas justificadas de uniforme o similares).²¹³

— Que no seamos libres de elegir nuestro nombre y nuestro apellido según nuestras preferencias (respetando legítimos intereses ajenos), sino que estemos forzados a, de

²¹². En Francia el «discurso de odio» racial no se introdujo como restricción a la libertad de prensa hasta 1939, justo en vísperas de la II guerra mundial —por motivos coyunturalmente justificados, dado que el racismo antisemita servía de quinta columna al inminente enemigo bélico. Se ha generalizado después esa restricción de circunstancias. La verdad es que odiar es lícito, y por lo tanto, no hay razón válida para que sea ilícito expresar ese odio. Es más, dígase lo que se diga, los medios de comunicación de masas están llenos a rebosar de discursos de odio. Ahora, v.g., se profiere hasta la histeria el odio a los yihadistas, pero, por extensión, hacia el «Islam radical», o sea cualquier manifestación de la religión mahometana a menos que agache mucho la cabeza, dando fehacientes y obsequiosas pruebas de sumisión a los «valores del occidente». Discurso de odio es toda la leyenda negra que rodea la experiencia comunista del siglo XX, que se difunde a raudales —repitiéndose *usque ad nauseam*, en machacón y estruendoso griterío, muchas veces sin venir a cuento—. En cambio hay que dar pasos como quien pisa sobre huevos a la hora de vilipendiar la vida suntuaria de los oligarcas financieros, sus cuentas en Panamá, la fuga de capitales, sus concomitancias políticas, etc. ¿Por qué va a ser ilícito expresar el odio que uno siente a conductas que reprueba la propia conciencia moral y, por extensión, a quienes dedican su vida a tales conductas?

Peor que eso es que determinados hechos históricos se califiquen de dogmas de fe, tipificándose como delito negarlos, lo cual ha llevado al encarcelamiento de un historiador como David Irving. Al autor de estas páginas —quien, huelga decirlo, no simpatiza para nada con el Sr. Irving ni comparte sus tesis— tal persecución le huele a chamusquina. En Francia, con la Ley Gayssot de 1990-07-1 —a la cual han seguido otras que han ampliado aún más las prohibiciones penales de opiniones históricas minoritarias—, es punible con privación de libertad cualquier aserto en público que contradiga las sentencias del Tribunal aliado de Nürnberg de 1946. (Esa ley liberticida fue la invocada para perseguir con saña a uno de los filósofos franceses más descollantes del siglo XX, Roger Garaudy, un veterano de la lucha antinazi, que había estado preso en uno de los campos de concentración alemanes.) ¿Desde cuándo las sentencias son incriticables hasta el punto de que merezca el encarcelamiento cualquier discrepancia con sus fundamentos jurídicos o fácticos? La verdad histórica no necesita al juez penal para brillar, sino que ha de resplandecer por el argumento, por la evidencia documental, expuestas en discusión libre y respetuosa de los disidentes.

²¹³. Como ejemplo de imposiciones vestimentarias que atentan contra la libertad cito la ley francesa *Loi 2010-1192*, de 2010-10-11, cuyo título es «Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public», vigente desde 2011. Prohíbe andar por la calle o esperar en la cola de un autobús —aunque la temperatura esté bajo cero y azote un impetuoso cierzo o aquilón— con parte de la cara cubierta por un embozo o una balaclava. Los diputados y senadores que hicieron la ley y el presidente Níkolás Sárkozy que la promulgó nunca esperan en la cola de un autobús; ellos van en coche.

El Tribunal de Estrasburgo bendijo esa ley liberticida el 1 de julio de 2014, desmintiendo así, una vez más, su inmerecida fama de tutelador de los derechos de libertad. (Lamentablemente también había fallado en su misión el Consejo constitucional francés, al rehusar declarar inconstitucional esa norma. Notemos que la ley había sido aprobada por todos los diputados menos uno, o sea por 576 a favor y uno en contra; izquierda y derecha se unen condenando a los pobres a la pulmonía.)

Es cierto que el art. 2.II exonera de la prohibición casos en los que «la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée pour des raisons de santé ou des motifs professionnels ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou des manifestations artistiques ou traditionnelles». Tal exención es bastante vaga. ¿Justificase el embozo en tiempo glacial cuando quien lo lleva es una persona de edad propensa a enfermedades de las vías respiratorias? ¿Tendrá que exhibir un certificado médico que lo acredite ante el agente armado que lo detenga por su osadía vestimentaria?

(No deja de ser curioso que esa ley liberticida llevara, en su refrendo, la firma de la ministra Michèle Alliot-Marie, la cual en 1972 había padecido una prohibición vestimentaria discriminatoria —según lo hemos visto más arriba, en una nota del §14 de este mismo capítulo II.)

por vida, soporar el nombre que les haya placido ponernos a nuestros padres y el apellido consignado en el registro civil en el nacimiento.

- Que la mujer que da a luz no sea libre de asumir o declinar la relación de maternidad legal en el momento del parto, sino que la maternidad gestacional implique automáticamente la legal.
- Que las parejas no sean libres de acudir a la gestación por procuración para poder tener hijos.
- Que ni siquiera seamos libres de montar en bicicleta sin someternos a un agobiante e insoportable yelmo que convierte ese ejercicio en una tortura.
- Que esté tan restringida la libertad de cátedra, hoy sometida a la vigilancia de los órganos evaluadores, que presuntamente velan por la calidad, pero que, al hacerlo, condicionan fuertemente la orientación de los contenidos de la docencia y la investigación.²¹⁴
- Que los menores de edad ni siquiera sean libres de pensar como quieran y de no declarar sobre su ideología, sino que estén sometidos a controles (educación para la ciudadanía) por los cuales el examinador se asegura de que piensan como está mandado.²¹⁵

²¹⁴. V. Esteban Hernández, «Así funciona la censura: El control ideológico en la Universidad española», *El confidencial*, 2016-09-25. Céntrase el artículo en la economía, donde, desde los años 80, la escuela neoclásica se ha ido adueñando de los comités de las revistas, las cátedras, los tribunales de acceso a las plazas, las acreditaciones y los proyectos de I+D, condenando al ostracismo a los discrepantes. Un partidario de alguna de las escuelas hoy tildadas de heterodoxas (marxista, keynesiana u otra), si ya está ocupando una plaza de funcionario docente, podrá seguir en ella hasta su jubilación, mas no conseguirá ningún sexenio ni podrá formar parte de tribunales ni publicar en las revistas indexadas. Cuantos accedan en adelante serán discípulos de los ases del área, o sea adeptos de la escuela neoclásica. Un número de disidentes residuales, por miedo a quedar arrinconados, se unirán al carro vencedor.

La economía es muy ideológica y politizada. En otros campos no existe tanta presión del dinero o de intereses creados, mas sí se da una imposición de los paradigmas encastillados. Incumbe a la investigación psico-social saber por qué se adoptan ciertos modelos, con tendencia a la unanimidad, sin que lo justifiquen motivos racionales (lo cual constituye una prueba adicional de que el ser humano, animal racional, no lo es del todo, ni mucho menos).

El hecho es que el efecto aplanador del establecimiento de un paradigma y la expulsión de las ideas disidentes viene exponencialmente acrecentado por los mecanismos actuales: evaluaciones; acreditaciones, obligación de publicar en revistas «de impacto» monopolizables por el paradigma en ascenso; ninguneo de quienes no lo consigan en cantidad suficiente; concesión de proyectos de I+D gracias al informe positivo de evaluadores anónimos, nombrados a dedo y en secreto. ¡Adiós oposiciones, adiós concursos de cara al público! (V. mi escrito de 2014 «Por un levantamiento del velo en el ámbito académico», <http://lorenzopena.es/Minerva/>, disponible en formatos PDF y HTML.) Esos mecanismos dificultan extraordinariamente la posibilidad de un estudio sociológico que revele el acaparamiento de cada área de conocimiento por una tendencia hegemónica o, a lo sumo, por unas pocas en régimen de oligopolio.

²¹⁵. No es España el único país donde a los menores se les rehúsa la libertad de pensar como quieran e incluso la de abstenerse de tener opinión. En Francia existe la asignatura de «educación moral y cívica» (que ahora se llama «enseñanza moral y cívica» para disimular un poco su finalidad adoctrinante). En el programa de 2008 se le asignaba este fin: «L'objectif est de former un citoyen autonome, responsable de ses choix, ouvert à l'altérité, pour assurer les conditions d'une vie en commun qui refuse la violence, pour résoudre les tensions et les conflits inévitables dans une démocratie. Ce sont les attitudes de respect de soi et des autres, de responsabilité et de solidarité qui sont mises en évidence à tous les niveaux de ces programmes». Se reconoce que con ese lavado de cerebro se trata de inculcar en el alumno, quiera o no quiera, los valores socialmente aceptados de «respeto de sí y de los demás, responsabilidad y solidaridad». Ya no se trata de obligaciones de hacer, sino de obligaciones

— Que el derecho de asociación esté tan fortísimamente restringido como lo está por la ley de

de pensar. La propia locución «formar a un ciudadano» evoca el moldeo de una masa. Si ya el título general marca esa pauta, su desarrollo irá más lejos, forzando al disidente o al silencioso a agachar la cabeza, dando su brazo a torcer, sumándose a lo que prescribe el funcionario, al cual el poder público ha encomendado esa tarea de inculcación doctrinal.

La norma de 2015 toma precauciones: «Loin de l'imposition de dogmes ou de modèles de comportements, l'enseignement moral et civique vise à l'acquisition d'une culture morale et d'un esprit critique qui ont pour finalité le développement de dispositions permettant aux élèves de devenir progressivement conscients de leurs responsabilités dans leur vie personnelle et sociale [...] Développer les dispositions morales et civiques, c'est développer une disposition à raisonner, à prendre en compte le point de vue de l'autre et à agir. L'EMC est par excellence un enseignement qui met les élèves en activité individuellement et collectivement».

Suena muy bonito, pero, si se analiza, ¿en qué consisten esas «disposiciones morales y cívicas»? ¿Qué es esa «cultura moral»? ¿Qué pasa si un alumno rehúsa el contenido de tal cultura moral, si no se pliega a esas «actividades individuales y colectivas», si no le interesan los puntos de vista ajenos, si no se plantea hacerse progresivamente responsable en su vida personal —en el sentido en que lo entienda el enseñante-inculcador— o si, sencillamente, se obstina en guardarse su opinión sobre todo eso, porque presiente que está en minoría? ¿Qué hace de malo para que se sancione con un suspenso o —peor— con el hostigamiento y el acoso?

Tras los recientes acontecimientos lúgubres en el país vecino, los profesores de educación moral y cívica han recibido la consigna de inculcar a sus alumnos que los medios de comunicación de masas son fidedignos, que no ocultan nada, que sólo hay una versión permitida, que es la transmitida por la prensa y la TV.

Se ha argumentado que en democracia no se puede tolerar que haya quienes discrepen de las versiones oficiales, porque entonces no es posible el debate democrático. Yo pienso lo contrario: sólo tiene sentido el debate si algunos están en desacuerdo, por razones buenas o malas; si son malas, basta argumentar; pero argumentar sin apabullar, sin estigmatizar al discrepante, sin incitar a los condiscípulos a avergonzarlo por sus opiniones. Y todo eso se hace.

Como un sector de la juventud desconfía de los medios de comunicación, se va a imponer, dentro de esa educación moral y cívica, una subdisciplina. Tomo de la página oficial del ministerio francés esta explicación de su contenido (<http://eduscol.education.fr/cid72525/l-emi-et-la-strategie-du-numerique.html>, acc. 2016-09-24):

L'éducation aux médias, et notamment à la presse écrite, des jeunes est un enjeu démocratique, citoyen et éducatif majeur. La presse est en effet indispensable à la compréhension du monde et sa lecture contribue au développement de la citoyenneté chez les jeunes. La ministre de la culture et de la communication en a fait un des axes majeurs de sa politique à destination de la jeunesse, aux côtés de l'éducation artistique et culturelle.

Muchísimos jóvenes, y menos jóvenes, piensan que no es así, que la prensa escrita es inservible, porque la mitad de lo que cuenta es falso o medio-falso y la mitad del resto inexacto, habiendo, en cambio, abundantes medios de información, útiles siempre que se crucen y se lean o escuchen críticamente. Pues bien, se los va a forzar a que cambien de opinión si no quieren ser suspendidos.

Acerca de cómo todo ese adoctrinamiento redundaba en una opresión, v. el artículo de B. Girard «Éducation morale et civique: les collégiens sous surveillance», en una bitácora de Mediapart, <https://blogs.mediapart.fr/b-girard/blog/040716/education-morale-et-civique-les-collegiens-sous-surveillance>, acc. 2016-09-24. El autor afirma:

Invariablement, d'une année sur l'autre, l'éducation civique des collégiens se conclut ainsi par une ode infantilisante à la république dans laquelle on chercherait en vain les marques d'«esprit critique» [...]: l'EMC, sous ses diverses appellations, apparaît plutôt comme un instrument de propagande politique destiné à étouffer toute contestation, toute interrogation, tout regard critique sur un régime considéré comme intouchable, quelles que soient sa nature et son évolution. Pourtant, tout spécialement dans le contexte actuel de brutalisation de la société officiellement menée au nom de la défense des intérêts supérieurs de la république, est-il illégitime que des élèves de 15 ans s'interrogent sur la conformité de la république avec sa devise proclamée? [...] la promotion forcée des prétendues «valeurs de la république» et de ses symboles (drapeau, hymne national) s'est imposée comme une religion officielle dans les prescriptions et les pratiques de l'EN, faisant de la soumission à un ordre politique et social considéré comme indiscutable [...] la finalité ultime de l'éducation, une sorte d'exigence qui transcenderait toutes les autres.

Se queda corto B. Girard. Aunque no hubiera motivos legítimos para discrepar de los relatos oficiales, persistiría el derecho a discrepar y, todavía más, a no tener opinión o reservársela.

(Que la educación cívica es un trato aflictivo que se impone —y no un servicio que se presta [y, por consiguiente, es una actividad que no redundaba en provecho del sometido a tal adoctrinamiento]— pruébalo que, además de forzarse a soportarlo a los alumnos de la enseñanza pública y privada, sea también un castigo que se inflige a quienes incumplan ciertas prohibiciones, como v.g. quienes desafían la ley 2010-1192 llevando un embozo o una balaclava, aunque la temperatura sea glacial.)

asociaciones.²¹⁶

— Que la libertad ideológica proclamada en el artículo 16 de la constitución no tenga el amparo regulativo de una ley que determine su ámbito legítimo poniéndola a resguardo de atentados, a la vez que marcando sus límites;²¹⁷

²¹⁶. V. a este respecto el capítulo 8º de (Peña, 2009a).

²¹⁷. V. el mismo capítulo de (Peña, 2009a). Nótese que la Constitución actual de España se promulgó en 1978. Su art. 53.1 autoriza al poder legislativo a regular el ejercicio de las libertades y los derechos fundamentales; leído sistemáticamente, no es una mera potestad lo que confiere, sino una encomienda, porque, si una libertad no está legalmente regulada, la ausencia de regulación da pie a que venga conculcada, al interpretarse arbitrariamente su ámbito, especialmente cuando colisiona con otros derechos. Ocho lustros después de promulgarse la Constitución, no ha habido ninguna ley de libertad ideológica; de hecho invocar tal libertad del art. 16.1 no sirve para nada, careciendo de amparo legal.

Íntimamente relacionado con la libertad ideológica está el derecho a la objeción de conciencia, según la STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 6º: «la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16 [por lo cual] [...] puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión 'la Ley regulará', la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para 'regular' el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia».

En la STC 145/2015 el Tribunal reitera esa doctrina, mas no sin graves ambigüedades, titubeos y confusiones, que, en su voto particular, analiza el Magistrado Andrés Ollero Tassara, lamentando la jurisprudencia embrollada y zigzagueante del TC en este asunto. Ollero afirma:

Ciertamente, aun siendo la objeción de conciencia un derecho fundamental, no lo es con un alcance ilimitado.

Es preciso ponderarlo con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Será el legislador en principio el encargado de hacerlo, sin perjuicio de que tal labor la lleve en caso contrario a cabo el órgano judicial competente.

Sufrimos —38 años después de edictarse la Constitución— un déficit de libertad al no existir una Ley Orgánica reguladora del ejercicio de la objeción de conciencia (inseparable de una ley orgánica de libertad ideológica) que sienta sus fundamentos jurídicos, establezca con claridad sus ámbitos subjetivo y objetivo, marque las obligaciones que recaerán sobre el objetor (prestaciones sustitutorias u otras cargas), preceptúe los requisitos para poder legítimamente invocar la objeción y ponga a salvo los intereses del público y de la sociedad, evitando ejercicios abusivos.

Por ser un derecho fundamental (en virtud de la íntima conexión entre el derecho a la objeción de conciencia del art. 30.2 y la libertad ideológica del art. 16 —según esa la doctrina del FJ 6º de la STC 15/1982) incumbe la materia al legislador español, que tiene el deber de hacer una Ley orgánica, la cual luego se desarrollará reglamentariamente para las diversas actividades y circunstancias.

Aquello en lo que discrepo de Andrés Ollero es lo atinente al contenido de la objeción de conciencia. Para mí es el derecho que otorga el ordenamiento jurídico a incumplir una obligación jurídica de hacer cuando ésta colisiona con un deber moral según la conciencia del objetor; que así es lo prueba su incardinación en la libertad ideológica, la cual es libertad de vivir según los dictados de la propia cosmovisión —o sea, de la propia moral— (dentro de límites y parámetros necesarios para el bien común). Ollero, en cambio, piensa que la moral no tiene nada que ver, pues entonces se trataría de tolerancia y no de justicia. Ollero denuncia:

la tendencia a identificar conciencia con moral, con lo que la objeción expresaría un conflicto entre moral y Derecho que se pretendería fallar en beneficio de la primera. En realidad el conflicto se da entre la delimitación legal del mínimo ético característico del Derecho, fruto de un respaldo mayoritario, y la discrepante concepción de ese mínimo ético jurídico suscrita por un ciudadano en minoría. No nos encontramos pues ante un conflicto entre el mínimo ético que da sentido a lo jurídico y maximalismos morales que puedan repercutir sobre la conciencia individual.

Quedaría en muy poco la objeción de conciencia si únicamente amparase incumplimientos de obligaciones legales cuando el motivo aducido por el objetor no fuera su código moral sino exclusivamente un entendimiento distinto del «mínimo ético característico del Derecho». Sobre todo, de ser así no se vería el sentido de su incardinación en la libertad ideológica, que no se ciñe, en absoluto, a ese «mínimo ético jurídico». Una sociedad liberal es la que tolera precisamente un incumplimiento de obligaciones legales, siempre que el incumplidor: (1º) demuestre tener poderosísimas razones morales para ello según su cosmovisión y sus valores; (2º) pruebe ser coherente en su vida con los motivos morales que aduzca; (3º) no cause con su desobediencia ningún perjuicio desproporcionado ni a la sociedad ni a terceros; y (4º) cumpla una prestación sustitutoria u otra

— Que no podamos, libremente, participar en una huelga o no participar en ella, al no existir (a los ocho lustros de edictarse la Constitución) una ley orgánica regulativa del ejercicio del derecho de huelga —con lo cual, prácticamente, en lugar de la simple opción de, según nuestra voluntad, holgar o no holgar, nos vemos sometidos a alternativas diseñadas por el poder que coartan y cercenan nuestro campo de decisión.²¹⁸

§17.— ¿Cabe fundar la exigibilidad de los derechos humanos en consideraciones morales?

No se me oculta la probable objeción de que yo llamo «Derecho Natural» a lo que otros llaman «moral». Yo sostengo que a los déspotas cabe exigirles que respeten los derechos humanos, porque son imperativos jurídico-naturales. Según el objetor, otros dirán lo mismo con otras palabras, aduciendo que su no reconocimiento es contrario a la moral.

Pero ¿de veras es cuestión de palabras? No lo creo. El ámbito de la moral es el de la conciencia subjetiva, el de las convicciones íntimas. Tiene cuatro características.

— La primera es que en la moral el criterio por el que hay que guiarse es justamente la aprehensión subjetiva. No digo con ello que en moral no quepa el razonamiento, pero la última palabra la tiene la convicción, eso que muchos denominan «intuición». Cada quien es dueño de tener unas u otras convicciones hondas e inextirpables, inmunes a cualquier razonamiento porque el razonamiento no puede desalojar dogmas y esas convicciones morales son dogmas que se profesan con fe.

— La segunda característica de la moral es que en ella la intención cuenta tanto como la acción (al menos para una amplísima gama de concepciones morales). Moralmente pueden

obligación subsidiaria.

Creo, justamente, que se trata de tolerancia. Una sociedad liberal se permite ser tolerante o deferente para no violentar la conciencia moral de sus miembros; pero, a cambio de esa tolerancia —que, al fin y al cabo, es un permiso de desobedecer el Derecho—, tiene que establecer cautelas y compensaciones para salvaguardar el bien común; cautelas que se entenderían mal si sólo se tratara de una divergencia de apreciación en el «mínimo ético jurídico».

²¹⁸. V. mi escrito «Lo injusto del descuento de jornal a los empleados de la Administración Pública», 2002, acc. <http://lorenzopena.es/soc/huelga.htm>. Notemos que está también en juego la libertad de realizar las actividades normales de la vida —como acudir al propio empleo—, por estar indeterminada la regulación de la huelga (con una ley preconstitucional de la cual no se sabe exactamente qué artículos siguen vigentes), de suerte que —por no entrar en conflicto con los sindicatos— las autoridades toleran huelgas dañinas para los más desfavorecidos —que no tienen nada que ver en la disputa—, los usuarios pobres que dependen vitalmente del transporte público. Teóricamente son libres de acudir o no a su propio trabajo o al médico, pero en la práctica quedan encerrados en sus domicilios o aparcados a medio camino.

En lo que atañe al ejercicio de la huelga, mi referido escrito prueba que, en realidad, según las normas vigentes, no se permite más que sufriendo sanciones —sólo que éstas no llegan al despido; eso significa que realmente ese derecho no viene tratado como un genuino derecho fundamental. En lugar de que la ley delimite el ámbito objetivo de ese derecho pero permita, dentro de tal ámbito, ejercerlo sin sanciones, lo que se hace es consentir o tolerar cualquier cese colectivo del trabajo pero sancionando a los huelguistas (e incluso a quienes, sin serlo, no cumplan un requisito *ad hoc* equivalente, *de facto*, a declarar que repudian la huelga); los colectivos privilegiados acuden entonces a las huelgas encubiertas, que causan un perjuicio tremendo a los más vulnerables.

ser censurables la avidez, el pensamiento lascivo, las ganas de robar, el ombliguismo o egocentrismo, la ausencia de sentimientos de compasión, etc.

- La tercera característica es que la moral también rige actos de la vida humana que no guardan relación (o muy tenue y muy distante) con el bien común. P.ej., moralmente pueden ser censurables la masturbación, la gula, la mentira (cualquier mentira), la ludopatía, la ingratitud, la altanería, el encerrarse en uno mismo en vez de hacer amigos y muchos otros comportamientos de escasa o nula relevancia social.
- La cuarta es que, incluso con respecto a la relación entre las conveniencias particulares y el bien común, la moral²¹⁹ es propensa a imponer prescripciones mucho más severas que el Derecho Natural, el cual se ciñe a determinar reglas legislativas conducentes al bien común y, a la vez, respetuosas de la libertad (sin la cual lo que se instituye es un sistema de opresión y no de bien común), al paso que la moral suele reclamar el altruismo e incluso el autosacrificio o el heroísmo.²²⁰

Al revés, el principio jurídico-natural del bien común se abstiene de someter todos los actos de los individuos y los grupos al criterio de su adecuación ideal al bien común; en lugar de eso exige reglas legislativas —viables por ser prudencialmente exigibles— cuya vigencia sea conducente al bien común, sin someter a los individuos a constreñimientos excesivos o desmesurados y sin pretender imponerles ningún ideal de perfección. Son consideraciones en torno a las cuales cabe esperar consenso porque se razona a partir de premisas casi unánimemente aceptadas —o al menos tales que es fácil convencer a los demás, tratándose de requerimientos lógicos del bien común, como los principios de la lógica nomológica. Sin depender para nada de la íntima convicción ni de los dictados de la conciencia subjetiva, hay muy convincentes razonamientos que demuestran cuánto se lastima el bien común en una sociedad donde no hay libertad (una gran libertad, concretada en muchas y amplias libertades) o no hay bienestar (un bienestar generosamente repartido). Por deducción y por inducción se pueden ofrecer argumentos en ese sentido.

Así es como se ha ido produciendo, a trancas y barrancas, una paulatina convergencia hacia el reconocimiento de los derechos humanos en la evolución histórica de los últimos siglos (y antes en la trabajosísima y lenta preparación de los milenios anteriores, imperceptible como el movimiento de las agujas de un reloj). Desde luego ese reconocimiento es todavía mucho más nominal que real; pero ya ha sido un inmenso progreso conseguir: de un lado, ese consenso nominal cuasi-universal; y, del otro, pasos —pasitos, si se quiere— hacia el

²¹⁹. O al menos una amplia gama de concepciones morales, desde las de sesgo kantiano hasta las utilitaristas.

²²⁰. Puede objetárseme que esas exigencias más perentorias de la moral no son tales, sino meros ideales supererogatorios de perfección; consejos, que no preceptos. Bien, ¡sea!, cada cual escogerá su moral y, si lo desea, adoptará ese distingo. En general, sin embargo, quienes abrazan la *regla de oro* (o cualquier máxima similar) estiman que sí es moralmente preceptivo dar al prójimo lo que querríamos que él nos diera; albergarlo en nuestra casa si lo han desahuciado, igual que deseáramos que los demás nos albergaran a nosotros en tal adversidad. En cambio el Derecho Natural ni exige ni puede exigir tanta generosidad. Limitase a imponer la obligación de contribuir al bien común. Incumbirá a las autoridades dar una solución a tales infortunios gracias a las contribuciones legalmente instituidas que pesan sobre todos.

cumplimiento de los deberes estatales dimanantes de tal reconocimiento (que se van arrancando porque ahora puede aducirse también, en muchos casos, la positivación legislativa de tales derechos).

Por el contrario, en los terrenos de la moral no hay convergencia alguna. Unos piensan que son legítimos y a menudo loables el odio, la envidia, el deseo de venganza y el resentimiento; otros abominan de todo eso. Unos consideran que la homosexualidad es un vicio moral, mientras que para otros es indiferente y para algunos es una virtud. Ni un solo paso adelante hacia la convergencia, como tampoco en la cuestión de si la pintura de Tiziano es más bonita que la de Picasso o viceversa.

Cerraré este apartado aclarando que nada de lo que precede significa que, con respecto a la moral²²¹ continúe yo hoy abrazando el punto de vista anticognitivistista que había provisionalmente adoptado hace más de cuarenta años (y que ya por esas fechas empezaba a suscitarme dudas). Como adepto que soy de la axiología hartmanniana, creo en la existencia objetiva de los Valores y en su fuerza vinculante.²²² En el análisis de los juicios morales no sigo ni el emotivismo de Charles L. Stevenson,²²³ ni el prescriptivismo de Richard M. Hare ni el no-cognitivismo de Bertrand Russell²²⁴ (que había sido aquel que me influyó durante unos años en la década de los setenta).²²⁵

Pero lo que sí creo es que: (1) aunque los juicios morales son verdaderos o falsos, es difícilísimo probar su verdad o su falsedad; (2) una de las verdades morales es que sólo son vinculantes para un individuo en la medida en que él es consciente de tal verdad, siendo moralmente mejor que el individuo actúe según los dictados de su conciencia —por equivocados que sean— que según imperativos objetivamente correctos. De ahí que la moral no pueda fundar ninguna reclamación en el ámbito jurídico.

²²¹. Incluso a la moral subjetiva —la cual, siguiendo a Hegel, distingo de la ética objetiva.

²²². Incluso, en definitiva, el imperativo de bien común es una reverberación de un Valor objetivo en las sociedades de seres dotados de voluntad (o incluso meramente dotados de percepción y apetencia).

²²³. V. el magnífico artículo de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, «Charles Leslie Stevenson», <http://plato.stanford.edu/entries/stevenson/>, cons. 2015-02-25.

²²⁴. V. el artículo —excelente como todos los de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*— «Russell's Moral Philosophy», <http://plato.stanford.edu/entries/russell-moral/>, cons. 2015-02-25.

²²⁵. Los autores que cito como representantes de no-cognitivismo moral son, en cierto sentido, clásicos. El no-cognitivismo no se ha quedado estancado en sus posturas, pero desbordaría completamente los propósitos del autor de esta obra ir en pos de las actualizaciones de tal enfoque. (V. Guillermo Lariguet, «La presencia de la subjetividad en la metaética contemporánea», *Prometeica: Revista de filosofía y ciencias*, Nº 2, 2010, repr. en <http://www.prometeica.com/ojs/index.php/prometeica/article/view/67/67>, cons. 2015-03-06.)

ANEJO

RECAPITULACIÓN DE LOS AXIOMAS DE LA LÓGICA NOMOLÓGICA

Voy a presentar ahora, sintéticamente, las reglas de inferencia y los axiomas de la lógica nomológica, que se han ido estudiando en precedentes apartados de este capítulo.

La lógica sentencial subyacente es la lógica transitiva (gradualista). Hay dos negaciones: la simple, el mero «no», « \sim », y la fuerte, «no ... en absoluto», « \neg ». La implicación, « \rightarrow » significa que la prótasis (lo que se halla a la izquierda) es a lo sumo tan verdadera como la apódosis (lo de la derecha). El símbolo « \leftrightarrow » es la biimplicación o equivalencia (« $A \leftrightarrow B$ » abrevia a « $(A \rightarrow B) \wedge (B \rightarrow A)$ »).

Aunque en las enunciaciones menos rigurosas de los apartados precedentes se ha usado el signo «&» para la conjunción, en esa lógica hay dos conjunciones con propiedades no totalmente iguales. Por afán de rigor, aquí usaré « \wedge » para la conjunción más sencilla, la mera partícula copulativa «y». La disyunción será « \vee », sin olvidarse que son interdefinibles con ayuda de la negación, por la validez de los esquemas « $\sim \sim A \leftrightarrow A$ » y « $(A \vee B) \leftrightarrow \sim(\sim A \wedge \sim B)$ ».

Asimismo recordemos que « aA » se define como « $\sim \sim oA$ » y « $\vee A$ » como « $o \sim A$ ». « a » significa licitud o autorización; « o », obligatoriedad; « \vee », prohibición.

El símbolo « \vdash » indica que lo que sigue a la derecha se deduce de lo que precede a la izquierda; si no precede nada, indica que lo que sigue a la derecha es un teorema lógicamente demostrable. « \Box » es el símbolo de necesidad (necesidad en el sentido fuerte: metafísico o lógico). « \Rightarrow » es un símbolo secuencial, que indica que del antecedente (lo que se encuentra a su izquierda) cabe deducir lo que se encuentra a su derecha. Así el significado de la regla [PERM] (regla de permisión) es que de la indemostrabilidad de « oA » se deduce el teorema « $a \sim A$ », o sea que, a menos que se pueda probar la preceptividad de una conducta, es lícito abstenerse de la misma.

Por último, recordemos que: « α » significa el bien común, la realización o existencia del bien común; « ζ » significa la relación de causalidad; y « \mathbf{P} » significa el impedimento (un impedimento con uso de fuerza o acción material de algún modo coercitiva, o bien una acción normativamente asimilable).

[AINT] $\Box A \vdash aA$	[EQUI] $\Box(A \leftrightarrow B) \vdash oA \leftrightarrow oB$
[PERM] $\sim \vdash oA \Rightarrow a \sim A$	[SUBALT] $o(oA \rightarrow aA)$
[COLIC] $aA \wedge aB \rightarrow a(A \wedge B)$	[BC] $o\alpha$
[MPI-o] $o(A \rightarrow B) \rightarrow .aA \rightarrow B$	[MPI-a] $a(A \rightarrow B) \rightarrow .oA \rightarrow B$
[DIS-o] $o(A \wedge B) \wedge A \rightarrow oB$	[DIS-a] $a(A \wedge B) \wedge A \rightarrow aB$
[OPC-a] $a(A \vee B) \wedge \neg A \rightarrow aB$	[OPC-o] $o(A \vee B) \wedge \neg A \rightarrow oB$
[CLic] $A \zeta B \rightarrow .aA \rightarrow aB$	[IP] $A \mathbf{P} B \rightarrow .aA \rightarrow \vee B$

No olvidemos que en cada uno de esos axiomas (o, mejor dicho, esquemas axiomáticos), tiene que cumplirse el siguiente requisito: las letras «A» y «B»: o bien (1) hacen las veces de hechos contingentes de suyo y contingentes entre sí; o bien (2) representan hechos normativos, cuyas enunciaciones sean de la forma «oC» o «aC».

Con ayuda de la regla [AINT] podemos probar como teoremas los dos de permisibilidad:

[Perm-o] $oA \rightarrow aoA$ (lo cual, por *modus tollens*, equivale a: $vA \rightarrow aA$)

[Perm-a] $aA \rightarrow aaA$ (lo cual, por *modus tollens*, equivale a: $vaA \rightarrow vA$)

PARTE II

SOLUCIÓN DE LAS DIFICULTADES

Capítulo III

PRIMER CONJUNTO DE DIFICULTADES. EL TRILEMA DEL PRINCIPIO DEL BIEN COMÚN

1ª DIFICULTAD.— El insoslayable trilema del principio del bien común

La tesis esencial de esta obra es que el Derecho tiene, consustancialmente, una función de orientarse al bien común. Tal orientación puede entenderse sólo de tres maneras, por lo cual se enfrenta a un insoslayable trilema: ora (1º) la tesis es falsa, afirmando que los sistemas jurídicos reales están orientados al bien común; ora (2º) es trivial, limitándose a informarnos de que el autor opta por llamar «sistema jurídico» sólo a uno que se oriente al bien común; ora (3º) es legitimadora, viniendo a decirnos que los sistemas jurídicos reales son legítimos, puesto que —así no lo parezca— están de hecho orientados al bien común.

Para aclarar el concepto, digamos que un sistema jurídico es el conjunto de las normas o pautas en que los jueces fundan sus decisiones; alternativamente podríamos dar alguna otra definición más o menos similar.

SOLUCIÓN.—

Escapamos al trilema, pero antes hay que cuestionar la definición del Derecho.

Peca de parroquial la definición del Derecho propuesta en el enunciado de la dificultad, en el sentido de ser, no sólo parcial y estrecha, sino además referirse sólo a determinados sistemas modernos. La definición (real, no nominal) del Derecho que se ha ofrecido en la Parte I es la de constituir un sistema de normas que regulan la vida en común de los miembros de una sociedad y cuya función es el bien común de la misma. Dejando de lado (ya que es lo que se pone en tela de juicio) esa función de bien común, lo que nos queda es que se trata de un conjunto de normas que regulan la convivencia de los miembros de una sociedad.

En tal sociedad puede haber jueces y puede no haberlos. Seguramente a lo largo de la historia de la humanidad la mayoría de las sociedades han carecido de órganos específicamente jurisdiccionales. Aun la mayoría de las sociedades que han tenido jueces

carecían de la división de poderes que en la cultura moderna nos viene de Montesquieu (sin ignorar que él no se la sacó de la manga, sino que racionalizó y sistematizó una tendencia preexistente). Hasta la revolución francesa, los órganos jurisdiccionales desempeñaban también funciones gubernativas y administrativas; su producción revestía frecuentemente validez legislativa (los que en Francia se denominaban «arrêts de règlement»).

Hoy mismo la jurisprudencia viene considerada por muchos como genuina fuente del Derecho (opinión a la cual se inclina el autor de estas páginas). Por lo tanto no puede ser Derecho sólo aquello que funde las decisiones judiciales, sino que, como mínimo, también son Derecho esas mismas decisiones.

Otra dificultad adicional con el concepto de Derecho propuesto es que en muchas sociedades los fundamentos de las decisiones judiciales son secretos. Bajo la monarquía borbónica en Francia les estaba prohibido a los jueces motivar sus sentencias (aunque incumplieran a menudo esa prohibición). Además, aun en aquellos casos en que los fundamentos se hacen públicos, varía mucho el grado de explicitud de la motivación, además de que, evidentemente, hay que distinguir la motivación expresada en la sentencia de aquella que de veras ha decidido al juez a fallar como lo ha hecho. No podemos considerar que es Derecho cualquier motivación real del juez ni tampoco cualquier motivación aducida; frecuentemente los jueces se equivocan, afirmando que es Derecho algo que no lo es. Además hay muchas normas jurídicamente válidas que los jueces no citan como fundamento de sus sentencias, por una panoplia bastante amplia de causas. Si elimináramos del ordenamiento jurídico español toda norma que no viene citada como fundamento jurídico en ninguna sentencia firme y definitiva, la poda sería tremenda.

Muchas normas no les incumbe aplicarlas a los jueces, sino a los legisladores, a los gobernantes, a los funcionarios y agentes públicos y a los súbditos o ciudadanos, así como a las personas jurídicas e incluso a los Estados (normas de Derecho público internacional). El legislador está, reconocidamente, sujeto a cumplir normas constitucionales. Y quienes ejercen el poder constituyente vienen también obligados a cumplir determinadas normas, sin cuyo cumplimiento lo que produzcan carecerá de valor jurídico y no podrá aspirar a ser acatado ni obedecido.

Tenemos así un concepto muchísimo más amplio del Derecho, que rebasa, como un raudal, el angostísimo marco de aquello que los jueces aducen como fundamento jurídico de sus sentencias, lo cual constituye una pequeña porción del Derecho incluso en las sociedades donde hay una neta segregación institucional entre los poderes del estado, ciñéndose escrupulosamente el jurisdiccional a ser la boca que pronuncia la ley aplicable.

Por otro lado, también hay que deliberar sobre la noción misma de juez. ¿Quién es un juez? ¿Son jueces los que ostentan en público el rótulo de «jueces»? ¿En virtud de qué criterio traducimos como «juez» una expresión de lengua malgache, telugu, swahili, walpiri, miao, yoruba, igbo, ashanti, bambara, wolof, lingala etc?

Disponemos de dos posibles criterios. El uno es puramente descriptivo: miraremos la conducta de las comunidades donde se hablan tales idiomas absteniéndonos de cualquier

valoración y trataremos de determinar si algunos actúan de forma parecida a como suelen actuar los jueces entre nosotros y si el comportamiento respecto a ellos del resto de su sociedad es similar al comportamiento usual de la masa de nuestros compatriotas respecto a aquellos que entre nosotros ostentan en público ese rótulo o título.

Tal criterio me temo que, frecuentemente, no nos va a conducir a ninguna conclusión clara. Frente a él disponemos de otro valorativo: observamos si aquella institución de la respectiva sociedad que vamos a clasificar como jurisdiccional juega en dicha sociedad un papel positivo, aglutinando a la gente, mejorando la convivencia y coadyuvando a que los habitantes cooperen bajo una autoridad establecida con vistas a fines compartidos. Cuando su actuación sea destructiva, cuando siembren cizaña y discordia, cuando funden sus decisiones en ocurrencias, en costumbres de antaño que ya no se siguen, en preceptos que suscitan viva oposición social o en cualesquiera reglas que no conducen para nada al bien común, la decisión de traducir su título por el de «juez» suscitará dificultades.

Y es que la profesión de juez es funcional, como la de médico. ¿Quiénes son médicos? ¿Cualesquiera individuos vestidos con una bata blanca (u otro atuendo convencional) que visitan a enfermos y les prescriben la ingesta de ciertos productos o la realización de ciertas prácticas? Creo que estaremos de acuerdo en que esa definición no deslinda a los médicos de los curanderos o incluso de los hechiceros. En principio es médico el que se ocupa de sanar o aliviar las dolencias de los enfermos para devolverles la salud en la medida de lo posible. Sabemos que a lo largo de la historia y hasta fines del siglo XIX poco, poquísimos, podían hacer los médicos para cumplir su función, al paso que mucho, muchísimo de lo que hacían agravaba los padecimientos y perjudicaba a la salud. Sin embargo, como nuestro concepto es funcional, lo aplicamos a esos profesionales de antaño sólo en tanto en cuanto, por imperfectísimamente que fuera, contribuían algo a la misión que les confiaba la sociedad, la de velar por la salud corporal de la gente.

Consideraciones similares valen para otras profesiones, como las de arquitecto, piloto, profesor, vigía, limpiador, taquígrafo, vendedor. No todos los guardianes guardan ni todo lo que hacen, en el horario laboral, sirve para guardar; a menudo, sirve para lo contrario. Ni todos los pilotos llevan con éxito su nave al puerto de destino. Ni todos los limpiadores limpian. Pero no llamaremos «cuerpo de limpiadores» a uno cuya actividad sistemática y prevalente sea la de ensuciar.

Aclarado el concepto, paso a replicar al trilema:

[1º] La tesis no es falsa. No lo es por dos razones. La primera y principal es que es una tesis a la vez prescriptiva e interpretativa: en lo prescriptivo, propone un deber (jurídico) de los juristas (legisladores, jueces y demás operadores jurídicos) de tomar en consideración, no sólo las normas positivas, sino también las normas jurídico-naturales. En lo interpretativo, no se ciñe a describir (cual lo haría un sociólogo del Derecho) el quehacer de los juristas, sino que ofrece una interpretación de su tarea. Tal interpretación no puede ser forzada, teniendo, por eso, que reconocer que, en gran medida, efectivamente los sistemas jurídicos dejan de cumplir su función de servicio

al bien común. Pero, examinados desde una interpretación jurídicamente pertinente, nunca traicionan esa misión del todo —salvo aquellos casos perdidos en los que el conjunto de normas se vuelve, en su conjunto, tan nocivo para el bien común que su eficacia disminuye alarmantemente hasta el punto de que (incluso siguiendo a Kelsen), quebrada esa eficacia del sistema, éste pierde también vigencia o validez jurídica.²²⁶

Para entender mejor lo que estoy alegando hay que retrotraerse a la lógica. Mi jusnaturalismo está basado en una lógica contradictorial y gradualista, en la cual algo puede ser así y no así, lo uno y lo otro en cierta medida. Lo que la tesis sostiene no es que todos los sistemas jurídicos cumplan perfecta y cabalmente su misión de servicio al bien común, sino que, no sólo deben hacerlo sino que, además, adecuadamente interpretados, lo hacen en alguna medida, sin precisar cuál es ésta.

Lo que sostengo es que hay un umbral; aquel conjunto de prescripciones que rebasa ese umbral, traicionando demasiado su misión de bien común, se precipita en la degeneración y va dejando de ser Derecho. No es cuestión de todo o nada.

En resumen, la tesis es verdadera; salvo aquellos casos degenerados que, siendo ya socialmente inservibles, exigen venir abrogados o abandonados (en tanto en cuanto ya no son Derecho o sólo lo son en medida ínfima y claramente insuficiente para las demandas de convivencia social), todos los conjuntos de normas que regulan las sociedades deben servir al bien común y —al menos si su respectiva praxis jurídica se interpreta adecuadamente— de hecho le sirven, poco o mucho, en una u otra medida, aunque sea imperfectamente.

Cuando deja de ser así, tenemos sobrados motivos para no ver en el conjunto de normas resultante un sistema jurídico —igual que, cuando el conjunto de las prácticas de los uniformados de batas blancas que se llaman «médicos» en establecimientos que se llaman «hospitales» son perjudiciales a la salud ya no podemos decir que ese conjunto de prácticas sea un ejercicio de la medicina.

[2º] La tesis no es trivial. Está fundada la decisión de usar la palabra «Derecho» para designar sistemas de normas reguladores de la vida de los miembros de una sociedad en cuanto afecte a la convivencia y en aras del bien común. No es una mera estipulación definitoria. Es una definición real y no nominal. Es nominal una definición que se limita a determinar el uso que uno hará de la palabra o locución así definida o que lexicográficamente describe el uso que de la misma se hace en una sociedad de hablantes de cierta lengua. Es real una definición que delinea los contornos de un concepto (o que al menos proporciona algunas notas del mismo) cuando el propósito buscado es el de que tal definición describa, aunque sea idealizada o estilizadamente, las realidades que, según se suele considerar, caen bajo

²²⁶. Con relación a esos casos teratológicos o degenerados el enfoque prescriptivo es impotente y el interpretativo inapropiado.

dicho concepto. Así la definición del agua como H₂O es idealizante o estilizante, pues de hecho los trozos de materia líquidos, sólidos o gaseosos a los que comúnmente llamamos «agua» son impuras mezclas, en las que se combinan o se fusionan en una masa moléculas integradas, cada una de ellas, por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno con moléculas de composición muy distinta. El agua marina es agua. Pero el agua que llamamos «dulce» también dista de ser pura. Si en un estanque de agua dulce vertemos una botella de vinagre, la masa global sigue siendo agua; si vertemos dos botellas de vinagre también, pero un poquito menos; si vertemos mil, cien mil, un miliardo de botellas, ¿sigue siendo agua? En rigor no hay frontera, pero está claro que, rebasado cierto umbral, la masa resultante no servirá para beber, ni para regar las plantas, ni para que en ella vivan peces. (Peor todavía si, en lugar de vinagre, el líquido vertido es acetona.)

Nadie ignora que muchas masas de lo que denominamos «agua» son tan impuras que, con sobrada razón, muchos pueden rehusar calificarlas así, por exceso de barro o de inmundicias. Eso no obsta a que sea verdad que el agua es esencialmente H₂O.

Si la mayoría de los trozos de materia a los que solemos llamar «agua» no tuvieran como componente principal de la masa mezclada moléculas de dicha composición atómica, la definición de «agua» como «H₂O» sería puramente nominal y estipulativa.

¿Son la mayoría de los ordenamientos que solemos llamar «jurídicos» tan corruptos que no responden, ni siquiera imperfectísimamente, que no responden *en absoluto*, a la definición que he propuesto? ¿Son, en su conjunto, perjudiciales para el bien común o indiferentes al mismo? A tan peregrina hipótesis se oponen dos consideraciones.

La primera consideración es que los juristas, los prácticos del Derecho, siempre han tendido y tienden a no verlo así. La mirada interna de que hablaba Hart es un enfoque de la praxis jurídica que implica un sesgo valorativo. El Derecho no exige sólo describir supuestos de hecho de manera aséptica, axiológicamente neutral, anudándoles consecuencias jurídicas, sino que lo hace valorando positiva o negativamente tales supuestos de hecho. Los operadores jurídicos que aplican el precepto «El que mate a otro será castigado con pena de 15 años de presidio» a un caso en el que se ha producido un homicidio no operan como quien aplica la regla «Los guijarros que sean grises se colocarán en la caja verde». Estriba la diferencia en que subsumir una conducta en el supuesto de hecho penal es una calificación jurídica de homicidio, o sea de un hecho ilícito, disvalioso. Ahora bien, tal praxis valorativa sólo tiene sentido si el sistema de esas normas recibe también, en su conjunto, una valoración positiva (así sea imperfectísimamente y gracias a juzgarlas con un criterio sumamente laxo).

La segunda consideración es que resulta inverosímil que puedan persistir unidas sociedades regidas por sistemas de normas que no sirvan para el bien común, ni

siquiera imperfectísimamente. Una sociedad así será, sin duda, poco apta para enfrentarse a sus peligros y desafíos internos y externos; estará abocada a la ruina. De hecho el hombre es un animal social por naturaleza; y en la naturaleza todas las especies que han abrazado la modalidad de vida social, y no aislada, lo han hecho para un bien común; de no ser así, serían barridas. Tal vida social no garantiza el éxito, mas sí es una estrategia adaptativa, aunque no exenta de dificultades. Lo que no tendría sentido biológico es que una especie abrazara la vida social pero para un propósito que no fuera el bien común; poco duraría. Y las sociedades humanas no son menos frágiles, entre otras cosas porque hasta el presente todas ellas se han tenido que afrentar amenazas que provenían de otras sociedades humanas.

[3°] La tesis no es legitimadora del orden existente. Al señalar que la esencia del Derecho es la regulación normativa de la convivencia para el bien común no nos dice que los ordenamientos existentes cumplan perfecta, ni siquiera adecuadamente, esa función que les es consustancial; no nos dice que no haya contradicción entre esencia y existencia.

La vida es contradictoria; la realidad es contradictoria. Frecuentemente las cosas son como no son. Un sistema de normas que no regule en absoluto la convivencia o que no sirva en medida alguna para el bien común no será tampoco, para nada, un ordenamiento jurídico. Puede haber casos de ordenamientos que erróneamente la tradición positivista juzgó jurídicos (Kelsen atribuyó esa calificación al ordenamiento hitleriano, del que más adelante volveré a hablar); el error estribaba en usar un concepto incorrecto de lo jurídico, v.g. como conjunto de preceptos edictados por quien de hecho manda en la sociedad, valgan para lo que valgan, cualesquiera que sean su contenido y su valor. Esos casos extremos están, en cambio, excluidos de la calificación de jurídicos según el jusnaturalismo lógico o esencialismo jurídico. ¿Son muchos? ¿Son pocos? Aunque mis ejemplos son los de casos de veras extremos, podríamos acaso admitir que no fueran tan excepcionales en la historia los sistemas degenerados no merecedores de la calificación de jurídicos.

En todo caso, lejos de ser legitimador del orden existente, el esencialismo jurídico o jusnaturalismo lógico es profundamente crítico, porque desvela cómo la esencia del Derecho está en contradicción con su existencia, planteando así la tarea de superar ese conflicto reconciliando la existencia con la esencia, o sea modificando el sistema jurídico para limpiarlo de las escorias, de las normas opuestas al bien común. Y porque, hasta que se produzca esa modificación, prescribe una interpretación idealizante que tienda a, en la medida de lo posible, entender las normas vigentes en conformidad con el bien común.²²⁷

²²⁷. Una pauta hermenéutica que no se ha inventado quien esto escribe sino que viene siendo aplicada por la ciencia jurídica desde, por lo menos, la era clásica de los grandes jurisconsultos romanos bajo influencia de la filosofía estoica.

Hay que preguntarse qué legitimidad podría conferirle al Derecho realmente existente la postulación de un Derecho Natural aditivo (de unas normas jurídico-naturales, vigentes en cualquier ordenamiento, así no hayan sido promulgadas ni reconocidas, las cuales a menudo contradicen los mandamientos del poder). ¿En qué o por qué va a ser más legítimo un cúmulo de mandamientos legislativos a causa de que —aunque no lo quiera el legislador, aunque lo aborrezca y lo rechace— a ese cúmulo se le superponen o incorporan —por virtud de su propia cualidad inmanente— otros axiomas normativos válidos de suyo? Son axiomas que socavan muchas de las ordenanzas del legislador, puesto que prescriben lo contrario de lo que ellas preceptúan. ¿Es así más legítimo un sistema porque una parte de los mandamientos que lo integran se ven minados y contrarrestados?

En realidad la dificultad afectaría sólo a un jusnaturalismo sustractivo (no a uno aditivo como el mío), o sea a uno que considere los cánones jurídico-naturales como filtros que cancelen la validez de las normas positivas que les sean opuestas; y que, tras proclamarlo así, luego, en la práctica, no encuentre ni una sola norma positiva merecedora de tal cancelación. Aun así, no quedaría, de suyo, refutado ese jusnaturalismo sustractivo (que, repito, no es el mío); lo que vendría acertadamente denunciada sería la cobardía de aquel jusnaturalista sustractivo que dijera amén a todas las normas positivas, haciendo así vacua y fútil su profesión jusnaturalista.

2ª DIFICULTAD.— Ninguna norma jurídico-natural tiene relevancia jurídica

Definamos de nuevo el Derecho como se hizo en la 1ª Dificultad, como el conjunto de reglas o principios que sirven de fundamento a los jueces en sus decisiones. Los jueces invocarán siempre las fuentes oficialmente reconocidas en el sistema jurídico en el que operen pero nunca normas de Derecho Natural, que nadie ha promulgado. Carecerían de relevancia en la praxis jurídica las normas adicionales jurídico-naturales cuya existencia se afirma en la Parte I, por lo cual no está fundado el aserto de que son normas jurídicas.

SOLUCIÓN.—

En primer lugar, hay que cuestionar ese concepto de Derecho —lo cual ya hice al abordar la 1ª Dificultad.

En segundo lugar, también son Derecho los criterios que aducen para justificar sus decisiones los tribunales constitucionales, los legisladores (legisprudencia), los gobernantes y quienes se encargan del ejercicio del propio poder constituyente. Éstos últimos saben de sobra que, a menos de ajustarse a ciertos valores y principios, lo que produzcan no tendrá solidez ni, a la larga, eficacia (por lo cual, kelsenianamente, también perderá vigencia, cayendo en desuetud).

En tercer lugar, también son Derecho los valores y principios que aduce la doctrina, o sea aquellos que abrazan los jurisconsultos. Y es que —dentro de ciertos límites— también la doctrina es fuente del Derecho.²²⁸ Eso estuvo claro en el Derecho romano de la época clásica, entre el principado de Augusto y mediados del siglo IV, hasta el punto de que no sólo los dictámenes de esos grandes jurisconsultos o jurisperitos constituyeron a menudo la fuente de los rescriptos imperiales, sino que vinieron incorporados legislativamente a las compilaciones del Bajo Imperio, como el *Digesto o las Pandectas* de Justiniano. Aunque en el moderno derecho de matriz romano-germánica se excluye oficialmente a la doctrina (e incluso a la jurisprudencia) de las fuentes del Derecho, la realidad no es así, pues la doctrina influye en la jurisprudencia y en la propia legislación; no influye como una instancia extra-jurídica, sino como un fundamento jurídicamente relevante.

El art. 38.d del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia erige en una fuente del Derecho internacional público «las enseñanzas de los juspublicistas más cualificados de las diversas naciones». Las opiniones de los juspublicistas —y de cuantos cultivan una u otra rama de la ciencia jurídica— incluyen recomendaciones *de lege ferenda* fundadas en criterios, valores y principios que no siempre tienen reconocimiento enunciado en otras normas positivas; recomendaciones basadas en los fines del Estado, los principios generales del ordenamiento, los valores sociales u otros rótulos que, en el fondo, son circunloquios o eufemismos para referirse a unas normas de Derecho Natural que, bajo tal denominación, no pueden alegarse en una cultura jurídica donde domina el positivismo.

En cuarto y último lugar, no es verdad que en todos los ordenamientos jurídicos los jueces se hayan abstenido de aducir normas de Derecho Natural. En la era preconstitucional fue frecuente —sobre todo en la época de la Ilustración— alegar tales normas. Sin necesidad de remontarnos a cómo los pretores romanos justificaban sus edictos (o qué motivaciones no enunciadas podemos colegir de lo que dijeron), tenemos, v.g., el caso de los *Parlements* franceses para justificar sus *remontrances* o amonestaciones, con las cuales rehusaban registrar edictos de la Corona, siendo tal registro un requisito legal constitutivo.²²⁹

Es cierto que las cosas tendieron a cambiar al constitucionalizarse los derechos del hombre (lo cual ya hacía menos necesario invocar cánones jurídico-naturales) y, sobre todo, al disciplinarse la actuación del poder judicial, al cual los legisladores de la era constitucional han querido siempre atar corto, cercenando lo más posible su margen de actuación y castigando cualquier extralimitación.

Ello ha forzado a los jueces a no invocar abiertamente, por ese nombre, las normas de Derecho Natural; mas han seguido haciéndolo subrepticamente de siete modos:

²²⁸. En rigor, los valores no son Derecho, sino fuentes del Derecho. Lo que es Derecho es el principio de que los poderes públicos y los particulares han de actuar en aras de la realización de tales valores.

²²⁹. V. Marie-France Renoux-Zagamé, «Juger la loi au nom du droit naturel: Fondements et portée du contrôle des parlements de la Monarchie», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 28 (2010), 10-15, ISSN 1253-2177, disp. en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/juger-la-loi-au-nom-du-droit-naturel-fondements-et-portee-du-controle-des-parlements-de-la-monarchie.52716.html>, acc. 2016-10-10.

- (1) interpretando las leyes vigentes con un canon hermenéutico explícito o implícito de ajuste al valor del bien común (acudiendo, para tal exégesis, a criterios como el de entender la ley según su propósito —no el propósito del legislador, sino la razón de ser de la propia ley, o, mejor aún, la finalidad del propio ordenamiento jurídico);
- (2) interpretar las leyes aduciendo, sobre el papel, valores o principios constitucionales, sólo que entendidos de manera no ajustada (a veces ni siquiera remotamente) al tenor del texto constitucional —o sea, en definitiva, según cánones axiológicos que carecían de formulación promulgada con anterioridad a la decisión judicial respectiva;
- (3) recurriendo a otros cánones hermenéuticos, tales como la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la ley —una realidad social que no es otra cosa, en el fondo, que un imperativo de bien común según se concibe en nuestra sociedad o según el juez lo entiende—;
- (4) acudiendo —en la medida en que se lo permita una lectura, por forzada que sea, de la legislación vigente— a fuentes como la equidad o los principios generales del Derecho, metiendo de rondón cánones jurídico-naturales en aquella o en éstos;
- (5) inaplicando ciertas leyes para aplicar, en su lugar, otras, extrapolando su ámbito, en virtud de criterios axiológicos expresos o tácitos;
- (6) afirmando la existencia de un vacío legal para llenarlo acudiendo a analogías o argumentos *a sensu contrario* cuya justificación sólo puede estribar en cánones jurídico-naturales no confesados; y
- (7) invocando abstracciones como «lo exigido en un Estado de Derecho» o «el espíritu garantista de un Estado social y democrático» para crear un montón de derechos subjetivos que sólo posteriormente han sido asumidos por el legislador.

El proceder señalado en el punto (7) ha sido en Francia audazmente adoptado por el *Conseil d'État*, tribunal contencioso-administrativo supremo, el cual se ha arrogado incluso la potestad de derivar principios generales del Derecho de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, al mismo nivel que el *Conseil constitutionnel*. Entre los derechos jurídicos positivados por el *Conseil d'État* figuran: el derecho a la igualdad de los usuarios ante los servicios públicos; el principio de continuidad de tales servicios; la igualdad tributaria; la igualdad ante las cargas públicas; la igualdad de acceso de los ciudadanos a los empleos públicos; la inextraditabilidad de extranjeros en situación particularmente frágil y precaria o cuando el Estado que pide la extradición no respeta los derechos humanos; el derecho a la tramitación de las solicitudes; el derecho al recurso administrativo; la irretroactividad de los actos administrativos.

Si tanto se ha combatido ese activismo judicial ha sido precisamente porque los jueces han acudido a criterios no formulados en los textos legislativos, invocándolos de un modo u otro —como normas o valores implícitos o como cánones hermenéuticos—, criterios que (diganlo así los jueces o no) no son, en definitiva, sino corolarios del axioma del bien común o se compendian en él.

Cae por su propio peso que varía mucho la comprensión de tales criterios y del axioma del que dependen —igual que la de los preceptos expresamente enunciados en el Boletín Oficial—, según las concepciones de los jueces; en eso las normas jurídico-naturales están exactamente en la misma situación que las jurídico-positivas, no quedando exentas ni siquiera las reglas explícitas (para acudir, por una vez, al distingo de Dworkin entre reglas y principios), ya que son frecuentísimos los casos de jurisprudencia *contra legem*.

Pero ha habido un país en el cual el activismo judicial se ha realizado no pocas veces invocando explícitamente el Derecho Natural: los EE.UU. Han corrido ríos de tinta con la polémica sobre esas invocaciones jusnaturalistas de los jueces —especialmente las más decisivas, que son las de los magistrados del Tribunal Supremo. Unas veces se han deplorado. Otras se han alabado. Es triste, pero inevitable, que, cuando los jueces jusnaturalistas y activistas han sido de tendencia liberal, los conservadores les han opuesto pautas rigurosamente juspositivistas, y viceversa: cuando ese activismo judicial jusnaturalista ha provenido de jueces conservadores, han sido los liberales quienes se han aferrado a esquemas positivistas. La polémica se ha cruzado con la más general sobre el activismo judicial y el llamado «gobierno de los jueces», no faltando en el campo conservador quienes —como Robert Bork— lo han recusado (y, junto con él, han rechazado la invocación forense de principios jusnaturalistas) aunque provengan de su mismo bando ideológico, por una posición de principio. Pero Bork es excepcional en eso. A menudo ha reinado el oportunismo, alineándose un jurista en el jusnaturalismo o en el juspositivismo no sólo según su convicción doctrinal auténtica, sino en parte también según las conveniencias de propulsar o frenar el activismo judicial.²³⁰

Esa práctica judicial puede ser más disimulada en otros países y más desembozada en Norteamérica. Nadie niega que se da. Lo que pasa es que los juristas positivistas la condenan, al paso que algunos jusnaturalistas la defienden; pero no todos, puesto que puede haber jusnaturalistas adversarios del activismo judicial. (Por otro lado, mi propio jusnaturalismo difiere de las doctrinas del mismo signo con predicamento en el mundo anglosajón en no hacer de los jueces los destinatarios preferentes del deber de guiarse por normas jurídico-naturales, concibiéndolas, antes bien, como normas vinculantes para todos: habitantes del territorio en general, jueces, gobernantes y, sobre todo, legisladores.)

De lo cual se desprende que, según funciona el Derecho, sí encuentran en él exequibilidad cánones jurídico-naturales, invocados como tales o bien con circunloquios. Para el juspositivista esa práctica será espuria, no genuinamente jurídica, contaminada o ilícita. Mas, al opinar así, es él quien está oponiendo la praxis jurídica que es la que debe ser; ésta sería positivista, pero la que existe realmente no es estrictamente positivista, ni mucho menos.

²³⁰ Entre la bibliografía oportuna figuran las obras de Robert H. Bork, William Bentley Ball, Paul Moreno, Hadley Arkes, Russell Hittinger y Russell Kirk citadas al final de este trabajo.

3ª DIFICULTAD.— Necesidad de distinguir entre lo prohibido *prima facie* y lo prohibido *habida cuenta de todo*

Se ha defendido en la Parte I de este libro el principio de permisión (2ª regla de inferencia del apartado 9.1 del capítulo II y §12 del mismo capítulo), o sea el de que lo no prohibido está permitido. Tal principio puede valer siempre que se distinga entre lo prohibido *prima facie* y lo prohibido *habida cuenta de todo*. En el Derecho sancionador existe un principio de cierre por el cual lo no expresamente prohibido no está prohibido, o sea es lícito; pero no así en otras ramas del ordenamiento; en éstas la mera no prohibición enunciada en el texto legal (falta de prohibición *prima facie*) no conlleva que la conducta o el hecho en cuestión vaya a estar exento de prohibición una vez que se tiene todo en cuenta. Hay prohibiciones que no corresponden a reglas establecidas.

SOLUCIÓN.—

Cuando hablo de lo prohibido y lo lícito sólo me refiero a situaciones jurídicas, no a normas generales. Lo que generalmente determina que esté prohibida una situación (conducta o hecho) no es que tal situación concreta y singular venga declarada en la norma jurídica general como ilícita (rara vez sucederá así) sino una combinación de las normas generales con supuestos de hecho.

Eso sucede también en el propio Derecho sancionador. El mismo Código Penal contiene muchas leyes penales en blanco, que tipifican como delito conductas condicionadamente a que caigan o no bajo pronunciamientos de autoridades infralegislativas o incluso dictámenes de comisiones técnicas. (Así está tipificado como comercio ilícito el despacho de productos que enumere [en subjuntivo] una comisión internacional de expertos catalogándolos como drogas, aunque no existe criterio científico alguno para tal catalogación, que se hace caso por caso.) Y, a la postre lo que determina que una conducta sea delictiva no es el mero texto del Código Penal, sino, junto a él, la concurrencia de conductas del acusado y de los demás, como la inexistencia o insuficiencia de causas de exoneración penal.

En toda la Parte I se ha manejado el concepto de lo prohibido o ilícito como referido a situaciones y, por lo tanto, lo prohibido *habida cuenta de todo*. Internamente no hay dualidad alguna de sentidos. Siendo ajena al texto la confusión, sólo puede provenir de la creencia (en autores como los seguidores de la doctrina de Alchourrón y Bulygin) de que las obligaciones existentes en un ordenamiento jurídico son las oraciones que, con métodos deductivos (y aplicando una lógica deóntica estándar), se demuestran como pertenecientes al sistema de normas, sin aducir premisas fácticas (aparte de que en la lógica deóntica estándar no cabe extraer ninguna conclusión deóntica más que de puras premisas deónticas, siendo siempre inesenciales las premisas fácticas).

En la lógica nomológica existe el *modus ponens* deóntico, por el cual de la preceptividad de que, en la medida en que se realice un supuesto de hecho A, se siga una consecuencia jurídica B, más la premisa fáctica de que A ha tenido lugar, se desprende que B es preceptivo. Si B es la negación de C, eso significa que la prohibición condicional de C en el supuesto A, más el hecho de que A, acarrea la prohibición efectiva de C. La crítica a enfoques como los de Alchourrón y Bulygin nos descarga de cualquier necesidad de acudir a distinciones como ése de lo prohibido *prima facie* y lo prohibido *cuenta habida de todo*.

No hay tal *prohibido prima facie*. Se da, ciertamente, aquello que, por inadvertencia o ignorancia, alguien, equivocadamente, puede reputar no prohibido cuando, en realidad, sí lo está. Y también se da aquello que, de nuevo por ignorancia o impericia lógica, alguien puede, erróneamente, considerar prohibido, cuando en realidad es lícito. Gracias a la regla de permisión ninguna no-prohibición es indemostrable: cuando no se prueba la prohibición, cabe inferir la licitud de la conducta.

En suma, una vez que usamos una lógica nomológica idónea, esfúmase cualquier motivo para hablar de *obligatorio prima facie*, *lícito prima facie* o *prohibido prima facie* (como de *próspero prima facie*, *fértil prima facie*, *estéril prima facie*, *sano prima facie* o *enfermo prima facie*). Toda esa jerga de la «*prima facie*» es prescindible en un tratamiento racional y riguroso. (V. *infra*, Anejo N° 3 del capítulo VIII.)

4ª DIFICULTAD.— Razón para mantener los distinguos conceptuales de Hohfeld

De «A alguien, N, le está permitido hacer X» no se puede deducir «N tiene derecho a hacer X». La conclusión implica que la realización de X por N está protegida. Pero justamente hay que traer a colación los distinguos de Hohfeld. El principal distinguo de Hohfeld es el que opone los derechos a los meros privilegios. Un derecho no es meramente la licitud de algo o la no-obligación de la negación de ese algo, sino que es el correlativo de un deber ajeno; lo que es mera negación de obligación de no-A es el privilegio de hacer A. Aplicando ese útil distinguo, podemos decir que el que a N le esté permitido X no comporta para los demás obligación alguna de no impedirle X. Así, a un individuo le está permitido sentarse en el banco, pero otro puede impedirse, sentándose antes que él.

SOLUCIÓN.—

En ensayos previos sometí a crítica los artificiales distinguos de Hohfeld, frente a los cuales enuncié varias objeciones.²³¹ No voy ahora a reproducir todas mis objeciones a esos distinguos, pero sí recordar, muy someramente, algunas de ellas.

²³¹. V. «Lecturas filosófico-jurídicas: Ejercicios didácticos», acc. en hdl.handle.net/10261/15158.

En primer lugar, desde la óptica metodológica adoptada en la Parte I, sólo es admisible un tratamiento del Derecho cuando es formalizable y axiomatizable, aunque sea rudimentariamente. Para adquirir credenciales de aceptabilidad un manejo de distingos como el de Hohfeld —o cualquier otro elaborado siguiendo sus pasos— habrá menester de ofrecer alguna formalización de los operadores diferenciados (el de mero permiso o licitud, el de derecho), junto con un arsenal de axiomas, todo ello dentro de un sistema manejable (no uno, p.ej., de mil axiomas).

En segundo lugar, es menester un criterio para saber cuándo los textos legislativos o jurisdiccionales que dicen «derecho» o «lícito» han de traducirse al lenguaje formalizado de la teoría hohfeldiana o neohohfeldiana por uno de los términos técnicos adoptados en la misma.

En tercer lugar, hace falta una justificación de ese criterio, o sea, no sólo un análisis de cómo, efectivamente, en la praxis jurídica se hace el distingo —aunque no siempre con el rigor de las palabras—, sino que tiene que hacerse por los inconvenientes que tendría confundir lo uno con lo otro. Dicho de otro modo, hay que mostrar cuán mal funciona un sistema normativo sin tales distingos y cuán mejor funciona uno con los distingos.

En cuarto lugar, puesto que la introducción de esos distingos vulnera el postulado metodológico de Quine de la economía conceptual (él la llama «ideológica»), es preciso probar que esa multiplicación de conceptos ofrece en su conjunto una teoría más clara, más elegante, más explicativa, más fértil que otra dotada de mayor simplicidad conceptual.

En quinto lugar, admitir con Hohfeld que hay conductas no-prohibidas tales que a los demás les es lícito impedirlos²³² significa que el Estado no cumple ni siquiera el más elemental de sus deberes, que es el de proteger contra agresiones ajenas a los habitantes de aquel territorio en el cual ejerce su soberanía —la misión del Estado hobbesiano. Si nada prueba que esté prohibido llevar pantalones de color morado pero alguien nos lo impide (arrojándonos tinte, poniéndonos zancadillas, acorralándonos o amenazándonos con represalias), entonces, de ser lícito ese impedimento ajeno, el ordenamiento jurídico no sirve para nada.

En sexto y último lugar, hay que probar que con tales distingos salen ganando la jurisprudencia y la doctrina jurídica; que los mismos son útiles a los abogados, a los registradores, a los notarios, a los jueces, a los científicos del Derecho en cualquier campo.

Una teoría hohfeldiana es de torpe manejo, carece de reglas claras y no arbitrarias de traducción o formalización, se enfrasca en complicaciones enrevesadas e inútiles y sólo se basa en una lexicografía jurídica muy apegada a textos tradicionales de la *common law*, sin, no obstante, ofrecer instrumentos conceptuales válidos para la praxis jurídica de esa *common law*. Las referencias a tales distingos en la jurisprudencia o la doctrina son esporádicas y oportunistas.

²³². Impedirlos en el auténtico sentido de la palabra, equivalente al inglés *to thwart, to prevent, to hinder, to block*, o sea: estorbar, obstaculizar, bloquear, forzar a que no se realice la acción.

Para el asunto planteado en esta dificultad, no hace falta ninguna el artificial distingo hohfeldiano, porque todo lo permitido es un derecho y a los demás les está prohibido impedirlo.

Hay que entender el concepto de «impedir». En diversos trabajos precedentes lo he querido aclarar, aunque a menudo me he abstenido de repetir la aclaración. Impedir una conducta ajena es ejercer violencia, coacción o fuerza en las cosas que haga imposible o difícil esa conducta; por extensión hay comportamientos impeditivos que no son violentos, ni amenazantes, ni de fuerza, pero que, por las circunstancias, vienen a equivaler, en mayor o menor medida, a hechos de violencia o de fuerza. Así, algunas omisiones pueden considerarse impedimentos, en este sentido; v.g. privar de agua a un detenido; o interponer una demanda judicial infundada; ni la omisión de aportar agua ni la presentación del escrito de demanda son actos violentos, pero, por el contexto, sí lo son. (La omisión lo es porque el detenido está encerrado por la fuerza; la demanda, porque pide la intervención de la potencia coercitiva del poder público.)

El concepto de impedimento tiene una base fiscalista, pero —como tantos otros conceptos que el Derecho toma de la realidad natural— adquiere un perfil específicamente jurídico por la agregación de notas normativas. Eso no significa que sea impedimento lo que el Derecho diga que es impedimento; pero sí es verdad que no basta la pulcra descripción fiscalista para calificar jurídicamente a un comportamiento (activo u omisivo) de impedimento.

Adelantarse lícitamente a otro en el disfrute de un bien no es impedirle nada. Y es que no es verdad que a cada uno le está permitido sentarse en el banco del parque. No es verdad eso porque, de ser verdad, lo sería incondicionalmente. Y no está incondicionalmente permitido a nadie sentarse en ese banco. Sólo le está permitido cuando ningún otro está allí sentado.

Para poner otro ejemplo que a veces sale a relucir en esta discusión: a nadie le está (incondicionalmente) permitido acceder a la cátedra de química de la Universidad de Almería; a lo sumo le estará permitido concursar a la misma; y le estará permitido, si es válidamente seleccionado por el tribunal del concurso, acceder a la cátedra. Por lo tanto otro, que, en vez de él, sea seleccionado no le está impidiendo nada.

Cierto que en un habla coloquial podemos decir que le está permitido acceder a la cátedra o que tiene derecho a ello. Pero sobrentendemos una licitud condicional.

No vale replicar que, si cuanto no está prohibido está permitido, entonces a cualquiera le es lícito sentarse en el banco, porque —según ya se ha aclarado más arriba— el ordenamiento sí prohíbe a cualquiera sentarse en el banco cuando otro está sentado en él (hacerlo sería una acción agresiva, aunque leve). Lo no-prohibido no es sólo aquello que podemos demostrar no-prohibido estudiando las normas vigentes y sin atender a la realidad, toda vez que el *modus ponens* deóntico nos faculta para extraer conclusiones normativas de un conjunto de premisas algunas de las cuales son normativas y otras fácticas.

5ª DIFICULTAD.— Necesidad de la regla de cierre lógico

La lógica nomológica rechaza la regla de cierre lógico, o sea aquella que afirma que las consecuencias lógicas de hechos obligatorios son también hechos obligatorios. Pero aquí hay que hacer un distinguo. Un caso es (1) el de aquellas consecuencias que se derivan de una norma más alguna descripción de hecho; y otro caso es (2) el de las consecuencias que sólo se derivan de la norma sin premisas adicionales. Cabe admitir que en el caso (1) se descarte la regla de cierre lógico, como ya hizo Kelsen; mas en el caso (2) no podemos hacerlo. En efecto, si está prohibido matar, está prohibido matar los miércoles y está prohibido matar envenenando.

SOLUCIÓN.—

Estoy en desacuerdo con las dos partes de lo enunciado en la dificultad, si bien —por otra vía inferencial— concuerdo en el aserto de que, si está prohibido matar, está prohibido matar los miércoles —y demás casos similares.

La primera parte de la dificultad excluye aquella variante de la regla de cierre lógico en la cual la conclusión se alcanzaría a partir de premisas deónticas haciendo intervenir también datos fácticos. Pues bien, justamente: (1) ni creo que eso lo rechazara Kelsen (al revés, lo aceptaba, sólo que, con sobrada razón, se percataba de que tal inferencia era imposible en las lógicas deónticas que él conoció); (2) ni pienso que esté mal, sino que, justamente, es correcto inferir consecuencias deónticas de premisas deónticas cuando se agregan premisas o supuestos fácticos.

Tal es el caso del principio de consecuencia jurídica o *modus ponens* deóntico: de «Es obligatorio que, si A, entonces B» más la premisa fáctica A, se deduce «Es obligatorio que B». (Kelsen, con gran perspicacia, advirtió que para hacerlo no bastaba el *modus ponens* del cálculo sentencial; es menester un especial *modus ponens* deóntico, que desplaza el operador de preceptividad a la apódosis; él no lo conoció.)

Si estoy en desacuerdo con esa parte de lo enunciado en la dificultad, no menos lo estoy con la otra parte, la que defiende la regla de cierre en los casos en los que no haya que acudir a ningún dato fáctico o extralógico. Eso significaría que serían válidas las dos reglas de simplificación deóntica (Si es preceptivo A-y-B, es preceptivo A; similarmente: Si es lícito A-y-B, es lícito A) y de adición deóntica (Si es preceptivo A, entonces es preceptivo A-o-B; y, Si es lícito A, entonces es lícito A-o-B).

En el apartado 9.4.4 del Capítulo II he refutado esas reglas de la lógica deóntica estándar, mostrando sus consecuencias absurdas y deletéreas. Así, p.ej., la obligación del profesor de leer los exámenes y entregar las notas en secretaría antes del 1 de junio implicaría su obligación de entregar las notas, aunque no hubiera leído los exámenes; y la obligación de recibir a los alumnos implicaría la de recibirlos o darles una paliza. Asimismo el derecho del

legatario a adquirir la propiedad de la masía y dar de comer a los gatos —según la manda del testador— implicaría su derecho a quedarse con la masía, punto —aunque no diera de comer a los gatos del difunto.

El ejemplo que se aduce en el enunciado de la dificultad no es en absoluto un caso que sirva para justificar la regla de cierre. Es verdad que, si admitimos la regla de cierre, podremos inferir de la prohibición de A la prohibición de A-y-B (sea B lo que fuere); en nuestro caso, podemos inferir de la prohibición de matar, la prohibición de matar y que sea miércoles (y también la prohibición de matar y que la Giralda esté en Sevilla). Pero, si asumir la regla de cierre es condición suficiente para validar tal inferencia, no es condición necesaria.

En primer lugar la lógica nomológica, sin regla de cierre, también la válida. Para ello acude al principio de distribución deóntica, que dice que, en la medida en que sea lícito que Anastasio mate y sea miércoles y en que, de hecho, sea miércoles, será lícito que Anastasio mate; de donde, por *modus tollens* y otros pasos elementales, se infiere que, siendo miércoles, entonces, si está prohibido que Anastasio mate, lo está también que Anastasio mate y sea miércoles; o sea, está prohibido que mate hoy, miércoles (e igual para cualquier otro día de la semana).²³³

De todos modos, resulta rebuscado e innecesario ese recorrido inferencial. Hay otro mucho más sencillo. Matar un miércoles es matar; matar envenenando es matar. Está prohibida cualquier acción de matar (no «matar» en abstracto, sino cualquier conducta letal). Quien mata un miércoles no vulnera ninguna prohibición especial de matar en miércoles; vulnera simplemente la prohibición de matar. Quien mata un miércoles a alguien, no realiza dos hechos, uno el de matarlo y otro el de matarlo en miércoles. Ese único hecho es ilícito, no por ser un matar en miércoles, sino por ser un matar. Similarmente, el que viola a una rubia no comete dos fechorías: la una, violar a una fémina y la otra, violar a una rubia; perpetra una sola conducta delictiva, violar a una fémina (sea rubia o morena).

Suponer que el hecho de que Anastasio mate a Leocadio es uno y el de que lo mate un miércoles es otro implica postular una multiplicación de estados de cosas que tendrían —en la misma medida— exactamente las mismas causas, los mismos efectos y la misma ubicación espacio-temporal. Cada una de nuestras acciones se descompondría en una infinidad de conductas.

El homicida no puede alegar que, si bien su acción de matar ha sido ilícita, no lo ha sido su acción de matar en miércoles, porque para nada ha habido dos acciones diversas, sino sólo una.

²³³. Concedo, no obstante, que el principio de distribución deóntica de la lógica nomológica no permite deducir, a partir de la premisa de que a Anastasio le está prohibido matar, la conclusión de que le está prohibido matar y que sea miércoles salvo añadiendo una premisa: que de hecho es miércoles. ¿Qué pasa si mata en jueves? Entonces concluimos que le está prohibido matar siendo jueves. ¿Quiere eso decir que le hubiera estado permitido matar de haber sido miércoles? No, claro, porque, en esa hipótesis contrafáctica, sería verdadera la premisa «Es miércoles».

6ª DIFICULTAD.— Ninguna especie tiene que reconocerse preferencia a sí misma

En el apartado 11.2 del capítulo II se ha afirmado que cualquier especie se concede preferencia a sí misma y que nosotros, los humanos, reconocemos preferencia a los humanos por ser humanos. Pero no es así. Podemos reconocerles preferencia por su mayor capacidad racional u otras capacidades. Tal preferencia no es un relativismo de especie, no es especismo. Lo sería si les rehusáramos idéntica preferencia a otros seres que halláramos con esas capacidades (u otras relevantemente similares).

SOLUCIÓN.—

En primer lugar, reafirmo que cada especie se reconoce primacía a sí misma. Las hormigas van a lo suyo, a hacer su vida, a construir sus hormigueros, procurarse el alimento, reproducirse, perpetuarse y, en lo posible, vivir mejor, sin preocuparse de sí, al actuar así, causan daño a otras especies. Ni las medusas, ni los cangrejos, ni los tiburones, ni los antílopes paran mientes en los efectos negativos que su vida puede acarrear para especies diferentes. No porque se consideren superiores, sino porque son lo que son y la naturaleza no les ha impuesto deber alguno de cuidar a otras especies.

Los humanos tenemos capacidad de preocuparnos por otras especies y recientemente hemos empezado a hacerlo (o, mejor, estamos empezando). Pero sin desmedro de la preferencia por los humanos. No porque seamos superiores. Lo somos en unas cosas sí y en otras no. Volamos peor que las golondrinas. Nadamos peor que los patos o que los peces. No tenemos la belleza de los gatos ni los hermosos colores del pavo real ni el atractivo canto de los canarios. En algunas cosas nos aventajan los castores, en otras las termitas, y así sucesivamente. Nosotros aventajamos a todos ellos en determinadas facetas y, siendo humanos, valoramos más tales facetas. Es posible que en la escala objetiva de valores efectivamente aquellas facetas en las que sobresalimos nosotros sean axiológicamente preeminentes, pero, sea así o no, nuestra preferencia por los humanos no depende de eso. Incluso muchos vegetarianos admitimos la alimentación de poblaciones humanas a expensas de peces, de aves, de crustáceos, de otros mamíferos únicamente porque somos humanos y ellos también (y lo necesitan, no es por mero gusto).

Similarmente cada uno da preferencia a sus familiares, no porque su familia sea mejor o superior, sino porque es la suya, porque son los suyos. Evidentemente, las reglas de tal preferencia entre humanos no son las mismas que con respecto a no humanos; pero, de nuevo, no por nuestra superioridad abstracta sino porque somos humanos y, por consiguiente (como lo vio el gran internacionalista francés de la escuela solidarista Georges Scelle), tenemos una obligación biológica hacia los demás humanos.

Tal obligación se extiende a los humanos carentes de esas capacidades distintivamente humanas (como poder hacer raíces cuadradas), aquellos que aún no las tienen o ya las han perdido o jamás las tendrán. Son seres vivos de la especie humana; son hermanos nuestros de

la común familia humana. Es ése el único fundamento de nuestro deber para con ellos, independientemente de cuán listos o tontos sean.

Tampoco estoy de acuerdo en que —en la inverosímil hipótesis de que un día los halláramos— tendríamos, con relación a otros seres con capacidades similares a las de los humanos, obligaciones iguales a las que tenemos hacia nuestros hermanos de especie.

Imaginemos que, aunque sea a distancia, llegamos algún día a saber de extraterrestres que compongan música como la de Vivaldi y Haendel, pinten cuadros como los de Murillo, escriban novelas como las de Tolstoi o poesías como las de Béquier, erijan edificios como Santa Sofía de Constantinopla o San Lorenzo del Escorial, construyan obras como el Canal de Suez o el Viaducto Millau e ideen sistemas filosóficos como los de Leibniz y Hegel. Tales extraterrestres no merecerían nuestra solidaridad como la merecen los humanos. La solidaridad está basada en la hermandad; y con esos seres no tendríamos hermandad alguna (ni siquiera aquella que tenemos con todos los seres vivos de nuestro planeta, pues todos ellos son parientes nuestros).

Para con los ángeles podemos tener reverencia mas no solidaridad (ni nos la han pedido ni les sirve de nada). Y es que, de nuevo, igual que el deber de cada uno de solidaridad con sus familiares no se basa en que sean mejores, sino en que son los suyos, el deber humano de solidaridad fraterna de unos con otros se funda exclusivamente en la comunidad biológica, nada más que en eso.

7ª DIFICULTAD.— Las aportaciones del juspositivismo a la fundamentación de los derechos humanos

El §15 del capítulo II afirma que no está demostrada la aportación doctrinal del juspositivismo a la fundamentación de los derechos humanos, sino sólo aportaciones individuales. Ahora bien, es que únicamente pueden darse aportaciones individuales. La doctrina en sí del juspositivismo, como la doctrina en sí del jusnaturalismo, no hacen nada a favor de los derechos humanos.

SOLUCIÓN.—

Lo que afirmo es que, a título individual, algunos positivistas han hecho aportaciones, no a la fundamentación de los derechos humanos, sino a su reconocimiento o a su defensa, mientras que el jusnaturalismo sí ha servido, como doctrina, de matriz para la fundamentación de tales derechos. Se han basado explícitamente en tesis jusnaturalistas las grandes declaraciones de derechos naturales del hombre —desde la versallesa del 26 de agosto de 1789 y las también francesas de 1793, 1848 y 1946 así como la española de 1873 hasta la universal de las NN.UU. de 1948—.

En particular, aunque en la Declaración de 1848 hubo que omitir una introducción jusfilosófica porque no se habría podido consensuar, viene comúnmente aceptada (según se desprende del propio tenor del texto y del estudio del *iter* preparatorio) la inspiración jusnaturalista del documento, la cual, además, está clara en el pensamiento de varios de sus principales redactores.

Por el contrario no ha habido ni podía haber fundamentación alguna de los derechos del hombre desde el juspositivismo, pues éste sólo puede fundamentar unos derechos reconocidos en el ordenamiento basándolos en otros igualmente reconocidos, pero nunca justificar la agregación de nuevos derechos no previamente reconocidos.

Las aportaciones individuales de varios juristas de obediencia positivista a los derechos fundamentales no lo han sido a su justificación ni a su fundamentación, sino a su inclusión en los textos constitucionales u otros textos legales o jurisprudenciales, lo cual es enteramente distinto.

En uso de su potestad legiferante, movidos por su ideología extrajurídica, esos positivistas han realizado un acto de voluntad, mandando (o co-mandando) que se escriba el reconocimiento de tales derechos en un texto sometido a su aprobación. El móvil subjetivo de ese acto de voluntad puede haber consistido en sus convicciones morales o en el sentir de la opinión pública o en la pura decisión.

En cambio, los jusnaturalistas autores e inspiradores de los grandes textos citados y de otros similares sí se han basado en sus doctrinas sobre la vigencia jurídica de normas no promulgadas, «normas que valen, no en virtud de provenir de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes», para decirlo con las ya citadas palabras de Max Weber.

8ª DIFICULTAD.— No todo lo inicuo es disparatado: El Derecho nazi

En el §4 del capítulo II se sostiene que la alternativa al bien común es el disparate, o sea la irracionalidad, equiparando así racionalidad con enderezamiento al bien común. Eso acarrea que los sistemas jurídicos profundamente injustos carecen de lógica. No es así: el Derecho nazi poseía una lógica interna; y lo propio le sucedía al del Apartheid sudafricano. No todo lo inicuo es disparatado.

SOLUCIÓN.—

Antes de entrar en el fondo del problema planteado en esta dificultad, empiezo por aclarar que —en el §4 del capítulo I— me he permitido usar el adjetivo «disparatado» de modo ambivalente o polisémico, puesto que, si, de un lado, lo empleo en la acepción recogida por el DRAE, de otro lado me tomo la licencia de connotar también una acepción que puede verse como galicismo o anglicismo —aunque procede del latín «disparatus», que significa «separado,

disperso»—, o sea en un sentido de *abigarrado*, *heteróclito*. Justamente cuando está faltando un valor o una finalidad aglutinante que brinde una razón suficiente para el sistema de normas, éstas se amontonan por antojo del legislador exonerado de cualquier necesidad de justificación.²³⁴

Frente a una legislación disparatada, es, en cambio, racional un conjunto de reglas, cánones o pautas que se acoplen armónicamente entre sí en aras de la realización de uno o varios fines o valores.

En pura teoría podría tratarse de cualesquiera fines o valores. Pero para regular la vida de una pluralidad abigarrada de individuos que forman una sociedad, es difícil o imposible hallar una alternativa al valor del bien común que sea igual de aglutinante o cohesionante.

Si es una sociedad de artistas, entendemos que el bien común es la realización de obras de arte que sean estéticamente valorables de modo positivo. Si es una sociedad de ladrones, el bien común será la realización de proficuos robos que enriquezcan a la sociedad y a sus miembros (pues sin el beneficio de los miembros no hay bien común, sino sólo bien para quienes dirijan la sociedad y gestionen su patrimonio). Si es una horda de bárbaros (los godos de Alarico, los hunos de Atila, los vándalos de Genserico, los mongoles de Gengis Kan o de Tamorlán), el bien común es el botín, pero también la gloria del ejercicio de su poder destructivo, arrasando y devastando.

Aunque mi argumento no ofrece ninguna prueba de que los fines de una sociedad hayan de cifrarse en el bien común, pienso que, por abducción, podemos concluir que así es. ¿Qué otra finalidad o conjunto de finalidades podrían dar sentido («lógica interna») a un sistema de normas de manera que el sistema resultara estable y resistente y que la sociedad regida por él mantuviera su unidad y pudiera prosperar? (En realidad ya esa prosperidad es impensable sin el bien común.)

¿Tiene lógica interna un conjunto de prescripciones que no persiga la realización de ninguna finalidad ni conjunto de finalidades? Entiendo que está bastante claro que, a falta de unas metas unificantes, lo que se tendrá será un caprichoso haz de prescripciones sin ton ni son.

Si cualquier sistema normativo está enderezado a una finalidad o conjunto (armónico) de finalidades y si difícilmente imaginamos una finalidad aglutinante que no sea el bien común (que sea ajena o indiferente al bien común), entonces no puede ser racional, no puede tener lógica interna un sistema normativo más que en la medida en que cumpla esa función esencial de enderezarse al bien común. Eso sí, tal medida puede ser mayor o menor; cuanto mayor sea,

²³⁴. Esa licencia de legislar arbitrariamente no sólo se la arrojan los regímenes autocráticos, sino que es también un dogma de los democráticos, en los cuales la filosofía política dominante concede a los miembros electos de las asambleas legisladoras patente de corso para edictar lo que les dé la gana, sin tener que justificar nada, so pretexto de que gozan de la confianza del electorado y que ya rendirán cuentas ante éste al presentarse a los siguientes comicios, equis años después. Por su parte los electores tampoco tienen que motivar su voto, pudiendo escoger, porque sí, la papeleta que les plazca. Muy otro es el modelo de la democracia justificativa que he propuesto en (Peña, 2009a).

más racionalidad tendrá el sistema. Una ley, o dos o tres o cincuenta que no sean beneficiosas para el bien común rebajan el grado de racionalidad del sistema. Cuando la mayoría de las leyes son sumamente perjudiciales al bien común, la racionalidad se ha extinguido.

Para hacer más persuasiva la dificultad, propondré de ella esta lectura: un sistema de normas puede, sin dejar de ser racional, tender al bien común de una minoría privilegiada o incluso de una mayoría excluyente. Quizá es eso lo que quiere decirse en el enunciado de la dificultad, al referirse a hechos como los de la Alemania nacionalsocialista y la Suráfrica del Apartheid. Podemos decir que, en ambos casos, se perseguía el bien común, pero no el de la sociedad en su conjunto, sino el de una parte de la misma, los arios, en el caso del III Reich y los blancos en el caso surafricano. Al fin y al cabo las hordas germánicas que invadieron España en el siglo V no buscaban el bien común de los españoles, sino el suyo propio, que no se cifraba sólo en saquear, sino también en masacrar a la población hispanorromana y en derruir y asolar sus ciudades y campos. Sin embargo su sistema de normas tenía una lógica interna, igual que el de una organización mafiosa (al menos en la medida en que se establecieran pautas de reparto del botín beneficiosas para todos los miembros de la tribu, aunque fueran más ventajosas para unos que para otros).

Sin duda podemos entender así el sentido de un régimen como el III Reich o el Apartheid surafricano. No aspiraban al bien del pueblo alemán, en su conjunto, ni al del pueblo surafricano, sino al bien de la raza superior privilegiada, la raza aria en un caso y la blanca en el otro.

De suceder las cosas de ese modo, se podría objetar que ese bien común particular ha de subordinarse al bien común general. De todos modos esa lectura de lo que significaron ambos regímenes se enfrenta a dificultades. Limitémonos al caso de la Alemania hitleriana.

ANEJO

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA ALEMANIA HITLERIANA

La propaganda del régimen nacionalsocialista identificó abusivamente al pueblo alemán con la parte de la población de pura raza aria germánica. Tal identificación era absolutamente arbitraria por no basarse en ningún principio racional. Operada la exclusión de los hebreos porque sí (o sobre la base de falacias y embustes totalmente irracionales), surgían tres problemas: el primero era el de hallar un criterio de demarcación entre arios y no arios; el segundo el de justificar la exclusión; el tercero, el de conseguir, mediante esa exclusión, un mayor bien de la raza aria. A menos que tuviera éxito en esos tres cometidos, el régimen no podía hacer gala de lógica alguna, ni siquiera interna.

Fracasó en los tres cometidos. Fracasó en lo primero, puesto que la demarcación tuvo que hacerse antojadizamente, mezclando —sin ton ni son— criterios raciales²³⁵ y religiosos, acudiendo para ello al amparo de una religión (la cristiana) que los ideólogos nietzscheanos

²³⁵. Pseudorraciales, para ser más verídicos.

del régimen abominaban como propia de una moral de esclavos, con sus ideas de benignidad, mansedumbre, compasión por los débiles y afligidos, al paso que la paupérrima ideología hitleriana (en la cual me explayo más abajo) se circunscribía a una exaltación de los fuertes y al imperativo de sumisión y exterminación de los débiles.

Fracasó en lo segundo, toda vez que jamás fue posible enunciar razón convincente alguna para tal exclusión. Es más, tradújose en nuevas irracionalidades la principal justificación aducida, la superioridad racial de los arios sobre los no arios.²³⁶ Si los arios eran superiores, raza fuerte, vigorosa, pujante, no podían tolerar en su seno a los que, arios por la cuna, eran débiles, o mulatos (es conocido el infortunio de los miles de alemanes de padre o madre negros),²³⁷ o enfermos. (Un poco más abajo volveré sobre este extremo, absolutamente esencial.) Llovieron así las condenas masivas de muerte (cuya irracionalidad misma determinó que, para adoptar y ejecutar tales masacres de segmentos de la población aria, no se siguieran las vías legales).²³⁸ Estalló una lucha a muerte entre los diversos grupos y capos del régimen, cada uno de los cuales pretendía monopolizar el privilegio de ser ario-ario. Ello condujo al caos, a la desorganización, a la traición y a la indisciplina (en un poder que había exaltado la disciplina y la obediencia hasta el máximo).

Finalmente, fracasó en lo tercero. Tales masacres y exclusiones no reportaron utilidad alguna a los propios arios (aunque hubiera una minoría de ellos que, transitoriamente, hiciera su agosto con la política de arianización de negocios cuyos anteriores titulares habían sido originariamente israelitas).²³⁹

²³⁶. En verdad, se suministró también otra explicación: la maldad innata de los hebreos, raza perversa, degenerada y parásita. Sin embargo, aunque el racismo hitleriano se cebó, con particular saña, en los individuos de origen israelita, también implicó, no sólo un brutal ataque contra cualesquiera otras razas que no fueran la presuntamente nórdica en el suelo del Reich, sino incluso políticas de sojuzgamiento y de masacre en territorios conquistados por la Wehrmacht. Así fueron exterminados los individuos de etnia gitana y también sufrieron durísima segregación y opresión aquellos que, parcialmente, eran de origen africano o asiático. En Polonia y, mucho más, en Rusia se trató de eliminar masivamente a una buena parte de la raza eslava.

²³⁷. V. al respecto estas dos obras: Tina Campt, *Other Germans: Black Germans and the politics of race, gender and memory in the Third Reich*, The University of Michigan P., 2004, ISBN 9780472031382, esp. pp. 143ss; y la autobiografía de Hans-Jürgen Massaquoi, *Destined to witness: Growing up black in Nazi Germany*, William Morrow Paperbacks, 2001, ISBN 9780060959616. En el primero de esos libros, la autora muestra cuán elásticas eran las leyes raciales hitlerianas (sobre cuyo contenido ofrece interesantes análisis, notando la inseguridad jurídica que ocasionaban y la incertidumbre consiguiente de los operadores jurídicos). Tal elasticidad permitía ir determinando el ámbito de aplicación según criterios políticos (p.ej., hasta el estallido de la guerra la Alemania hitleriana había exigido la devolución de sus colonias, esperando recuperarlas, por lo cual fue relativamente benigna en el trato a los alemanes parcialmente oriundos de una de sus antiguas posesiones africanas: Namibia, Tanganica, Camerún y Togo, especialmente cuando habían combatido por el Reich en 1914-18. Aquellos a quienes privó de la nacionalidad alemana se encontraron apátridas, porque Francia e Inglaterra —los dos colonialismos triunfantes que se habían adueñado de esos territorios— les prohibían retornar a su patria de origen).

²³⁸. Este tema ha sido muy bien estudiado por José Antonio Santos en (Santos, 2014).

²³⁹. La política racista no reportó beneficio alguno para Alemania. Las ganancias de la mano de obra esclava en los campos de la muerte fueron compensadas por los tremendos estragos, el desbarajuste, el caos y la destrucción que todo eso ocasionó. Poblaciones cuya neutralidad benévola habría podido intentarse quedaron mortalmente enemistadas.

En particular, fue causa de enormes quebrantos económicos la persecución de los hebreos, iniciada ya en 1933 e intensificada, por sucesivas oleadas, hasta la «solución final» en plena guerra. Tal persecución también provocó una sangría demográfica (cuando el Reich necesitaba más población para la guerra y para mantener plenamente su producción en la retaguardia). Fueron arianizados muchos negocios regentados por israelitas (o personas cuyos antepasados lo habían sido), pero otros, al no encontrar adquirentes, se cerraron, con un deterioro de la actividad económica.

La pérdida principal fue la de personal cualificado. Pese al antisemitismo larvado entre los círculos conservadores, la Alemania imperial había sabido sacar partido de su capital humano de origen hebreo, que le fue utilísimo en los campos de la finanza, la ciencia, la enseñanza, la técnica, la diplomacia, la administración y el espionaje. La mayoría de ellos habrían servido también a un régimen fascista (como muchos hebreos italianos sirvieron a Mussolini hasta las leyes raciales de 1938); otros se habrían resignado, aunque no fuera con entusiasmo. La persecución contra ellos empobreció todos esos campos de la vida cultural, política y económica del III Reich. Los más brillantes de los exiliados trabajarán luego con ardor por la destrucción de la Alemania nacionalsocialista.

No hay que olvidar que, al llegar Hitler al poder, existían dos organizaciones hebreas más o menos simpatizantes de la nueva situación: la Liga de Judíos Nacionales Alemanes (*Verband nationaldeutscher Juden*), fundada y presidida por el letrado Max Neumann, y la Vanguardia alemana (*der deutsche Vortrupp*) de Hans-Joachim Schoeps. En particular, Naumann trabajó con empeño y ardor por el triunfo de ideas cercanas al nacionalsocialismo, apoyando el antisemitismo siempre que fuera enfilado contra hebreos de reciente inmigración que no estaban genuinamente asimilados —y muchos de los cuales tendían al sionismo; en cambio, debían ser recompensados aquellos que se habían integrado plenamente en la nación alemana. Pero la política oficial del régimen nacionalsocialista en sus primeros años fue lo opuesto: combatir y perseguir a los asimilados (los que contaminaban la sangre alemana), favoreciendo al sionismo y, por lo tanto, la emigración hacia Palestina. (V. Francis R. Nicosia, *The Third Reich and the Palestine Question*, Transaction Publishers, 2000, ISBN 9780765806246.) Sobre los denodados esfuerzos de Max Naumann de promover la compenetración entre los hebreos germanizados y el régimen de Hitler, v. Douglas G. Morris, «Discrimination, degradation, defence: Jewish lawyers under Nazism», en (Steinweis & Rachlin, 2013), pp. 105-136. Este libro es muy importante para comprender la corrupción del ordenamiento jurídico bajo el nazismo.)

Como lo recuerda Eric Weiss en «The Nobel Prize Winners in Science» (acc. 2016-06-19, <http://www.vanderbilt.edu/AnS/physics/brau/H182/Term%20Papers/Eric%20Weiss.html>):

As the threat of Nazism spread throughout Europe, Jews were faced with a difficult decision, whether to leave their homeland or remain in the face of oppression. Many scientists made the decision to leave. In fact, between 1930 and 1941, twelve Nobel prize winning scientists came to the United States because of the threat of Nazi Germany. Seven of these twelve Nobelists were Jewish. These Jewish scientists included physicists Niels Bohr, Albert Einstein, James Franck, and Eugene Wigner, and biologists Otto Loewi, Otto Meyerhof, and Otto Stern. The other five non-Jewish Nobelists were physicists Enrico Fermi, Wolfgang Pauli, and Viktor Hess, chemist Peter Debye, and biologist C.P. Henrik Dam. Of this group of immigrant Nobelists, Pauli, Stern, Dam, and Wigner would win their prizes after coming to the United States. Upon arriving in the United States, the majority of the scientists worked on the east coast, at universities such as Princeton, New York University, Cornell, Fordham, Carnegie Institute of Technology, and the University of Pennsylvania [...]

The first impact that the new scientists had was in the construction of the atomic bomb. Prior to World War II, German physics was far superior to American physics. American graduate students in physics had to spend some time studying in Germany. Future Nobel laureate Isidor Rabi studied under Otto Stern. In addition to this the head of the Manhattan Project, Robert Oppenheimer, also studied in Germany under Max Born [...] Because of this German tradition of excellence in physics, many scientists feared that Germany would win the race to create the atomic bomb [...] Thus, a project was begun at the University of Chicago in the Metallurgical Laboratory. Here, three Nobel prize winning scientists worked to help America create the first atomic bomb. These were the Jewish physicists James Franck, and Eugene Wigner, and the non-Jewish physicist Enrico Fermi. [...] Einstein wrote Roosevelt about the urgency of developing a bomb, and Fermi was instrumental in persuading the U.S. Army to convince DuPont to do the work [...] It took almost four years with tremendous resources and brilliant minds for the United States to develop the bomb [...]

The seven Jewish scientists who came over between 1930 and 1941 served as mentors for six other Nobelists. One of these six was John Bardeen who served as a mentor for two Nobelists himself. Thus, a second major impact which occurred because of the intellectual migration was multiple effects of mentorship.

While it is true that the intellectual migration strongly influenced American science in a positive way, it is also true that migration affected German science in a negative way. Before 1933, 30% of all prizes awarded (31 of 103 prizes) since the initiation of the Nobel prize went to German scientists who did their work in Germany [...] However, between 1933 and 1976, this number dropped to only 9%, or 19 of 210 total prizes. This is partly due to the fact that so many Jewish scientists were forced to leave, as the number of Jewish laureates for the same period dropped from 9 to 2. However, a similar effect is seen in other laureates as the proportion of non-Jewish laureates declined by 20%.

Esas citas bastan y sobran para demostrar la irracionalidad de una política legislativa que empobrecía material y espiritualmente al propio país y reforzaba al enemigo.

No hay comparación con la utilidad de una tribu invasora y saqueadora, a la cual, al fin y al cabo, nada se le daba en la vida o prosperidad de las poblaciones invadidas. El régimen ario, al masacrar a sus propios ciudadanos no arios o no coincidentes con el ario modélico, causaba enormes destrozos en la economía, en la sociedad, en la vida cotidiana, en la credibilidad internacional de su sistema y hasta en su simple viabilidad; destruía su propia casa.

Veo muy difícil, a la vista de esos tres fracasos, considerar que ese régimen tuviera una lógica interna. Basada en la arbitrariedad, en el porque-me-da-la-gana, en el porque-sí, su política legislativa y gubernativa no podía ajustarse a lógica alguna.

Para ahondar en esta aclaración, hemos de examinar la ideología política que sustentaba aquel régimen y, por lo tanto, en primer lugar su ordenamiento jurídico (o, mejor, pseudo-jurídico).

Se ha caracterizado el pensamiento de los nazis como una variante de la ideología fascista. Lo malo es que no existe tal. La ideología fascista es un mero conglomerado de «antis»: antidemocracia, antiigualitarismo, anticomunismo, antirracionalismo, anti-derechos-humanos; más dos pros: belicismo y chovinismo. Eso más un amasijo de eslóganes, algunos con vaga resonancia socializante.

No obstante, en el caso alemán, el fascismo sí cobró un perfil ideológico más preciso, aunque esa verdadera ideología nunca se hizo pública. Citaré un texto bien elocuente del historiador Werner Maser:²⁴⁰

El 30 de mayo de 1942 Hitler evoca, en un discurso a puerta cerrada, ante los jóvenes oficiales del ejército, su actividad de 1919 [...] Fúndanse sus conceptos en la idea de la guerra, de la brutalidad, de la dureza, de la crueldad, de la voluntad de sobrevivir y vencer, en la renuncia a cualquier humanitarismo. A lo más tardar durante la guerra de 1914-18, elabora una filosofía de la vida según la cual la historia es una concatenación de implacables guerras entre las razas, correspondiendo siempre la victoria y la supervivencia al más brutal, al más fuerte, al más cruel. Derívanse, a su juicio, tales conceptos del estudio de las obras de Malthus, Darwin, Bölsche,²⁴¹ Ploetz²⁴² y Tille.²⁴³ «Un gran

²⁴⁰. Werber Maser, *Hitler Adolf*, París: Plon, 1973, trad. P. Kamnitzer, pp. 146-147.

²⁴¹. Wilhelm Bölsche (1861-1939) era un polígrafo, ensayista, literato y divulgador científico, entre cuyas obras figuran *Die Entwicklungslehre (Darwinismus)* de 1900 y *Darwin, seine Bedeutung im Ringen um Weltanschauung und Lebenswert*, 1909 (6ª edición). Es sumamente inverosímil que Hitler hubiera leído a Darwin. Más bien conocería el darwinismo (sobre todo el darwinismo social) de la pluma de vulgarizadores.

²⁴². Alfred Ploetz (1860-1940) fue un médico y biólogo, difusor de las ideas de Ernst Haeckel y de Charles Darwin. Fue militante del partido nazi y pensador oficial del régimen hitleriano en la cuestión de la higiene racial. Proponía el exterminio, no sólo de quienes no fueran de pura raza nórdica junto con los débiles y enfermos, sino también de los mellizos y de aquellos cuyos progenitores fueran demasiado jóvenes o demasiado viejos. De ese programa los nazis sólo aplicarán una parte.

²⁴³. Alexander Tille (1866-1912) fue un individuo plurifacético: escritor, ensayista, profesor de alemán y, sobre todo, hombre de negocios, a título de *Geschäftsführer* del *Centralverband Deutscher Industrieller* y más tarde (hasta su muerte) síndico de la cámara de comercio de Sarabia (Saarbrücken) y representante mercantil de varias

filósofo de la guerra²⁴⁴ ha sentado el inmutable principio —explica a los jóvenes oficiales ese 30 de mayo de 1942— de que en el origen de todas las cosas están la lucha y, por lo tanto, la guerra. Quien contemple la naturaleza [...] verá confirmado ese principio, que se aplica a todos los seres vivos, a todos los acontecimientos. El entero universo parece confirmar que todo se rige por una perpetua selección, que el más fuerte se asegura el derecho y la supervivencia, que el débil viene aplastado. Algunas personas pretenden que la naturaleza es cruel y despiadada, pero otros han entendido que, al actuar así, no hace más que obedecer a una ley de bronce de la lógica [...] Cualquiera que se imagine poder rebelarse contra esa ley, invocando su padecimiento, su sensibilidad o su filosofía, no suprime la ley, sino que se suprime a sí mismo. Pruébanos la historia que algunos pueblos se han debilitado. No han eliminado la ley, sino que han perecido [...] sin dejar huellas. [...] desemboca ese combate [...] en una implacable selección [...] de los mejores y los más duros. Por eso vemos en ese combate un elemento constitutivo de cualquier vida y de cualquier ser vivo [...] Sabemos que ese combate únicamente elimina al más débil, al paso que robustece a los fuertes, permitiendo así a los seres vivos consagrarse a su progresiva evolución. Es eso lo que cabe llamar el orden cósmico de la fuerza y de la potencia».²⁴⁵

Esas ideas de Hitler se inscriben en la tradición polemológica de Trasímaco, Maquiavelo y Nietzsche.

Es sintomático que esa ideología política nunca se enunciara en público con tal descaro y sinceridad. El *Mein Kampf* brinda sólo una versión relativamente anodina —y, como todos los escritos de ese autor, de un farrago insoportable. Una obra donde el futuro Führer se explaya mucho más que en *Mein Kampf* es en su «segundo libro».²⁴⁶

Como hemos visto por esa larga cita del biógrafo Werner Maser —corroborada por la lectura del *segundo libro* de Hitler (que su autor nunca publicó), la idea rectora es el hecho de que los fuertes se imponen a los débiles, exterminándolos, siendo tal constatación a la vez fáctica y axiológica; es axiológica en tanto en cuanto así se consigue que prevalezca lo mejor,

asociaciones de industriales. Fue uno de los divulgadores del darwinismo social. En 1895 publica *Darwin und Nietzsche: Ein Buch Entwicklungsethik*, donde rechaza los principios éticos humanitarios a los que ha conducido el desarrollo cultural de la humanidad, por ser antinaturales y obstaculizadores del avance biológico. Sus ideas congeniaban con la del superhombre de Nietzsche.

²⁴⁴. Posiblemente Hitler se refiere a Heráclito, aunque está claro que del gran presocrático de Éfeso desconocía todo, incluso el nombre; sin lugar a dudas, cita una frase de segunda o tercera mano, sacada de todo contexto.

²⁴⁵. Ese mismo biógrafo, Werner Maser, dice (*ibid.*, p. 169) que la formación del pensamiento de Hitler debe todo a las ideas antirrevolucionarias y ultraconservadoras, aduciendo, a favor de tal aserto, múltiples datos biográficos y bibliográficos. Así en *Mein Kampf* el futuro Führer ataca a la revolución francesa como obra de demagogos, de un «ejército de agitadores». Entre quienes influyeron en Hitler enumera a Dietrich Eckart, Gottfried Feder y Alexander von Müller.

Maser no menciona la influencia esotérica u ocultista que han destacado otros biógrafos. Es difícil saber a qué atenerse, porque, habiendo indicios que apuntan en esa dirección, son quizá insuficientes. El propio Hitler, al parecer, ocultó su ocultismo, aunque su pensamiento antirracionalista lo acercaba a vagas ideas de magia, adivinación y enigma vital, intuible por el genio en virtud de un don extraordinario e indescifrable.

²⁴⁶. *Hitlers zweites Buch. Ein Dokument aus dem Jahr 1928*. Eingeleitet und kommentiert von Gerhard L. Weinberg, Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1961. V. traducción inglesa: Gerhard L. Weinberg (ed), *Hitler's Second Book: The unpublished sequel to Mein Kampf*, Nueva York: Enigma Books, 2003, ISBN 1929631162.

que es el vigor, destruyéndose lo enfermo, lo impotente, lo cualitativamente inferior; inferior en la única escala axiológicamente válida, la de la naturaleza: ley de vida, de pujanza, de fuerza, de poderío.²⁴⁷

Es una lucha entre especies. Dentro de una misma especie, entre razas. Pero Hitler va mucho más lejos: dentro de una misma raza, entre individuos, puesto que los unos están más capacitados naturalmente para imponerse, debiendo aplastar y eliminar a los más débiles. Dentro de un mismo *Volk* se desarrolla así una lucha de los somáticamente más aptos, que ha de conducir a la muerte de los elementos inferiores, que socavan la pujanza del *Volk*.²⁴⁸

Sin embargo Hitler introduce otro elemento ideológico que no viene de Darwin (aunque tal vez sí del darwinismo social), a saber: la exaltación de la esclavitud. No siempre los inferiores han de ser eliminados; a veces los fuertes pueden sacar provecho esclavizándolos. (Parecemos estar escuchando a Nietzsche.) De nuevo es, en primer lugar, un hecho, pero un hecho valioso porque permite el dominio y la mayor pujanza de los vigorosos, de los elementos señoriales.

Tales consideraciones lo llevan a extasiarse por cómo los ingleses, una pequeña nación, tienen sojuzgado el enorme Hindostán, con sus cientos de millones sometidos a ser siervos del Imperio Británico, por más que los hindostaníes luchan, en vano, por sacudirse el yugo; su rebeldía es inútil porque son una raza inferior y los dominadores tienen la firme voluntad de mantener su imperio.

En el ya citado *segundo libro (Zweites Buch)* exulta por cómo los dorios espartanos tenían sojuzgados a los nativos hilotas: «Si el hombre desea limitar el número de nacimientos

²⁴⁷. Recuerda Jerry Bergman (*Hitler and the Nazi Darwinian worldview*, Kitchener [Ontario]: Joshua Press Inc., 2012, ISBN 9781894400503 [ePub], p. 178) que Himmler asignó a la guerra contra Rusia el objetivo de diezmar a la población eslava en 30 millones, esclavizando al resto. Ya en 1939 Hitler había instruido a sus soldados para exterminar en masa a hombres, mujeres y niños de raza eslava, afirmando que la historia, olvidándose de tal episodio, sólo rememoraría la proeza conquistadora del guerrero germánico.

²⁴⁸. V. Jerry Bergman, *op.cit.* Este libro aporta abundantes datos que confirman hasta qué punto el darwinismo social fue la principal creencia, no sólo de Hitler, sino de casi toda la élite nacionalsocialista: Himmler, Goebbels, Göring, Heydrich, Alfred Rosenberg y Julius Streicher, así como sus testaferros en el campo científico, como el Dr. Josef Mengele. Sin embargo, el libro parte de un erróneo supuesto, que vicia todo su planteamiento y para cuya sustentación estira abusivamente las citas: la idea de que los nazis querían producir algo nuevo, una raza superior, cifrándose su plan en una ingeniería socio-genética para conseguir un nuevo hombre germano. No es así. Su modelo no era el futuro sino el pasado. Depurar la raza de mezclas, escorias y elementos somáticamente inferiores (degradados) no era, en absoluto, el medio para un proyecto de futuro, un superhombre germánico, sino para volver a la raza nórdica de lejanos antepasados y emular sus hazañas guerreras.

No se olvide que Darwin y el darwinismo repudian absolutamente todo finalismo, toda teleología y, por consiguiente, toda dirección del proceso de selección natural. En ese marco doctrinal (bajo cualquiera de sus variantes y, desde luego, bajo la del darwinismo social nazi) nada permite predecir que resultarán mejores especies, ni siquiera nuevas especies. Las mutaciones son aleatorias. ¿Por qué acaecen? ¡Velahí! Lo único que se explica es que, habiéndose producido —al buen tuntún— ciertas mutaciones, tienden a sobrevivir sus portadores si ellas son adaptativas y a perecer en caso contrario. Por ello, el darwiniano no puede fundar ni funda ningún proyecto de mejora de la raza ni de la especie, ningún plan de una nueva raza o de una nueva especie.

Como dato curioso podemos recordar una observación de Hitler recogida por Jerry Bergman, a saber: el dominio de USA sobre la América Latina se debe a que en Norteamérica se ha mantenido, en lo esencial, la pureza racial de origen germánico (Hitler siempre concibió así a los pueblos anglosajones), al paso que en Iberoamérica ha habido mestizaje (además de que ya el elemento racial latino es, de suyo, inferior al nórdico).

de su propia especie sin producir los estragos del control de natalidad, debe dejar libre el número de nacimientos pero disminuir el de aquellos a quienes se autoriza a seguir viviendo. En tiempos antiguos fueron capaces los espartanos de adoptar esa sabia política, mas no lo sería nuestro actual sinsentido mendazmente sentimental, burgués-patriótico. El dominio de seis mil espartanos sobre 350.000 hilotas sólo fue posible por el alto valor racial de los espartanos, resultado de una sistemática preservación de la raza. Conque Esparta fue el primer Estado *völkisch*. El abandono de los niños enfermos, débiles o deformes, o sea su destrucción, era más decente y, en verdad, mil veces más humano que la desdichada locura de nuestros días preservando a los sujetos más patológicos [...] al precio de criar una raza de degenerados cargados de enfermedades».²⁴⁹

O sea, la lucha para el exterminio y el sojuzgamiento de los débiles no se produce sólo hacia fuera, sino también en el interior de la raza superior, por la supresión física de los menos sanos o menos vigorosos.

Evidentemente esa visión de Hitler suscita un problema puramente lógico: sienta el principio de eliminar a los más débiles dentro de la raza fuerte. Pero, en una escala de 100, los habrá debilísimos, con una puntuación de menos de 1; los habrá fortísimos, con puntuación de más de 99. Por el principio estadístico de distribución normal, seguramente tendremos una campana de Gauss —aunque esa hipótesis puede ser falsa. En todo caso, el problema principal es dónde se da el corte. Porque la ideología hitleriana impone un corte, mas es imposible. Se puede eliminar al 1% más débil, o al 10%. Se puede matar o —quizá mejor— esclavizar al 47%, o, ¿por qué no?, al 87%, para que domine el 13% más pujante y vigoroso, que esclavizará o exterminará al resto, formando un *Volk* mucho más reducido numéricamente pero tal vez más fuerte y capaz de sojuzgar a otros pueblos.

Sea cual fuere la decisión, el corte será arbitrario y, por lo tanto, ilógico. Ni hay ni puede haber lógica alguna con tal directriz de política legislativa (por mucho que Hitler se refiriera a una insoslayable ley de la lógica; su uso de ese vocablo es tan *sui generis* como lo es a menudo su terminología).

Es bien conocido —y tiene múltiples manifestaciones— el problema, puramente lógico, del salto de una realidad regida objetivamente por la lógica gradualista a una política de corte; en este caso, sólo caben las dos opciones del «totalmente salvables» y «totalmente insalvables». Mas el corte tiene que ser arbitrario, tiene que venir de la voluntad antojadiza del Führer, declarada norma suprema del Estado nacionalsocialista.²⁵⁰

²⁴⁹. Vale la pena leer la pequeña monografía «To what extent was Hitler's rule of Nazi Germany similar to life in Sparta?» de Timothy Whiffen, http://www.academia.edu/4761037/To_what_extent_was_Hitlers_rule_of_Nazi_Germany_similar_to_life_in_Sparta, acc. 2016-06-11.

²⁵⁰. V. Ken Rise, «Hitler and the Law, 1920-1945», *History Today*, Issue 60, March 2008, ISSN 0018-2753. Es sabido que, tras la ley de habilitación de marzo de 1933, Hitler, de hecho, se convirtió en legislador supremo, revestido de un poder constituyente, a salvo de los poderes presidenciales (una salvedad muy vaga). Al fallecer Hindenburg y acumularse en el Führer las dos funciones de jefe de Estado y canciller del Reich, se extinguió *ipso jure* tal salvedad. A raíz de la noche de los cuchillos largos en 1934, la doctrina jurídica, encabezada por Carl Schmitt, instituyó el principio de que, en el nuevo ordenamiento jurídico nacionalsocialista, la voluntad del Führer

Un régimen así no tiene ninguna lógica ni puede tenerla. Opera arbitrariamente sobre supuestos de hecho que se alinean en un continuo con unas categorías discretas, dando un salto arbitrario e imprevisible.

Además de ese problema puramente lógico (y que, por consiguiente, también afecta a la lógica jurídica), está el de la extrema inseguridad jurídica suscitada. En un clima de tal incertidumbre (nadie puede adivinar cuál será el antojo del Führer el mes que viene, si decidirá eliminar al 7% o al 17% de los recién nacidos), todos están permanentemente amenazados. Si la occisión se aplica a un porcentaje arbitrariamente escogido de los más débiles, ¿por qué no se va a volver a seleccionar a los que cumplan 10 años, ó 20, ó 30? También habrá que eliminar a los viejos, pero, de nuevo, será arbitrario fijar la edad de corte y nadie estará a salvo. Será el reino de la ilógica arbitrariedad, de la sinrazón, del disparate (cualquier capricho es un disparate) y, desde luego, de la inseguridad y la zozobra generalizadas, o sea de la infelicidad general.

A Alemania le fue mal perdiendo la guerra en 1945, pero peor le hubiera ido ganándola.

era la norma suprema. Hubiéralo o no establecido así una disposición legislativa emanada del Reichstag (la Dieta del Imperio), fuera o no ese principio una consecuencia lógico-jurídica de la ley de habilitación de marzo de 1933 más la acumulación de funciones presidenciales y cancilleriles en el mismo individuo, el hecho es que esa doctrina creó una nueva regla de reconocimiento, al venir seguida y adoptada por la conciencia jurídica, por el conjunto de los operadores jurídicos. El régimen hitleriano era una autocracia. Ni se reformó ni se abrogó la Constitución de Weimar de 1919 porque sólo conservaba vigencia en tanto en cuanto se conformara con la voluntad del Führer, a tenor de la nueva regla de reconocimiento creada por la doctrina jurídica; en cuanto discrepara de esa voluntad, había pasado a ser írrita.

Capítulo IV

SEGUNDO CONJUNTO DE DIFICULTADES. ¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO NATURAL?

1ª DIFICULTAD.— ¿Cuál es el fundamento del Derecho Natural?

¿Cuál es el fundamento del Derecho Natural propuesto en la Parte I? ¿Es el bien común, es la antropología, es la lógica? ¿Es la naturaleza?

SOLUCIÓN.—

El Derecho Natural es el fundamento del Derecho. Preguntar por su propio fundamento es preguntar por el fundamento de ese fundamento. Tal cuestión tiene dos lecturas: (1) fundamento ontológico; (2) fundamento gnoseológico.

El fundamento ontológico estriba en la propia ontología jurídica, en la naturaleza del Derecho. No en la naturaleza en general (en cuál es y cómo es el cosmos o el Planeta Tierra) ni en la naturaleza humana; ni, por lo tanto, en la antropología (a salvo de la puntualización que en seguida haré al respecto), sino en la naturaleza del Derecho, como sistema de normas con unos rasgos esenciales (que pueden y suelen entrar en contradicción con la existencia de los ordenamientos jurídicos, parcialmente infiel a su función esencial, a la que les incumbe por su propia naturaleza). Por eso, tales rasgos esenciales son compartidos por otros ordenamientos normativos: no sólo los propios de asociaciones humanas múltiples (incluso ilícitas, como lo supo ver Santi Romano), sino también los de sociedades de animales superiores e incluso sistemas imaginarios de sociedades de ángeles, demonios, duendes, dioses, gnomos o cualesquiera otros seres con entendimiento y voluntad individuales y posiblemente discrepantes cuya naturaleza les imponga una convivencia social.

Con relación a ese fundamento, podemos tener varias posiciones. Una es negar que el Derecho tenga esencia alguna, con lo cual por «Derecho» se entenderá lo que venga en llamar así cualquier sociedad; solución muy insatisfactoria, porque no nos da ningún criterio no enumerativo y porque, de todos modos, hace falta acordar una regla de traducción no arbitraria que nos autorice a verter en nuestra palabra, «Derecho», una locución del idioma hablado en esa sociedad. Todos saben cuán difícil fue —entre fines del siglo XIX y comienzos del XX— hallar correspondencias lexicográficamente adecuadas entre las palabras de lenguas europeas que se usan para denominar lo jurídico y palabras del idioma chino, no encontrándose ninguna biyección (función biunívoca), lo cual fuerza a acudir a paráfrasis. Sin embargo, al

margen de los matices, hay acuerdo en que la civilización china ha tenido un Derecho, más allá de que las instituciones o prácticas que se llamaran de un modo u otro coincidan con sendas instituciones o prácticas de sociedades europeas.²⁵¹

No son evidentemente las palabras las que nos legitiman para hablar de un Derecho en la Roma antigua, en Egipto, en Mesopotamia, en China, en Corea, en el califato de Bagdad, en Al-Ándalus, en los imperios azteca e incaico, en los antiguos reinos Malí, Gana, Benín, Songay, etc, sino el hecho de que —con todas las imperfecciones e inexactitudes que se quiera— hay alguna correspondencia entre prácticas instituidas entre esos pueblos y prácticas instituidas en los Estados modernos; tales prácticas instituidas, además, tienen necesariamente que existir para que se dé una civilización (y, aunque sea de una manera mucho más tosca y primaria, para que se dé cualquier sociedad no ya humana, sino de animales superiores).

Entonces está claro que esas prácticas instituidas a las que nos referimos han de tener rasgos esenciales. Los positivistas, desde Austin, han intentado brindar definiciones no comprometedoras (como «conjunto de mandatos de aquel individuo o grupo que tiene la costumbre de ser obedecido y no obedecer»). Fuller agregó una nota que antes se soslayaba: para que un conjunto de normas sea Derecho tiene que servir para regular la conducta de los miembros de la sociedad. Fuller es ya un esencialista jurídico, pero su definición es excesivamente débil, porque autoriza a llamar «Derecho» a un sistema de normas que sirvan para regular las conductas pero no en aras de la cohesión social, de la prosperidad o utilidad pública, sino por mor de cualquier objetivo caprichosamente establecido.

El fundamento ontológico del Derecho Natural va en la misma dirección que el de Fuller, pero dando un paso adelante. Igual que le sucede a Fuller, puede alegarse que una caracterización esencialista corre el riesgo de no ser adecuadamente descriptiva. Fuller sabía que su óctuple canon no era enteramente respetado, pero entendía que marca una pauta idealizadora a la cual los sistemas jurídicos tienden, una tendencia que les da sentido y legitimidad. En suma una esencia que puede hallarse en contradicción con la existencia. Sólo le faltaba dar ese paso ulterior de comprender que no basta regular la conducta humana en general, sino que tiene que ser con vistas a un fin.

Me he referido más arriba a una salvedad que es menester acerca de que el Derecho Natural no se basa en la antropología, en el estudio empírico de las sociedades humanas. No es menos verdad, empero, que las normas del Derecho Natural son unas u otras según sean aquellos seres sociales a los que se aplican. Quiero decir con ello que las normas jurídico-naturales para sociedades humanas no son las mismas que las de sociedades de hormigas o de macacos, porque existen unas necesidades naturales que difieren de unas especies a otras. En el caso humano, el bien común se concreta en la conjunta realización (gracias al esfuerzo mancomunado de la sociedad, bajo la dirección de una autoridad) de la utilidad o felicidad de sus miembros; siendo éstos seres humanos, ello implica su alimentación, vivienda, salud,

²⁵¹. Ya en éstas se plantean serios problemas de traducción, pues no en todos los contextos «law» es traducible como «derecho» o viceversa; y en cuanto al «jus» latino, se han vertido ríos de tinta —principalmente por Michel Villey y sus adversarios— para determinar sus significados.

trabajo, movilidad, consociación, vida de pareja, libre desarrollo de la personalidad —o sea los derechos naturales del hombre. No se pueden fijar tales derechos sin una idea de cuáles son las necesidades esenciales del ser humano.²⁵² Y está claro que no podemos determinar esas necesidades sin un mínimo de conocimiento empírico del ser humano, pero uno de sentido común, que no requiere ninguna indagación antropológica ni sociológica.

Creo que queda así aclarado el fundamento ontológico. Pasemos al gnoseológico, o sea a la cuestión de cómo sabemos que existe ese Derecho Natural y, además, cómo averiguamos cuál es.

Lo sabemos examinando las prácticas instituidas de lo que solemos llamar «Derecho» y buscando un porqué y un para-qué. Tales prácticas forman parte de la vida social humana; y esa vida, como cualquier vida, tiene una teleología. No son prácticas que se den sin ton ni son, sino que obedecen a un propósito. Ese propósito viene dado por la naturaleza social de nuestra especie. Como cualquier especie social, la opción por la vida en común y no aislada tiene, por un imperativo biológico, sólo un sentido: el de cooperar para vivir, juntos, mejor. La sociedad no es la mera yuxtaposición de individuos cada uno de los cuales va a lo suyo y cuyo único principio de conjuntamiento es el de coexistir lado a lado sin dañarse, según el pacto pseudosocial de Hobbes. Tal sociedad sin cooperación sería una aberración biológica.²⁵³

Para terminar, la relación que se da entre Derecho Natural y lógica nomológica es ésta: todos los axiomas de la lógica nomológica son Derecho Natural y lo esencial del Derecho Natural se contiene en la lógica nomológica (puesto que ésta abarca el axioma del bien común). Pero el Derecho Natural agrega dos principios no formalizables (o no formalizados): el de no arbitrariedad y el converso del principio de no impedimento.²⁵⁴

²⁵². Sociedades imaginarias de seres inmateriales no tendrían necesidad de comer ni quizá de alojarse.

²⁵³. Dentro de la familia de las doctrinas jusnaturalistas, destácase, entre otras singularidades, la teoría del Derecho Natural profesada en el presente libro por merecer —más que ninguna otra— el calificativo de «naturalismo jurídico» al afirmar que la exigencia de unas unas pautas normativas en aras del bien común es una emanación, ciertamente, de la humana naturaleza, pero, más concretamente, de su realidad biológica como especie social.

¿Cuántos filósofos jusnaturalistas siguen esa línea de razonamiento? Algún barrunto lo podemos rastrear en Leibniz y es posible que en algunos enciclopedistas franceses del siglo XVIII (como Diderot).

Quienes abrazamos ese naturalismo somos seguidores de la máxima de Ulpiano, el preclaro y descollante jurisconsulto romano: *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit* (a pesar de las críticas que he dirigido al naturalismo de Ulpiano en el §6 del capítulo I).

Sin embargo, la mayoría de los jusnaturalistas prefieren prescindir de la animalidad del hombre como raíz de los vinculantes requerimientos que nos imponen unas obligaciones supralegislativas. Entienden que la raíz está en la racionalidad humana. Eso confunde las cosas. La razón es la facultad que nos permite hacer inferencias gracias a las cuales tenemos una conciencia lúcida y reflexiva de esas pautas jurídicas supralegislativas; no es la raíz de las mismas. En otras especies sociales también se dan esas pautas (en cada una amoldada a la naturaleza de la especie). Son menos racionales que nosotros (una diferencia de grado), pero, aunque sea por instinto, tienden a ajustar su conducta social a tales pautas.

²⁵⁴. El principio de no impedimento, o de no vulneración (en latín *interdictio prohibendi*) vehicula la prohibición de impedir u obstaculizar el disfrute o el ejercicio de los derechos ajenos. Establece así que, en la medida en que es lícita una conducta, es ilícito que cualquier otro la impida. El principio converso es el siguiente: cuando están prohibidos cualesquiera impedimentos ajenos a una conducta, esa conducta es lícita. Determina una gran dificultad de formalización la presencia de ese cuantificador universal cuyo campo de variación es un cúmulo de

2ª DIFICULTAD.— Juzgar natural aquello que a uno le gusta

El jusnaturalista piensa que lo que a él le gusta es lo natural.

SOLUCIÓN.—

No creo que tal reproche sea merecido por ningún jusnaturalista pasado ni presente, pero, en todo caso, no sucede así con el jusnaturalismo aquí propuesto.

En primer lugar, porque lo que en ésta se propone como normativamente vinculante no es lo natural, sino lo jurídico-natural, o sea aquellos principios y valores que tienen jurídica vigencia en virtud de la propia naturaleza del Derecho. No sé qué es lo natural en el ser humano salvo las funciones de nacer, crecer, comer, beber, andar, guarecerse, hablar, juntarse con sus semejantes, dormir, reproducirse y morir. Tales funciones y necesidades naturales fundan derechos humanos ciertamente, pero dudo que haya positivista alguno que no admita esas funciones naturales, de suerte que la discusión entre positivismo y jusnaturalismo no puede estribar en ese magro elenco.

Fuera de él ¿qué es lo natural? Pienso que, en rigor, el hombre es un ser de la naturaleza y cuanto hace es natural (incluyendo el edificio Taipei 101 y el túnel bajo el Canal de la Mancha); de todo lo que hace, a un filósofo del Derecho (jusnaturalista o no) algunas cosas le gustarán y otras no. (Similarmente son naturales los hormigueros, los diques construidos por los castores, los nidos de aves, etc.)

Si tenemos un concepto más estrecho de lo natural en el ser humano, no sé bien cuál sea. Desde luego, si excluye todo lo artificial, pocas cosas son naturales; y el jusnaturalista no sentirá predilección alguna por esas cosas; v.g., andar descalzo y desnudo, no cortarse las uñas ni usar lentes ni acudir al dermatólogo.

Puede que lo que quiera decir el enunciado de la dificultad es que, no habiendo criterio claro y demostrable de qué es jurídico-naturalmente válido y qué no, el jusnaturalista acudirá a su propia preferencia subjetiva.

Pero sí hay un criterio objetivo: el bien común (o, con otras expresiones, la utilidad pública o el bien público). Eso sí, como tantos conceptos jurídicos, el del bien común es susceptible de interpretaciones diversas y no siempre resulta fácil probar que tales normas concretas se derivan de ese principio; una situación en la cual el principio del bien común corre la misma suerte que cualesquiera otros principios y valores jurídicos, como la justicia, la igualdad, el derecho a la vida, la libertad de conciencia, el derecho a un nivel de vida adecuado y a un medio ambiente sano (para no hablar ya de latiguillos posiblemente huecos, como los de autonomía y dignidad humana). Sin embargo, cada jurista serio, a la hora de

comportamientos (y, por lo tanto, de estados de cosas); dificultad superable acudiendo a un utillaje conceptual y notacional más complejo que el usado en la lógica nomológica.

En el futuro verosíblemente podrán formalizarse esos dos principios del Derecho Natural todavía no formalizados.

sostener que del principio de libertad de conciencia se deducen tales consecuencias concretas, aducirá argumentos, no su mera preferencia subjetiva (o, lo que viene a ser igual, la presunta «intuitividad» y obviedad de la consecuencia). E igualmente operará cualquier jusnaturalista serio, si quiere fundar en el principio del bien común el derecho de libre asociación, la necesidad de unos servicios públicos, la prohibición de la estafa, la licitud o ilicitud de la interrupción del embarazo o de la eutanasia. Es irrelevante que le guste o no; trátase de probar con argumentos que lo que se esté proponiendo se deduce del principio del bien común.

Es más, un jusnaturalismo como el aquí defendido, que pone empeño en deslindarse de la moral (siguiendo, en eso, a Pufendorf y Kant), claramente no va a reputar jurídico-naturalmente obligatorio todo lo que le guste a quien lo profese, ni jurídico-naturalmente prohibido cuanto le disguste; porque, sin duda, un jusnaturalista de ese tipo tendrá —como todo el mundo— sus convicciones morales, v.g. la condena de la mentira, al paso que hay buenas razones jurídicas (y jurídico-naturales) para que haya mentiras lícitas (aunque sean moralmente repulsivas).

3ª DIFICULTAD.— El principio del bien común no tiene ningún contenido claro

No es admisible que sea meramente formal un principio que juega un papel tan central como, en esta teoría, el del bien común . ¿Cuál es su contenido?

SOLUCIÓN.—

El bien común es aquel que se tiene colectivamente y del cual se disfruta tanto colectiva cuanto distributivamente.

Así se cifra en la posesión colectiva, por la comunidad en cuestión, de las cosas —materiales o espirituales— positivamente valorables, siempre que, además, el disfrute derivado de tal posesión beneficie a cada uno (a salvo de los necesarios e inevitables sacrificios, que sean los menos posibles, los más leves posibles y los que afecten al mínimo número posible).

Todos los derechos naturales del hombre son elementos del bien común, tanto los de libertad como los de bienestar (v. Peña, 2007). Si es mucha la riqueza colectivamente poseída por la sociedad (un floreciente sector público de la producción y de los servicios, potentes, eficaces y bellas obras públicas, excelente sistema de suministros y abastecimientos, etc) pero no se deja disfrutar a algunos miembros de la sociedad de esos bienes (o se restringe injustificadamente su disfrute), entonces no estamos en presencia de un bien común, sino de un bien particular de aquellos a quienes sí se permita beneficiarse. Por otro lado, sin libertad no hay beneficio o lo hay muy menguado, pues pocas satisfacciones tiene el hombre (y cualquier otro animal) como la de actuar con libertad; pocas situaciones generan más frustración, más aflicción que la carencia de libertad.

No se puede entender lo que aquí se dice del bien común como principio fundamental del Derecho Natural sin leerlo en el contexto de los escritos previos del autor.²⁵⁵

Por último, hay que aclarar que, en el marco de la filosofía jurídica, no conviene elaborar un concepto demasiado denso del bien común. Podemos, aquí, valernos de la discutida dicotomía de Rawls entre concepto y concepción. Un concepto (mínimo) del bien común es el delineado en los párrafos precedentes. Pero una concepción más sustancial, con más cuerpo, más comprometida seguramente pertenece más al ámbito de la filosofía política que al de la filosofía jurídica. En ésta hay que establecer unos valores y principios básicos —que son los del Derecho—, pero dejando un amplio margen para la política.

Con la variación histórica y geográfica de la ideología o *Weltanschauung* de las poblaciones, con la modificación también de las posibilidades y necesidades de la cambiante vida socio-económica, con la alteración de la escala de valores, sufre asimismo mudanza el propio bien común. Hasta tiempos nada lejanos (y todavía hoy, aunque no se diga así, para las grandes potencias) son componentes esenciales del bien común la gloria, la grandeza nacional, la expansión, la conquista y la hegemonía —o, al menos, un rango prepotente en la esfera internacional—. Para otra concepción, puede ser un elemento del bien común que nuestra colectividad lleve la delantera en el reconocimiento de los derechos naturales del hombre o de algunos de ellos. En el Renacimiento (y en muchos otros períodos de la historia) uno de los bienes comunes más preciados era el embellecimiento de la ciudad, sus hermosos edificios, estatuas, monumentos, plazas. Hoy tal vez subestimamos ese factor. En nuestro tiempo tiende a haber consenso en que los elementos principales del bien común son de orden económico-social.

Puede dudarse si esas variaciones modifican el contenido del bien común o sólo la percepción del mismo. Pienso que es el propio contenido el que sufre alteraciones, puesto que la percepción subjetiva es también un componente del propio bien común, toda vez que en su definición hay una nota subjetiva: el disfrute. Para muchas sociedades actuales la grandeza nacional o el estatuto de gran potencia no generan satisfacción alguna (salvo en tanto en cuanto dicho estatuto permite negociar con mayor ventaja para la economía nacional). En suma, el filósofo del Derecho ha de imponerse, prudentemente, una pauta de deferencia hacia lo que la variable opinión pública y los sucesivos sistemas políticos vayan englobando en el concepto de bien común, ciñéndose a unos lineamientos muy generales y no excesivamente determinados.

4ª DIFICULTAD.— El Derecho es un instrumento de dominación

El tratamiento aquí brindado prescinde de que el Derecho es un instrumento de dominación, que responde a un orden social autoritario; es más, implícitamente lo niega, puesto que ofrece una imagen del Derecho como institución teleológicamente

²⁵⁵. En particular es pertinente (Peña, 2009a), que forma un *tandem* con la presente obra.

encaminada al bien común y no al afianzamiento de la dominación de los poderosos. La insensibilidad por ese elemento del Derecho llama la atención en un autor en cuya trayectoria hubo un período marxista.

SOLUCIÓN.—

Si de mi marxismo juvenil mantengo, todavía hoy, algunas tesis (en buena medida metamorfoseadas por el cambio de paradigma filosófico),²⁵⁶ rechazo todos los demás componentes de la teoría marxista, como los cuatro siguientes: (1) la lucha de clases; (2) el determinismo económico (la dicotomía de base económica y superestructuras, siendo la primera la determinante en última instancia, hasta el punto de que ninguna de las superestructuras tiene su propia historia —no hay, pues, para Marx, una historia del Derecho); (3) el distingo entre sociedad y Estado, siendo éste último exclusivamente un instrumento de la clase poderosa para oprimir a sus enemigos de clase (un distingo que, en el marxismo, está íntimamente ligado a la doble creencia en una pretérita sociedad anárquica o preestatal y en una futura extinción del Estado, una vez eliminada la división de la sociedad en clases sociales); (4) la teoría del valor (y, en general, la existencia de leyes económicas, que para mí están en el mismo plano epistemológico que las astrológicas, según lo he tratado probar en un capítulo de mi libro (Peña, 2009a)).

Así pues, entre lo vivo del marxismo no se encuentra la visión del Estado y del Derecho como superestructuras con un carácter de clase, o sea instrumentos de dominación de una clase por otra. No niego los elementos de verdad que encierra esa visión, pero para mí son parciales; ya en el seno del materialismo histórico, el marxista greco-francés Nikos Poulantzas hizo valiosas aportaciones para matizar y relativizar ese punto de vista un tanto simplificador.

En cuanto a la misión del bien común, a diferencia de lo que pensaba en mi juventud, ahora entiendo que no está reservada a un Estado nuevo que haya que instaurar destruyendo el que existe, sino que es tarea de éste y de cuantos le han precedido y le seguirán, por imperfectísimo que sea el cumplimiento de esa tarea. De ahí que, a tenor de mi actual planteamiento, no hay que destruir el Estado existente sustituyéndolo por otro ni barrer el Derecho vigente para reemplazarlo por otro cortado a la medida de las necesidades sociales, sino perfeccionar lo que existe, tirar del hilo, extrayendo lo valioso y duradero a partir de los principios jurídico-naturales que, de algún modo, están en el Derecho vigente (por muy adulterados y corrompidos que en él se hallen, mezclados con gangas y escorias).

²⁵⁶ Tres son las tesis del marxismo que —desde luego, sustancialmente modificadas en su concepción y en sus fundamentos— retengo todavía hoy: (1ª) que la comunidad de bienes es más racional que la propiedad privada —la cual no se justifica ni por su origen ni por sus efectos; (2ª) que existe una ley histórica de progreso, que, por encima de la voluntad de los individuos y de los grupos, determina teleológicamente un avance social por el desarrollo de las fuerzas productivas; (3ª) que ese desarrollo es condición necesaria para que se afiancen y evolucionen todas las actividades e instituciones que el marxismo llama «superestructuras»: los campos político, jurídico, literario, artístico, científico, filosófico y, en general, todos los no integrables en la actividad productiva o económica (*primum uiuere, deinde philosophare*). (Sin embargo, ser condición necesaria no implica ser condición suficiente.)

Con relación al supuesto carácter del Derecho como instrumento de dominación, tengo que aclarar lo que sigue. Efectivamente cuando se establece una dominación política de determinadas élites, éstas utilizan el Derecho. Precisaría mejor: *en la medida en que* tales élites consiguen dominar el poder político, afianzan ese su dominio por medio del Derecho.

Sin embargo, eso no significa ni implica que el Derecho sea consustancialmente un instrumento de dominación. La dominación se produce por la política (a su vez bajo la coacción del uso de las armas y también de los medios de presión económica). Establecido ese dominio, las fuerzas dominantes se sirven de todos los medios del Estado, incluida la legislación.

Ahora bien —y en eso está equivocado el marxismo—, no es cuestión de todo o nada. No es cierto que cada poder político sea, esencial y totalmente, un utensilio de aplastamiento de las clases adversas por aquella que ejerce el poder. Es un asunto de graduación.

El Estado, de suyo, es un instrumento cuya misión es organizar, mancomunadamente, la actividad de todos los habitantes del territorio para un fin de bien común. Pero las élites poderosas, consiguen una mayor o menor preponderancia, ya sea amenazando, ya sea sobornando, de suerte que ese fin consustancial viene a menudo pervertido. Siendo el Estado el principal (aunque no el único) originador del Derecho positivo, se resentirá la legislación en aquella medida en que el poder político esté manipulado e instrumentalizado por élites privilegiadas —cuyos intereses son opuestos a los de la mayoría de la población. Mas, salvo casos degenerados —que, por su grado extremo de colisión con el valor del bien común, dejan de ser auténticos ordenamientos jurídicos—, aun esos sistemas legislativos pervertidos, manejados por un *establishment* antipopular, habrán de conservar, en su seno —así sea declarativamente—, unos principios esenciales de servicio a los fines intrínsecos del Derecho y del Estado, o sea el bien común.

Por eso, en lugar de combatir contra el Derecho y por la destrucción del Estado (para reemplazarlo por otro de nueva hechura, creado de la nada) —una política revolucionaria erizada de dificultades, cuyo balance es mixto y cuyas perspectivas, en nuestro siglo, son prácticamente nulas—, hay que mirar lo esencial de la función social del Estado y de la del Derecho, para, desde su reivindicación, avanzar en una reclamación política de que las instituciones se ajusten plenamente a esa esencia, eliminando las escorias de su existencia. Es una lucha a largo plazo, con avances paulatinos (y con retrocesos).

Además, no todo el Derecho es Derecho estatal. No lo es el Derecho supralegislativo, empezando por el propio Derecho Natural. Tampoco el Derecho social, consuetudinario, incluyendo el Derecho Internacional no convencional.

No niego que también el Derecho consuetudinario es a menudo instrumentalizado por las élites dominantes, pues éstas tienen más medios para moldear las costumbres haciendo prevalecer sus intereses. Sin embargo no son omnipotentes. También cuenta la fuerza de la masa, su resistencia pasiva (y, a veces, activa), por lo cual no siempre los usos y costumbres favorecen a los ricos contra los pobres.

Por último, si quien enuncie esta dificultad la toma en serio, difícilmente podrá —para ser coherente— argüir a favor del acatamiento al Derecho legislativo que éste ha de obedecerse por poseer algún rasgo intrínseco o extrínseco que lo aureole o le otorgue alguna particular dignidad; v.g., que emana de un legislador democrático.

Salvo en Suiza —único país democrático del mundo— es escasa la democraticidad de la legislación; pero, en todo caso, lo que determina un deber jurídico de obediencia al Derecho no es la legitimidad del legislador, sino, al revés: es la legitimidad del sistema político-jurídico la que legitima al legislador; y el grado de esa legitimidad depende de en qué medida tal sistema sirve al bien común.²⁵⁷

5ª DIFICULTAD.— La máxima de vivir según la naturaleza

¿No parece afirmarse en la Parte I que existen unas constantes antropológicas, que vendrían a corresponder a la humana naturaleza, de modo que el Derecho Natural que en ella se defiende tendría algo que ver con la máxima de vivir según la naturaleza?

SOLUCIÓN.—

La adopción del Derecho Natural no implica para nada abrazar la máxima de vivir según la naturaleza en ninguno de los sentidos directos de tal locución; no conlleva ninguna exhortación a un vivir natural, al que vendría dado por constantes antropológicas. Las presuntas constantes antropológicas no tienen pertinencia para determinar qué es válido según el Derecho Natural. No hay en esta obra ninguna afinidad con el naturalismo bucólico de Rousseau. Ningún adamismo.

De adoptarse el adagio *uiuere secundum naturam* como santo y seña del Derecho Natural, será sólo en lo siguiente: la naturaleza nos ha hecho una especie naturalmente social (como muchas otras) y la socialidad impone unos constreñimientos: organizar la sociedad para unos fines de bien común. Además la naturaleza ha hecho del hombre un ser inteligente (de nuevo, no el único, aunque sí, en este Planeta, el más inteligente). Es conforme con nuestra naturaleza usar esa inteligencia, esa razón, para vivir bien y es disconforme con ella imponer a la sociedad, a golpe de caprichosa voluntad, reglas no conducentes a la realización de los valores sociales.

6ª DIFICULTAD.— Un Derecho Natural aditivo es inútil

¿De qué sirve un Derecho Natural aditivo? Pues lo que se defiende en el capítulo II es un Derecho Natural que no anula las leyes positivas injustas, ni siquiera impide su aplicabilidad,

²⁵⁷. He abordado más en detalle este problema en (Peña, 2016a).

toda vez que no reclama una jerarquía superior ni, por lo tanto, coloca a las normas positivas contrarias en un rango inferior, lo cual obstaría a su exequibilidad.

SOLUCIÓN.—

Efectivamente, no afirmo que las normas de Derecho Natural posean jerarquía superior a las de Derecho positivo, aunque varios pasajes apuntan a esa superioridad normativa. Hay tres razones por las cuales he preferido ser prudente al respecto.

La primera razón es que la mera noción de jerarquía normativa seguramente no es un universal jurídico —habría que demostrar que no hay ni puede haber sistema normativo alguno que carezca de reglas de jerarquía normativa; es más, en los sistemas modernos que han llevado a su teórica perfección o plenitud ese principio jerárquico, lo que encontramos dista mucho de responder a él, entrecruzándose disposiciones tales que los jueces tendrán que acudir a un andamiaje de reglas procedimentales para determinar cuáles disposiciones serán, en el caso concreto, exequibles, sin que la exequibilidad implique forzosamente superior jerarquía. (Por poner un ejemplo, las normas de Derecho internacional o supranacional no son necesariamente de superior jerarquía a las del ordenamiento jurídico interno, aunque se hayan adoptado reglas procedimentales para darles preferente exequibilidad.)

La segunda razón es que el aserto de la superior jerarquía de las normas jurídico-naturales es más fuerte que la de la existencia de tales normas; siendo más fuerte, requiere una demostración más difícil.

La tercera y última razón es que se puede ser un jusnaturalista aditivo sin necesidad de profesar el aserto de la superioridad jerárquica.

Evidentemente, lo que no es admisible para ningún jusnaturalista es que las normas jurídico-naturales sean de rango inferior. Pero es posible que coexistan en el ordenamiento normas jurídico-naturales y normas positivas sin gozar ni las unas ni las otras de superioridad jerárquica.

Aclarado eso, pasemos a ver para qué sirven las normas jurídico-naturales, en concreto la obligación de promover el bien común. Todo el ordenamiento está plagado de antinomias jurídicas, de disposiciones (de diversas fuentes, pero a veces de la misma fuente) una de las cuales manda X y la otra no-X. La teoría del Derecho decimonónica se complugó en imaginar un encaje jerárquico tal que el delicado juego de las tres reglas de derogación fijaba siempre qué norma había de aplicar el juez. Por motivos sobradamente conocidos, eso entró en quiebra hace muchos decenios y la situación es hoy más complicada que nunca.

Para que una norma jurídico-natural sea exequible (o sea para que legítimamente sea aplicable por el juez postergando normas positivas) no es menester ni que las normas jurídico-naturales anulen o invaliden a las positivas ni siquiera que posean superioridad jerárquica.

La condición necesaria y suficiente para la exequibilidad judicial de las normas jurídico-naturales es que haya prendido la *opinio juris seu necessitatis* a favor de tales normas

en la conciencia pública, particularmente en la conciencia de los operadores jurídicos (o de un amplio e influyente sector de los mismos).

Tales situaciones han sido frecuentes en los siglos XVIII y XIX cuando los legisladores tuvieron que enfrentarse a la resistencia de jueces y tribunales adheridos a doctrinas jusnaturalistas, que no dudaban en esgrimir abiertamente los principios del Derecho Natural frente a los preceptos del legislador. Hoy en día los jueces son mucho más cautos, por tener que amoldarse a un ambiente ideológico positivista y por estar sometidos a legisladores que, envalentonados por sus credenciales electivas, someten a los órganos jurisdiccionales a un estricto control, clamando contra «el gobierno de los jueces» y ganando fácilmente la batalla de la opinión pública, que infundadamente tiene en poca estima la labor pretoria. Aun así, los tribunales y, más aún, los órganos de control constitucional —evidentemente sin usar esa terminología— acuden a menudo a principios jurídico-naturales, aunque sea retorcida y veladamente.²⁵⁸ No cabe duda de que los tribunales hallan en la Constitución principios y valores que no están en ella y que sólo se pueden fundar en el canon del bien común, o en dar una lectura (forzada) a disposiciones constitucionales según la pauta hermenéutica de que sean conformes con ese canon.

Es que, aunque vergonzantemente, no está ausente en la comunidad de operadores jurídicos la convicción de que el Derecho tiene unos fines y de que la interpretación de la ley ha de hacerse con arreglo a tales fines. Esa pauta sirve también de guía para inaplicar leyes que ofenden el principio del bien común, como lo son preceptos inicuos del código civil o disposiciones penales que colisionan frontalmente con la percepción generalizada del interés público (v.g. la que en la Francia de los años 60 del siglo XX castigaba expender contraceptivos sin receta médica, o prescribirlos sin motivos de salud).

Mas de esa conciencia larvada, empañada, perifrástica y llena de rodeos es menester pasar a una conciencia más clara. No es neutral ni anodina la labor del filósofo del Derecho que abraza el jusnaturalismo aditivo, porque implica una profesión doctrinal misionera. En la medida en que tenga éxito, se reconocerán las normas jurídico-naturales y podrán así gozar, no de vigencia o validez (ésa ya la tienen, haya o no filósofos jusnaturalistas), sino de exequibilidad.

Además —según lo he dicho ya más arriba— la imperatividad del principio del bien común no se impone sólo a los tribunales, sino también a los legisladores, a los gobernantes y a los ciudadanos.

Agregaré una comparación. ¿De qué sirve que un Estado suscriba un tratado internacional de salvaguardia de los derechos humanos (como el convenio de Roma de 1950 o los dos pactos internacionales de 1966) si, en su sistema jurídico, ni los tratados internacionales son jerárquicamente superiores a las leyes internas ni, desde luego, anulan, revocan o cancelan leyes internas —anteriores o posteriores a la ratificación del tratado en

²⁵⁸. V. *supra*, el final de la solución a la 2ª dificultad del capítulo III.

cuestión—, leyes que pueden colisionar con ese tratado, estableciendo situaciones jurídicas antinómicas respecto a las creadas por el tratado?

En el Derecho Público Internacional hay dos escuelas: la monista y la dualista. El dualismo, de fuerte tradición germana e italiana, sostiene que el ordenamiento jurídico-internacional es un sistema y el ordenamiento interno, otro. Por el contrario, el monismo —impuesto en la escuela austríaca desde Kelsen y abrazado por los juristas franceses y españoles— entiende que las normas jurídico-internacionales se integran en una unidad de sistema con el Derecho interno.

Piense uno lo que piense en el terreno teórico, prácticamente en España está legalmente vigente el monismo, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución.²⁵⁹ Sin embargo, eso no significa forzosamente que las normas convencionales internacionales sean jerárquicamente superiores a las leyes internas.²⁶⁰ Y en otros países no está vigente ninguna norma similar a nuestro artículo 96.1 constitucional. En uno de tales países, con leyes internas liberticidas más un convenio internacional vigente que proteja los derechos de libertad surge una antinomia. La norma internacional no anula la interna, pero la socava, le suscita un obstáculo legal.

Un tratado de derechos humanos en coexistencia con leyes internas contradictorias con el tratado produce el mismo efecto que el reconocimiento de normas jurídico-naturales en coexistencia con normas jurídico-positivas que les sean opuestas. Sin necesidad de que haya jerarquía ni, menos aún, de que la ley positiva interna sea revocada, cancelada o derogada por el tratado o por la norma jurídico-natural, su presencia en el ordenamiento causa un dilema y, a la vez, abre vías de solución: a la conciencia jurídica le toca madurar en torno a esa antinomia hasta hacer posible la exequibilidad preferente de la norma favorable a los derechos humanos y al bien común, ya emane ésta del Derecho Natural, ya de un tratado internacional.

7ª DIFICULTAD.— ¿Cuándo es sustractivo el jusnaturalismo que se profesa?

El jusnaturalismo aquí profesado, aunque, en lo esencial, es aditivo y no sustractivo, también se proclama marginalmente mixto. ¿Cuándo reviste ese carácter sustractivo, al que en general renuncia?

²⁵⁹. Notemos, empero, que eso sólo se aplica al Derecho convencional, o sea a los tratados internacionales; no a las normas derivadas —decisiones de una organización creada por un Tratado— ni a las normas consuetudinarias. Con relación a todas esas normas podemos seguir siendo dualistas sin entrar en conflicto con lo preceptuado por la Constitución.

²⁶⁰. Además, son posibles y frecuentes varios tratados de contenido mutuamente incompatible. No vale para resolver el conflicto acudir ni a la regla *lex superior* ni a la *lex posterior* ni a la *lex specialis*.

SOLUCIÓN.—

Mi jusnaturalismo es sustractivo en dos conjuntos de casos marginales. El primero —y más trivial— es aquel en el cual el legislador incurre en una acumulación ilógica de preceptos, conculcando así los axiomas de la lógica nomológica.

Veamos algunos ejemplos. Supongamos que el legislador declara obligatorio que, si A, entonces B, pero a la vez, en un caso concreto, otorga una dispensa de B, cuando, sin embargo, concurre el supuesto de hecho A. (V.g. una ley prohíbe que alguien presente su candidatura si ya ha desempeñado dos mandatos consecutivos; mas otra ley autoriza a un pretendiente a presentar su candidatura, aunque ya haya desempeñado esos dos mandatos.) En un caso así, hay que entender que, o bien la norma más reciente deroga la anterior (lo cual puede ser inviable si ésta es de rango superior) o bien una de ellas es írrita, por razones de pura lógica nomológica. Y es que aquello que (por hipótesis) es un hecho es que el sujeto en cuestión ya ha ejercido su doble mandato y *contra facta non sunt argumenta*.

En ese ejemplo se estaría vulnerando el principio lógico de *modus ponens* deóntico. Otro ejemplo sería uno en el cual se transgrediera el principio de colicitud: el legislador otorga un derecho (incondicional) a la conducta A y también otorga un permiso (asimismo incondicional) a la conducta B. Es irrelevante que sean conductas del mismo sujeto o de dos sujetos diversos. Imaginemos que, no obstante, ese mismo sistema legislativo contiene la prohibición *total* de A&B. Esas tres situación jurídicas son lógicamente incompatibles; luego hay que entender que una de las tres es nula e írrita, o bien la más reciente deroga una de las anteriores.

Otro ejemplo es uno de vulneración del principio nomológico de distribución: supongamos que el legislador preceptúa $A \wedge B$ y que se realiza A, pero que también declara totalmente lícito abstenerse de B. De nuevo es un trío de situaciones, una de ellas fáctica y las otras dos jurídicas, que son lógicamente incompatibles entre sí. Habrá que acudir a similar procedimiento: o bien entender que alguna de las dos prescripciones es nula o bien que la más reciente deroga o abroga la anterior.

Lo propio sucede con cada uno de los axiomas de la lógica nomológica. Siendo imposibles cualesquiera cúmulos de situaciones fácticas y jurídicas que los vulneren, siempre habrá que atenerse a esta regla: entender que al menos una de esas situaciones jurídicas es nula (siéndolo, por consiguiente, el precepto del cual derive su calidad de situación jurídica); para lo cual sólo caben dos posibilidades: (1ª) que *ex tunc* una de las normas haya sido nula e inválida; (2ª) que hayan operado los criterios de derogación o abrogación, de suerte que una de esas normas haya cesado, en todo o en parte, de ser vigente por aplicación de alguno de los tres mecanismos de la *lex posterior*, la *lex specialis* o la *lex superior*.

El segundo conjunto de casos, mucho más importante, es el de aquellos en que el principio del bien común entra en irreconciliable y frontal colisión, no con una norma o con varias, sino con todo el conjunto de prescripciones o con tantas partes sustanciales del mismo que ese conglomerado ya no sea susceptible —ni siquiera estirando mucho— de interpretarse como un ordenamiento jurídico encaminado a fines de bien común. Igual que Kelsen entiende

que un ordenamiento que pierde eficacia pierde también vigencia, hay que decir que un sistema de normas absoluta y totalmente incompatible (en todos sus componentes, o en los esenciales) con unos fines jurídicos de bien común ha dejado de ser un ordenamiento jurídico y, por lo tanto, viene abolido por los principios jurídico-naturales.

8ª DIFICULTAD.— La lógica jurídica profesada nos lleva a la conclusión de que todo está prohibido

El juego combinado de dos principios abrazados en la lógica nomológica conduce a una antinomia. Uno es el de que cuanto no se demuestre prohibido es lícito. El otro es que está prohibido impedir conductas lícitas. Supongamos que en un país el código penal prohíbe matar a individuos de menos de 90 años, sin decir nada de los de mayor edad. Puesto que no está prohibido matarlos, será lícito hacerlo y, por consiguiente, estará prohibido a otros salir en su defensa para impedir el homicidio; probablemente, sin embargo, existirán en ese ordenamiento normas que amparen la legítima defensa propia o ajena. De ahí la antinomia.

SOLUCIÓN.—

Ante todo, que el código penal no tipifique como delito dar muerte a mayores de 90 años no significa que tal ocisión sea lícita en ese ordenamiento. En primer lugar, porque es contraria al derecho a la vida, que es uno de los derechos naturales del hombre (todos ellos corolarios de la obligatoriedad del bien común) y, por lo tanto, tiene vigencia en todos los ordenamientos, aunque no lo quieran los legisladores y aunque no lo sepa nadie. Y, en segundo lugar, porque posiblemente ese mismo ordenamiento, en su contenido puramente positivo, contiene muchas otras normas que hacen ilícito el homicidio, aunque sólo sea la regla de responsabilidad extracontractual (expresada en nuestro sistema por el art. 1902 del código civil). (También tendría que restringirse la prohibición penal de las lesiones, pues, *a fortiori*, matar es lesionar.)

Si de veras queremos imaginar un sistema en el cual sólo una norma jurídico-natural se opondría a la licitud de la ocisión de mayores de 90 años, tenemos que concebir uno extremadamente disímil de cuantos conocemos y hemos conocido. No bastaría para generar tal sistema adjetivar con el sintagma «mayores de 90 años» al complemento directo del *dictum* del artículo del código penal que prohíbe dar muerte, dolosa o imprudentemente. Y es legítimo preguntarse si seguiría siendo derecho el resultado de tan honda mutación (que conllevaría una poda sustancial del Derecho penal, del civil y de otras ramas del ordenamiento jurídico). Mi opinión es que no sería derecho.

Pero vamos a imaginar un ordenamiento de una tribu que, por su precariedad económica, no puede atender a la subsistencia de los mayores de 90 años, incapaces de aportar

esfuerzo alguno para el bien común; vamos a suponer que, por esa incapacidad, dicha tribu se ve constreñida a autorizar el senilicidio, ya que es más piadoso que dejar que los ancianos se mueran de hambre y sed a la intemperie (como, según se cuenta, practicaban muchas tribus inuitas en tiempos pretéritos). Y vamos a dar un paso más, suponiendo que, en las durísimas condiciones materiales de esa tribu, el senilicidio es necesario, porque no hay comida para todos.

En ese supuesto, aunque el senilicidio es contrario a un axioma del Derecho Natural, como ese axioma, en sus derivaciones concretas, puede y suele dar lugar a antinomias, estaríamos ante una de ellas: sería ilícito el senilicidio mas, dada la imposibilidad de alimentar a los ancianos, también sería lícito; y, claro, para que prosiga el argumento vamos a suponer, además, que en esa ponderación prevalece la licitud.

En ese cúmulo de circunstancias, efectivamente estaría prohibido impedir el senilicidio, pues sería impedir una conducta ajena lícita o incluso, tal vez, obligatoria (como es ilícito, allí donde existe la pena de muerte, impedir al verdugo ejecutarla). De ahí que, si bien en ese sistema brotarían antinomias, ninguna de ellas sería la apuntada en la dificultad.²⁶¹

9ª DIFICULTAD.— El jurista positivista puede enunciar juicios de valor sobre las leyes vigentes

Es falsa la afirmación del §10 del capítulo I según la cual un jurista positivista no puede emitir juicios de valor sobre las leyes. En primer lugar, hay que distinguir entre juristas y científicos del Derecho; aun siendo cierta la tesis de Kelsen de que la ciencia del Derecho es axiológicamente neutral, el jurista, en el ejercicio de su profesión, cuando no está haciendo ciencia jurídica puede perfectamente hacer valoraciones positivas o negativas sobre las leyes. Pero es que, además, el jurista no deja de serlo cuando no está ejerciendo su profesión de tal. Luego no es verdad que un jurista positivista no pueda ser crítico hacia normas vigentes; al revés, su positivismo lo pone a salvo de tener que sentirse comprometido a aprobar el contenido del Derecho.

²⁶¹. Sin embargo, en la dificultad sí se detecta un problema que no ha sido disipado por mi explicación. En las circunstancias imaginadas, el senilicidio sería, no sólo lícito, sino también obligatorio. Ahora bien, en virtud del principio de no impedimento, es ilícito oponerse (por acción material) a un hecho lícito. Luego estarían actuando ilícitamente aquellos viejos que pudieran resistirse y lo hicieran.

Mi respuesta es que así sucede. Sería una antinomia deóntica. Aunque, en nuestra vigente legislación, la legítima defensa sólo vale —como eximente del artículo 20 del Código Penal— frente a una agresión ilegítima —lo cual no sucedería en el supuesto imaginado—, hobbesianamente pienso que existe un derecho más amplio de legítima defensa. Para Hobbes, aunque sea legítima la acción del soberano imponiendo la pena capital, también es legítima la resistencia del condenado, incluso violenta. La nomología hobbesiana necesita una lógica paraconsistente, para poder dar cabida a las antinomias.

SOLUCIÓN.—

Entendida en su contexto, mi afirmación no significa que un jurista positivista no pueda hacer nada fuera de su profesión y que, por lo tanto, se vea impedido para —cuando no está hablando como jurista-positivista— emitir juicios de valor negativos o positivos sobre las normas vigentes.

Cuando profiera tales juicios, estará haciendo un acto de habla ajeno a su profesión jurídica, sea ésta el cultivo de la ciencia del Derecho, sea su aplicación en la praxis jurídica. No confundo lo uno con lo otro, la profesión del jurista —que es más amplia— y la profesión del científico del Derecho —que es más estrecha—. Lo que sucede es que el operador práctico del Derecho que es un jurista positivista aplica —cuando está actuando en el ejercicio de sus funciones profesionales— lo que ha aprendido de la ciencia jurídica; y, si esa ciencia está orientada por el juspositivismo, lo que diga en ese ejercicio profesional tendrá que ser conforme con ese juspositivismo. No lo es emitir juicios de valor extrajurídicos ni fundados en un derecho supralegislativo no promulgado, que para él no existe ni puede existir. (La Constitución es, al fin y al cabo, una ley fundamental.)

Cuando un jurista positivista, teórico o práctico, profiera un juicio de valor sobre una ley o institución jurídica, estará haciendo moral, no Derecho; estará hablando desde sus convicciones éticas, desde fuera del Derecho, sin pretender que esa prolocución tenga pertinencia jurídica ni que sea incorporable al acervo de verdades integrables en la teoría o en la práctica del Derecho.

Cuando decimos que un médico de tal escuela no puede recetar tal remedio o que a un matemático intuicionista no le es dado aducir el principio de tercio excluso, se sobreentiende que queremos decir: cuando están en el ejercicio de sus respectivas funciones sin dejar de actuar y hablar a fuer de tales, desde los supuestos de su escuela, sin apartarse de ellos.

En resumen, el juspositivista metodológico puede, claro está, tener —en sus valoraciones extrajurídicas— una actitud favorable, desfavorable o neutral hacia el Derecho vigente. Lo que no puede es mezclar ninguno de esos juicios de valor con su labor de jurista. Por el contrario, el jurista jusnaturalista puede y debe emitir juicios de valor sobre las normas positivas desde los principios del Derecho Natural; y, al hacerlo, está ejerciendo su labor de jurista, ya sea teórica (como un científico del Derecho), ya sea práctica (como un operador jurídico).

10ª DIFICULTAD.— El juspositivista puede fundar racionalmente los derechos humanos

Es falso (según se dice también en el §10 del capítulo I) que un juspositivista no pueda establecer una fundamentación racional de los derechos humanos.

SOLUCIÓN.—

De nuevo hay que aducir lo mismo que en la solución de la dificultad precedente. El sentido de mi afirmación es que un teórico juspositivista, actuando a fuer de tal, desarrollando sus doctrinas jurídicas, nunca podrá hallar en ellas fundamento alguno para los derechos naturales del hombre. Desde luego, cuando ya no está hablando como jurista, cuando ya no está elaborando ciencia jurídica —según él la concibe—, puede dar rienda suelta a sus convicciones morales y, desde ellas, desde fuera del Derecho, afirmar su fe en el valor de las libertades y demás contenidos de los derechos humanos, en un sentido no-jurídico de «derechos». Eso no pretendía negarlo mi afirmación, que se circunscribía a señalar un límite irrebalsable de lo que el juspositivista puede hacer como jurista que está profesando su doctrina positivista, en cuyo interior nada fundamenta ni puede fundamentar los derechos naturales del hombre, salvo si éstos ya están positivados (v.g. en el texto constitucional); pero no es ése el supuesto relevante; cuando un juspositivista defiende los derechos humanos porque son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en otro texto de fuerza legal, no está aportando fundamentación alguna de tales derechos, ni racional ni irracional.

El aserto de que el jurista juspositivista sí puede aportar una fundamentación o justificación racional de los derechos humanos entiendo que quiere decir que puede hacerlo desde fuera del Derecho, cuando no está hablando o escribiendo en el ejercicio de su función de científico positivista del Derecho; y, por lo tanto, desde la moral; más concretamente desde su particular concepción moral, desde su *Weltanschauung*. Y, ¿por qué no? Hay tantas que sin duda algunas de ellas pueden validar la exigencia no-jurídica de que se juridifiquen esas aspiraciones básicas de libertad y de bienestar. ¿Puede conferir un marchamo de exigibilidad ética a la reclamación de las aspiraciones de libertad y bienestar la moral epicúrea, la estoica, la aristotélica, la spinozista, la kantiana, la utilitarista de J.S. Mill, la católica, la budista, la islámica, la pentecostalista o cualquier otra? Incumbe demostrarlo al adepto de una de esas concepciones. Jurídicamente será una interpelación desde fuera del Derecho, el cual no tendrá por qué hacer caso.

11ª DIFICULTAD.— Si es ilícito impedir las conductas no prohibidas, todo estará prohibido

La proposición de que cualquier conducta es tal que, o bien es ilícita o bien está prohibido impedirla,²⁶² nos conduce al paradójico resultado de que todo está prohibido. En efecto, tomemos un ejemplo: supongamos que a Maurilio le es lícito enamorar a Eugenia y que lo mismo le sucede a su rival Fabián; si Fabián se adelanta y enamora a Eugenia, impide a Maurilio hacerlo, o sea impide presuntamente a Maurilio ejercer un derecho y viceversa. Luego a ninguno de los dos le es lícito

²⁶². Que es un corolario del axioma 6º de la lógica nomológica, el principio de no impedimento.

enamorar a Eugenia, justamente porque a ambos, por separado, les es lícito hacerlo.

SOLUCIÓN.—

Correctamente entendido, el impedimento implica el uso de violencia, fuerza, acción material obstaculizadora o traba física, a salvo de que, por un lado —en virtud de factores del contexto— ciertas omisiones puedan constituir sendos impedimentos y que la noción no pueda perfilarse jurídicamente del todo sin acudir a ciertas notas normativas. Conque adelantarse pacíficamente a un contrincante no es impedirle nada.

Por otro lado, ni a Fabián ni a Maurilio les es lícito (incondicionalmente lícito) enamorar a Eugenia. Lo único lícito al uno y al otro es intentar enamorarla.

Incluso esa conducta, la de cortejarla, podríamos pensar que —según el Derecho Natural— sólo es plenamente lícita mientras Eugenia esté libre de compromiso amoroso.²⁶³

²⁶³. Aunque tanto a la empresa LAGUSA como a su rival, YIHOSA, les sea lícito intentar reclutar para su personal al ingeniero López cuando éste está desempleado, es posible que —dadas las circunstancias especiales del caso— la legislación mercantil (en nuestro caso el artículo 14 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal) prohíba a LAGUSA dirigir una oferta laboral a López cuando éste haya fichado por la otra firma, constituyendo ese intento un acto de competencia desleal.

V. <http://www.expansion.com/2009/03/22/juridico/1237758301.html>, acc. 2016-06-25: «Contratar a trabajadores bajo engaño y con el fin de expulsar a la competencia del mercado es desleal. Así lo considera un Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca en el caso de una empresa que iba a entrar en Mallorca y que contrató al 80% de los trabajadores de otra que estaba establecida en la isla [...] además de a su gerente, que se dio de baja voluntaria. La compañía que perdió a la mayoría de su plantilla demandó a la otra firma por competencia desleal. Asimismo, pedía [...] que se declarara nulo el contrato de su antiguo gerente y un resarcimiento por daños y perjuicios de alrededor de un millón de euros, demandas que le han sido concedidas». «La deslealtad no se caracteriza por la existencia de una simple oferta de contrato, por el mero contacto con los trabajadores o clientes del competidor o por la captación de unos u otros. Es necesario que la oferta se dirija a provocar el incumplimiento de las obligaciones contractuales básicas y que exista inducción —instigación o motivación suficiente— para terminar la relación contractual seguida de engaño que contradiga la exigencia de competencia basada en la eficiencia de prestaciones propias y cuyo ánimo sea expoliar u obstaculizar la actividad de la otra empresa».

Es cierto que, en el caso de la competencia mercantil —y según lo señala oportunamente el juzgado— el bien jurídicamente protegido no es tanto el legítimo interés de la empresa perjudicada cuanto el de los consumidores de disfrutar de las ventajas de la libre competencia. Eso no sucede en el caso de las relaciones amorosas. Sin embargo, en éstas hay otro bien mucho más alto, que es el del respeto de todos los justiciables a cánones de lealtad, solidaridad y armonía social.

Como consideración *de lege ferenda*, habría que recomendar al legislador español que, en lugar de su obsesivo e insaciablemente puritano empeño por tipificar criminalmente cada vez más conductas normales de la vida social con un componente erótico (y de castigarlas con penas desproporcionadas), fuera más permisivo en lo que es inocuo, preocupándose, en cambio, de proteger —mediante cláusulas apropiadas de responsabilidad civil— la fidelidad a los compromisos y la leal competencia amorosa.

Así el Art. 182 CP prescribe: «1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. 2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años». O sea, será encarcelado durante un lapso de entre un bienio y un sexenio un muchacho de 18 años que ha persuadido a una adolescente nacida seis meses después que él para acostarse juntos o tener una felación, ya sea contándole un embuste —p.ej., que todavía no ha cumplido los 18 años o que va a estudiar ingeniería o que es hincha de tal club deportivo—, ya sea aprovechando la confianza que existe entre ellos por ser íntimos amigos desde la edad pueril. (La chavala lo ha denunciado posteriormente por celos.)

En cualquier caso, si suponemos que a cada uno ha de serle incondicionalmente lícito intentar enamorar a la deseada, no sólo antes que ella se haya comprometido con el otro, sino también después de ese compromiso, será porque (acertada o erróneamente) creamos que el eventual éxito amoroso del triunfador no habrá impedido nada, por ser una conducta pacífica, que no implica poner traba alguna, ya que con ella el rival no ha visto lesionado su derecho a intentar enamorar a Eugenia (o a intentar conservar su amor).²⁶⁴

12ª DIFICULTAD.— Existencia de instituciones jurídicas injustas

El §1 del capítulo I afirma que las instituciones jurídicas sirven a un propósito, que es el de regular la convivencia de los seres humanos para que ésta sea mejor. Entonces, una de dos: o la esclavitud nunca ha existido o nunca ha sido una institución jurídica.

SOLUCIÓN.—

Mi afirmación hay que entenderla de un doble modo:

1º) Un sistema de instituciones jurídicas sirve a ese fin del bien común, en tanto en cuanto, por imperfectísimamente que sea, conserva credenciales que legitiman seguir calificándolo de «ordenamiento jurídico».

El art. 183.1 CP preceptúa: «El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años». Así pues, un joven de 18 años que, con su consentimiento, hace caricias íntimas a una mocita en la víspera de su 16º cumpleaños se enfrenta a una pena de reclusión de hasta seis años; de nuevo, imaginemos que la denuncia se ha debido a celos.

El art. 184 CP preceptúa: «1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, [...] en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios [...] y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses». Imaginemos a dos compañeros de trabajo, Roque y Sara. Roque solicita a Sara un «favor de naturaleza sexual»: salir una noche a bailar y luego acostarse juntos. Sin saberlo Roque, Sara está traumatizada por previas decepciones amorosas, por lo cual se siente ofendida —y, por lo tanto, humillada— por ese comportamiento de Roque. La definición del delito no requiere dolo más que para el primer conyunto (solicitar favores sexuales); el segundo conyunto (provocar una situación objetiva en la «víctima») es una calificación por el resultado, absolutamente independientemente de la intención del comitente y de cualquier previsibilidad. Consecuencia: esa banal propuesta, sin el menor ánimo agravante, hecha una sola vez, la califica el legislador penal de acoso sexual, castigándola con privación de libertad de hasta cinco meses.

Si los jueces tomaran en serio ese cúmulo de prohibiciones penales, haríanse difíciles las relaciones usuales entre los dos sexos —especialmente entre los jóvenes. Pienso que se debería podar todo eso, despenalizando completamente varias de tales conductas, perfilando con un tipicidad clara y sin ambigüedades las que merecieran mantenerse en el Código y aligerando las penas (salvo supuestos de violencia o coacciones).

En cambio, habría que introducir en el Código Civil una regla que sancionara la interferencia en la vida de una pareja mediante actos de desleal competencia amorosa, ya sea por engaño o con ánimo de arruinar la estabilidad y la tranquilidad de su relación o de humillar a un rival o vengarse de él.

²⁶⁴. Pero, por lo dicho en la nota precedente, puede haber otro motivo por el cual debería ser civilmente ilícito interferir en la vida de una pareja, tratando de romperla con mala fe o malas artes. No creo que sea por el principio de no impedimento sino por el del bien común, que conlleva un deber de lealtad y solidaridad.

2º) Cada una de las instituciones de tal sistema *debe* servir al bien común (para regular la convivencia de los seres humanos a fin de que ésta sea mejor); en tanto en cuanto no sea así, pierde su legitimidad, su razón de ser; son casos en los que se agudiza la contradicción entre la esencia y la existencia; cuando tal contradicción alcanza cierto umbral de insoportabilidad, la institución entra en declive y, al cabo de una más o menos larga decadencia, acaba desapareciendo.

De ese modo hay que entender lo atinente a la esclavitud. Hay que percatarse de que lo que nosotros llamamos «esclavitud» no es una institución, sino una heteróclita variedad de instituciones, ya que los derechos y deberes de los esclavos eran totalmente diferentes en Babilonia, en Egipto, entre las tribus amerindias, en los Estados del África transahariana (según los períodos históricos), en el mundo greco-romano (y, dentro de él, las situaciones fueron extremadamente diversas) o, finalmente, en los imperios coloniales europeos y las naciones americanas antes de la emancipación. Es un caso extremo la condición subhumana de la esclavitud negra en los imperios coloniales (que también difiere de unos a otros). En Roma los esclavos no estaban étnicamente diferenciados de sus dueños, podían ser emancipados y, al serlo, llegar incluso a ocupar posiciones de poder e influencia; incluso en su estado servil, podían desempeñarse como administradores, con una posición de grandes empresarios, aunque siempre sujetos al eventual desfavor de su amo.²⁶⁵

Sin duda no fueron igualmente nocivas para el bien común todas esas múltiples instituciones a las que (sin rigor y por pura facilidad) damos la misma denominación. No cabe duda de que todas ellas cercenaban los derechos naturales del hombre, siendo la libertad un derecho no subordinable a ningún otro. Pero los grados de colisión entre el principio del bien común y tales instituciones fueron muy diferentes.

Además, hay que tener en cuenta el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas. En la antigüedad es posible que no existiera alternativa económicamente viable a la existencia de esclavos (que, salvo quizá en Esparta, formaron siempre una minoría de la población), a menos de retroceder a la barbarie. Era un tiempo de bajísima productividad agraria; eran tan escasos los rendimientos que seguramente una política redistributiva habría hecho imposibles las realizaciones de la civilización romana.²⁶⁶

²⁶⁵. Consúltense los siguientes libros: William Warwick Buckland, *The Roman law of slavery: The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge U.P., 1970, ISBN 9781108009430 (ed. original de 1908); Thomas Wiedemann, *Greek and Roman slavery*, Londres/Nueva York: Croom Helm Ltd, 1981, repr. Taylor & Francis e-Library, 2001; Kyle Harper, *Slavery in the late Roman world AD 275-425*, Cambridge U.P., 2011, ISBN 9780521198615; Keith Bradley, *Slavery and society at Rome*, Cambridge U.P., 1994, ISBN 0521372874; Keith Bradley & Paul Cartledge (eds), *The Cambridge World History of slavery*, Vol. I: The Ancient Mediterranean world, Cambridge U.P., 2011, ISBN 9780521840668.

²⁶⁶. Es sumamente difícil cualquier cálculo de la productividad agraria en la antigüedad. Posiblemente en decenios pasados se tendió a la baja, desestimando como halagüeñas las estimaciones de Varrón y Columela —quienes, en cualquier caso, se referían a explotaciones óptimas. Peter Garnsey, en *Cities, peasants and food in classical antiquity: Essays in social and economic history*, Cambridge U.P., 1998, ISBN 0521591473 (versión digital, 2004), ofrece una estimación para el Atica clásica: por grano sembrado, 4,8 granos cosechados en trigo y 6 en cebada; sólo que en años calamitosos se llegaba a no cosechar más de 1 grano de trigo por grano sembrado y 2,6 de cebada.

Tales circunstancias fácticas ¿justifican aquella esclavitud antigua? ¿Fue necesaria para el bien común en aquella etapa histórica? Si la respuesta es negativa, se seguirá que en aquella época no hubo bien común merecedor de fomentarse; y, como de aquellos avances civilizatorios hemos derivado ulteriormente los nuestros, toda nuestra historia carecería de justificación. Me inclino más a la idea (al fin y al cabo la de Hegel y Marx) de que la esclavitud antigua estuvo —al menos en alguna medida— justificada por su necesidad para la utilidad pública.

No así la esclavitud colonial, que no fue en absoluto necesaria, sino al revés: una traba, desde el comienzo, para el crecimiento de las fuerzas productivas, una aberración histórica. Lo arbitrario de su implantación aminora su grado de juridicidad; fue una institución intermedia entre lo jurídicamente lícito y un hecho antijurídico de bandidaje y piratería, aunque la conciencia de la época no se percatara de ello.²⁶⁷

Por su parte, Marcel Mazoyer y Lorence Roudart —en *A history of world agriculture: From the Neolithic age to the current crisis* (trad. ingl. de J.H. Membrez), Londres: Earthscan, 2006, ISBN 9781844073993, pp. 240ss— consideran exagerados esos rendimientos agrarios estimados por P. Garnsey.

En el Imperio Romano se incrementó la productividad gracias a la evolución del arado romano, la explotación preferente de tierras fértiles y a muchas otras pequeñas mejoras, pero jamás tuvo lugar nada que podamos considerar una revolución agrotécnica. V. Paul Erdkamp, *The Grain Market in the Roman Empire*, Cambridge U. P., 2005, ISBN 9781139447683.

Las invasiones bárbaras produjeron un descalabro civilizacional en las provincias que formaban el Imperio Romano de Occidente. Retrocedió la vida de las poblaciones conquistadas varios siglos atrás y disminuyeron todavía más los rendimientos agrarios —hasta que, con el avanzar de la Edad Media, se lleven a cabo adelantos significativos.

V. a este respecto: Bryan Ward-Perkins, *The Fall of Rome and the end of Civilization*, Oxford U.P., 2005, ISBN 0780192807281. Con el fortísimo apoyo que ofrecen los hallazgos arqueológicos, cotejados con muchas fuentes documentales —convencionalmente olvidadas por la doctrina historiográfica dominante— ese libro prueba que la caída del Imperio Romano de occidente a manos de los invasores bárbaros marcó el derrumbe de una civilización, la vuelta a la barbarie, que caracterizará a los siglos oscuros durante los cuales la vida fue dura y áspera —inferior en cantidad y calidad a la de la época romana—, la industria había periclitado, la agricultura retrocedido, con el consiguiente impacto demográfico; y eso no sólo con relación a la masa pobre de la población, sino incluso a la élite. Todas las capas de la población sufrieron las consecuencias de la destrucción del Estado Romano, de las devastaciones y del yugo de los invasores.

Es sintomático del lavado de cerebro planificadamente impulsado por la propaganda paneuropeísta desde 1957 que se haya impuesto en los medios de la nueva historiografía oficial una mutación conceptual, que subvierte todo el legado de la memoria histórica milenaria. Háblase de «migraciones» en lugar de «invasiones» —como si hubieran sido pacíficas—; háblase de «germanos» en lugar de «bárbaros», lo cual implica una doble confusión: de un lado, no todas las tribus u hordas invasoras eran germánicas (los hunos no lo eran); de otro lado, la común pertenencia al tronco étnico-lingüístico germánico era desconocida por los invasores y por quienes sufrieron la invasión; sólo hoy, con los instrumentos de la moderna filología y de la lingüística genética, podemos saber que procedían del tronco germánico los godos, anglos, sajones, francos, suevos, vándalos, alanos, alamanes y burgundios. No existía sentimiento alguno de formar una familia étnica ni nada por el estilo, sino que cada tribu atacaba, asolaba y saqueaba por su cuenta, a expensas de la población romana o romanizada pero también de las otras tribus invasoras, que se libraron frecuentemente una guerra a muerte.

El revisionismo historiográfico imperante se presenta bajo dos modalidades: la una, optimista, afirma una continuidad de la civilización romana bajo los nuevos reyes invasores; la otra, pesimista, sostiene que hubo efectivamente un declive, pero afirma que éste precedió a las invasiones y que las causó u ocasionó.

²⁶⁷. V. los volúmenes siguientes de *The Cambridge World History of slavery (op.cit.)*, especialmente el volumen III, sobre los años 1420 a 1804, ed. por David Eltis & Stanley L. Engerman, publ. en 2011, ISBN 9780511975400 (ebook), <http://dx.doi.org/10.1017/CHOL9780521840682>.

13ª DIFICULTAD.— La no subordinación de la libertad y la cuestión de la tortura

En el §16 del capítulo II se afirma, de un lado, que la libertad es un valor no subordinado a ningún otro. Pero, a la vez, se sostiene que pueden lícitamente darse restricciones a la libertad tasadas, ponderadas y suficientemente justificadas. Eso desvirtúa o desactiva la presunta no subordinación de la libertad; ésta se queda en lo puramente nominal, ya que, en la práctica, se autoriza a que el ejercicio de la ponderación imponga restricciones a la libertad.

SOLUCIÓN.—

Al afirmar que la libertad es un valor no subordinado a ningún otro lo que quiero decir es que no existe un orden lexicográfico (para usar la expresión de Rawls) tal que vaya por delante otro valor —v.g., la igualdad, el bienestar, la justicia, el progreso o la prosperidad. De ser así, las pretensiones de libertad sólo entrarían en consideración cuando estuvieran plenamente satisfechos esos valores a los cuales estaría subordinada.

Y no hay tal. No es, en general, más valioso —ni jurídicamente más perentorio— atender a reivindicaciones de bienestar o de igualdad o a cualesquiera otras. No queda relegada la libertad a un puesto supeditado, no está postergada.

Pero eso no significa que la libertad sea la que vaya por delante en el orden lexicográfico (que es la tesis de Rawls). Sencillamente no hay tal orden lexicográfico, no hay un orden lineal, en el cual se sucedan los valores: un primero, un segundo, un tercero y así sucesivamente. Que la libertad no esté subordinada no significa que otros valores estén subordinados a la libertad.

Como inevitablemente surgen conflictos en la implementación de unos y otros valores, habrá que buscar conciliaciones o armonizaciones. Y el método es ponderar. En cada colisión, ver en qué medida se pueden compaginar los valores enfrentados, qué sacrificios son los menos dañinos, cuál es el mal menor. Y no infrecuentemente hay que cercenar la libertad o algunas libertades.

Hay restricciones legítimas a la libertad, como lo es que no sea uno libre: de no aprender los conocimientos necesarios para la vida social cuando está en la edad discente; o de no vacunarse (en caso de peligro para la salud pública); o de bañarse en caso de marejada; o de encender barbacoas; o de ensuciar u ocupar la vía pública; o de zafarse de preceptivos exámenes médicos en el trabajo o en la escuela; o de no tributar al erario público; o de contaminar el medio ambiente; o de incumplir los contratos; o, más en general, de lesionar los legítimos intereses ajenos. En suma el bien común exige ciertos sacrificios de la libertad que hay que aceptar, porque, sin ese bien común, tampoco la libertad puede venir resguardada.

Sin embargo, de ahí no se sigue que estén de veras justificadas todas las limitaciones a la libertad que se nos imponen. Muchas de ellas son o arbitrarias o desmesuradas.²⁶⁸

Ante las abundantes y poco justificadas restricciones de la libertad, considero que no es meramente de interés abstracto o teórico plantear esta reivindicación de que la libertad no sea un valor subordinado.

Por otro lado, cuando hablamos de *ponderación*, hay que saber qué entendemos por tal. En mi concepción la ponderación juega un papel enteramente diverso del que desempeña en la filosofía jurídica de Alexy. En ella se trata de atribuir, en cada caso, un peso determinado a las aplicaciones respectivas de cada una de las reglas y de los principios involucrados en un conflicto, en función de la magnitud del valor o bien jurídico protegido —o, por obversión, del desvalor que, en el concreto supuesto de hecho, conlleve conculcar esa regla o ese principio. Aunque, para Alexy, los principios son máximas de optimización (no mucho más que *desiderata* orientativos), en la práctica pueden entrar en la lid con tanta pujanza como las reglas, las cuales pierden esa vinculatividad rígida, estricta e intangible con que inicialmente las había concebido Dworkin. Por eso, en el desarrollo de la teoría de Alexy, tengo la impresión de que se desdibuja un tanto la dicotomía de reglas y principios.²⁶⁹

En mi propia visión no existe tal dicotomía para nada. Lo que hay es una triple variación de grados.

Tenemos, en primer lugar, los grados de vinculatividad, o sea grados de vigencia o validez de las normas —o, lo que es lo mismo, grados de existencia de tales normas en el sistema normativo en cuestión.

En segundo lugar está la variación de grados de preceptividad. Una norma puede ser altísimamente vinculante pero, por su contenido, imponer un grado bajo de obligación de una conducta; y viceversa, una norma puede imponer un alto grado de obligación aunque la propia norma no vincule mucho por carecer de un grado preeminente de vigencia normativa.

En tercer lugar está la variación de los grados de aquel contenido que la norma declara preceptivo o lícito. Puede ser sumamente obligatorio realizar una conducta en alguna medida —aunque sea baja— y puede tener algún grado de obligatoriedad —quizá poco elevado— realizar plenamente cierta conducta.

Ponderar es confrontar normas con diverso grado de vigencia, que imponen obligaciones con diferente grado de preceptividad y cuyos contenidos son también conductas cuya exigida realización se determina en algún grado (o se deja indeterminado el grado).

Hay un derecho de libertad cuyo respeto es total y absolutamente vinculante en el doble sentido de que la norma tiene vigencia absoluta y de que la prohibición que impone también es total; esa norma jamás puede ser vencida. Trátase del derecho a no ser torturado.

²⁶⁸. V. *supra*, apartado 16.1 del capítulo II.

²⁶⁹. V. *infra*, solución a la 3ª dificultad del capítulo VII.

Una sociedad que tortura destruye el bien común, deja de ser una sociedad cuyo bien común sea un bien. Una sociedad que tortura somete a sus miembros al riesgo del peor mal, de lo más destructivo, de lo más lesivo para la condición humana, infinitamente peor que la muerte.²⁷⁰

En una sociedad humana sólo hay bien común, sólo hay pública utilidad, cuando la sociedad respeta, en primer lugar, las exigencias más elementales y sagradas de la humanidad, el derecho a venir reconocido y tratado como un ser humano.²⁷¹ Hay bien común humano

²⁷⁰. Imaginemos el irrealista supuesto de que tuviéramos absoluta certeza —epistémicamente irrefragable— de que: (1) un determinado sujeto es culpable de un espeluznante crimen a punto de consumarse; y (2) torturándolo se le podrá sonsacar una información que prevenga esa consumación, evitando así calamitosas consecuencias. Pues ni aun en tal supuesto sería lícito torturar, en virtud de la total vinculatividad de la prohibición de torturar, una norma prohibitiva que, por añadidura, hace del todo ilícita la tortura, cualquier tortura, sean cuales fueren las circunstancias y pase lo que pasare.

¿De qué premisas se deduce esa absoluta vinculatividad de una total prohibición de torturar (o sea: que tal prohibición se da en el grado máximo y que, además, también es ilimitada su vigencia o validez jurídica)? Del axioma del bien común —o, con otras palabras, de la pública utilidad. Por dos razones: (1^a) nada hay tan nocivo y destructivo del bien común como el que la sociedad degrade a un ser humano privándolo hasta tal extremo de esa mínima participación en el bien común que es no sufrir sevicias (en comparación con lo cual hasta la mismísima pena capital sería una occisión compasiva para quien, en su extremo de maldad, hubiera hecho imposible su permanencia entre la comunidad de los vivos, con el continuado goce del derecho a participar en el bien común); (2^a) de hecho la certeza jamás puede, humanamente, ser absoluta, por lo cual una sociedad que —aunque sea excepcionalísimamente— acude a la tortura somete a todos a un riesgo de lo peor imaginable, del más horrible mal, de suerte que una sociedad así no vale la pena de que exista ni legítima sacrificios o renunciaciones. (Conste que, al enunciar la primera razón, no estoy, en absoluto, defendiendo la pena capital.)

Usando el concepto de «dignidad» (tan escasamente presente en esta obra, que trata de manejar un utillaje conceptual provisto de un potencial inferencial más escrutable), podríamos decir que la tortura es la humillación extrema y, por lo tanto, el máximo atentado contra la dignidad; y que el derecho a participar del bien común tiene un núcleo duro que sería el derecho a la dignidad.

No niego que hay grados de tortura y que no está nítidamente demarcado lo que es tortura de lo que no lo es. Los sucesos de Guantánamo y otros han dado lugar a una controversia casuística.

En el artículo «CIA torture report lays out in 'great and grotesque detail' excessive cruelty», Nick Grimm, de *ABC News* (acc. 2016-10-21 en <http://www.abc.net.au/news/2014-12-10/cia-torture-report-lays-out-in-great-and-grotesque/5957574>) entrevista a David Rothkopf, redactor en jefe de *Foreign Policy magazine*. Entresaco este fragmento:

NICK GRIMM: There was a lot of debate too over what constituted torture, but according to the report the techniques used by the CIA's interrogators were harsher and more brutal than they had revealed at the time.

DAVID ROTHKOPF: That's right and I think if you sat a group of reasonable people in the room and they debated what was torture, you might have some range of views. But if you ask would drowning somebody 150, 180 times in succession be considered torture, would force-feeding them food via their rectums be considered torture, would threatening them with a drill and a gun, or threatening to slit the throat of their mother, or making them stand without relief for a week plus be considered torture, I think the answer would be yes. And so I think, you know, one of the things the report does is end the semantic debate. What the United States did was torture. [...]

NICK GRIMM: They [unos ex-agentes de la CIA] also complain that the report makes no mention of the context in which they were working, essentially that the fear of another major terror attack being imminent justified their use of torture.

DAVID ROTHKOPF: And of course that's at the core of the debate. But I think there are many that would argue that when one sets aside one's values and one's laws and one's constitutional provisions because of the fear of an attack, one is in fact doing the work of one's enemy. And that in fearing another terrorist outrage we [...] did more damage than good.

En cualquier caso, una tortura leve no deja de ser tortura; además, creo que, por una vez, es perfectamente aplicable el argumento de la pendiente resbaladiza en una cuestión de tan abrumadora gravedad.

Sobre la relación entre la tortura y la dignidad, v. Suzy Killmister, «Dignity, Torture, and Human Rights», *Ethic Theory and Moral Practice*, 2016, pp. 1-15 DOI: 10.1007/s10677-016-9725-6.

²⁷¹. En la nota precedente ya me he referido al uso —en este contexto— del concepto de *la dignidad humana*. Yo prefiero hablar del *valor del ser humano*. Un valor es una propiedad tal que es preferible tenerla antes que carecer de ella. Es preferible ser un humano antes que no serlo. Y ese valor del ser humano comporta, además,

cuando se reconoce y se respeta el valor del ser humano, cuando se valora positivamente la humanidad. Y nada es más atentatorio a ese valor que la extrema humillación, el extremo sufrimiento de la tortura.

14ª DIFICULTAD.— El Derecho Natural no brinda ninguna pauta unívoca

De nada sirve invocar el Derecho Natural, porque está sujeto a hondas controversias, de suerte que siempre habrá un jusnaturalista para apoyar una pretensión y otro para rebatirla, ambos, eso sí, en nombre del Derecho Natural, sólo que interpretado por cada uno a su modo.

SOLUCIÓN.—

¿Y el Derecho positivo? Dejando de lado algunos litigios —en los cuales sólo se discrepa sobre hechos—, en todos los demás está en discusión qué prescribe el Derecho positivo; v.g.:

- si la conducta incriminada es o no antijurídica, o si es típica, o si entra en el ámbito de protección de la norma o si excede el riesgo permitido;
- si el contrato es nulo por falta de causa;
- si la tributación aplicable a un ingreso es en concepto de actividades económicas porque unilateralmente así lo haya consignado el empleador;
- si el divorcio ha de regirse por la *lex fori* en virtud de la imperatividad del orden público del país, o si ha de regirse por la ley nacional de los cónyuges;
- si la herencia ha de hacerse teniendo en cuenta la vecindad del *de cuius*;
- si el plazo de prescripción legalmente aplicable es éste o aquél;
- si el negocio jurídico efectuado es válido o constituye fraude de ley;
- si el comportamiento cae bajo la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil o se trata de un enriquecimiento sin causa;
- si el demandado ha actuado en el legítimo ejercicio de la libertad de conciencia del art. 16 de la Constitución Española;
- si esta compraventa ha de regirse, o no, por el convenio de Bruselas, dada la participación de agentes externos al ámbito de dicho instrumento;
- si este tribunal es competente para instruir este proceso;

una dimensión relativa: vale más para los propios seres humanos. La máxima negación del valor del ser humano es su infinita degradación, la tortura.

- si, con respecto a las aducidas circunstancias impeditivas, tiene vigencia un principio procesal de inversión de la carga de la prueba;
- si la inscripción de tal marca vulnera o no la ley;
- si la publicación de tal obra es compatible con la ley de propiedad intelectual;
- si a la pretensión de la parte actora le beneficia el efecto directo de una norma de Derecho paneuropeo a falta de su transposición al ordenamiento legal interno;
- si el colindante tiene derecho de tanteo o de retracto;
- si la expulsión de un afiliado de la organización a la que pertenecía vulnera el derecho fundamental de asociación del art.16 CE y puede motivar un recurso de amparo;
- si ha lugar a un proceso de revisión por considerarse que el documento hallado aporta contenidos nuevos;
- si tales disposiciones de la nueva Ley de minas tienen efecto retroactivo o prevalece la conservación de los derechos adquiridos en virtud de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima;
- si el gobierno en funciones tiene que responder ante el Parlamento que no lo ha elegido;
- si en tales recursos administrativos es admisible la *reformatio in pejus*;
- si las decisiones del Tribunal de Estrasburgo, aunque no sean ejecutivas, han de cumplirse por ser de *jus cogens* internacional.

En resumen: si las discrepancias entre los jusnaturalistas sobre los principios y las consecuencias del Derecho Natural bastan para desacreditarlo, con mayor razón las mucho más frecuentes divergencias entre los partidarios del Derecho positivo habrían también de llevar a negar su existencia. (No hay una sola cuestión de Derecho positivo en la cual reine la unanimidad; para cualquier tesis o lectura habrá otra opuesta, con un abogado capaz de argumentar a favor de su defendido, ora para el sí, ora para el no.)²⁷²

Quizá se salvarían los realistas (de cuño estadounidense), quienes consideran que la ciencia jurídica es un saber pronóstico, al cual incumbe predecir cómo sentenciarán los jueces; no porque tal saber suministre certeza, pero al menos sería falsable.²⁷³

²⁷². Igual que la existencia de opiniones y teorías radicalmente enfrentadas no basta para rechazar la afirmación de que existe un Derecho Natural —como tampoco la de que existe un Derecho positivo—, ninguna disciplina puede desacreditarse porque en ella abunden las controversias, incluso a veces vivísimas y acaloradas, lo cual sucede hasta en matemáticas, donde ha sido, a veces, de tono subido la polémica entre los intuicionistas y los clásicos. ¿Quién deduciría de tales debates que no hay matemáticas, que son un mero invento y no un objeto de investigación?

²⁷³. Como no sea que se nos ocurra salvar el desmentido vaticinio alegando que lo que el jurista dijo no es que el juez fallaría así, sino que era razonable prever que así lo haría —lo cual a nada compromete.

A fin de cuentas, la dificultad sólo consigue demostrar que no podemos asirnos al Derecho Natural con la esperanza de hallar en él respuestas indubitables a nuestros dilemas; que el Derecho Natural está tan sujeto al debate como el Derecho positivo, no ya en su existencia, sino también en sus contenidos.

Pero no es la doctrina del Derecho Natural la única que da lugar a discusiones y polémicas entre las diversas escuelas y los diversos autores. Lo propio sucede en la física, en la lógica, en la paleontología, en la biomedicina, en la neurofisiología, en la sociología, en la lingüística, en la egiptología y así sucesivamente. Ciencias legítimas, investigaciones genuinas sobre objetos reales, que encierran su verdad objetiva; sólo que es limitada nuestra capacidad de averiguarla con certeza.

15ª DIFICULTAD.— Justificación de la tiranía

En varios lugares de la Parte I (§6 del capítulo I y §5 del capítulo II) se considera que una norma de Derecho Natural es la de que ha de existir una autoridad encargada de gobernar en aras del bien común y que ha de ser acatada. Tal consideración es susceptible de legitimar cualquier tiranía que aduzca la necesidad del orden público y, por consiguiente, el deber de los súbditos de someterse a ese orden establecido.

SOLUCIONES.—

1ª solución.— Si la dificultad es pertinente y de veras aqueja a mi propuesta, entonces es que carecía de fundamento la 6ª dificultad de esta serie, donde se reprochaba la inanidad u ociosidad de un jusnaturalismo aditivo.

2ª solución.— Como más ampliamente se expone en mi libro *Estudios republicanos* (Peña, 2009a), el hecho jurídico de encontrarse los habitantes de un territorio bajo una autoridad acarrea (por el principio de preceptividad del bien común) la mutua obligación de las autoridades y de cada súbdito de estar recíprocamente ligados por un vínculo sinalagmático, que constriñe al súbdito a la obediencia y al gobernante a ejercer su autoridad sólo para el bien común. Puesto que *non adimplenti non est adimplendum*, una gravísima y muy persistente vulneración de esa obligación del gobernante legitima la insurrección popular, desligando a los súbditos del deber de obediencia.

3ª solución.— La cuestionada consideración (un corolario del principio del bien común) no agrega obligación adicional alguna al principio positivista de juridicidad de los mandamientos del poder constituido, sea el que fuere, según es común en los enfoques de Austin, Kelsen, Bobbio y Hart. (Hart demanda que exista una regla social de reconocimiento asumida por la población y Austin que los súbditos tengan el hábito de obedecer al gobernante; requisitos perfectamente subsumibles en la hipótesis cuya justificación jusnaturalista se me reprocha.)

Lo que mi consideración añade es, al revés, una atenuación del deber jurídico de sumisión que acarrea la juridicidad de los mandamientos legales, a saber: va cesando ese deber en la medida en que la autoridad va apartándose del bien común, hasta el punto de desembocar en un derecho a la desobediencia civil e incluso a la insurrección en casos extremos de ordenamientos honda e irremediabilmente degenerados.

4ª solución.— Mi consideración no comporta ninguna otra adición a la juridicidad de los mandamientos de la autoridad establecida, pues reconocerles juridicidad significa que los habitantes del territorio tienen la obligación jurídica de obedecerles (con la salvedad del derecho a la objeción de conciencia, que es un derecho de desobediencia excepcional en casos tasados). En particular, mi consideración no añade ninguna obligación moral de obedecer al Derecho, puesto que no se mete en el terreno de la moral. Ni siquiera agrega, a cada deber de tener una cierta conducta, A, en virtud de un mandamiento, M, de la autoridad, un deber adicional de obedecer ese mandamiento —ni, en general, los mandamientos. En efecto, el sistema de lógica nomológica no contiene ni como axioma ni como teorema el esquema « $o(oA \rightarrow A)$ », al cual podemos llamar «principio de Hamurabí» («¡Que se cumplan mis órdenes!»). Si existe el mandamiento M, la conducta A es obligatoria, pero no existe ninguna obligación suplementaria de hacer A porque existe M, ni siquiera la de hacer A en la medida en que exista M. La falsedad del principio de Hamurabí se prueba en esta lógica por el hecho de que un corolario del mismo sería que cualquier conducta que se realice de hecho, A, es tal que su prohibición es ilícita.²⁷⁴

Por lo tanto, la doctrina expuesta en la Parte I de esta obra no acarrea ninguna obligación de obedecer al Derecho, sino sólo las múltiples obligaciones jurídicas, cada una de las cuales es la de actuar según lo prescribe tal norma jurídica.

²⁷⁴. El principio de Hamurabí es « $o(oA \rightarrow A)$ », o sea «Es preceptivo, en la medida en que una conducta sea obligatoria, se realice». Es equivalente a « $o(A \rightarrow aA)$ », o sea la obligación de que sólo se realicen conductas lícitas. Todo eso puede parecer razonable, pero ¡tiremos del hilo! Aplicando el principio del *modus ponens* deóntico (o principio de la consecuencia jurídica, del apartado 9.3 del capítulo II), deducimos « $A \rightarrow oaA$ »: cualquier conducta realizada es tal que debería ser lícita. Como « vA » (la prohibición de A, [la «v» viene del latín «vetatum»]) se define como « $o \sim A$ » y « $aA \leftrightarrow \sim o \sim A$ » (además de que, por el principio de involución del cálculo sentencial, « $A \leftrightarrow \sim \sim A$ »), lo que hemos deducido es « $A \rightarrow vvA$ », cualquier conducta realizada es tal que está prohibido prohibirla. Aplicando ahora el principio de permisibilidad, deducimos « $A \rightarrow aA$ », sólo se realizan acciones lícitas; o, lo que es lo mismo, « $oA \rightarrow A$ », todas las obligaciones se cumplen.

Capítulo V

TERCER CONJUNTO DE DIFICULTADES. ¿ES IRREDUCIBLE LO DEÓNTICO A LO FÁCTICO?

1ª DIFICULTAD.— Hay libertades no merecedoras de protección

La libertad no protegida no puede implicar una obligación de respeto ajeno. Un ejemplo de tal libertad no protegida es el derecho al suicidio; es un derecho débil. Tenemos derecho a suicidarnos pero puede también estar permitido impedir el suicidio ajeno.

SOLUCIÓN.—

Donde esté permitido impedir a alguien suicidarse (entendemos: impedir coercitivamente) es que es ilícito suicidarse; tal vez está despenalizado, pudiendo interpretarse, en sede doctrinal, esa despenalización, ora como una exculpación (eximente de culpabilidad), ora como una excusa absolutoria (una causa de no exigibilidad de que la conducta se rija por el Derecho) o como ausencia de un requisito de imputación o como una causa de justificación (eximente de ilicitud), consistente en que quien se suicida o intenta suicidarse está sufriendo algún padecimiento en comparación con el cual la muerte le resulta un mal menor.

De todos modos, es dudoso que en los ordenamientos modernos sea lícito impedir el suicidio ajeno, salvo en casos tasados, como lo es un menor bajo la patria potestad o la tutela de quien impide el suicidio, un soldado sujeto a una obligación de combate, o bien formas de suicidio que causan daño ajeno. Tal vez, salvo en esos supuestos, impedir coercitivamente el suicidio ajeno puede ser una conducta no penalizada —a pesar de constituir una coacción—, en virtud de una causa de justificación o eximente de culpabilidad.

Otro problema distinto es el de la prohibición de colaboración con el suicidio o de inducción al suicidio. Tales prohibiciones hacen del suicidio un caso especial de conducta lícita, porque normalmente no es delictivo colaborar con conductas lícitas ajenas ni incitar a las mismas. Sin embargo, éste es un problema distinto del que se plantea en la dificultad. Y es que no existe una regla general de que, siempre que una conducta sea lícita, también haya de ser lícito inducir a la misma o colaborar con ella; puede ser que, aun siendo lícita, la conducta sea socialmente desvalorada y, típicamente al menos, deletérea para el bien común, como probablemente lo es el suicidio salvo aquellos casos en los cuales hablaríamos de auto-eutanasia.

2ª DIFICULTAD.— La libertad queda subordinada

Se dice que la libertad no está subordinada a otros valores, pero que tampoco otros valores están subordinados a la libertad. Mas si, en casos concretos, priman otros valores, es que, en definitiva —llámeselo como se lo llame— la libertad se subordina. Que haya restricciones a la libertad, por muy tasadas y justificadas que hayan de estar, no se ve compatible con la primacía que parecía querer reconocerse a la libertad.

SOLUCIÓN.—

No. Si la libertad fuera un valor subordinado, las restricciones no serían tasadas y motivadas, sino que más bien los valores jerárquicamente superiores pasarían siempre por delante. Mi posición no es la de que la libertad goce de primacía. No es lo mismo que la libertad no esté subordinada a otros valores que el que esos otros valores estén subordinados a la libertad. Reitero que no hay orden lineal en la escala de valores.

3ª DIFICULTAD.— No cabe inferir lo deóntico de lo fáctico

Para poder inferir conclusiones deónticas de premisas fácticas hemos de agregar al menos una premisa deóntica, digamos una premisa mayor.

SOLUCIÓN.—

Aunque así fuera, ya quedaría bastante mellado el dogma de Hume-Moore de que de lo fáctico no se deduce lo normativo ni viceversa. Ahora, en vez de eso, diríamos algo más modesto y razonable, a saber: que de premisas todas ellas fácticas no se sigue una conclusión deóntica.

Sin embargo, se puede discutir incluso esa versión atenuada del principio de Hume-Moore. En primer lugar, nada impide adoptar reglas de inferencia que permitan directamente deducir conclusiones deónticas de premisas fácticas. Una lógica deóntica ofrece un manual de reglas de inferencia cuya guía es que se preserve el bien común que haya en las premisas, o sea que no se pase de premisas favorables al bien común a conclusiones deletéreas para el mismo.²⁷⁵ No hay restricción de otro tipo. Por lo tanto, es legítimo que haya una regla de

²⁷⁵. Esta enunciación es susceptible de dos lecturas. Según la primera de ellas, la validez de la ilación nomológica estriba en que el grado de favorecimiento del bien común de las premisas no se deteriore en la conclusión, o sea que ésta no sea más perjudicial al bien común que las premisas. La segunda lectura, más laxa, sólo exige que de premisas favorables al bien común en algún grado no se pase a una conclusión absolutamente deletérea para el mismo.

La lectura correcta es la primera, por lo siguiente. En la lógica alética, para la validez de una inferencia sólo se requiere no pasar de premisas verdaderas a una conclusión totalmente falsa. Pero en lo deóntico no es así. Si las reglas de la lógica nomológica sólo nos resguardaran de conclusiones *completamente* perjudiciales al bien

inferencia primitiva que de la premisa fáctica «la conducta X es deletérea para el bien común» concluya directamente «X es ilícita», sin necesidad de agregar la premisa de que lo deletéreo para el bien común es ilícito. Desde luego, la regla de inferencia se justifica porque lo deletéreo para el bien común es ilícito, pero el fundamento de la validez de una regla de inferencia no tiene que ser una premisa adicional (lo cual desencadenaría una regresión infinita).

Por otro lado, si hay axiomas de lógica deóntica en los cuales un operador deóntico (de obligación, licitud o prohibición) está prefijado a toda la fórmula (v.g., uno como «Es lícito que, si A, entonces A»), tales axiomas, siendo verdades lógicas, se seguirán de cualquier premisa, deóntica o fáctica.²⁷⁶

4ª DIFICULTAD.— Discontinuidad del jusnaturalismo

Hay una discontinuidad entre el jusnaturalismo clásico y el moderno. El primero es más comunitarista, con una concepción de la sociable naturaleza del hombre; el segundo es más individualista, partiendo de seres humanos que optan por asociarse mediante un pacto. De ahí que el primero enfatice los deberes y el segundo los derechos. Es más, el jusnaturalismo moderno inventa los derechos como categoría.

SOLUCIÓN.—

El problema con esa dicotomía no es que carezca de elementos de base, sino que es muy exagerada. Ni la teoría del pacto social es del todo ajena a la tradición jusnaturalista antigua y medieval —Grocio tiene claros precedentes en algunos escolásticos del siglo de oro español— ni es aceptada por todos los jusnaturalistas de la Ilustración. Dudo que hallemos huella de ninguna teoría de pacto social en filósofos jusnaturalistas modernos como Leibniz y Wolff, siendo dudoso qué papel juega esa teoría en otros muchos jusnaturalistas del siglo XVIII (aparte, claro está, de Rousseau, quien precisamente no es ningún individualista, sino todo lo contrario, un comunitarista fuerte), para no hablar ya de pensadores no jusnaturalistas pero que forman parte del pensamiento político-social moderno, como Hume y Bentham, hostiles a más no poder a la idea del pacto social. Tales filósofos comparten plenamente la concepción de Aristóteles de la sociable naturaleza del hombre.

común, sería escasa su utilidad práctica —además de que es dudoso si un daño al bien común puede ser tan grande que no pueda haber otro mayor, o sea que alcance un 100%. (Esta aclaración ha surgido en torno a un comentario de Marclo Vásconez.)

²⁷⁶. Así es salvo si abrazamos una lógica relevantista; las lógicas relevantistas o relevantes —y otras afines, como las conexivistas— proscriben que se pueden deducir de premisas dadas conclusiones que «no tienen nada que ver», que «no están contenidas» en las premisas. Lamentablemente esa sugestiva idea ha desembocado en un fracaso, porque acarrea el sacrificio de demasiadas verdades y reglas de inferencia sumamente útiles para el razonamiento.

En cuanto a la dicotomía entre deberes y derechos, la solución es puramente lógica: en virtud de un principio lógico-deontico, el de no vulneración, es un derecho hacer o tener aquello que es ilícito impedirnos hacer o tener. Derecho y deber son lógicamente correlativos (aunque en ocasiones sea difícil determinar exactamente qué deberes sean correlativos a un derecho y viceversa). Eso no obsta al núcleo de verdad que hay en el enunciado de la dificultad, a saber: en los siglos modernos hay un reconocimiento de determinados derechos individuales que precedentemente estaban difuminados u oscurecidos o sólo ocasionalmente esbozados. Es un largo itinerario. Hay un asendado recorrido desde la primera ilustración, en el siglo XVII (con reivindicaciones modestas de libertad de conciencia), a un jusnaturalismo como el de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789. Y todavía después media un largo, tortuoso y difícil camino de ahí a una Declaración como la de 1948, con la igualación jerárquica de los derechos de bienestar y los de libertad (pero siempre bajo el influjo del jusnaturalismo, un jusnaturalismo que seguía evolucionando).

Mas hay que guardar la medida. Incluso los jusnaturalistas del siglo de las luces, aun los más avanzados, difícilmente hubieran previsto una tabla de derechos como la de 1789, que no brotó de la cabeza de nadie en particular y que fue fruto de la interacción entre las élites político-intelectuales y las reivindicaciones de las masas. No olvidemos, sin embargo, que estaba previsto completar esa declaración con una de deberes, la cual no llegó a redactarse. Y en la declaración de 1793 (prefijada a la Constitución republicana de ese año), derechos y deberes van de consuno, conjugándose individualismo y comunitarismo en un intento de armonización (imperfecto, como cualquier otro).

Por lo tanto no creo que haya discontinuidad. Lo que ha habido y sigue habiendo es una evolución.

5ª DIFICULTAD.— El principio del bien común es tautológico

La Parte I de esta obra (apartado 9.6 del capítulo II) postula, como axioma de su jusnaturalismo, la obligatoriedad del bien común, criticando a los escolásticos que enunciaron, como principio supremo del Derecho Natural, el que se expresa en el apotegma *bonum est faciendum, malum vitandum*. Les reprocha que tal principio sea vacío y tautológico, por no ofrecer pauta alguna. Pero ¿en qué es menos vacío o menos tautológico el del bien común?

SOLUCIÓN.—

Es menos vacío y menos tautológico porque agrega el adjetivo «común», que marca toda la diferencia. Decir que hay que hacer el bien y que hay que evitar el mal es decir que hay que hacer lo que hay que hacer y evitar lo que hay que evitar. Decir que es obligatorio obrar en pro del bien común es justamente fijar un deber del legislador, del gobernante, del juez y también de los ciudadanos, una regla de legislar, gobernar, juzgar y trabajar, no para

cualquier bien, sino para el bien colectivo, compartido, a la vez el que tiene la sociedad como un todo y del cual se benefician los individuos que la integran.

Que no es un valor tautológico lo prueba que ha sido discutido y aun rechazado, pues un número de individualistas piensan que el fin de las instituciones jurídicas no es propiciar el bien común, sino establecer un marco neutral para dirimir conflictos entre los miembros de la sociedad, correspondiendo privadamente a cada uno —sea individualmente, sea voluntariamente asociados, si así lo prefieren— buscarse el bien propio o, si son tan generosos, esforzarse por el bien ajeno.

Por el contrario, dudo que esos individualistas tengan nada que objetar al principio de *sindéresis* (*bonum faciendum, malum vitandum*). Reconocerán que es tarea del legislador legislar bien; del gobernante, gobernar bien; del juez, juzgar bien. (Ya es más dudoso que admitan que también a los ciudadanos les incumbe deber alguno sólo por serlo.) Lo que pasa es que piensan que legislar bien no es legislar para el bien común, sino legislar para que reine la imparcialidad, la neutralidad, quizá la justicia entre los particulares; pero nada más.

Por otro lado, decir que el principio del Derecho Natural es el de obrar el bien evitando el mal implica confundir la esfera ética o moral con la jurídica. Regir la propia conducta por el principio de obrar el bien evitando el mal es, sin duda, una pauta moralmente correcta (aunque lamentablemente vacua, mientras no se llene de cierto contenido). Pero al ámbito jurídico no le compete el bien a secas, sino el bien con valor social; le incumben aquellos bienes que son merecedores de protección y fomento públicos, o sea aquellos en los cuales se despliega o se descompone el genérico bien común.

6ª DIFICULTAD.— Las lógicas no clásicas no le interesan al jurista

En toda la Parte I se propone una concepción de la filosofía jurídica construida sobre una nueva lógica. Mas ¿por qué es necesaria tal nueva lógica cuando, en realidad, no hay ni juristas ni filósofos del Derecho que considereren esa lógica ni ninguna otra lógica no clásica?

SOLUCIÓN.—

Es posible que hasta ahora los juristas y los filósofos del Derecho no se hayan interesado por las lógicas no clásicas en general. Pero eso sucede siempre con cualquier nueva propuesta. Tarda un tiempo en difundirse y en reconocerse en su valor. La lógica nomológica resuelve problemas que las lógicas deónticas basadas en la lógica clásica no pueden resolver. Es más complicada y, por ello, más ardua, pero es útil.

Todos recordamos el balance del último Kelsen. Tras haber creído, a lo largo de su vida, en el carácter no-antinómico del ordenamiento jurídico —y haber albergado así la creencia en que se le aplicaba algún tipo de lógica jurídica de cuño clásico (aunque nunca se decantó por ninguna en particular)—, en su última etapa reconoció la existencia de antinomias jurídicas,

lo cual lo condujo a un nihilismo lógico-jurídico: el Derecho es una amalgama de normas sin ninguna trabazón lógica, siendo imposible deducir una norma de otras, ni siquiera una conclusión normativa de un conjunto de premisas, las unas normativas y las otras fácticas.

Justamente la lógica nomológica ofrece una salida de ese callejón en el cual se encerró Kelsen.

Por otro lado, no es cierto que las lógicas no clásicas hayan sido ignoradas sistemáticamente por los juristas y los filósofos del Derecho. Quizá ha sido así en España; acaso en el mundo de habla hispana (aunque tal afirmación requeriría probarse).

En otros horizontes lingüísticos las lógicas difusas han suscitado el interés de un número de juristas y filósofos del Derecho. Basta con introducir en un motor de busca por internet el par de locuciones «logique floue» y «droit», para el francés, o «fuzzy logic» y «jurisprudence» para el inglés y obtendremos muchísimos resultados (aunque algunos de ellos sean irrelevantes).²⁷⁷

En Francia entre las juristas de máxima reputación figura Mireille Delmas-Marty, quien lleva años abogando por la aplicación de una «logique du flou» al ámbito jurídico, especialmente en los campos en que ella trabaja, derecho internacional y derecho comparado.²⁷⁸

Ciertamente la lógica paraconsistente no ha tenido el mismo éxito entre los juristas, aunque no faltan en el ámbito académico las elucubraciones acerca de lógica paraconsistentes de lo jurídico. La lógica paraconsistente ofrece una solución para las antinomias, pero, sin anclarse en la noción de grados de verdad, la solución es puramente negativa, no ofreciendo una dilucidación. (Por eso la lógica aquí propuesta, siendo paraconsistente, es también difusa, gradualista.)

²⁷⁷. Entre las obras más recientes de aplicación al Derecho de la lógica difusa cito éstas: G. Keil & R. Poscher (eds.), *Vagueness and the Law: Philosophical and Legal Perspectives*, OUP, 2016; H. Patrick Glenn & Lionel D. Smith (eds), *Law and the New Logics*, Cambridge U.P., 2016, ISBN 9781107106956 (ambos compiladores enseñan Derecho en la McGill University de Montreal). Esta última antología incluye la colaboración «Fuzzy Law: A Theory of Quasi-Legality» de Oren Perez, quien es Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Bar-Ilan, ya previamente destacado en un estudio lógico-jurídico que aproveche las aportaciones de las lógicas de lo difuso, mereciendo citarse aquí su contribución «Law as a Strange Loop», en *Sociological Jurisprudence: Liber Amicorum Gunther Teubner*, coord. por Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch & Peer Zumbansen, Berlín: Gruyter, 2009 y su libro (escrito en coautoría con Gunther Teubner) *Paradoxes and Inconsistencies in Law*, Hart Publishing, 2006. Varios de sus trabajos están disponibles en <http://ssrn.com/author=327866>, acc. 2016-09-24.

²⁷⁸. V. en particular su libro —convertido ya en un clásico— *Le flou du droit: Du code pénal aux droits de l'homme*, París: Presses Universitaires de France, 1986, ISBN 9782130396024.

En pos del trabajo pionero de Mireille Delmas-Marty han venido muchos otros, entre los que menciono éste: Nicholas Léger-Riopoll & Agnès Viaud, «La structure conceptuelle des controverses juridiques: Petite anatomie des cas difficiles», *Lex Electronica*, vol. 18/2 (2013), ISSN 1480-1787, disp. en <https://www.erudit.org/revue/lex/2013/v18/n2/1021111ar.html>, acc. 2016-09-24.

Notemos que nuestros vecinos del norte también han usado la lógica difusa en estudios de Historia del Derecho; v.g. Françoise Hildesheimer, «Les deux premiers registres des 'ordonnances' ou la logique floue de l'enregistrement», *Histoire et Archives*, N° 12 (2002), pp. 79-114.

Por otro lado, la lógica nomológica no consiste en montar una lógica deóntica estándar sobre una determinada lógica no clásica, ni siquiera una a la vez difusa y paraconsistente, o sea gradualista. Añade un planteamiento radicalmente diverso de los nexos lógicos en el campo normativo. Es una lógica de las situaciones jurídicas, no una lógica del cumplimiento de las obligaciones jurídicas, como aspira a serlo la lógica deóntica estándar (por lo cual no consigue ser una genuina lógica deóntica, sino una lógica fáctica con constreñimientos deónticos).

Si la nueva lógica alcanzará o no el reconocimiento al cual aspira y si será o no utilizada por los juristas es todavía pronto para saberlo. Es posible que sí. Es posible que pase desapercibida, en el aluvión de propuestas alternativas. O quizá sea reinventada, con otras modalidades, al cabo de un tiempo.

Capítulo VI

CUARTO CONJUNTO DE DIFICULTADES. LA PRESUNTA FALTA DE POTENCIA CRÍTICA DEL JUSNATURALISMO ADITIVO

1ª DIFICULTAD.— Un jusnaturalismo aditivo no tiene potencia crítica

Correcto o incorrecto, el jusnaturalismo sustractivo posee una fuerza crítica; sirve para eliminar del Derecho aquello que va en contra de su misión, o por lo menos a eso aspira. Por el contrario, un jusnaturalismo aditivo no quita nada, no depura el Derecho, ni siquiera cuestiona las normas que contenga opuestas a ideales de justicia u otros valores jurídicos. Se contenta con agregar normas no promulgadas que sí están orientadas a esos valores.

SOLUCIÓN.—

Desde el momento en que el jusnaturalismo aditivo reconoce la vigencia jurídica de normas encaminadas al bien común —en posible pugna con normas de Derecho positivo—, surge una antinomia (agregada a otras que emanan del propio Derecho positivo).

En esa antinomia, el jusnaturalismo aditivo no dice que sea nula o írrita la norma jurídico-positiva opuesta a un principio jurídico-natural, pero le disputa el terreno, al haber introducido una norma de contenido opuesto. Es como cuando viene ratificado un tratado internacional, v.g. uno sobre derechos humanos, sin retirar ninguna ley lesiva para tales derechos. La ley sigue vigente, pero ahora ya el terreno lo tiene que compartir y disputar con una norma de signo opuesto, con la cual habrá de pelear.

Cuál se aplicará, cuál será exequible en cada caso, es un asunto sobre el cual no se pronuncia la propuesta aquí diseñada. Dependerá de la conciencia jurídica y de la opinión pública. Las normas jurídico-naturales son impotentes mientras no sean asumidas por el legislador y por los operadores jurídicos, igual que sucede con las normas de Derecho positivo, que a menudo quedan sobre el papel sin cumplirse.

Una norma constitucional, por mucha vigencia que tenga, se reduce a la impotencia si no es asumida por el legislador, por la administración y por los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, eso no significa que sea ociosa. Su mera presencia en el ordenamiento es un acicate para los operadores jurídicos, aunque la tarea principal es avivar la conciencia jurídica.

2ª DIFICULTAD.— Su componente sustractivo es puramente formal

Es cierto que la propuesta jusnaturalista de la Parte I comprende también una faceta, secundaria, de jusnaturalismo sustractivo; pero ésta es formal, lógica; lo cuestionado o eliminado lo es exclusivamente por ser irracional, no sustantivo; no se le reprocha su injusticia, sino ser ilógico. Por otro lado, lo que se opone a esos contenidos injustos del Derecho es un principio del bien común, que resulta demasiado abierto e indefinido.

SOLUCIÓN.—

Efectivamente, el jusnaturalismo aquí propuesto es esencialmente aditivo; su componente sustractivo es puramente marginal. Tan marginal que seguramente muchos positivistas estarán de acuerdo en esa vertiente, puesto que esa sustractividad sólo funciona para casos de flagrante violación de una elemental lógica jurídica, concretamente del principio de consecuencia jurídica: de ser obligatorio que, en la medida en que A, B, y suceder como supuesto de hecho que A, será obligatorio que B. Si el legislador edicta una norma autorizando no-B, o bien hay que entender que esta norma es nula o bien que implícitamente ha abolido, en parte al menos, la norma general precedente (la que obliga a, en tanto en cuanto se cumpla A, realizar B).

En suma es verdad que la faceta sustractiva de este jusnaturalismo no acarrea ninguna depuración de contenidos injustos, ni siquiera de contenidos opuestos al bien común. Salvo casos palmarios de burda y flagrante violación de la lógica jurídica, este jusnaturalismo coincide con el positivismo jurídico en reconocer y respetar la capacidad legiferante del titular del poder legislativo, considerando condición suficiente de vigencia de una norma que haya sido edictada y promulgada por el legislador.²⁷⁹

Donde este jusnaturalismo aguarda para dar el asalto no es en la portería, para dar o no el pase de entrada a la ley, sino en el interior del terreno de juego, puesto que en él ha introducido un potente competidor de las normas positivas que colisionen con el bien común.

Que la noción de bien común es jurídicamente indeterminada es verdad, como tantísimas nociones del Derecho. Eso les pasa a todos los valores jurídicos, como la igualdad, la libertad, el interés general, la paz, la justicia, etc. Al menos el bien común es mucho más concreto que la justicia, la cual sólo indica una proporción entre supuestos o datos y consecuencias jurídicas, sin ofrecer pauta alguna ni de la escala de proporcionalidad ni de qué supuestos o datos se han de tomar. Por el contrario, la noción de bien común sí ofrece una guía: las reglas legislativas han de ser aquellas que, tomadas en su sistema, sean óptimamente conducentes al máximo bien colectivo participado por los miembros de la sociedad de la manera que se maximice el bienestar social. Es un principio consecuencialista. Desde luego,

²⁷⁹. A salvo de la otra faceta sustractiva: la no-juridicidad del sistema.

habrá desacuerdos sobre cuáles son esas medidas, cómo se bareman unos u otros componentes y qué criterios se siguen para los casos de conflicto. El principio del bien común no puede ofrecer por sí solo un manual de buena política, ni siquiera de buena política legislativa. Sólo marca una norma axiológica suprema, que tocará interpretar y aplicar a todos los operadores de la vida jurídica y de la política.

3ª DIFICULTAD.— Todo queda al albur del intérprete

Por su misma vaguedad e indeterminación, el principio del bien común da carta blanca al intérprete, a la hora de legislar o juzgar.

SOLUCIÓN.—

Difícilmente podía un filósofo del Derecho aspirar a fijar pautas concretas y precisas de política legislativa o de actuación judicial. No es su cometido. Su misión estriba en hallar unos principios fundamentales, dilucidar esa su fundamentalidad y proponer pautas de racionalización del Derecho.

No creo que se le reproche al poder constituyente no ser más explícito a la hora de fijar políticas legislativas. La Constitución no puede sustituir la labor del legislador, ni el poder constituyente tiene que hacer ocioso o redundante al legislativo.

Similarmente la racionalización del Derecho en una obra de estas características sólo puede indagar unos grandes principios para orientar la política legislativa. En este caso son principios de racionalidad, congruencia lógico-jurídica, no arbitrariedad y enderezamiento al bien común. Tales pautas dejan abierto un enorme espacio de libertad del poder constituyente, del legislador, del gobernante y del juez. Una libertad constreñida, porque, evidentemente, el filósofo del Derecho se reserva su propia libertad de crítica de las medidas legislativas que juzgue inidóneas para el bien común o afectadas de arbitrariedad o violatorias de la lógica jurídica. El potencial crítico de la propuesta hay que calibrarlo, no al considerar ésta en su generalidad, sino en sus aplicaciones; v.g. en sus desarrollos de crítica legislativa —e incluso de crítica constitucional— sobre la organización política del Estado, sobre políticas distributivas (o ausencia de las mismas), sobre temas biojurídicos, sobre el Derecho de familia, o la propiedad intelectual o las relaciones internacionales, etc. Algunos de esos desarrollos ya han sido expuestos por el autor en trabajos anteriores; otros quedan como tareas para el futuro.

4ª DIFICULTAD.— El Derecho actual es un cuerpo desordenado

El Derecho de nuestros días ya dejó de ser un sistema racional. Es un conglomerado sin orden, que amontona normas de muy diversas fuentes, de enorme complejidad, enmarañado. Es vano pretender racionalizarlo.

SOLUCIÓN.—

Lo sería si se le quisiera imponer una lógica que no admitiera las antinomias, una lógica de corte clásico, como la lógica deóntica estándar. También lo sería si se abordara el Derecho con una visión de racionalidad sustractiva o depurativa, puesto que entonces habría que tildar de nulas muchas normas válidas en virtud de haber emanado de alguna de las múltiples fuentes actuales del Derecho; y al filósofo jurídico no le compete esa función.

Pero, pese a todas sus antinomias y pese a proliferación de fuentes, el Derecho es un ordenamiento, un sistema. Sistema, desde luego, lleno de antinomias, sistema imperfecto, pero sistema. Cualquier operador jurídico lo entiende así. El ideal de sistematicidad jurídica anida en el propio Derecho, aunque en la práctica sea constantemente violado.

El racionalismo jurídico propuesto en esta obra ofrece unas pautas para devolverle al Derecho su sistematicidad, sin negar sus antinomias y sin imponerle una lógica artificial que lo haga estallar. Incorporando al Derecho los principios de la lógica nomológica, el canon de no arbitrariedad y el principio del bien común, la propuesta marca unas pautas de sistematización racional que no hacen violencia, que no eliminan contenidos del Derecho, que no ignoran la enorme complejidad de los actuales ordenamientos (en buena medida, es verdad, desordenados).

5ª DIFICULTAD.— La exigencia de racionalidad acarrea que lo que tenemos hoy no es Derecho

Si lo que se plantea es que la racionalidad es una condición necesaria para que haya derecho, entonces hay que decir que no lo hay. Por lo tanto una filosofía del Derecho que sólo se aplique a un derecho racional no se aplica al Derecho real. Mas, en tal caso, aun admitiendo una prescripción de obediencia al Derecho, como el Derecho que hay no es racional y, por lo tanto, no sería derecho de veras, ¿se está justificando la desobediencia jurídica?

SOLUCIÓN.—

El racionalismo jurídico aquí propuesto nunca dice que sea condición de juridicidad la racionalidad, sino que la exigencia de racionalidad es un canon jurídico, o metajurídico, canon que puede colisionar, y de hecho colisiona, con muchos contenidos del Derecho. El Derecho contiene muchas normas, unas racionales, otras irracionales. La combinación de esas normas es unas veces racional, otras irracional. Pero también contiene ese imperativo de racionalidad, que entra en pugna con algunos contenidos y con algunas combinaciones de contenidos. Es (sustancialmente) aditiva, no sustractiva, la propuesta racionalizadora de esta obra. La sustracción incumbe al legislador, al político y al juez, guiados por los grandes principios jusfilosóficos de racionalización jurídica.

No sostengo la desobediencia al Derecho. Primero porque sus imperfecciones no le quitan la característica de ser Derecho. Y segundo porque, aun en las situaciones políticas en las cuales no se está auténticamente en presencia de un verdadero ordenamiento jurídico, sino de un poder *de facto*, la desobediencia puede ser —y suele ser— peor para el bien común que la obediencia, incluso que la obediencia a un régimen ilegítimo, usurpador y arbitrario. Pero obedecer no exime de esforzarse por un cambio para bien.

6ª DIFICULTAD.— ¿No incurre la presente propuesta en un positivismo ideológico?

Aquí se formula un *desideratum* de racionalidad, pero en definitiva no se exige, puesto que para nada se rehusa al Derecho el reconocimiento de su validez jurídica cuando incurre en irracionalidad ni en injusticia. Sólo se exige que establezca el orden y evite el caos. Mas, desmintiendo tal vez la ambición jusnaturalista que la inspira, la obra desemboca así en un positivismo ideológico en el sentido de Bobbio, en un mandato de obedecer al Derecho.

SOLUCIÓN.—

Es cierto que son mínimas las exigencias para reconocer que un conjunto eficaz de normas es un ordenamiento jurídico. En ese sentido mi punto de vista es hobbesiano. No es tema abordado en este estudio el de la legitimidad del poder (que queda para un trabajo posterior). No estudio cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para que un poder *de facto* merezca la calificación de legislador. Me ciño a la definición de Santo Tomás: «aquel que tiene a su cuidado la comunidad». Podemos aquí traer a colación la triple teoría de la legitimidad de Max Weber. Tiene a su cuidado la comunidad aquel que mejores credenciales exhibe, habida cuenta de todo, para obtener un consentimiento de los gobernados, instituir un sistema de normas que funcionen y que sirvan, al menos en parte, al bien común; por lo menos en la medida en que así suceda.

Tal sistema de normas puede ser insatisfactorio. Cuán grande sea la obligatoriedad jurídica de obedecer al Derecho dependerá de cuáles sean esas credenciales de legitimidad del legislador y en qué medida esté capacitado para legislar para el bien común.

De todos modos esa temática de la obediencia y la desobediencia al Derecho la reservo para otro trabajo posterior.

7ª DIFICULTAD.—Excesivas facultades del intérprete

Si los juristas y científicos del Derecho tienen el deber de ajustar el Derecho que es al que debe o debería ser, resulta que es el intérprete quien decide, a la postre, qué contiene el Derecho.

SOLUCIÓN.—

Es imposible que esta dificultad esté fundada si existe alguna base, por mínima que sea, para las dificultades 1ª, 2ª y 6ª de esta misma serie. Si mi propuesta jusnaturalista carece de mordiente crítico, si se inclina demasiado ante el Derecho que es, si apenas le exige una racionalización que para nada cuestiona las injusticias y contenidos axiológicamente objetables que pueda haber en él, entonces es absolutamente imposible que esa misma propuesta (salvo si es un galimatías) otorgue al intérprete una excesiva facultad de alterar el contenido del Derecho según su concepción de cómo ha de ser el Derecho. Porque, si se lo otorga, lo que habría que reprocharle a la propuesta sería una desmesurada potencia crítica y un no-respeto al Derecho que es; en suma se estaría facultando a juristas y científicos del derecho a desobedecer al Derecho, sustituyendo el que realmente es por el que ellos juzgan que debería ser.

Pero ni la propuesta es un galimatías ni este reproche está tampoco fundado. La afirmación de que los juristas y científicos del Derecho han de ajustar el Derecho que es al que debería ser viene constantemente matizada por la locución condicional «en la medida de lo posible». Esa medida implica muchísimas y fortísimas restricciones:

- En primer lugar, se trata de lo hermenéuticamente posible: el jurista ha de dilucidar, enseñar y aplicar el Derecho que es, interpretándolo según cánones hermenéuticos válidos, que diluciden su contenido auténtico (la interpretación es cognoscitiva, no voluntarística), sin acudir a maniobras exegéticas que lo alteren según el capricho del exégeta; eso sí, el sentido de un texto jurídico, el sentido que realmente vehicula, queda determinado por un cúmulo de factores, uno de los cuales es la propia misión del Derecho como regulación racional para el bien común.
- En segundo lugar, la posibilidad de interpretación según el canon de lo que el Derecho debería ser no concede en absoluto al intérprete rienda suelta para, lanzando su subjetividad, leer los preceptos jurídicos según sus preferencias, gustos o inclinaciones; la propuesta, estrictamente racionalista, exige que cualquier pauta aducida de cómo debe ser el Derecho esté racionalmente motivada de manera lógica, con argumentación deductiva clara y comprensible, con respeto a las reglas de la ilación racional objetiva e intersubjetivamente compartible y tomando como guía, no cualesquiera valoraciones particulares del lector, sino sólo los valores del bien común y de la no arbitrariedad.
- En tercer lugar, una condición de posibilidad es el estado de la conciencia jurídica. El jurista ha de plegarse, tragando incluso lecturas de los preceptos vigentes que, a su juicio, no son las mejores ni las más idóneas para la misión de ordenación racional para el bien común en tanto en cuanto el ambiente de la opinión general en los ámbitos jurídicos sea opuesta a sus convicciones; aquí, claro, hay una diferencia entre el científico del Derecho, mucho más libre, y el operador jurídico (juez, notario, registrador, fiscal etc), quien está mucho más constreñido por este canon de sujeción a la conciencia jurídica.

— En cuarto y último lugar, otro constreñimiento es el de factibilidad: queda excluida la mejor interpretación de los preceptos jurídicos cuando las circunstancias fácticas hacen inviable atenerse a tal lectura, pudiendo, en cambio, seguirse una interpretación menos favorable de suyo para el bien común pero que se puede implementar.

En resumen, mi propuesta no concede ninguna potestad ilimitada al jurista para hacerle decir al Derecho lo que él quiera, sino que disciplina esa función suya.

Por otro lado los juristas no han necesitado esperar a que aparezca esta obra para obrar así. Desde el Derecho romano clásico justamente es eso lo que hacen: en la medida de lo posible (y también en la medida de sus propias luces) tratan de interpretar el Derecho que es ajustándolo al que debiera ser. Ésa fue la gran obra de los jurisconsultos romanos (que eran verdaderos operadores jurídicos *motu proprio*, al igual que los jurisconsultos o jurisperitos islámicos, quienes también han solido atenerse a ese criterio de interpretación óptima).

Puede haber habido períodos de literalismo legalista —especialmente bajo la égida del positivismo jurídico más angosto o en los regímenes políticos en los que el poder judicial estaba más subordinado al ejecutivo. Y por otro lado, que el jurista intente ajustar en lo posible el Derecho que es al que debe ser no significa que lo consiga, porque no existe el elixir de la infalibilidad. Mas nada de eso invalida el principio de interpretación del Derecho que es ajustándolo, en lo posible, al que debe ser.

Capítulo VII

QUINTO CONJUNTO DE DIFICULTADES. ¿EXISTE UNA MORAL OBJETIVA QUE NO SEA DERECHO NATURAL?

1ª DIFICULTAD.— La naturaleza de los operadores deónticos

En este trabajo se sostiene que los operadores de licitud, obligación y prohibición afectan a situaciones; ello chirría con la noción que hemos aprendido de los lógicos, según los cuales los operadores son signos que se prefijan a enunciados o fórmulas. En relación con eso, las relaciones lógicas se entienden aquí como nexos entre situaciones, mientras que siempre habíamos estudiado que los vínculos de inferibilidad se dan entre enunciados.

SOLUCIÓN.—

Es verdad que resulta sumamente frecuente presentar la lógica como un arte de manejar enunciados o fórmulas y las relaciones de deducibilidad como nexos entre tales enunciados. No sólo es una manera usual de presentar la lógica sino también útil. Al fin y al cabo el lógico opera formalmente, según suele decirse, o sea: mira la forma de los enunciados prescindiendo de su contenido. Tales nociones parecen indisolublemente ligadas a lo lingüístico.

Pero, en realidad, tal visión lingüística de la lógica es un mero *como si*. El propio Leibniz, padre del formalismo lógico (de la consideración de la lógica como un *ars ratiocinandi* que sólo atiende a la pura forma), en el fondo considera que las relaciones lógicas conectan aspectos de la realidad objetiva (aunque, al faltar en su ontología la noción de estado-de-cosas, no puede ofrecer un tratamiento satisfactorio de ese fundamento metafísico de las relaciones de ilación lógica). Más cerca de nosotros, Bertrand Russell y Ferdinand Gonseth defendieron la visión de la lógica como ontología (para el segundo «la física del objeto cualquiera»). También Husserl sustentó la lógica en una ontología que él llamó «formal». Y Frege había hecho lo propio. Para él, las oraciones denotan valores veritativos (la Verdad, la Falsedad) y las conectivas lógicas denotan funciones verivalentes. Las relaciones de deducibilidad son también relaciones objetivas.

No hay inconveniente alguno en denominar «lógico» lo lingüístico y «ontológico» lo extralingüístico. Pero, en definitiva, ¿qué se gana con ello? Podemos decir que de un

enunciado de la forma «A y B» se deduce el correspondiente «A». Pero ¿por qué? Porque en cualquier mundo posible en el que se realice el estado de cosas A-y-B se realiza también el estado de cosas A. Luego el fundamento es el nexa ontológico, el vínculo entre situaciones. Ahorrándonos el rodeo lingüístico, podemos directamente (de manera más clara, franca y provechosa) concebir las relaciones lógicas como relaciones entre las situaciones, o sea como relaciones ontológicas.

En el ámbito nomológico es igual. Afirmamos que la preceptividad de A implica la licitud de A, o sea que es válido «oA→aA», porque en todo ordenamiento normativo, en la medida en que se contenga la preceptividad de A, también se contiene la licitud de A; de no ser así no es un ordenamiento normativo.

2ª DIFICULTAD.— Impedir por la fuerza

El principio de no vulneración o de no impedimento a menudo está formulado en términos vagos, inapropiados. Sólo a veces se enuncia correctamente, añadiendo la imprescindible precisión: «por la fuerza». Que alguien tenga derecho a una cosa no conlleva que los demás no puedan impedirselo, sino sólo que no pueden hacerlo por la fuerza.

SOLUCIÓN.—

En realidad la noción misma de impedimento ya encierra semánticamente una connotación de coerción o fuerza.²⁸⁰ Fallan todos los ejemplos que se aducen para alegar

²⁸⁰. El DRAE define así «estorbar»: «1. Poner dificultad u obstáculo a la ejecución de algo. 2. Molestar, incomodar». Define «impedir» así: «Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo».

En francés, el diccionario de wictionary.org es más explícito: «empêcher: 1. Entraver quelqu'un dans la réalisation de quelque chose. 2. Rendre impossible, irréalisable; s'opposer à, faire obstacle. 3. Gêner ou arrêter par un obstacle». El Diccionario Littré define así «empêcher»: «1. Mettre entrave à quelqu'un. 2. Être cause que quelque chose ne se fasse pas. 3. Gêner l'exercice de».

El Diccionario Oxford español-inglés (acc. <https://es.oxforddictionaries.com/translate/spanish-english/>) traduce «impedir» así: «1 (imposibilitar) *to prevent*. 2. (dificultar) *to hamper, to hinder*».

De los múltiples ejemplos lexicográficos que recoge de una u otra acepción selecciono éstos: «El protector fijo se situará en la línea de peligro impidiendo el acceso a la misma». «Amenazan con tomar la planta e impedir el ingreso a la misma». «El gobierno ni siquiera intentó impedir estas matanzas». «Acusan al Estado mexicano de impedir el libre ejercicio del credo religioso en diversas entidades». «Poste de hierro hincado en el suelo y destinado a impedir el paso o aparcamiento de vehículos». «La policía impide la entrada de vehículos al campamento». «Es recomendable colocar puertas de seguridad, para impedir el paso de los chicos». «Impedir u obstaculizar el normal funcionamiento de los órganos de participación o representación». «El debate apenas comienza y bajo ninguna circunstancia se debe impedir o limitar». «El Senado debe impedir a toda costa que César se haga con el poder». «Que impida u obstaculice la asistencia regular al centro educativo». «Deberán construirse de manera que no impidan o dificulten el libre uso de las terrazas». «Cortes en puentes y carreteras impiden el tránsito normal a través del territorio nacional». «La reacción de los policías impidió la fuga». «Se impide el ejercicio pacífico del derecho de manifestación legal y autorizada». «Tres anillos de seguridad impiden el acceso a la plaza de los manifestantes». «Además de que impiden el libre paso a peatones». «La autoridad debe impedir que continúe esta situación». «Barreras que impiden o limitan la comunicación». «La semana pasada iba a hacer un entrega de material quirúrgico y le impidieron el paso».

la posibilidad de impedir acciones ajenas a las cuales sus agentes tendrían derecho; fallan porque siempre aducen derechos condicionales, no incondicionales. V.g., tomemos el manido ejemplo de que, teniendo Etelvina derecho a casarse con Maurilio, se lo impide el haber contraído previamente matrimonio éste último con Alicia. Lo que sucede es que Etelvina no tiene ningún derecho incondicional a casarse con Maurilio; nadie la priva de su derecho, que es el de, en el caso de permanecer soltero Maurilio y querer casarse con Etelvina, realizar ese matrimonio. Y lo mismo sucede en el caso del presunto derecho de Federico a ganar la oposición a notario. No hay tal derecho. Federico tiene derecho a ganar la oposición si el tribunal juzga que es el mejor candidato. Ni el tribunal ni el candidato triunfador de la oposición le privan de nada. Ni tampoco tiene uno derecho a sentarse en primera fila en el teatro, sino sólo a hacerlo si no está ocupada. Quienes llegan antes y ocupan la primera fila no nos impiden nada. Ni un comerciante impide a otro vender su mercancía; sólo que, si tiene más éxito con el cliente, éste no comprará la mercancía de su competidor.

Conque en verdad sólo se impide una acción ajena a cuya realización tenga derecho el agente cuando se hace empleando algún tipo de compulsión, coacción, coerción, fuerza, acción material que frustra la voluntad del agente. Dependerá de factores objetivos, físicos, pero también, en parte, de la propia configuración normativa cuál tipo de compulsión o fuerza sea aquella que merezca ser jurídicamente calificada de impedimento.

Así, el ejercicio del derecho de propiedad —como *jus utendi, fruendi et abutendi*— vendría impedido por la simple intromisión de un tercero no invitado a hacerlo. Ahora bien, el derecho de propiedad no es absoluto, sino limitado. Sobre cualquier propiedad pesan servidumbres; cuáles sean éstas depende del ordenamiento jurídico y de la naturaleza del bien

Puesto que los verbos ingleses que traducen «impedir» son «to prevent», «to hinder», «to hamper», consultemos la definición de «to prevent» en el Diccionario Oxford del inglés americano (en http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american_english/): «1. Keep (something) from happening or arising; [...] 'It may involve going to Pearson Airport to try to prevent a deportation from happening'». Como sinónimos: «stop, put a stop to, avert, nip in the bud, fend off, turn aside, stave off, ward off, head off, shut out, block, intercept, halt, arrest, check, stay, hinder, impede, hamper, obstruct, balk, foil, thwart, obviate, cheat, frustrate, forestall, counteract, inhibit, hold back, curb, restrain, preclude, pre-empt, save, help, suppress, disallow, prohibit, forbid, proscribe, exclude, debar, bar, deter». Añade una subacepción: «1.1 Make (someone or something) unable to do something».

El Diccionario Merriam-Webster (acc. en <http://www.merriam-webster.com/dictionary/>) define, de manera general, «prevent» así: «to stop (something) from happening or existing; to stop (someone or something) from doing something». Al desglosar las acepciones, incluye éstas: «to keep from happening or existing», «to hold or keep back: hinder, stop»; «to interpose an obstacle».

No olvidemos que en latín «impedir» se traduce como «prohibeo» (por eso el principio de no impedimento se enuncia con la locución latina *interdictio prohibendi*). El Diccionario latín-inglés (acc. en <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/morph>) traduce «prohibeo» así: «to hold before, hold back, keep away, check, restrain, hinder, prevent, avert, keep off, debar».

Toda esa evidencia lexicográfica corrobora que la significación primaria de «impedir» y sus equivalentes en otros idiomas connota obstaculización, traba, estorbo, molestia, por una acción material (de estricta violencia o no) que imposibilita o hace prácticamente muy difícil una acción o un hecho. Implica fuerza, al menos en las cosas, o uso de barreras, si bien, en ciertos casos, se pueden asimilar al impedimento medidas que estrictamente no *impiden* pero que se consideran impedimentos, por analogía, en virtud de circunstancias determinadas. (Por ejemplo se puede impedir haciendo ruido, perturbando, alborotando, amenazando.)

Por tal razón, es, en rigor, pleonástico el complemento circunstancial «por la fuerza»; cuando se precisa, habría que advertir que tal fuerza no se ha de tomar restrictivamente, en el sentido de que el único impedimento ilícito de un derecho ajeno fuera aquel que se realice por la violencia.

objeto de propiedad. Sobre bienes de consumo personal no hay servidumbres.²⁸¹ En cambio la propiedad territorial siempre está sujeta a servidumbres como los derechos de los colindantes (las medianías), frecuentemente servidumbres de paso e incluso, en algunos ordenamientos, un derecho de tránsito inocuo por predios rústicos ajenos (y en otros el derecho de tránsito venatorio); agréganse a menudo servidumbres de vistas, de aguas y de obras. Lo que consideramos una vulneración del derecho de propiedad es una irrupción ajena no autorizada por el dueño ni amparada por ninguna de tales servidumbres; tal irrupción hace algún tipo de fuerza, perturbando el tranquilo uso y disfrute del propietario.

Hay también usos analógicos, como el plagio, que no es una acción violenta ni puede serlo —ya que lo depredado no es material. El ordenamiento lo asimila a una apropiación porque se hace contra la voluntad del propietario intelectual y en su perjuicio, impidiéndole así disfrutar de su propiedad intelectual, aunque no sea exactamente por la fuerza.

En virtud del principio de no impedimento es ilícito el acoso (hoy tipificado en el art. 172 del Código Penal, según la reforma del año 2015), mediante las telecomunicaciones (llamadas telefónicas, envío de correos electrónicos o incordios en las redes sociales). ¿Hay fuerza? Hay un uso de medios materiales que proyecta sobre el agraviado un entorno hostil, perturbador, impidiéndole desarrollar, tranquila y normalmente, su vida cotidiana (o sea vulnerando su derecho constitucional a la intimidad personal y familiar). Es uno de los casos en los cuales hay un impedimento ilícito sin violencia (el acosador no agrede con armas ni ataca físicamente a su víctima).

Asimismo, cuando existe un oligopolio que detenta los medios de difusión de ideas (al menos aquellos que tienen un acreditado reconocimiento social), si —concertadamente o no— se obstruye la publicación de obras que desafíen los dogmas abrazados por ese oligopolio, también se está impidiendo una conducta lícita: la de difundir ideas disidentes. ¿Se está ejerciendo fuerza? Indirectamente sí, en la medida en que el derecho de propiedad privada (asegurado, en última instancia, con el recurso a la fuerza pública) habilita a los titulares de esas firmas editoriales y a sus hombres de confianza a desterrar a las catacumbas aquellas ideas que no les gusten. Ocurre eso principalmente en dos ámbitos: (1º) los grandes medios de comunicación de masas (prensa, radio y televisión); (2º) las editoriales de solera en el mundo académico —sin pasar por las cuales se es un paria—. (Sucede algo análogo en el acceso a la docencia universitaria; pero las acaparaciones oligopolísticas que obstruyen o impiden la libertad de expresión se dan en varios ámbitos; tal impedimento puede ejercerse por medios materiales no violentos, como el bullicio, la asonada, el vejamen y la estigmatización ostensible.)

En suma, la relación de impedimento, sin perder su sustrato físico y su connotación de fuerza material, se configura normativamente —en un sentido ampliativo o restrictivo, según múltiples consideraciones de la convivencia social.

²⁸¹. En principio, aunque puede existir una regla que prohíba malgastarlos arbitrariamente. En situaciones de penuria, puede ser ilícito malgastar comida o agua.

No niego que también hay usos impropios de «impedir» que pueden ser del todo ajenos a esa connotación de fuerza (la estricta o la analógica); pero aclaro abundantemente que no empleo el verbo «impedir» o sus parónimos en tales sentidos impropios (como que la transmisión televisiva de un evento deportivo ha impedido que los telespectadores siguieran un discurso político que se difundía por otro canal).

3ª DIFICULTAD.— Los grados de obligatoriedad

Es central en toda la Parte I la noción de grados de obligación, de prohibición y de licitud. Es una noción atrevida, cuya defensa reclama imperiosamente que se suministre una métrica, una mensurabilidad.

SOLUCIÓN.—

Ciertamente, es una tarea pendiente. En otros trabajos del autor hay indicaciones sueltas, pero todavía falta —quedando pendiente para el futuro— una teoría general de los grados de obligación y de licitud.

Ahora bien, siendo ello así, hay que distinguir dos cosas: (1ª) que tengamos criterios para determinar que tal conducta es más obligatoria, o más lícita, que tal otra; (2ª) que, no sólo tengamos esos criterios, sino que podamos medir cuánta es la diferencia con una escala de mensuración idónea que nos permita adjudicar a cada conducta su grado de obligación, prohibición o licitud.

Desde tiempo inmemorial la humanidad ha tenido una noción de grados de calor, sabiendo distinguir lo más caliente de lo menos caliente. Pero hasta la invención de los termómetros en el siglo XVII no se tuvo una métrica del calor. Idem con respecto al grado de posterioridad. Hasta el invento de los relojes no se tenía métrica de cuán posterior era un hecho con relación a otro; e incluso hay que decir que durante milenios esa métrica fue tosca y sin finura ni precisión.

Estando en presencia de dos conductas prohibidas y sancionadas, un criterio (no infalible) del grado de prohibición respectivo es la sanción que se sigue de la conducta. Sin embargo, aunque podemos ordenar (aproximada o tentativamente al menos) las conductas por su grado de prohibición, difícilmente podemos asignarles magnitudes precisas de ilicitud; decir, v.g., que un homicidio está el triple de prohibido que una lesión. De momento trabajemos en perfilar la noción ordinal de los grados de obligación, prohibición y licitud (qué criterios tenemos para atribuir a unos hechos más que a otros), porque la asignación de grados precisos no sabemos si está a nuestro alcance.

Dada la interdefinibilidad de los operadores deónticos de obligación y de licitud (es obligatorio A en la medida en que no es lícito no-A; y es lícito A en la medida en que no es obligatorio no-A), la teoría de los grados de licitud equivale a una teoría de los grados de obligatoriedad. Una importante aplicación de la misma es la ponderación. En tratamientos

usuales, como el de Alexy,²⁸² la ponderación estriba en colocar en los platillos de la balanza las reglas y los principios en conflicto, para mirar cuál vence; percibido lo cual, se aplica plenamente la regla o el principio que ha prevalecido, descartándose por completo los demás. No hay grados.²⁸³

Mi planteamiento es muy diverso. Tenemos dos derechos en conflicto: en la medida en que se satisface uno de ellos, se conculca el otro. Lo que hay que determinar es el grado de tal derecho.

No disponemos de ningún algoritmo, pero los jueces averiguan ese grado teniendo en cuenta las escalas valorativas de la sociedad. Cada derecho está reconocido para proteger un bien jurídico (como dicen los penalistas); su vulneración tiene siempre un doble desvalor: el de la acción y el del resultado. El grado de un derecho viene dado por la posición en la escala axiológica del bien jurídico por él protegido así como por la posición de los grados de desvalor de la violación del derecho (desvalor de la acción violatoria y de su resultado).

Carecemos, hoy por hoy, de procedimiento alguno para formalizar esas estimaciones y baremarlas. La casuística puede ayudar, pero nunca resolver todas las incógnitas. Tampoco podemos adoptar un particularismo a lo Dancy, que confiaría a la intuición del juez percibir, caso por caso, el rango axiológico de una acción u omisión.

Al estar privados de algoritmos, las apreciaciones de cada juez pueden ser subjetivas. Un sistema judicial complejo permite, por la vía de los recursos y de la jurisprudencia vinculante, ir determinando —o, al menos, bosquejando— ciertas pautas de medición —o siquiera de prevalencia, o sea: medición ordinal, no cardinal.

Ahora bien, cuando estamos en presencia de dos derechos antagónicos, aunque averigüemos que el uno existe más que el otro, no por ello éste último queda anulado ni es legítimo ignorarlo del todo. Eso significa que, en tal supuesto, será menester, en la medida de lo posible, que el juez autorice un ejercicio o disfrute del derecho mayor que no exceda unos límites que permitan el ejercicio o disfrute del derecho menor —aunque sea en un grado más bajo.

Tomemos un ejemplo. Surge en una casa de vecindad una desavenencia entre unos mozalbetes juerguistas y bullangueros —los cuales suelen hacer guateques escuchando música *rock* o *metal*— y los vecinos del piso de abajo, trabajadores que han de levantarse a las 6 de la mañana. El reglamento de la comunidad de propietarios y las ordenanzas municipales

²⁸². V. *supra*, solución a la 13ª dificultad del capítulo IV.

²⁸³. De la inabarcable multitud de trabajos del propio Robert Alexy donde desarrolla su concepto de la ponderación y de los aún más numerosos de otros autores que comentan sus ideas, cito sólo: Robert Alexy, «Constitutional Rights and Proportionality», disp. en <http://revus.revues.org/pdf/2783>, acc. 2016-09-24; ídem, «On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison», *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 433-449; ídem, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 131-140; Virgilio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision», *Oxford Journal of Legal Studies*, 31 (2011), pp. 273-301; Lars Lindahl, «On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing», *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, ed. por Augusto Silva Dias, vol I, pp. 355-375, Edições Almedina, 2009, ISBN 97897240395101.

permiten hacer ruido (por debajo de un umbral de decibelios) hasta las 12 de la noche. Los incidentes se repiten con mucha frecuencia y a lo largo de un dilatado período.

Los vecinos del piso inferior interponen una demanda contra los de arriba por el daño culpable que les infligen. (La demanda puede estar basada en el artículo 1902 del Código Civil o en otro fundamento jurídico.) Los jóvenes parranderos contratan a un abogado, quien les aconseja presentar una reconvencción, alegando que las reiteradas quejas que reciben (llamadas telefónicas y timbrazos para pedir silencio) implican un acoso contra el ejercicio de una actividad lícita, como es reunirse y festejar.

Incumbe al juez averiguar qué derecho existe más que el otro, o sea si es más lícito que los muchachos se diviertan o es más lícito que los trabajadores descansen para poder conservar su salud y trabajar. Una vez determinado qué derecho es mayor, el juez puede y debe imponer un compromiso para lesionar lo menos posible aquel derecho que ha quedado subordinado; v.g., si ha reconocido que los trabajadores tienen más derecho al descanso que los muchachos a la diversión, podrá, así y todo, establecer un límite temporal (digamos, el de las 10 y media de la noche) o una disminución del volumen o la elección de otro tipo de música menos agresiva, o, mejor, una combinación de esas tres limitaciones.²⁸⁴

4ª DIFICULTAD.— Moralidad objetiva

Podemos hablar de una moralidad objetiva, que, sin ser Derecho Natural, trasciende lo subjetivo aun sin institucionalizarse o plasmarse en un catálogo o en un código.

SOLUCIÓN.—

¿Hay quizá una moral objetiva extrajurídica?

A diferencia de la normatividad jurídica —que, emanando de un imperativo de convivencia en sociedad, nos viene, en último término, impuesta por una exigencia de nuestra social naturaleza humana—, la normatividad moral objetiva ¿en qué se basaría? ¿Dónde está? ¿Cómo se demuestra que existe? ¿Qué acceso epistémico tenemos a ella? ¿Con qué criterios podemos juzgar sus contenidos para deslindar lo verdadero de lo falso? ¿O no es cuestión de verdad o falsedad, sino de otros valores?

²⁸⁴. El asunto es, en rigor, más complicado, porque hay que sopesar, no sólo el grado de obligatoriedad o licitud de unas u otras conductas, sino el grado de vigencia de la norma que prescribe tal obligatoriedad o licitud.

Normamente el juez puede y debe prescindir de esa consideración, presumiendo que todas las normas tienen el mismo grado de existencia en el ordenamiento jurídico. Mas tal presunción es defectible (*juris tantum*); en supuestos complejos se aducirá que ha caído parcialmente en desuetud alguna de las normas en conflicto o que su fuente no tiene tanta fuerza vinculante como aquella de la cual emana la norma opuesta (sin que, no obstante, estemos ante un simple caso de *lex superior*). Así, en el caso de los jovenzuelos juerguistas y sus sufridos vecinos, podemos imaginar que esa ordenanza municipal tan laxa y permisiva ha venido perdiendo buena parte de su vigencia por colisión con una norma consuetudinaria necesitada por la evolución de los hábitos y las valoraciones sociales, por los requerimientos laborales y los horarios de la actividad derivados de las mayores distancias a recorrer para llegar puntualmente al trabajo o cualesquiera otras circunstancias.

Lo jurídico radica en la exigencia objetiva de convivir para el fin común que nos congrega en sociedad desde nuestra concepción en el seno materno. Averiguamos sus principios por abducción, a partir de los propios ordenamientos, todos los cuales, explícita o implícitamente, reconocen unos principios que la doctrina jusnaturalista desentraña y enuncia expresamente. Desde luego, los ordenamientos jurídicos contienen también mucha escoria, muchos elementos contrarios a esos principios; y además la inclusión de los principios hay que abducirla. (Así el actual ordenamiento español no menciona el bien común, pero es dudoso que, sin él, tengan sentido las cuatro tablas de valores de la actual Constitución: la del Preámbulo, la del artículo 1.1, la del artículo 10.1 y la del Título VII.)

Sería difícil imaginar un ordenamiento jurídico en el cual se proclamara que no es tarea de los poderes públicos velar por el bien común ni tender a su realización. No conozco ninguno que lo haya hecho.

Así pues, la objetividad del Derecho Natural radica:

- en primer lugar, en la existencia misma de ordenamientos jurídicos y en el hecho de que ya contienen esos principios, que el jusfilósofo abduce —aunque los contengan oscurecidos, confundidos, adulterados o mezclados con contenidos deletéreos—,²⁸⁵
- en segundo lugar, en que esa operación abductiva es racional, está sujeta al control de la lógica abductiva (o sea: la regla de inferencia a la mejor explicación, epistemológicamente fecunda y hasta imprescindible); no entra para nada la intuición, no entran la conciencia ética ni nada así;
- en tercer lugar en que los contenidos que postula los propone como *públicamente* exigibles, o sea: reclama que el legislador los haga suyos, incorporándolos al Derecho positivo y, a falta de ello, atribuye a los jueces y administradores la potestad de hacer exequibles tales contenidos cuando lo haga posible y razonable la conciencia pública, especialmente la conciencia jurídica (siendo en cambio irrelevante la conciencia personal del juez o de cualquier otro individuo, privado o investido de autoridad pública).

En suma, el proceder de la doctrina jusnaturalista es estrictamente racional y muy similar al del científico, del cual difiere sólo en que la abducción jusfilosófica tiene mayor dosis de dubitabilidad.

¿Cuáles de esas tres características de la objetividad del Derecho Natural compartiría la presunta moralidad objetiva? ¿De dónde la sacamos? ¿De los sentimientos morales de la gente? ¿Hay un *corpus* de tales sentimientos? ¿No es ése, antes bien, el campo de la pura

²⁸⁵. Aquí Marcelo Vásconez me pregunta si ese *hecho* es un hecho como el de que hay una lámpara encima de la mesa, o sea un dato fáctico empíricamente constatable. Mi respuesta es que tampoco los «enunciados protocolarios» —para usar la terminología del círculo de Viena— son tan absolutamente neutrales con respecto a presupuestos teóricos. Es éste un viejo debate de la teoría del conocimiento. Admito, no obstante, la diferencia de grado. En la jerga de Quine, el haber una lámpara encima de la mesa es un enunciado observacional, mientras que el contener el ordenamiento jurídico unos principios implícitos de bien común es sólo una conclusión de un razonamiento. Mas no olvidemos que la observacionalidad es de grado y contextual.

subjetividad, aquel en el cual es imposible hallar denominadores comunes? ¿Con qué criterios vamos a seleccionar las expresiones de aprobación o desaprobación, de loa o de vituperio? ¿Cómo vamos a abducir de ellas principio alguno? ¿No depende, al revés, el contenido de la moral que uno profese de su cosmovisión, de sus posiciones últimas de valor?²⁸⁶

No digo que en ética no quepa razonar; mas el razonamiento no puede ser independiente de la opción por una metafísica, una teoría del conocimiento, una concepción del ser humano, una visión de la vida humana. Y ¡hay tantas! ¿En virtud de qué va a arrogarse del título de «la moral objetiva» la pitagórica, o la de Platón, o la de Aristóteles, o la cínica, o la epicúrea, o la estoica, o la del cristianismo primitivo, o la del maniqueísmo, o tantísimas otras que han venido después, como las de Helvétius, Bentham, Max Stirner, Kant, Nietzsche, Scheler, Bradley, Sidgwick, Peter Singer, etc?

²⁸⁶. En este punto me objeta lo siguiente Marcelo Vásconez: «Si nos preguntamos por el criterio de la obligación o deber, trazamos una taxonomía de respuestas, supuestamente exhaustiva, y luego vamos eliminando para quedarnos con la mejor alternativa. El razonamiento sería una especie de silogismo disyuntivo. Hay dos grandes criterios de la obligación: intrinsecismo o relacionalismo. El primero tiene problemas. Dentro del segundo, cabe distinguir: antecedentalismo y consecuencialismo. Aquél tiene sus dificultades. Queda el último, al interior del cual nos podemos concentrar en dos versiones del utilitarismo: del acto y de la regla. No vale el penúltimo. Por lo tanto, el último. [...] Esto es deducción. El procedimiento es racional, aunque jamás indiscutible, como en cualquier otra disciplina científica. Entonces, se podría decir que la ética comparte los rasgos segundo y tercero de la objetividad del Derecho Natural».

Mi respuesta es quíntuple:

- 1ª) Lo debatido aquí no es si resulta o no racionalmente válida una teoría ética, sino si existe una moral objetiva, jurídicamente invocable (o al menos jurídicamente atendible), *que no sea Derecho Natural*, que se deslinde netamente de aquello que pretende ser el Derecho Natural, o sea Derecho (aunque no positivo). Para que no nos quedemos en una disputa verbal, entendamos por «Derecho» una instancia coercible o que merece serlo. Si la ética, o una parte de la ética, se revistiera de esa exigencia, no habríamos encontrado lo que se buscaba, que era una moral objetiva *que no fuera Derecho*, que no fuera ni mereciera ser coercible.
- 2ª) Aceptando todo el argumento de Marcelo Vásconez, añado dos matizaciones: (a) que, a lo largo de esa larga secuencia de opciones que nos hace desembocar en la elección de una ética consecuencialista de reglas, estamos condicionados por las tesis filosóficas que hayamos abrazado en otras disciplinas —principalmente en la metafísica (vuelvo sobre esto en el párrafo siguiente)—; y (b) que la mera opción por el utilitarismo de reglas no nos dice cuáles son esas reglas: en el ámbito jurídico, necesitamos la regla del bien común, pero un utilitarismo de reglas en general es compatible con la adopción de otras reglas (v.g., el bien de los mejores o el de los allegados).
- 3ª) En cada una de esas bifurcaciones, un filósofo inteligente y racional puede abrazar una opción que no es la nuestra; pensamos que hay buenas razones para recomendar nuestra elección, pero sabemos que, no siendo absoluta su fuerza de convicción, quien no nos siga no por ello queda desacreditado como filosóficamente inepto. Filósofos que han optado por una u otra de las alternativas que hemos ido descartando pueden, en lo nomológico, coincidir con nosotros en la imperatividad del bien común. Luego, en algún sentido, persiste una objetividad del Derecho Natural no compartida por la ética: el Derecho Natural es filosóficamente más neutral (lo cual no obsta para que su cabal dilucidación también requiera acudir a un tratamiento lógico-metafísico).
- 4ª) En la formulación misma de la objeción se usan las palabras «obligación» y «deber». Pero ¿tienen el mismo sentido esos vocablos en la moral y en el Derecho? Mi tesis es que no, que el deber moral —que averiguamos deductivamente por ese camino— no es el deber nomológico, que descubrimos abductivamente.
- 5ª) La objeción prueba que el proceso intelectual que nos conduce a optar por una teoría moral es racional, pero no que el resultado de ese proceso comparta los tres rasgos que fundan la objetividad del Derecho Natural: la existencia de un *corpus* normativo del cual se parta, el razonamiento abductivo y la exigencia o imperatividad pública.

Y, suponiendo que existiera un *ubi* de la moral objetiva,²⁸⁷ suponiendo que hubiera cómo abducir de ella principios fundamentales (haciendo abstracción de si uno es nominalista o universalista, teísta, panteísta o ateo, gradualista o absolutista, leibniziano o cartesiano, empirista o racionalista, idealista o realista), ¿en virtud de qué estaríamos autorizados a extraer de tal moralidad, dizque objetiva, una exigencia de que a ella se amolde el ordenamiento jurídico o que sus contenidos o principios se incorporen a tal ordenamiento o se impongan al mismo? O bien, ¿no llega a tanto la objetividad, quedándose en la mera recomendación de que los demás piensen o actúen según esas pautas?²⁸⁸ Y, de ser esto último, ¿hemos ido más allá de la homilía, de la exhortación a lo que nosotros juzgamos bueno? ¡No! Desmorónase la pretensión de objetividad.²⁸⁹

²⁸⁷. Ese *ubi* podría venir dado por el acopio de datos de la ética experimental, si es que aceptamos sus supuestos metodológicos. Confieso mi escepticismo, por un número de motivos que, salvo uno, no procede explicar aquí. El que sí he de expresar es éste: de valer algo todo ese esfuerzo, sólo afecta al *corpus* de intuiciones morales, mientras que yo no creo en la intuición, puesto que personalmente carezco de ella y nadie me ha demostrado que exista. Tengo opiniones, no intuiciones. Opino que es bueno dar de comer al hambriento pero no lo intuyo —como, al parecer, sí lo intuyen los más afortunados.

Sobre la recientísima pero ya floreciente ética experimental, v. «Experimental Moral Philosophy (Stanford Encyclopedia of Philosophy)», <http://plato.stanford.edu/entries/experimental-moral/>, acc. 2016-09-10.

²⁸⁸. Hoy existen, dentro del positivismo jurídico (o sea, del cúmulo de escuelas jusfilosóficas que rechazan la existencia de un Derecho Natural), dos ramas: el positivismo puro y el jusmoralismo. Coinciden ambas ramas en afirmar que sólo es Derecho el positivo y que su único contenido es el que proviene de una fuente social —sea la legislación, sean los tratados, sea la costumbre vinculante, sea tal vez la jurisprudencia o sean los principios que han recibido aquiescencia de la población (nomoárquica jurídica). Pero el jusmoralismo entiende que hay una continuidad entre Derecho y moral, un nexo, un tránsito, una pasarela; que las consideraciones morales —o algunas de ellas— son jurídicamente atendibles, aunque no jurídicamente vinculantes.

Confieso que no he logrado entender exactamente en qué estribaría esa atendibilidad o esa relevancia jurídica. En buena medida ese jusmoralismo se orienta a concebir el Derecho y la moral como razones para obrar, guías del comportamiento, tratando de colmar la brecha entre las razones morales y las jurídicas, para que el sujeto de Derecho no esté desgarrado. Pero lo está. Frecuentemente surge una contradicción entre el deber jurídico y el deber moral. Por otro lado, la obligatoriedad es, ante todo, una cualidad de estados de cosas; hay obligatoriedad ética y obligatoriedad nomológica; secundariamente, que un estado de cosas sea obligatorio es un motivo para realizarlo en nuestra conducta. Cómo la moral o la ética vaya a determinar el contenido de las obligaciones jurídicas es un problema que no he visto resuelto por ningún jusmoralista. A mi parecer, el jusmoralismo expresa un mero *desideratum* programático.

²⁸⁹. Frente a mi argumentación, Marcelo Vásconez me ha objetado lo siguiente: «La ética se encarga de descubrir verdades o principios generales en torno al bien y el deber. [...] Si la metafísica u ontología puede reclamar para sí un estatuto científico, también la ética, en tanto que puede plasmarse de manera rigurosa en una lógica. Accedemos a ella y la justificamos por medio de la razón. [...] No desconozco que la empresa se enfrentará a dificultades graves, o incluso sufrirá de ciertos defectos; pero ése es el destino de cualquier postura, de modo que esa situación no puede desanimarnos». Y en otra parte de su comentario señala: «De igual modo que la mera existencia de una pluralidad de teorías lógicas y de rivalidad entre ellas no excluye el hecho de que una de ellas sea la correcta —lo cual requiere de una argumentación explícita—, asimismo el conflicto entre teorías éticas no debería hacernos perder la fe en que una de ellas es la más apropiada».

Desde luego concuerdo en que podemos ofrecer argumentos racionalmente convincentes a favor de una ética y en contra de las alternativas. Que los argumentos sean convincentes no significa que sean infalibles ni absolutamente concluyentes, claro está. (En ningún ámbito le es dado al ser humano disponer de argumentos así.)

Con todo, sigue mediando una colosal distancia entre la fundamentación filosófica de una teoría ética y la justificación jusfilosófica de unos axiomas de Derecho Natural. Lo primero es posible sólo a través de un recorrido intelectual en el que se van concatenando muchas opciones sucesivas —cada una de ellas racional, sin duda, pero que forman una ristra de ilaciones cuyo grado de imperatividad racional es el máximo común denominador de tales ilaciones; la cadena no puede ser más fuerte que su eslabón más débil. La exigencia de coercibilidad que tiene el Derecho ¿se puede basar en esa cadena?

En conclusión, fue un avance en la concepción moderna del Derecho deslindar escrupulosamente el Derecho de la moral. El Derecho, lo que puede y debe institucionalizarse e imponerse —en última instancia, si es menester, coercitivamente—, ha de ser independiente de las opiniones morales, sean las de un individuo, las de un grupo o incluso las de la masa de la población. Esas opiniones morales a veces pueden venirle bien al Derecho y otras veces venirle mal. Mezclar Derecho y moral conduce a aberraciones como la de imponer jurídicamente pensar bien y prohibir opiniones o sentimientos moralmente repugnantes. Seguramente, si hay una moral objetiva, condena la concupiscencia; pero el Derecho sólo condena, sólo puede condenar, aquellos comportamientos, movidos por la concupiscencia, que estén tipificados como ilícitos; la avidez en sí es y tiene que seguir siendo jurídicamente lícita.

ANEJO

LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Invítaseme —en el enunciado de esta dificultad— a considerar la existencia de una moralidad objetiva; de su existencia pido una prueba; y, si es que existe, habrá que dilucidar su esencia. Llévame tal invitación a reflexionar sobre los fundamentos y el alcance de la separación de Derecho y moral.

1. Las vidas apartadas de la ética y del Derecho

Es muy vieja la separación entre Derecho y moral, pero su formulación expresa se inicia con Samuel Pufendorf en el siglo XVII. Vendrá retomada por Kant a fines de la centuria siguiente. Ninguno de esos dos autores abjuraba del jusnaturalismo, en absoluto. El sentido del deslindamiento no era el de reducir todo el Derecho al puro Derecho positivo —ni, menos aún, a la legislación—, sino el de diferenciar los fines de la moral de los del Derecho, circunscribiendo los valores jurídicos y emancipándolos de la envolvente tutela de la ética.

Antes que esos dos filósofos enunciaran la tesis de la separación, implícitamente ya estaba (aunque confusamente) reconocida. El Derecho siempre había tenido una función de regular las conductas humanas en tanto en cuanto es competencia de los poderes públicos para fines de bien común, al paso que la moral o la ética buscaban el bien a secas, el bien para el hombre y del hombre.

Por el contrario, aunque una dilucidación filosóficamente satisfactoria del Derecho Natural también ha menester de la metafísica (v. Peña, 2015a), es posible poner entre paréntesis tal fundamentación para meramente descubrir los axiomas del Derecho Natural, al margen del sistema filosófico que hayamos abrazado. Pudiendo abstraernos de esa fundamentación metafísica, a mayor abundamiento podemos prescindir de las convergencias y las divergencias entre los dos cúmulos de valores, los morales y los nomológicos, para postular y acordar unos principios de Derecho Natural, siendo, unos, no cognitivistas en lo atinente a los juicios morales, otros cognitivistas; unos, generalistas, otros particularistas; unos, rigoristas, otros laxistas; unos, intrínsecistas, otros consecuencialistas, otros adeptos de la ética material de los valores, y así sucesivamente. Para concluir que los axiomas correctos del Derecho Natural son éstos o aquéllos no necesitamos averiguar previamente cuál de esas opciones es la acertada en la teoría ética.

Hasta el Renacimiento los filósofos poco se interesaron por el Derecho. La primera filosofía jurídica, propiamente dicha, es la de los escolásticos hispanos del siglo de oro (con precedentes italianos como el Cardenal Cayetano). Antes, las reflexiones filosóficas sobre el bien en la sociedad entrarían seguramente más en el registro de la filosofía política que en el de la jurídica. No se trataba de articular los fines del ordenamiento jurídico, sus límites, sus principios, sus pautas de razonamiento. Eran temas que apenas marginal u ocasionalmente entran en la consideración de los filósofos prerrenacentistas (digamos que casi de soslayo, como en el propio Aquinate).

Nada tiene de extraño que, cuando se asomaran a ese campo, lo hicieran desde la ética. Y ése siguió siendo el punto de vista de la filosofía jurídica escolástica de los siglos XVI y XVII, heredada por Vultejus, Grocio y Leibniz; en pos de Leibniz, Wolff, Burlamaqui y tantos otros, incluyendo los enciclopedistas. (Diderot inserta en la Enciclopedia su artículo «Droit naturel (morale)».)

Pero, aunque se inspiraran en la ética para moralizar el Derecho (como ya habían hecho los grandes jurisconsultos romanos de la época clásica, bajo el influjo del estoicismo, con sus tres principios de clemencia, humanidad compartida y universalismo), los juristas sólo entreabrían el Derecho a la moral. Tenían buenas razones. El cometido del Derecho se circunscribe a regular la convivencia humana desde lo público, mientras que la moral o la ética permea toda la vida humana, pública y privada, incluso los pensamientos.

Los juristas fueron pronto conscientes de que la actividad mental debía escapar a la regulación jurídica, salvo en aquellos casos en los que se hubiera transgredido la ley con hechos; sólo entonces el Derecho se podía interesar por las intenciones del transgresor.

Tal autolimitación fue formulada por Alfonso X el Sabio en *Las Partidas*, pero no era ningún invento suyo. Las malas intenciones no seguidas de actos son inexistentes para el Derecho. En cambio, los moralistas, desde la antigüedad, habían reputado moralmente decisivas las intenciones del sujeto, seguidas de actos o no.

2. El Derecho que es y el Derecho que debe ser

Así pues, tenemos una doble demarcación

1ª.— En el Derecho, es irrelevante la subjetividad de los agentes salvo cuando, con hechos, han violado las normas jurídicas.

2ª.— El Derecho no se ocupa del bien en general, sino sólo del bien común, en tanto en cuanto es regulable y promovible por instituciones públicas.

La filosofía jurídica de los siglos XVI y XVII, aunque hizo aportaciones muy valiosas a la comprensión del Derecho (siendo especialmente destacable la contribución de Leibniz), falló en no percatarse de que esa doble delimitación entre lo ético y lo jurídico implicaba que el Derecho Natural no podía ser, sin más, una parte de la moral, sino que poseía su propio

campo temático y metodológico, pudiendo y debiendo cultivarse con prescindencia de la ética.²⁹⁰

Pufendorf, Kant y Hegel supieron verlo así. Para los tres hay un Derecho Natural, diverso del Derecho positivo, el cual tiene que subordinársele. Pero ese Derecho Natural —con sus propias exigencias que prescriben cómo ha de ser el ordenamiento jurídico— no es la moral; ni siquiera un capítulo de la moral.

En el siglo XVII todavía podía darse por sentado que, hablando de moral, todos estarían de acuerdo. En las Universidades seguía ejerciendo su monopolio la filosofía aristotélico-escolástica (tanto en países católicos como protestantes). A fines del siglo se inició un debilitamiento de tal dominio (p.ej. con la tardía llegada del cartesianismo, tras vencer la encarnizada resistencia del *establishment* académico). En el siglo siguiente empezará la Universidad a ser invadida por nuevas corrientes racionalistas y empiristas. A la vez, el público culto tendrá acceso a nuevas concepciones éticas, como las de Shaftesbury, Hume, Helvétius, Bentham, el neoestoicismo (v.g. en la obra tardía de Diderot) y posteriormente Kant. El siglo XIX será un siglo de frondosísima proliferación de teorías éticas, cada una con sus propias propuestas sobre qué es bueno y qué es malo.

¿Ha de afectar esa variedad de concepciones al ámbito jurídico? Si el Derecho Natural dependiera de la moral, como, a su vez, ésta es tan plural, el Derecho, al final, en lugar de salir afianzado gracias a un fundamento jusnaturalista, quedaría fragilizado y precarizado.

Los jusnaturalistas del siglo XIX (entre los que descuellan los de inspiración krausista) intentaron instituir unos fundamentos jurídico-naturales que fueran sólidos e independientes de esa pluralidad de concepciones morales.

Desde fines del siglo XIX la hegemonía pasa a la nueva corriente en alza: el juspositivismo. Éste enarbola la bandera de la separación entre Derecho y moral, entendiendo

²⁹⁰. A lo largo de esta discusión, trato de prescindir del posible distingo entre ética y moral. En un sistema como el de Hegel, el distingo está perfectamente justificado, siendo conceptualmente esclarecedor. Pero —al margen de una teorización elaborada en el marco de un sistema filosófico determinado—, dudo que sea pertinente tal distingo. Según un discurso hoy más o menos difundido, la moral sería subjetiva, cosa de cada cual, ligada a su particular cosmovisión, a sus creencias ideológicas o religiosas, al paso que, frente a ella, se erguiría una ética pública.

Lamentablemente esa ética pública que se invoca tan a menudo está erizada de todas las dificultades que considero en el presente Anejo. Sus proponentes suelen dejar indefinidas sus fuentes, sus criterios, sus fundamentos de validez y sus credenciales de vinculatividad. La locución «ética pública» es ambigua, maleable y adaptable a diversos gustos. Se suele denotar con ella el cúmulo de valoraciones comunes en una sociedad, pero siempre que pasen un filtro cuya naturaleza y cuya base no se precisan. Así, ¿es conforme con la ética pública quemar a los herejes en el siglo XVI? La opinión pública decía que sí. Entiendo que quienes hablan de una ética pública no desean asumir esa respuesta afirmativa; pero ¿por qué? Probablemente porque, aun siendo generalmente valorada positivamente esa punición, no es conforme con un criterio independiente. ¿Cuál? Y, si lo hay, ¿qué nos importa la opinión mayoritaria?

Si es jurídicamente vinculante el dictamen de esa «ética pública» —sea ésta lo que fuere—, entonces es Derecho Natural. Si no es jurídicamente vinculante, si sólo constriñe en otro ámbito, trátase de un orden normativo disjuncto del Derecho.

Me temo que cada quien diseña la presunta ética pública al compás de sus personales opciones ideológicas, apuntalándolas con la aquiescencia de la opinión pública cuando ésta les resulta propicia.

por «Derecho» sólo el positivo (y principalmente la ley), como si toda norma que no fuera de Derecho positivo tuviera que ser meramente moral.

Muchos resucitadores del jusnaturalismo en el siglo XX (y en el XXI) han rechazado esa separación.

Así, se ha solido considerar que la manzana de la discordia entre jusnaturalismo y juspositivismo es precisamente si el Derecho está o no separado de la moral. El santo y seña del positivismo ha sido distinguir el Derecho que es del que debiera ser. (Ese «deber» se sobreentiende que es moral.)

Mi obra ha deshecho esas confusiones, distinguiendo, por un lado, jusnaturalismo sustractivo de jusnaturalismo aditivo y, además, sosteniendo que los principios del Derecho Natural (sustractivo o aditivo) son separables de la moral. El **Derecho que es** no es independiente del **Derecho que debe ser**; mas ese *deber* es jurídico, no moral. (Hay una imperatividad jurídica iterativa o de segundo orden, que prescribe deberes y derechos jurídicos). En última instancia, tal preceptividad de cómo ha de ser el Derecho la suministra el Derecho Natural (que tiene un fundamento metafísico: el estudio ontológico de la sociedad, de las relaciones, de los estados de cosas y de los valores).

¿Qué es moral o ética? Aquella disciplina filosófica que indaga qué es moralmente debido y qué es moralmente indebido; o qué es moralmente loable y qué es moralmente censurable. Esta definición es circular, evidentemente. El adverbio «moralmente» tenemos que saber qué significa. Y la significación tiene que ser alguna que se aproxime a lo siguiente: en virtud de un criterio de la conciencia personal, independientemente de cualquier exigibilidad o sancionabilidad pública.

3. Los valores nomológicos y la axiología

Se me ha objetado que el fundamento de la filosofía jurídica —y, por lo tanto, del Derecho Natural— tiene que ser la moral. He aquí el argumento:

(1) Premisa mayor: sólo si se postulan valores tiene sentido postular valores jurídicos (como el bien común y sus derivaciones: seguridad, bienestar, libertad, prosperidad, hermandad, no-arbitrariedad); sólo tiene sentido reconocer que son cognoscitivos los asertos sobre los valores jurídicos si son cognoscitivos los asertos sobre valores (en general); sólo hay axiología jurídica si hay axiología.

(2) Premisa menor: la disciplina filosófica que indaga los valores es justamente la ética; la axiología es sólo una de las muchas doctrinas éticas, la ética material del valor, descubierta por Max Scheler y Nicolai Hartmann.

Respondo que, si bien, efectivamente, sólo hay valores jurídicos si hay valores (y sólo hay bien común si hay bien y sólo son cognoscitivos los asertos acerca de los valores jurídicos [y, por lo tanto, los axiomas del Derecho Natural] si son cognoscitivos al menos algunos asertos sobre los valores —o sobre determinados valores—), sin embargo son pertinentes seis consideraciones:

1ª) Los valores morales y los nomológicos se expresan con locuciones idénticas: «bien» y «deber» (así como «lícito» y «prohibido»). Pero, para el dualista, el deber moral es uno, el deber jurídico es otro. Para el monista, el deber jurídico no es sino el deber moral aplicado a una materia o a un ámbito de la praxis humana. Mi tesis es dualista.²⁹¹ Como prueba del dualismo aduzco el derecho a la objeción de conciencia, o sea a desobedecer al Derecho cuando el deber jurídico entra en contradicción con un deber moral (según el dictamen de la propia conciencia). El dualismo entiende que el orden normativo de la moral no es el mismo que el jurídico (en el cual se incluye el jurídico-natural).

2ª) Podrían, por consiguiente, ser cognoscitivos los enunciados sobre los valores nomológicos sin serlo los enunciados sobre *otros* valores; podrían ser cognoscitivos los asertos sobre el bien común (jurídico) sin que necesariamente tuvieran que serlo los asertos sobre el bien a secas (ético).²⁹²

3ª) Es indagable el valor del bien común separadamente de la indagación del bien en general.

²⁹¹. V. *infra*, punto 6 de este mismo Anejo.

²⁹². Esto parece paradójico, pero, bien mirado, no lo es. Aparentemente sería un sinsentido que, careciendo de valor veritativo los asertos sobre lo bueno y lo malo en general —o sea, las estimaciones que proferimos acerca de las voliciones o actuaciones humanas (o no humanas) según nuestra conciencia subjetiva—, poseyeran, en cambio, verdad o falsedad las afirmaciones de que tal acto o tal norma es conforme *con el bien común*. Se disipa la paradoja cuando se distinguen los dos sentidos de «bueno» y de «deber»: el ético y el nomológico, aquel que implica responsabilidad ante nuestra conciencia y aquel que conlleva responsabilidad para con la sociedad. Por ello, siendo sentidos diferentes —a pesar de las analogías—, sería posible creer en la existencia de lo bueno nomológico y no en la de lo bueno ético o viceversa.

No es que el autor de este ensayo preconice el no cognitivismo, ni en ética ni en nomología. Sólo estoy señalando que, epistemológicamente, sería racional ser cognitivista en un campo axiológico y no en el otro —igual que se puede ser cognitivista en la ética y no en la estética (pensando que no hay belleza ni fealdad objetivas, sino sólo gustos subjetivos).

Por otro lado, aun abrazando el cognitivismo en la ética, aun admitiendo la existencia de valores éticos, de lo bueno ético, podemos ser un poquito escépticos con respecto a cómo averiguar el contenido de esos valores. ¿Nos lo suministra la intuición moral? Así lo han creído un número de filósofos éticos, como Max Scheler, Nicolai Hartmann y G.E. Moore. Lo malo de la intuición es que constituye un acceso inmediato e incompatible. ¿Cómo quedamos los parias epistemológicos que carecemos de tales intuiciones? ¿Nos ha hecho mal la naturaleza, al privarnos de ese sexto sentido del que disfrutaban los individuos excelsos, provistos de esa facultad que a nosotros nos falta? ¿Cómo saben esos privilegiados, los que tienen esa dicha, que la tal intuición es verídica y fehaciente? ¿En qué se distingue de un mero presentimiento?

(Según lo he dicho más arriba, la intuición ha sido rehabilitada y abordada con un utillaje conceptual de mayor rigor por la actual filosofía experimental; y, en lo tocante a los temas aquí discutidos, por la ética experimental. Confieso mi escepticismo, pero podemos aquí limitarnos a este apunte, sin ir más allá.)

No estoy diciendo que sin acudir a la intuición no se puedan hacer afirmaciones sobre el contenido de los valores éticos. Pero entonces justamente hará falta movilizar todos los recursos de la deducción filosófica —y la conclusión alcanzada dependerá del sistema filosófico que hayamos abrazado. ¡Demuestre el lector (sin invocar para nada su intuición) que es éticamente bueno dar de comer al hambriento!

Paréceme más fácil descubrir el contenido de los valores nomológicos; no necesitamos la intuición. Disponemos del procedimiento abductivo tomando como materia los propios ordenamientos jurídicos.

Para remachar la diferencia entre lo ético y lo nomológico aduciré una vez más un ejemplo de una familia de casos que ya invoque en otros lugares de este ensayo. Usualmente tildaremos de moralmente malo el deseo de alguien de que sus contrincantes en un concurso se enfermen o mueran para que así no puedan acudir a las pruebas. En lo nomológico, sin embargo, tal deseo es neutro, ni bueno ni malo.

- 4ª) Es también posible un estudio del bien en general sin entrar en ninguna consideración especial del bien común.
- 5ª) Es posible tener certeza sobre los valores nomológicos sin tenerla sobre los valores en general —y, más en concreto, sin tener certeza sobre los valores morales; es pensable (y quizá frecuente) tener una opinión razonada sobre cuál es el bien común y cómo incumbe implementarlo al legislador sin tener claro qué sea el bien en general ni qué acciones en general sean moralmente loables o moralmente censurables.
- 6ª) En cualquier caso, la axiología no pertenece a la ética porque hay valores extra-éticos, como la belleza y quizá otros: religiosos, espirituales, intelectuales, cosmológicos e incluso tal vez materiales. Un valor es una cualidad tal que aquellos entes que la ejemplifican, en la medida en que lo hacen, son preferibles (merecen ser preferidos).

Ampliando la sexta consideración, pienso que la axiología es una rama o parte de la metafísica. Con Christian Wolff podemos dividir la metafísica en: metafísica general u ontología y metafísicas especiales. Wolff enumera tres: la teología racional, la cosmología y la psicología racional (hoy tal vez las denominaríamos: teología filosófica, filosofía de la naturaleza y antropología filosófica). Posiblemente la axiología sería una cuarta metafísica especial.

Otra precisión es que no es lo mismo Derecho Natural que filosofía del Derecho. El Derecho Natural es el cúmulo de normas objetivamente vinculantes en virtud de la propia naturaleza de las relaciones sociales. Su estudio pertenece a la filosofía jurídica.²⁹³

Si el cultor de la ética califica de «buenos» o de «malos» ciertos mandamientos —o aquellos actos que a ellos se ajusten— *en el mismo sentido* en que califica de «buenos» o «malos» los deseos y los actos sobre los cuales reconoce que ni pesa ni debe pesar coactividad alguna —deseos y actos en los que no ha de intervenir el poder público—, entonces sus calificaciones son morales, estimaciones en conciencia. Sería abusivo que en tales estimaciones fundara una pretensión de que los decisores públicos prescriban lo bueno y prohíban lo malo.

Puede objetárseme que, pese al unívoco sentido moral de las calificaciones de «bueno» y «malo», autoriza esa pretensión el hecho de que, por su misma naturaleza, unos

²⁹³ En su *Introducción crítica al Derecho Natural* (5ª ed. corregida, Pamplona: EUNSA, 1988) Javier Hervada va más lejos, asignando el estudio del Derecho Natural a una rama especial de la ciencia jurídica. Hervada distingue Derecho Natural de ley natural, pues ésta es más abstracta, pudiendo ser moral o jurídica; por ello atribuye el estudio de la ley natural a la filosofía moral.

Discrepo de tal punto de vista. ¿Qué necesidad hay de una rama de la ciencia jurídica especializada en el Derecho Natural separada de la filosofía del Derecho? Sea como fuere, son secundarias tales adscripciones disciplinares. Mi principal divergencia estriba en que el concepto de *ley natural* no lo concibo como perteneciente a la ética, porque hay una ley natural del ámbito moral y otra ley natural del ámbito jurídico.

Quizá no es irrelevante que Hervada centre el Derecho Natural en el valor de la justicia, no en el del bien común; para mí, la justicia —como valor jurídico— es un valor conexo y no fundamental; es un principio de reparto: dar a cada cual lo suyo. ¿Qué es lo suyo? Aquello que le corresponde en virtud de las reglas idóneas para realizar el bien común.

Tampoco creo que la ley natural moral gire en torno al valor de la justicia, sino al del bien; es agatología. Me pregunto si Hervada no viene a negar la Filosofía del Derecho.

actos son coercibles y otros no. Permítome reformular la objeción en términos que me resultan más claros: lo coercible bueno se ha de imponer y lo coercible malo se ha de prohibir, mientras que lo bueno no coercible no se ha de imponer y lo malo no coercible no se ha de prohibir. O sea, no basta la calificación como «bueno» o «malo» para determinar si una conducta se ha de imponer o se ha de prohibir.

Pero, ¿qué nos autoriza a afirmar que el sentido de «bueno» y de «malo» es el mismo, cuando las consecuencias que vamos a extraer son tan diversas? Esa invocación de un concepto sobreañadido, el de coercibilidad, ¿no es un subterfugio? ¿No resulta mucho más sencillo abrazar la postura dualista o separatista —la que yo sostengo—, a saber, que basta calificar de «mala» una conducta para demandar su prohibición, siempre que «malo» se entienda, no en sentido moral, sino en sentido nomológico.²⁹⁴

4. La ética utilitarista

Otra objeción que se me ha dirigido es que hay teorías éticas que escapan a mi caracterización de la moral como una disciplina que se ocupa tanto de las intenciones como de los actos (y en verdad más de las intenciones o voliciones que de los actos que de ellas se siguen) y en la cual se guía uno por el dictamen de la conciencia, encaminándose a fines de perfección personal.

Se me ha hecho notar que, si bien eso se aplica a éticas aretaicas —en particular las estoicas y aristotélicas—, a éticas de cuño kantiano o similar, a éticas de inspiración existencialista y hasta quizá a algunas éticas axiológicas de sesgo personalista (como la de Max Scheler), en cambio no se aplicaría a éticas consecuencialistas.

Dudo que sea acertada la objeción. También una ética utilitarista se esfuerza por determinar qué conductas (y qué intenciones) son moralmente loables o censurables, o sea en conciencia valorables positiva o negativamente; sólo que ahora el criterio es el de saber si se tiende a un fin como la máxima felicidad del máximo número.

Quizá saldríamos de ahí con un utilitarismo de reglas, el cual no va a ponerse a juzgar las intenciones y actuaciones de un individuo según sus consecuencias —ora las reales, ora las previstas—, sino según su conformidad con reglas cuya adopción es idónea para los fines de alcanzar las mejores consecuencias sociales.

Al proceder así, ¿descubre algo el ético utilitarista de reglas que no sea materia de estudio del jurista filosófico, o sea, algo que no sea Derecho Natural? Podemos enunciar dos

²⁹⁴. ¿No puede, entonces, el moralista indagar el bien común? Sería tal vez razonable distinguir el bien común de los juristas (incluidos los filósofos del Derecho) del bien común desde el enfoque de la ética. A ésta no le está prohibido reflexionar sobre el bien común, pero las conclusiones que alcance no tendrán pretensión de coactividad pública, sino que serán valoraciones desde la conciencia. El filósofo moral, al discurrir sobre el bien común, formula propuestas sin exigir que el poder público las imponga; más bien lo que hace es indicar cómo han de evaluarse, desde su propia reflexión filosófica, las políticas públicas.

Por el contrario el filósofo del Derecho, el jurista filosófico, todo lo que propone lo hace con la pretensión de que el legislador tome nota y lo asuma. Por eso sus elaboraciones tienen que expresarse en lenguaje jurídico y articularse con la técnica jurídica. Las más veces no será escuchado, pero su aspiración es ésa.

hipótesis. La primera es que el contenido de esas reglas de conducta a cuya defensa nos abocaría profesar una ética utilitarista de reglas es Derecho Natural.

Hay otra hipótesis no menos verosímil: la de que esas reglas éticas no coinciden forzosamente con las del Derecho Natural. Fijémonos en el concepto mismo que está en juego: el deber ético; un deber ético que el análisis filosófico nos ha llevado a considerar que sólo se descubre en el marco de una doctrina utilitarista de reglas. Pero que sea así no impide que se trate precisamente de eso, del deber ético, no del deber jurídico.

¿En qué estriba la diferencia? En que la obligatoriedad jurídica de un hecho estriba en su exigibilidad por el poder público (o por la autoridad), eventualmente mediante la coerción —si es preciso—, con el reforzamiento de sanción por incumplimiento; lo cual quiere decir que ese deber jurídico es una responsabilidad ante la sociedad. En cambio el deber ético (sea cual fuere el criterio para averiguarlo) es una responsabilidad ante nuestra propia conciencia, una exigencia subjetiva. Cumplir una obligación ética es acatar el mandamiento de nuestra propia mente; la recompensa del cumplimiento es la absolución que nosotros mismos nos otorgamos, al paso que el castigo por incumplimiento es el remordimiento, la pesadumbre.

Me inclino por la segunda hipótesis. Para ilustrarla, mostrando su verosimilitud, invoco el ejemplo siguiente. Cabría pensar —con Kant— que la regla ética de estricta y constante veracidad maximiza la utilidad, pues sólo así se cimenta la confianza recíproca. De ser eso cierto, un utilitarismo ético de reglas adoptaría la de ser siempre veraces, pase lo que pase. Sin embargo, el Derecho no puede ni debe imponer una obligación de veracidad, salvo, restringidamente, en supuestos particulares. Colisiona con el valor de la libertad tildar de jurídicamente ilícita cualquier mentira u ocultación. Eso significa que, en la mayoría de los casos, mentir u ocultar la verdad son hechos jurídicamente lícitos; a veces son jurídicamente obligatorios: revelar la identidad del donante de gametos para procreación asistida es ilegal en muchos ordenamientos jurídicos; el juez de instrucción puede que tenga obligación de imponer, en determinados supuestos, el secreto del sumario; la policía puede estar obligada a difundir desinformación para poder desarticular una banda terrorista.

5. Los peligros de la ética

El positivismo jurídico desacreditó al Derecho Natural, no sólo en el mundo académico, sino en el campo de los decisores públicos y en el mucho más amplio de la conciencia pública. Por ello, a la hora de hallar un espaldarazo o un visto bueno para políticas de diversas instituciones o de encontrar asesoramiento para programas de adecuada instrucción de los servidores públicos, no se acude, para nada, a expertos en Derecho Natural ni se toman en consideración los principios jusnaturalistas. Mas la experiencia ha demostrado la insuficiencia del puro Derecho positivo. Entonces se recurre a la moral —si bien ahora suele preferirse llamarla «ética», a veces «ética pública».

Han proliferado así los comités de ética, prodigándose las orientaciones de ética, la educación ética, los mandamientos de atenerse a la ética.

Primero vinieron los comités o consejos de ética —o de bioética— en los hospitales, especialmente en lo atinente a problemas de atención sanitaria que involucran cuestiones de vida o muerte. Tales comités serían depositarios de una sapiencia²⁹⁵ que los facultaría para dictaminar cuáles prácticas son éticas y cuáles no; v.g., si son éticas tales manipulaciones de embriones, o si lo es la interrupción del embarazo en ciertos supuestos, o si es ético dejar morir de hambre y de sed a un enfermo terminal.

Fueron extendiéndose esas juntas de sabios éticos (que, en ese medio, pronto vinieron monopolizadas por profesionales de la medicina, junto con algún otro cooptado a dedo). Instituyéronse así los comités nacionales de ética, encargados de decirle al legislador qué es ético en ese campo, si es ética la eutanasia, si es ético el encarnizamiento terapéutico, etc.

No está claro por qué no se han establecido también consejos nacionales de ética en los ámbitos de las finanzas, el comercio, la agricultura, la industria, la instrucción pública, la investigación científica, la enseñanza universitaria, la legislación laboral, las relaciones exteriores, la política militar, las acciones de las fuerzas armadas, la vigilancia pública, el funcionamiento de los cuerpos de seguridad, el medio ambiente, la inmigración, el trato a los animales no humanos, etc.

¿O es que la sabiduría ética no se extiende a esos campos o que, en todo eso, el legislador y el poder ejecutivo tienen su propia inspiración ética y no necesitan asesoramiento alguno?²⁹⁶

Lo que es gravísimo en todo eso es que tal llamamiento a la ética, a los presuntos sabios o especialistas en ética, acarrea una total inseguridad jurídica.

Porque, ¡vamos a ver!, ¿dónde, cuándo y cómo se aprende esa ética a la cual —según la oracular portavocía de sendos expertos en ética— habrían de ajustarse aquellas decisiones que el legislador haya optado por someter al preceptivo informe ético?

Sabemos: dónde y cómo se aprende ingeniería de telecomunicaciones; dónde y cómo se aprende contabilidad; dónde y cómo se adquieren conocimientos de medicina forense; dónde y cómo se debería aprender Derecho Natural. Pero ¿la ética?

¿Es tarea de los filósofos? Muy halagüeña perspectiva es para nosotros, los filósofos, que se nos tenga en cuenta; lamentablemente no es ése nuestro cometido.²⁹⁷

²⁹⁵. Se pregunta uno si se alcanza por iluminación o revelación.

²⁹⁶. De todos modos, me pregunto por qué la actuación de los sabios éticos no se somete al control ético. ¿En virtud de qué se presume que los médicos han de trabajar bajo el control de los éticos pero que éstos no han de actuar ajustados a control alguno? En aquellas instituciones que, al margen del sector sanitario, han creado sus propios comités de ética —v.g. algunos establecimientos de investigación científica, como el CSIC—, se someten a la aprobación de esos comités aquellas decisiones que escogen, caso por caso, las autoridades de la institución, de manera más o menos *ad hoc*. Lo que desde luego escapa por completo a la vigilancia ética es la actuación de esos mismos comités.

²⁹⁷. Además a los filósofos poquito sitio se les deja en los comités de ética, a pesar de que el *pensum* académico de estudios filosóficos es el único que tiene una asignatura con esa denominación estricta y escueta.

El filósofo cultiva la ética con el espíritu de la discusión, de la confrontación de escuelas, enfoques, métodos y utillajes conceptuales dispares y en mutuo conflicto, con el agravante de que somos los propios filósofos quienes nos cuestionamos si los juicios éticos son cognoscitivos o no, o sea si tienen verdad o falsedad, porque muchos autores —y de los más descollantes—²⁹⁸ han pensado que tales juicios son meras recomendaciones o exhortaciones, o simples expresiones de sentimientos de aprobación o de repulsa. Su principal razón para pensar así es que no creen que existan cualidades objetivas de bondad y maldad, pues no serían empíricamente perceptibles ni susceptibles de demostración lógico-matemática.²⁹⁹

Aun dejando de lado el no-cognitivismo, las teorías éticas se enfrentan unas a otras en lo que atañe al fundamento y al contenido de las verdades éticas, al método de su descubrimiento, a los rasgos de las conductas humanas en virtud de los cuales éstas merecen calificaciones éticas positivas o negativas; v.g., si son rasgos intrínsecos de la acción (independientemente de sus causas y de sus efectos) o son cualidades relacionadas con la motivación del agente, o con su génesis mental, o, al revés, con sus fines, o con el resultado real, o con el previsible.³⁰⁰

Sobreañádese la cuestión de si la calificabilidad éticamente positiva o negativa de una conducta surge porque tal conducta participa de alguna propiedad objetivamente subsistente, de un valor, o si la raíz de la atribuibilidad es una mera disposición humana a adscribir tales calificativos en virtud de inclinaciones o de conveniencias.

En fin, tras haber adoptado una determinada opción en cada una de las cuestiones recién enumeradas, todavía no sabemos qué es bueno ni qué es malo. Nos falta conocer un método de indagación y de corroboración de las verdades éticas.

²⁹⁸. Citemos a Bertrand Russell, R. Carnap, A.J. Ayer, Stevenson, Hare y Simon Blackburn. Hay, de hecho, muchas variantes del no-cognitivismo, como el expresivismo y el emocionalismo. Algunas dicen que no es asertivo el acto de habla que se hace profiriendo «Eso es bueno». Otras son más complejas. No nos conciernen aquí todos esos detalles.

V. la *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/non-cogn/>, acc. 2016-07-20; «Moral Cognitivism vs. Non-Cognitivism» (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*), <http://plato.stanford.edu/entries/moral-cognitivism/>, 2016-07-20; sobre Bertrand Russell, v. «Russell, Bertrand: Ethics | Internet Encyclopedia of Philosophy», <http://www.iep.utm.edu/russ-eth/>, 2016-07-20.

Spinoza fue un precursor del no cognitivismo, al afirmar que quien asevera «Eso es bueno» no lo hace por ninguna creencia de cómo sea eso, sino simplemente porque lo quiere (sin por ello hacer sinónimas las oraciones «Eso es bueno» y «quiero eso»).

²⁹⁹. Los no-cognitivismos se ven en dificultades para admitir que, de todos modos, son posibles las discusiones morales. A mi modo de ver, sólo son piruetas los encajes que pergeñan para compatibilizar la falta de verdad o falsedad de los enunciados morales con la posibilidad de una razonable controversia ética. Si, al decir «Eso es malo» expreso meramente mi repugnancia, no hay nada que discutir; no veo cómo podrían convencerme de que no siento tal repugnancia.

³⁰⁰. V. Lorenzo Peña, «Ubicación del utilitarismo de J. Stuart Mill en el panorama de las doctrinas éticas», prólogo al libro de Íñigo Álvarez Gálvez, *Utilitarismo y derechos humanos: La propuesta de John Stuart Mill*, México: Plaza y Valdés Editores, 2009, ISBN 9788496780835.

Al igual que cualquier otra rama de la filosofía, la ética no se puede profesar como una doctrina con contenido fijo e incontrovertible, como la trigonometría o la mecánica cuántica (suponiendo que esas disciplinas, hoy por hoy, escapan a toda polémica). Un ético honesto sólo puede proponer sus opiniones a título de opiniones, en diálogo y en discusión con pareceres adversos, aduciendo sus motivos para preferir una opción, sin querer pronunciar ninguna última palabra.

Además, en filosofía en general —y, por lo tanto, también en ética— las doctrinas del pasado no han pasado; siguen siendo opciones con plena respetabilidad y atendibilidad. Para un médico las ideas de Galeno no tienen más interés que el meramente histórico. Lo mismo le sucede a un geógrafo con Estrabón, a un matemático con Pitágoras, a un astrónomo con Ptolomeo e incluso con Copérnico. En ética tan pertinente y digna de consideración es la propuesta de Aristóteles como la de los estoicos, la epicúrea, la suareciana, la materialista de Helvétius, la rigorista de Kant, la realista de Hegel, la historicista de Croce, la axiológica de Max Scheler o la utilitarista de Peter Singer.

Juntemos en un comité consultivo de ética a varios filósofos: uno estoico, otro no-cognitivist, otro particularista,³⁰¹ otro hedonista. Difícilmente saldrá de ese concurso ninguna orientación clara (ni siquiera oscura) de qué es ético y qué no lo es.

El filósofo no aspira a desempeñar esa tarea, pues no es tal su cometido. Su misión es enseñar a reflexionar, suscitar inquietudes, avivar el espíritu crítico en sus discípulos o interlocutores, para que cada uno de éstos se forme su propio criterio. No incumbe al filósofo edictar códigos.

El recurso a la ética para auxiliar al legislador, a los decisores administrativos o a cualesquiera otros sólo puede, por consiguiente, o bien dar gato por liebre, o bien suscitar interrogantes. Se da gato por liebre cuando unos señores asumen el rol de sabios éticos capaces de decir qué está bien y qué está mal, en el plano de la verdad ética, sin que ello dependa de que uno abrace el estoicismo o el epicureísmo, el eudemonismo o la deontología kantiana, el tutorismo o el probabilismo, el particularismo o la ética material de los valores. A cada aserto de los asesores éticos, a cada dictamen de qué está bien y qué está mal, habría que exigirle una motivación adecuada: que se nos diga por qué es así y que se demuestre.

Si los peritos de ética no asumen ese rol dogmático, lo único que pueden hacer es confirmar lo que ya se sabía, que la cuestión es opinable.

Por otro lado, como ningún cultor de la ética ha plasmado su doctrina en código alguno, los sabios o expertos en ética suplen tal carencia redactando manuales de buenas prácticas. Una de dos. Si hay razón bastante para que sean prescriptivos, ¡prescribáanse por mandamiento legal o administrativo, en los términos más idóneos y con márgenes prudenciales de indeterminación o elasticidad! Si no existe razón suficiente para tal obligatoriedad jurídica,

³⁰¹. El más prominente particularista es Dancy, para quien no puede haber normas ni pautas, sino que la bondad o maldad se aprecian intuitivamente caso por caso. V. «Moral Particularism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/moral-particularism/>, 2016-07-20.

¡quédense en consejos de individuos bienintencionados (calidad que habría de comprobarse con el examen de sus respectivas biografías)!³⁰²

Concluiré este apartado con dos últimas consideraciones. La primera es que el recurso a esos «expertos en ética» se convierte en una añagaza para zanjar una cuestión espinosa, sustrayéndola al debate. ¡Lo dijo Blas, punto redondo! No me parece muy ético acallar la controversia invocando la autoridad de un presunto oráculo de la verdad ética, la cual siempre es opinable y discutible (pero con argumentos nunca concluyentes).

Mi segunda y última consideración es que los peligros de inseguridad jurídica sobre los que estoy alertando se agravan en aquellos casos en los que la ley permite y aun manda a ciertos agentes públicos actuar ilegalmente, encomendándoles, a cambio, que se ciñan a la ética.

Me refiero a la acción de los servicios secretos. Es notorio que a sus agentes se les encomiendan misiones que violan la legalidad, tanto la del ordenamiento jurídico interno cuanto la del Derecho público internacional. Sin embargo tienen vigencia jurídica las normas de creación de esos servicios y de autorización al poder ejecutivo para confiarles tales misiones (esté formulada la ley como lo esté, seguramente de modo elíptico o alusivo; en cualquier caso, la ley de presupuestos les otorga los medios para actuar, sabiendo —pues no lo ignoran los legisladores— que se trata de actividades que no podrían declararse públicamente, porque con ello se reconocería su ilegalidad).

Desde el punto de vista de la lógica nomológica paraconsistente, la solución del problema estriba en reconocer que nos hallamos ante antinomias normativas. Hay que circunscribir el ámbito de tales antinomias. P.ej., los espías pueden sobornar, cometer adulterio, emitir documentos falsificados y hacer muchas otras cosas ilegales. Tales autorizaciones para actuar ilegalmente habrían de venir disciplinadas por una norma jurídica superior que prohibiera, en cambio, torturar, envenenar, cometer hechos de terrorismo o subvencionarlos, etc.

No queriéndose echar mano de la ley —ni estando equipado el legislador con el utillaje conceptual del Derecho Natural y de la lógica nomológica—, se predica a los agentes atenerse a la ética (o, al menos, se proclama ante la opinión pública que la ética quedará a salvo, como si así se hubieran fijado líneas rojas, cuando sólo se ha pronunciado un conjuro).

¿De qué sirve ese recurso a la milagrosa ética, de perfil indefinido y de contenidos arcanos e indemostrables? De nada. En cambio sí sería útil acudir al Derecho Natural, con sus axiomas del bien común y de razón suficiente, más los postulados de la lógica nomológica, gracias a los cuales se pueden resolver tales dilemas (a salvo del inevitable margen de incertidumbre humana en tales cuestiones —y en casi todas).

³⁰². Aun reducidos a ese papel de prodigadores de consejos, esos paneles están siendo —sin justificación— financiados por el contribuyente. Además, siendo fruto de una opinión tan subjetiva como cualquier otra, su dictamen no debería servir de coartada para el decisor público, quien, antes bien, debería ser responsable de sus motivaciones sin escudarse tras un presunto dictamen pericial de éticos.

Así, la prohibición absoluta de la tortura en cualesquiera circunstancias es un teorema jurídico-naturalmente demostrable porque las funestas consecuencias políticas de aceptar la practicabilidad de la tortura en determinados supuestos exceden, con mucho, los beneficios que con ella pudieran conseguirse en un caso particular.

6. Monismo y dualismo axiológico

Lo que he tratado de argumentar a lo largo del presente Anejo es una postura que llamaría «dualismo axiológico», consistente en una dicotomía entre valores morales y valores nomológicos, entre lo bueno en sentido ético y lo bueno en sentido jurídico; la postura opuesta, el monismo axiológico, sostiene que no existe tal dicotomía y que, por consiguiente, la reclamación de que se legisle así o así se funda en una estimación del mismo orden que aquella con la cual alabamos conductas libres o incluso deseos. Mi postura la podría sintetizar en ocho tesis:

- 1ª.— El Derecho Natural no es moral, no es ética.
- 2ª.— La ética no puede fundar el Derecho.
- 3ª.— La discrepancia entre Derecho Natural y moral es tal que podrían ser cognoscitivos los enunciados morales sin serlo los relativos al Derecho Natural y viceversa.
- 4ª.— El Derecho Natural forma parte de la axiología, pero una parte con características propias, deslindable de las demás.
- 5ª.— La ética se puede estudiar independientemente del Derecho Natural, limitándose a proponer evaluaciones de las voliciones humanas según el dictamen de la conciencia subjetiva (variando tal dictamen según que se opte por una ética intrínseca, intencionalista o teleológica).
- 6ª.— A diferencia de la ética, el estudio del Derecho Natural compromete a un conocimiento jurídico, pues el Derecho Natural es inseparable de su aplicabilidad al Derecho positivo, como su fundamento y su armazón.
- 7ª.— La ética aplicada a los problemas políticos y sociales no es Derecho Natural.
- 8ª.— No hay una unidad de la racionalidad práctica: las valoraciones o estimaciones que hacemos para guiar nuestras vidas en lo no coercible no nos bastan para orientarnos sobre lo coercible; *lo bueno moral* no coincide con *lo bueno nomológico*.³⁰³

¿No llego a resultados paradójicos? Sí y no. Mi argumentación es una impugnación de un supuesto difundido entre los positivistas, a saber: que, comoquiera que toda norma que no esté en el *Boletín oficial del Estado* (o algo similar) es una norma moral, sólo hay dos

³⁰³. Los buenos deseos no son buenos en el mismo sentido de la palabra «bueno» en que es buena la protección de la salud.

alternativas: o legalismo o «jusmoralismo».³⁰⁴ El segundo se presenta como pospositivista, como ya no subsumible bajo el rótulo de «positivismo jurídico» sin, no obstante, ser tampoco, para nada, jusnaturalista. Lo que nos dice es que hay una unidad de la razón práctica en virtud de la cual las mismas estimaciones morales que hacemos en conciencia fundan, en algún sentido, la exigencia de buenas leyes.

Eso yo lo niego. No podemos exigir que se edicten tales leyes porque las estimamos buenas si ese adjetivo, «buenas», lo usamos en el mismo sentido en que tildamos de buenos los deseos o las acciones que, según reconocemos, han de quedar al margen de cualquier intervención pública.³⁰⁵

³⁰⁴. Hay que distinguir entre legalismo y positivismo jurídico. El primero es una variedad del segundo, mas no la única. Positivismo jurídico es la tesis de que no hay más Derecho que el positivo. Pero un positivista puede aceptar fuentes extralegislativas del Derecho: la costumbre, el consenso de la opinión pública, la doctrina jurídica y la jurisprudencia. Por otro lado, frente al mito decimonónico del legislador único, hoy se reconoce una pluralidad de legisladores, en posible conflicto.

La tendencia mayoritaria entre los juspositivistas ha sido la de propender a aceptar sólo el Derecho legislativo, eliminando, en lo posible, la costumbre (como si fuera una fuente obsoleta, cuando renace con pujanza), prescindiendo de la doctrina y mirando con máxima desconfianza el consenso de la opinión (y los principios del Derecho a los que otorgaría legitimidad). Tal tendencia ha sido agudizada en los países de Derecho romano-germánico, aunque también ha ganado mucho terreno en los de *common law*.

En particular la corriente central del positivismo ha combatido y combate encarnizadamente contra las pretensiones de la jurisdicción a emanciparse de una sumisión absoluta a la ley. Esas aspiraciones al renacimiento de un Derecho de creación jurisdiccional (y a considerar la jurisprudencia como fuente del Derecho) a veces están amparadas en invocaciones vagas o perifrásticas del Derecho Natural, aunque no siempre es así (esta cuestión la estudio en el capítulo IX). La hostilidad que suele experimentar el positivista a esas pretensiones jurisdiccionales no se deriva sólo de su rechazo de las invocaciones del Derecho Natural (tantas veces crípticas, cifradas y subyacentes), sino de dos motivos por los cuales considera que el positivismo es la opción correcta: (1º) el principio de seguridad jurídica; y (2º) el principio de deferencia a la única fuente legítima —que sería el legislador democráticamente electo—.

El precio que paga el positivismo legalista es que, al adoptar esa postura (más ideológica que científica), traiciona su razón de ser, que es el principio metodológico de estudiar el Derecho que es y no el que debiera ser. El Derecho que es, el Derecho que realmente existe y funciona, no es aquel con que sueña el legalista. Lo que él propone es reemplazar el Derecho que es (en buena medida de creación jurisdiccional y de inspiración doctrinal) por aquel que, según su ideología política, debería ser.

³⁰⁵. La 8ª tesis recién enunciada —como conclusión de mis argumentos— me ubica en las antípodas de quienes abogan por la *unidad de la razón práctica*, o sea: una necesaria confluencia, o armonía preestablecida, entre el Derecho y la moral, para que ningún ser humano se vea nunca en el dilema de atenerse a las normas jurídicas o a las morales.

Admito esa concordancia como un *desideratum*, pero está claro que hay, y siempre habrá, conductas inmorales jurídicamente lícitas (no sólo permitidas por el Derecho positivo, sino también por el Natural) al igual que conductas autorizadas y aun exigidas por la moral pero jurídicamente ilícitas. Si bien hay una obligación moral de obedecer al Derecho, tal obligación moral sólo existe en una medida mayor o menor según el grado en el cual el Derecho cumpla su misión, la de promover el bien común. También existen obligaciones jurídicas de atenerse a ciertos valores éticos, como la buena fe. Mas en general no se da ningún deber jurídico de llevar una vida virtuosa, ser bueno, veraz, leal, bienintencionado y amante del prójimo.

Por otro lado, me permito cuestionar que la teoría del Derecho Natural se ocupe de la razón práctica. No está claro para mí el significado de ese sintagma. En todo caso pertenece a la razón teórica el estudio aquí emprendido sobre qué estados de cosas poseen una cualidad deóntica (obligatoriedad, licitud, ilicitud) y cuáles son las implicaciones lógicas (o sea, metafísicas) entre unas situaciones jurídicas y otras así como entre situaciones jurídicas y situaciones fácticas.

¿Constituye esta investigación una guía para actuar? Si eso quiere decir que muchos vemos —en parte— determinada nuestra voluntad por consideraciones de obligatoriedad, licitud y prohibición, sí. Si quiere decir que el filósofo del Derecho exhorta al respeto de las normas jurídicas, al menos en mi caso no es así. Yo no exhorto a nada. (No lo hago en el desempeño de mi tarea de investigador, de académico, de filósofo, de jurista.)

Capítulo VIII

SEXTO CONJUNTO DE DIFICULTADES. NORMAS Y PROPOSICIONES NORMATIVAS

1ª DIFICULTAD.— ¿No son acaso metalingüísticos los calificativos deónticos?

El Derecho se plasma en el lenguaje jurídico. Hay, en rigor, dos lenguajes: el del legislador, cuyas proclaciones son normas, o sea mandamientos y prohibiciones; y el del jurista, quien opera en el metalenguaje, calificando deónticamente oraciones del lenguaje-objeto.

SOLUCIÓN.—

Dividiré la solución a esa dificultad en dos apartados: el uno sobre las presuposiciones neopositivistas en las que descansa; el otro sobre la naturaleza de las proclaciones del legislador y la fuerza ilocucionaria de los jusivos.

1.— Presuposiciones neopositivistas

Concebir los calificativos deónticos como metalingüísticos era la única opción posible a tenor de la visión dominante en filosofía de la lógica y del lenguaje en los años 20 y 30 del pasado siglo, bajo la inspiración del Círculo de Viena y de filósofos afines, en particular

Claro que, si somos platónicos, admitiremos que querer mal es equivocarse, pues la voluntad sigue inexorablemente al juicio correcto, el cual sólo depende del conocimiento de la verdad. Tan hermosa concepción siempre ha tenido que habérselas con el aserto de la Medea de Séneca: *uideo meliora proboque, deteriora sequor*. Pienso que tales problemas —fascinantes, claro está— incumben a la psicología (y saberes afines, como la filosofía de la mente). Me inclino a opinar que desear es juzgar deseable, pero no estoy nada seguro de que sea lo mismo juzgar deseable un rumbo de acción que juzgarlo preceptivo; ni en el orden moral ni, menos, en el jurídico.

Nada de lo afirmado en los precedentes párrafos de esta nota obsta al hecho de que un orden de valores y normas sólo podemos conocerlo por la praxis, en tanto en cuanto esos valores y esas normas reverberan (por imperfectamente que sea) en conductas sociales, determinando unos comportamientos colectivos reglados (aunque se desvíen de lo normativamente obligatorio, igual que el habla de un idioma se desvía de las reglas léxicas y gramaticales del mismo).

No tenemos intuición del valor ni de la existencia de un orden normativo válido de suyo. Para N. Hartmann la única experiencia que tenemos del valor es la del contravalor, la percepción de lo que en la vida real choca con los valores; en positivo, sólo la intuición. Como el autor de estas líneas carece de intuición, ha de acudir a la experiencia. De ella, por abducción, concluye lógicamente la existencia de un orden jurídico necesario y necesariamente incorporado a los ordenamientos legislativos, quiéranlo o no los legisladores, quienes no son omnipotentes.

Carnap, Tarski y Ayer. En aquel tiempo prevalecían cuatro supuestos que conducían a tal conclusión, a saber:

- (1°) Existen barreras categoriales, o sea diferencias entre tipos de entes tales que lo que quepa afirmar o negar con sentido de entes de un tipo no podrá ni afirmarse ni negarse con sentido de entes de otro tipo.³⁰⁶
- (2°) Una de las diferencias categoriales es la que separa las referencias de un enunciado de las de un sintagma nominal.³⁰⁷
- (3°) Las propiedades o cualidades atribuibles a las cosas son exclusivamente, o bien propiedades analíticas (y, a fuer de tales, tautológicamente adscribibles, sin contenido alguno, como la de ser-colorado-o-no-serlo), o bien cualidades empíricas, corroborables por la percepción o la experiencia.³⁰⁸
- (4°) Si bien no cabe sustantivizar una oración para atribuir cualidad alguna al objeto así denotado, sí existe, en cambio, una desnivelación lingüística, gracias a la cual podemos afirmar o negar ciertas propiedades de una oración; la oración (o el enunciado) es un objeto, entre cuyas propiedades se hallaría la de venir abarcado, o no, por un conjunto de enunciados.

Bajo ese cuádruple supuesto, resulta:

- (1) No cabe afirmar la existencia de estados de cosas.³⁰⁹ Por lo tanto, estaría excluido de raíz (como un cabal sin-sentido) decir que existen conductas, que son hechos, los cuales, a su vez, tendrían propiedades; y que ese tener tal hecho esta o aquella propiedad es, a su vez, otro hecho.
- (2) Tampoco tendrían cabida los rasgos que presuntamente querríamos expresar con calificativos deónticos o valorativos, porque es inverificable —o no observacional— el enunciado de que tal acción es buena o debida. Por ello, literalmente tomadas, las calificaciones valorativas o deónticas carecerían de valor veritativo, teniendo que ser exhortaciones, imperaciones u otras expresiones subjetivas.³¹⁰

³⁰⁶. Esa teoría del desnivelamiento categorial está ya presente en Frege, siendo reelaborada por Russell y el primer Wittgenstein.

³⁰⁷. Aquí, sin embargo, hay que dejar a salvo que Frege no milita en el grupo de quienes diferencian categorialmente lo significado por un enunciado de lo significado por un sintagma nominal, sino que para él el enunciado significa lo mismo que su nominalización; sólo que entiende que ese significado es un valor veritativo, la verdad o la falsedad.

³⁰⁸. En una variante más afinada serían admisibles otras cualidades no estrictamente empíricas siempre que fueran reducibles a propiedades físicas.

³⁰⁹. A pesar del atomismo lógico de Russell y del *Tractatus* de Wittgenstein, que se rehabilitaría decenios después.

³¹⁰. O, de tener contenido fáctico, sería uno psíquico introspectivo, como en el emocionalismo de Stevenson (decir que tal conducta es buena es decir que le place a quien lo dice).

(3) Sí cabría, en cambio, afirmar o negar de un enunciado su deducibilidad en un sistema, lo cual estribaría en rasgos en definitiva empíricamente verificables, sobre la base de supuestos analíticos.

Entonces, podemos construir un conjunto C de enunciados (que —dicho informalmente— expresan todas aquellas conductas que el legislador quiere que se realicen). C estará cerrado con respecto a ciertas reglas de inferencia (lo cual significa que, para cualquier regla de inferencia que adoptemos, un enunciado que se infiera de otros pertenecientes a C será también miembro de C). Atribuir la calificación de obligatoriedad al enunciado «A» será decir que $A \in C$ (A es un miembro del conjunto C , o sea se infiere —según reglas de inferencia que hemos adoptado— de otros miembros de C). P.ej. atribuir obligatoriedad a «Matías paga sus impuestos» es decir que esa oración es un miembro del conjunto de oraciones que, por prescripción legislativa, diseñan todas las situaciones que quiere que se realicen el legislador.

La obra del legislador sería como la escritura de una novela, la de un mundo en el cual suceden todas las cosas que él quiere. La calificación de obligatoriedad de un enunciado sería el reconocimiento de que éste está en la novela o se infiere de ella (o sea, se cumple en el mundo de la novela legislativa).³¹¹

Empezaron a tambalearse, ya en los años treinta, los cuatro supuestos sobre los cuales se construye toda esa tramoya, quebrando definitivamente en los cincuenta con la obra de Quine, principalmente. La lógica combinatoria nos permitió deshacernos de esa barrera categorial entre hechos y cosas. Los progresos de la metafísica nos llevaron a identificar cada cosa con un hecho, el de que esa cosa existe.³¹² Hubo que reconocer hechos y propiedades no observacionales, que atribuimos, no por experiencia, ni por análisis conceptual o conocimiento *a priori*, sino por abducción.

Reconocida la existencia de hechos (con o sin expresión lingüística correspondiente), podemos atribuirles cualidades no empíricas, siempre que ello sirva para dar sentido y verdad a nuestra imagen del mundo. Figuran entre esos atributos las calificaciones deónticas.

La experiencia de las conductas de los individuos y grupos en especies sociales nos muestra que actúan de manera que ven ciertas conductas como admisibles y otras como inadmisibles; que las unas producen aprobación y las otras rechazo. Para entender tal patrón

³¹¹. Entienden los adeptos de la LDE (lógica deóntica estándar) que un enunciado normativo «oA» se deduce de otro, «oB» —según la lógica deóntica— en tanto en cuanto «A» se deduce de «B» en el mundo de la novela del legislador, o sea uno en el que se cumplieran todas las prescripciones legislativas.

Dentro del campo de la LDE surge una corriente —que es aquella con la cual estoy polemizando en el presente capítulo— que podemos llamar «ultrapositivista», en tanto en cuanto abandona el último resto vergonzante de jusnaturalismo que, asumido por Bentham, Zitelmann, Kelsen y Raz, los ha llevado a reconocer la regla de permisión como una norma tácita (supralegislativa) —aunque ellos no la hayan visto así—, por lo cual, explícita o implícitamente, aceptaban al menos un principio jurídico cuya fuente no era el mandamiento del legislador. V. *infra*, 3ª dificultad de este capítulo.

³¹². Tal tesis la desarrollé en mi libro *El ente y su ser: un estudio lógico-metafísico*, León: Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 1985, ISBN 8460039730.

de comportamiento, postulamos un sistema de normas, un sistema de atribuciones de cualidades deónticas a las conductas.

En la mayoría de los casos, ni siquiera están presentes enunciados. Tales normas suelen ser consuetudinarias o estar enraizadas en la propia naturaleza de las relaciones sociales y en las necesidades vitales de la especie en cuestión.

Lo propio sucede en las sociedades humanas. Sólo una pequeña parte de las normas —pautas de conducta que se sienten como preceptivas, autorizadas o prohibidas— hallan expresión lingüística en actos de edicción legislativa o jurisprudencial. A lo largo de la historia humana (y todavía hoy en buena medida) han prevalecido las normas no escritas. (En el Derecho Público Internacional y en el Derecho internacional de los negocios hay hegemonía del Derecho consuetudinario sobre el convencional.)

Por consiguiente, el Derecho no siempre se plasma en un lenguaje jurídico; y, cuando lo hace, nunca se agota en él.

2.— La fuerza ilocucionaria de los jusivos

Paso así al resto de la objeción, o sea al tema que voy a desarrollar más en la solución a la 2ª dificultad de esta misma serie.³¹³

El objetor presupone que la prolación del legislador cuando dice «Está prohibido A» no es sinónima de la prolación del sujeto de Derecho —o del estudioso de la ciencia jurídica— que, en pos de él, pronuncia las mismas palabras, «Está prohibido A». La primera prolación sería una prescripción; la segunda una constatación, a saber: la de que el legislador ha hecho esa prescripción (o, alternativamente, que ha hecho otras prescripciones de las cuales se inferiría la prohibición de A; sobre eso, *vide infra*, discusión de la 2ª dificultad).

Vamos a admitir, por mor de la discusión, que la prolación edictiva del legislador es un imperativo: «¡Obrad así y así!». ¿Es reducible esa frase imperativa a un aserto en indicativo? Sí lo es. ¿Cuál? Vamos a verlo.

El aparente distingo entre el contenido enunciativo de una oración en modo indicativo y el de una en modo imperativo fue abordado por Frege en sus tardías *Logische Untersuchungen* mediante el recurso a una diversidad de sentido (*Sinn*) con una misma referencia.³¹⁴ Ese sentido —hoy a menudo denominado «modo de presentación»— sería afirmativo o imperativo, pudiendo ser también interrogativo, desiderativo etc.

³¹³. Lo que sigue está expuesto más prolijamente en (Peña, 2006b).

³¹⁴. A mi juicio, es mejor traducir literalmente como «significado» el término fregeano *Bedeutung*, al que el filósofo alemán otorga un uso técnico dentro de su tratamiento semántico-ontológico.

En rigor Frege no se ocupó de los imperativos, sino de los interrogativos. Pero su tratamiento se extiende a otros modos de presentación de un contenido enunciativo, como lo sería el imperativo.

La teoría de los performativos de John L. Austin (1962)³¹⁵ nos brindó una alternativa a ese enigma (aunque mi propia utilización de su teoría no se ajusta para nada a la visión originaria de Austin). Imperar una conducta, A, es equivalente a proferir un performativo, «Te impero que A».

Podemos llamar «¡jusivos» a todos los verbos cuya enunciación performativa en primera persona equivalga semánticamente a un imperativo. (Ejemplos: «mandar», «rogar», «prescribir» etc.)

¿Cuál es la fuerza ilocucionaria de un performativo de esa índole? La de crear una nueva situación, siempre que concurren las idóneas condiciones del contexto de elocución (o sea que el imperante y el imperado estén en una relación social que haga adecuada esa prolación para crear una nueva relación entre ellos). La nueva situación así surgida es que el imperado tiene ahora una obligación de hacer lo que le ha preceptuado el imperante.

Por consiguiente, «¡Recoge la basura!» no tiene el mismo contenido enunciativo que «Recoges la basura» —bajo otro modo de presentación—, sino un contenido enunciativo diverso, a saber: el mismo de «Te impero que recojas la basura». Éste último, que es un performativo, es verdadero.

Ciertamente, al inventar en 1962 la teoría de los performativos —junto con la de los actos ilocucionarios—, Austin pensó que un performativo carece de valor veritativo (que no es un enunciado, *statement*), sobre la presuposición del principio del contraste: para que sea atribuible a X una cualidad, tiene que haber otros entes como X a los que quepa atribuir la opuesta. Pero no puede haber enunciados del tipo «Te impero que A» que sean falsos. Luego —concluyó Austin— tampoco puede haberlos verdaderos.

Como en tantas otras cosas, fue Quine el que dispó convincentemente esa confusión. Un performativo es siempre verdadero. No por necesidad semántica, sino pragmática.³¹⁶ (Naturalmente se arroja por la borda el principio del contraste —cuya fuente es una confusión más entre semántica y pragmática.)

¡Ahondemos más! La fuerza ilocucionaria del performativo no se identifica con lo dicho en él, no es su contenido locucionario. El contenido semántico o locucionario de «Te impero que recojas la basura» (o, dicho en el habla común, «¡Recoge la basura!») es el de que quien profiere tal frase afirma (con verdad) que está imperando al interlocutor que recoja la basura. Mas la fuerza ilocucionaria es la de que ese interlocutor adquiere así un deber, queda bajo el imperio de lo que se le ha mandado.

Igual que, cuando —en la ceremonia nupcial— el funcionario habilitado pronuncia (en otro acto de habla, también performativo) la fórmula «Os declaro marido y mujer», los contrayentes adquieren una cualidad de la que carecían hasta ese momento —pasan a estar

³¹⁵. John L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford: Clarendon, 1962. (V. 2ª ed., OUP, 1975, ISBN 019281205X.)

³¹⁶. Es eso también lo que funda la infalibilidad del «Cogito» cartesiano; nadie puede decir con falsedad «pienso».

casados—, del mismo modo el receptor o destinatario de una orden pasa a tener una propiedad que no tenía antes, la de estar obligado a ejecutar la orden.

En ciertos ordenamientos puede contraerse matrimonio sin ceremonia nupcial ni declaración alguna, por cohabitación continuada. Por ello «Somos marido y mujer» no equivale semánticamente a «El funcionario habilitado ha declarado que somos marido y mujer». Similarmente un deber de recoger la basura puede derivarse de otras fuentes diversas de una prolación jusiva; puede tratarse de un deber consuetudinario. Por ello, «Debo recoger la basura» no equivale semánticamente a «La persona habilitada a darme órdenes me ha mandado que recoja la basura».

Para ser más rigurosos hay que precisar lo siguiente. Quien, con su acto de habla edictivo, crea una situación normativa tiene dos opciones: (1ª) la de proferir un performativo (como en «Os declaro marido y mujer»); y (2ª) la de proferir un enunciado de contenido deóntico («Desde este momento sois marido y mujer»)³¹⁷

La segunda opción (la oración deóntico-edictiva) enuncia la fuerza ilocucionaria del correspondiente jusivo; pero, además, ambas proclaciones tienen la misma fuerza ilocucionaria. A diferencia de lo que sucede con el jusivo, hay identidad entre el contenido locucionario y la fuerza ilocucionaria de un enunciado deóntico-edictivo.

En virtud de la mismidad de fuerza ilocucionaria, son pragmáticamente equivalentes el aserto jusivo y el deóntico-edictivo, sin que, no obstante, sean semánticamente iguales. En la discusión que sigue me baso en esa equivalencia pragmática para que sea indistinto que el edictor haya dicho «preceptúo que A» o haya dicho (con fuerza edictiva, en virtud del contexto de elocución) «Es preceptivo que A».

2ª DIFICULTAD.— El dilema de Jørgensen

La lógica es el arte de extraer conclusiones de premisas de tal manera que no se pase de premisas verdaderas a conclusiones falsas. Ahora bien, las prescripciones no son ni verdaderas ni falsas. Por lo tanto, en estricto rigor, no caben deducciones lógicas cuyas premisas o conclusiones sean deónticas, puesto que las frases deónticas son prescriptivas. La única salida a esa aporía estriba en distinguir las normas, frases prescriptivas, de las proposiciones normativas, o sea, asertos que digan que tal conducta ha quedado explícita o implícitamente prescrita; esas proposiciones normativas son metalingüísticas.

SOLUCIÓN.—

³¹⁷. Evidentemente ser marido y mujer es un estado deónticamente complejo que encierra un haz de derechos y deberes.

Que las prescripciones legislativas sean de carácter imperativo ha sido, con sobrados motivos, cuestionado desde el propio seno de positivismo jurídico.³¹⁸ Se ha alegado que un imperativo tiene un destinatario preciso, mientras que la prescripción legislativa muchas veces no lo tiene, poseyendo, antes bien, un contenido prescriptivo universal. Si se prescribe que todas las empresas de más de 50 empleados tengan comedor, no se manda nada en concreto a nadie (podría suceder incluso que no hubiera empresas con más de 49 empleados, además de lo curioso que resulta decir que la empresa ha escuchado o leído una orden).

En realidad pocas prescripciones legislativas se enuncian en modo imperativo. Es más usual emplear el futuro con valor imperativo («Todos contribuirán al sostenimiento del gasto público») o la enunciación deóntica («Todos deben contribuir al sostenimiento del gasto público»).

Aun suponiendo que las prescripciones legislativas fueran jusivas, ya hemos visto —en el 2º apartado de la discusión de la 1ª dificultad— que los jusivos tienen un valor veritativo, a saber: son siempre verdaderos y poseen una fuerza ilocucionaria igual que el aserto autoritativo de que el destinatario o los destinatarios están obligados a determinada acción o inacción.

Eso sí, hace falta una lógica de los jusivos. Quien manda una conducta explícitamente, manda o prohíbe otras implícita o derivadamente. Por eso de una imperación se siguen otras imperaciones.

Para ahondar más: la fuerza ilocucionaria de una imperación implica un contenido que sería la fuerza ilocucionaria de otras imperaciones.

Notemos que hay imperaciones negativas: «No te digo que hagas eso»; o, con palabras llanas, «puedes no hacerlo si quieres». De «Te mando que bajes la basura» se deduce (por una lógica razonable de los jusivos): «No te digo que no bajes la basura». El acto de habla explícito lógicamente conlleva uno implícito. La fuerza ilocucionaria del primero implica lógicamente la del segundo, aunque éste, como tal acto de habla, no se produzca (ni tiene necesidad alguna de producirse).³¹⁹

³¹⁸. La crítica más elaborada es la de Hart (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2ª ed., ed. por Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford U. P., 1994, pp. 35-42), pero, en buena medida, ya había venido anticipada por el propio Kelsen (si bien el maestro austríaco no siempre es consecuente en apartarse de la concepción imperativa de las normas). V. Lars Vinx, «Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism», en Michael Freeman & Patricia Mindus (eds), *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, Springer, 2012, pp. 51-71.

V. también Hans Kelsen, «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence» en Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, The Lawbook Exchange, Ltd., 2000 (reed.), ISBN 9781584771012. V. asimismo McCoubrey & White's *Textbook on Jurisprudence* (5ª ed.), ed. por James Penner & Emmanuel Melissaris, Oxford U. P., 2012, ISBN 9780199584345, capítulo 3 (p. 40), J. E. Penner and E. Melissaris, «Classical Legal Positivism: Bentham, Austin, and Kelsen», DOI 10.1093/he/9780199584345.003.0003.

³¹⁹. En su obra pionera sobre los actos de habla —especialmente sobre las promesas— John Searle se percató de que la negación de un performativo es otro performativo. «No te pregunto si vas a venir antes de las 10», «No te prometo que acudiré al acto de mañana», «No te aconsejo que leas esa novela» (que no es lo mismo que «Te aconsejo que no leas esa novela»). Está discutido si hay performativos de aserción (un tema que ha suscitado viva

Desmorónase así el argumento de Jørgensen. Las prescripciones son oraciones afirmativas verdaderas; hay prescripciones explícitas y otras implícitas. Mediante una lógica correcta de los jusivos podemos inferir, con verdad, prescripciones implícitas de prescripciones explícitas.

Ahora bien, ya he dicho que es relativamente infrecuente que los preceptos legislativos se enuncien con jusivos prefijados. Más común es que tales preceptos sean oraciones deóntico-edictivas, que enuncian lo que sería la fuerza ilocucionaria de tales jusivos, o sea la existencia de obligaciones, prohibiciones o permisiones. ¿Tienen el mismo sentido esas oraciones del legislador que las del jurista? La doctrina mayoritaria sostiene que no, que, al revés, se da un distingo semántico entre las unas y las otras. Es lo que se suele denominar (inadecuadamente) «la diferencia (semántica) entre normas y proposiciones normativas».

Prescindo en lo sucesivo de la hipótesis de que los preceptos legislativos estén formulados en modo imperativo para suponer que la prolocución del legislador es la afirmación de lo que sería la fuerza ilocucionaria de ese imperativo, o sea es el aserto de que los destinatarios del precepto tienen que obrar de una determinada manera —o tienen que omitir cierta conducta o no están obligados a obrar de tal modo, es decir: un aserto de obligación, de prohibición o de permiso.

Empecemos por distinguir una norma de un precepto. El precepto es una expresión lingüística de la norma. Sabemos que no toda norma viene lingüísticamente formulada.

¿Qué son las proposiciones normativas —o, mejor dicho, los enunciados normativos? Son asertos constativos de que tal conducta es obligatoria, está permitida o está prohibida. Puede ser que lo esté en virtud de un precepto legislativo. Puede ser que ese estatuto deóntico tenga otra fuente (p.ej. la costumbre vinculante).

El problema que realmente surge es si cuando, con fuerza edictiva y promulgatoria, el legislador profiere «Todos tienen el deber de contribuir al gasto público», está diciendo algo diverso del jurista que, estudiando el ordenamiento jurídico de ese país, afirma que en él todos tienen el deber de contribuir al gasto público.

Más concretamente lo debatido es si son unívocos o equívocos los tres sintagmas «ser preceptivo», «ser lícito» y «estar prohibido»; si tienen el mismo significado cuando los usa, en su enunciado promulgatorio, el edictor de la norma que cuando los emplea, en sus asertos doctrinales, el jurisconsulto.

polémica); de haberlos, un performativo negativo es «No declaro haber visto al acusado el día de los hechos» (lo cual, de nuevo, no es igual que decir «Declaro que no vi al acusado el día de los hechos»).

V. de John Searle: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge U. P., 1969, ISBN 0521071844; «Indirect speech acts», en P. Cole & J.L. Morgan (eds.), *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, Nueva York: Academic Press, 1975; *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Act*, Cambridge U.P., 1979; «How performatives work», en D. Vanderveken & S. Kubo (eds.), *Essays in Speech Act Theory*, Amsterdam: John Benjamins 2001, pp. 85-117; *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge U. P., 1985 (en coautoría con Daniel Vanderveken). Sobre su relevancia, v. Ernest Lepore & Robert van Gulick (eds), *John Searle and his Critics*, Oxford: Basil Blackwell 1991, ISBN 0631156364.

Por un principio de economía semántica, siempre que se postula una dualidad de significados hay que justificarla, porque, sin un argumento a su favor, lo normal es entender que una palabra es unívoca (los significados no han de multiplicarse sin necesidad).

Mi tesis es que tales sintagmas deónticos son unívocos, significando lo mismo en la boca del legislador que en la del jurista. No soy el primero en adoptar esa postura univocista. Lo propio ha sostenido el profesor Åke Frändberg, de la Universidad de Upsala;³²⁰ sólo que incurre en inconsecuencia al seguir aferrado al postulado dualista (inspirado en Jørgensen) según el cual las proclaciones del legislador carecen de valor veritativo.

El principal motivo para sostener la dualidad de sentidos es la presunta diferencia entre los hechos que hacen, respectivamente, verdadero el aserto del legislador y el del jurista.

En el caso del legislador, esa promulgación es el acto de habla edictivo en el cual enuncia «Todos han de contribuir al gasto público». ¿Es verdadero? La doctrina mayoritaria sostiene que no es verdadero ni falso. Algunos pueden pensar que es verdadero siempre que refleje la voluntad del legislador. En el primer caso, no siendo verdadero, nada lo hace verdadero. En el segundo, lo que lo haría verdadero sería la voluntad del edictor de la norma.

En cambio, la verdad del enunciado normativo se basaría en que ha habido previamente un acto de habla promulgativo del legislador en ese sentido.

No es la voluntad del legislador lo que hace verdadero el aserto deóntico-edictivo. El legislador que edicta ese precepto no está escrutando introspectivamente sus estados mentales para hallar entre ellos un querer que se cumpla eso que está prescribiendo. De hecho un legislador puede preceptuar una conducta sin desear que se cumpla su prescripción e incluso esperando que no se cumpla (aunque sólo sea para poder aplicar la sanción por transgresión de la ley).³²¹

Aquello que hace verdadera la proclación deóntica edictiva es la propia existencia de esa misma proclación, la cual es así autofundante.

Igual que lo que hace verdadero el aserto de «Te pregunto qué hora es» es el propio hecho (un acto de habla) de que te estoy efectivamente preguntando qué hora es, lo que hace verdadera la prescripción es que ésta se produzca.

Lo que hace verdadero «Impero que todos contribuyan al gasto público» es que el edictor así lo afirma (siempre que el contexto de elocución sea apropiado). Como la fuerza ilocucionaria de esa frase imperativa —en ese contexto— es justamente el contenido semántico de la proclación deóntica (con fuerza edictiva) «Todos están obligados a contribuir al gasto

³²⁰. V. su artículo «An essay in the systematics of legal concepts», *Scandinavian Studies in Law* 31 (1987), pp. 83-115.

³²¹. El juez que declara a los contrayentes marido y mujer puede desear que no se casen; podría ser rival del novio para la mano de su prometida.

público»,³²² es esa misma prolación, ese acto de habla edictivo, H, lo que hace verdadero aquello que está diciendo el legislador al efectuarlo, o sea que todos están obligados a contribuir al gasto público.

Y ¿qué es lo que hace verdadero el aserto del jurista que viene detrás del legislador y, en pos de él, pronuncia la misma frase? Lo mismo: es ese acto de habla H.³²³

La diferencia estriba en que, en el caso del legislador, H es, a la vez que aquello que hace verdadero su contenido enunciativo, la primera enunciación de ese contenido. Edictando tal contenido, el legislador lo hace verdadero; el hecho que hace verdadero ese acto de habla es su propia existencia. En cambio, el jurista o el juez que vienen después toman la previa existencia de tal acto legislativo como fuente de la obligación. Pero esa anterioridad temporal es ajena al contenido; la diferencia es pragmática, no semántica. Lo dicho primero por el legislador es exactamente lo dicho después por el jurista.³²⁴

Podemos verlo aún mejor saliendo de nuestros esquemas legislativos habituales, tomando ejemplos históricos o imaginarios.

Para empezar, hemos dado por supuesto que los enunciados deóntico-constativos del jurista son posteriores a las prolações deóntico-promulgatorias del legislador. No tiene por qué ser así. Es posible que el jurista sepa que el legislador promulgará dentro de unas semanas una ley con efecto retroactivo que instituye una obligación desde el 1 de enero del año en curso. El precepto aún no se ha promulgado, pero la obligación ya existe, toda vez que, al promulgarse el precepto, habrá existido desde el 1 de enero.

Sea un sistema jurídico en el cual presuntamente las leyes las preceptuaría una divinidad, por boca de un oráculo. Cuando el oráculo expresa, por vez primera, «Tal conducta es obligatoria» no estaría instituyendo la obligación, sino meramente registrándola, constatándola. (Cuando el profeta Moisés transmite a los hebreos las Tablas de la Ley no las está edictando él, como tampoco el profeta Mahoma al escribir las prescripciones coránicas.) En sistemas así no hay una primera prolación de «Debe» que sea prescriptiva seguida de otras que sean enunciativas o constativas.³²⁵

³²². La cual —insisto— no sólo tiene la misma fuerza ilocucionaria, sino que, además, tiene como contenido locucionario su propia fuerza ilocucionaria.

³²³. Presupongo que nos referimos a obligaciones cuya fuente es un acto legislativo y no otra.

³²⁴. Eso sí, el aserto deóntico edictivo del legislador tiene una fuerza ilocucionaria diversa del del jurista. Al proferir, edictivamente, esa frase, el legislador la hace verdadera, creando la obligación. En cambio, el jurista no crea la obligación; únicamente la constata. Así pues, es verdad que existe una importante diferencia entre el precepto del legislador y el enunciado del jurista; sólo que no es semántica, sino pragmática; no es de contenido locucionario, sino de fuerza ilocucionaria.

³²⁵. Si se contesta que primero hubo —según esos relatos— una prolación de la divinidad, cabe replicar que podría no ser así, pues los profetas u oráculos pueden recibir inspiración divina sin que sea forzosamente por palabras.

Tomemos otro sistema jurídico en el cual una ley viene edictada y promulgada cuando dos colegas concurren en la promulgación. Cada uno enuncia con verdad «Tal conducta es obligatoria» porque el otro ya lo ha dicho o pronto lo va a decir (o ambos lo dicen simultáneamente). Sería arbitrario adscribir fuerza ilocucionaria promulgativa a uno de los dos actos de habla y no al otro; y dudo que sea muy convincente decir que ambos actos de habla tienen conjuntamente esa fuerza, sin que la tenga ninguno de ellos por separado.

El modelo puede complicarse, imaginando que se requiere el concurso de al menos dos de tres triunviros y que los tres formulan a la vez la enunciación deóntica. Claramente una de las tres enunciaciones es una «proposición normativa». ¿Cuál?

Todavía caben más complicaciones, como la de un círculo de edictores o una escala, donde cada acto de habla proclamativo de una obligación es, en cierto modo, una constatación de la creación de tal obligación por el acto promulgativo de otros miembros del círculo o de la escala, mas también una confirmación que añade fuerza vinculante.

Pensemos en el complejo sistema legislativo de la monarquía casi absoluta que hubo en Francia antes de la Revolución.³²⁶ En ese sistema, los mandamientos regios sólo eran exequibles cuando los hubieran registrado los *Parlements* o tribunales soberanos. Esa práctica había empezado siendo un mero acto de certificación (como la puesta de un sello); con el tiempo se convirtió en un requisito, si no de validez, al menos de exequibilidad. A menudo el acto de registro era rehusado o postergado por los tribunales, que interponían un recurso previo, invocando a menudo el Derecho Natural. Así y todo, ese registro era, en teoría al menos, puramente constativo: el tribunal meramente tomaba nota de que el rey había prescrito tal conducta y lo estampaba en sus archivos (no existiendo entonces un boletín oficial).

Si estudiamos la historia del Derecho romano de los períodos tardorrepublicano y protoimperial podremos hallar ejemplos que zarandean todavía más esa dicotomía entre el precepto y el enunciado normativo. Siendo presuntamente constativo, el aserto de un jurisconsulto de que tal conducta no era obligatoria tenía valor y fuerza jurisprudencial, o sea establecía una situación jurídica o contribuía a establecerla.

Esa digresión nos lleva a interrogarnos sobre el papel que, en nuestros ordenamientos actuales, corresponde a la jurisprudencia, el perpetuo debate sobre si crea o no Derecho, sobre si es o no fuente jurídica. En principio una sentencia es un acto jurisdiccional que *dice* el Derecho, no lo crea. Pero ¿es razonable negar la fuerza vinculante de la jurisprudencia?³²⁷

³²⁶. Interrumpida por el absolutismo despótico de Luis XIV y por un breve paréntesis al final del reinado de Luis XV.

³²⁷. V. Ramón López Vilas, *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Civitas, 2002; Víctor Ferreres & Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid: Coloquio jurídico europeo, 2009; Frédéric Zenati, *La jurisprudence*, París: Dalloz, 1991; François Rigaux, *La Loi des juges*, París: Odile Jacob, 1997.

Antes de la Revolución francesa era aún mayor la fuerza legislativa de la jurisprudencia, no sólo por las *rémontrances* a las que me he referido más arriba (equivalentes a un veto suspensivo de los edictos regios), sino por la potestad de los altos tribunales de dictar *arrêts de règlement*, o sea sentencias directamente aplicables a todos los casos similares, con fuerza de ley.

Una sentencia establece o reconoce una situación jurídica concreta, en teoría sobre la base del Derecho previamente existente; en la práctica, suele torcer hacia un lado el Derecho (aplicando cánones hermenéuticos inspirados en principios nomológicos no declarados por el legislador, pero que suscitan amplia aquiescencia entre los operadores jurídicos). Muchas veces la jurisdicción determina lo que la ley dejó indeterminado. Por ello, los enunciados que se encuentran en el texto de una sentencia (sea en los fundamentos, sea en el fallo) ¿son preceptos («normas») o son «proposiciones normativas»? Son algo híbrido: en alguna medida crean Derecho, en alguna medida dicen lo que es Derecho.

Y toda esa discusión todavía no ha hecho intervenir otras complicaciones, como la desuetud. En los párrafos precedentes he presupuesto que es condición suficiente para la vigencia de un contenido jurídico que lo haya edictado y promulgado el legislador. Está claro que, en rigor, no es así. En primer lugar es menester que tal contenido no haya sido posteriormente abrogado.³²⁸

Recordemos, además, el genial vislumbre de Joaquín Costa, a saber: que el legislador promulga la ley *ad referendum*, incumbiendo al propio pueblo ratificarla o revocarla, cumpliéndola o incumplíendola. Esa concepción es, a mi entender, acertada, si bien habría que acudir aquí a la noción de grados de obligatoriedad. Implica una desuetud que puede producirse desde la proclamación legislativa. También la propia jurisprudencia concurre a la desuetud. Así, cuando en Francia estaba nominalmente vigente la penalización de la venta de anticonceptivos (hasta finales de los sesenta), de hecho esa venta era lícita, porque todas las farmacias violaban la prohibición y ningún juez imponía el respeto a una norma obsoleta.

En este caso tenemos que la abstención del juez (el no declarar que tal comportamiento es antijurídico) crea Derecho, anula una norma edictada previamente por el legislador.³²⁹

³²⁸. En algunos sistemas jurídicos sucede al revés: sólo tiene vigencia la nueva ley en la medida en que sea conforme con la vieja. Ejemplos son el Derecho civil foral de Navarra (al menos el genuino e histórico, básicamente consuetudinario) y el viejo Derecho Público foral del principado de Cataluña. Remontándonos más lejos (y según lo expondré en una próxima monografía, «Lucha de clases y quiebra de la legitimidad constitucional en la Roma tardorrepública»), el carácter esencialmente consuetudinario de la constitución de la República romana determinaba una relación interactiva entre las normas escritas y las prescripciones constitucionales. De ahí que las leyes comiciales y los plebiscitos legislativos comenzaran con una cláusula —generalmente considerada, no sin fundamento, como de puro estilo—: «si quid sacri sanctique est, quod jus non sit rogari, ejus hac lege nihil rogatur» —u otras enunciaciones de parecido tenor—.

³²⁹. También es fuente del Derecho la propia doctrina jurídica. Ésta juega un papel mixto o híbrido: en parte averigua el Derecho que existe y lo dilucida (dogmática jurídica); en parte, al sistematizarlo, crea Derecho.

Así fue en el Derecho romano de las épocas tardorrepública e imperial prejustiniana; así es en los sistemas de la *common law*; así es en el Derecho Público Internacional. El art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia establece:

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
 - a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - c. the general principles of law recognized by civilized nations;
 - d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

Como conclusión de todo este debate, pienso que es irrazonable persistir en los argumentos de Jørgensen o imaginar salidas que no hacen falta. Los asertos que profiere el legislador, al enunciar por vez primera una obligación (o una prohibición o un permiso), son verdaderos en virtud del propio acto de habla de la enunciación promulgatoria, igual que los del jurista o del súbdito.

3ª DIFICULTAD.— El principio de permisión, cuando no es tautológico, es un salto en el vacío.

El principio de permisión afirma que lo no prohibido está permitido. Mas ese aserto sólo tiene uno de dos sentidos: el uno puramente tautológico, que lo que no se ha prohibido es no-prohibido; el otro que, por el mero hecho de que la autoridad legislativa no se haya pronunciado sobre si está prohibida o no una conducta, la misma sea jurídicamente lícita y, por lo tanto, que quien la realice estará ejerciendo un derecho tutelado por la ley.

SOLUCIÓN.—

Was nicht verboten ist, ist erlaubt

(Friedrich Schiller, *Wallenstein*, 1798.)³³⁰

Ya consagré los apartados 12, 13 y 14 del capítulo II a discutir ampliamente este problema, por lo cual quien a estas alturas esgrima de nuevo esta dificultad nos debe una refutación de mis argumentos de esos tres apartados —porque, si no, estamos en un diálogo de sordos.

Ya en ese lugar cité la reiterada tesis de Raz (quien desde 1975 viene polemizando con Alchourrón y Bulygin),³³¹ señalando que, si bien coincido con Raz en que el juez ha de inadmitir (o, si no lo ha hecho, posteriormente desestimar) una demanda contra alguien porque éste último haya realizado una conducta no prohibida, no concuerdo con él en que

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.

El referido art. 59 se limita a precisar que los fallos sólo tendrán fuerza vinculante entre las partes y únicamente con relación al tema del litigio.

Pienso que también en nuestro ordenamiento sucede algo de eso, puesto que la propia jurisprudencia de los altos tribunales (el Supremo y el Constitucional) frecuentemente se inspira en la doctrina (aunque no siempre).

De ahí se sigue que no se da ningún corte tajante entre un enunciado de «Debe» edictivo o legislativo y otro descriptivo. Hay continuidad.

³³⁰. Repr. en *Schillers Sämtliche Werke*, Zweiter Band, Stuttgart, 1879. Tomado de <http://gutenberg.spiegel.de/buch/wallenstein-3357/3>, acc. 2017-05-30.

³³¹. Joseph Raz, «Permissions and Supererogation», *American Philosophical Quarterly* 12/2 (1975), pp. 161-168.

baste para tal decisión judicial la falta de prohibición legal, porque el juez no puede actuar sin el amparo de una norma. Su inadmisión de la demanda ha de ser ajustada a Derecho. Al proceder a tal inadmisión, el juez está cumpliendo una norma jurídica. ¿Cuál? La norma jurídico-natural que reconoce la libertad de hacer cuanto el legislador no haya prohibido, ni explícita ni implícitamente, ni directa ni indirectamente, ni por el mero contenido legislado ni por la conyunción de ese contenido con la realidad de los hechos preexistentes.³³²

Si bien, en rigor, estimo innecesario decir nada más mientras no se refuten mis argumentos del capítulo II, así y todo es tan importante esta cuestión que voy a desarrollar mi argumentación en los párrafos que siguen.

Con relación al principio de permisión, lo que salta a la vista es hasta qué punto está arraigado en la conciencia jurídica, de suerte que sólo en la segunda mitad del siglo XX han brotado algunas voces disconformes con él. Era una evidencia para Hobbes, en cuyo *Leviatán*, capítulo XXI, se dice:

As for other liberties, they depend on the silence of the law. In cases where the sovereign has prescribed no rule, there the subject hath the liberty to do, or forbear, according to his own discretion. And therefore such liberty is in some places more, and in some less; and in some times more, in other times less, according as they that have the sovereignty shall think most convenient.

Para Hobbes forma, desde luego, parte de las cláusulas del pacto social esa libertad de hacer lo que el legislador no prohíba y de abstenerse de hacer lo que el legislador no mande. Con dicho pacto el individuo abdica en parte de su libertad en aras de su seguridad, mas no del todo, sino reteniendo la libertad de hacer o no hacer aquello en lo que no se inmiscuya el legislador (además de retener también su derecho a la vida, que conlleva incluso un derecho de resistencia a la autoridad, aunque sea por causa injusta).

¿Podría haber un pacto social distinto, en el cual no se retuviera esa libertad? No, para Hobbes no podría existir tal pacto; no sería un pacto social. No hay que olvidar que, aunque muy *sui generis*, Hobbes es un jusnaturalista. Hay un doble Derecho Natural: el que está vigente en el estado de naturaleza y el que está vigente en la sociedad; del estado de naturaleza no se pasa a la sociedad por arbitraria decisión de los sujetos, sino porque eso es racional y lo prescribe el propio Derecho Natural. De ahí que no sea dable configurar el pacto social de cualquier manera, sino sólo según los requerimientos de la convivencia en aras de la seguridad. El pacto ha de ajustarse a ciertos axiomas, como el principio *pacta sunt seruanda*, el principio de permisión y el derecho a defender la propia vida.

Los adversarios republicanos de las ideas de Hobbes no cuestionaron en absoluto ese principio hobbesiano de permisión, sino que sostuvieron que tal libertad era insuficiente, pues

³³². Ninguna ley dice que a Valentina le está prohibido allanar la morada de Elpidio, pero el ordenamiento jurídico, en su conjunto, al reconocer el derecho de habitación exclusiva de Elpidio en su morada y al prohibir el allanamiento de morada ajena, crea la situación jurídica existente de que a Valentina no le es lícito entrar en casa de Elpidio sin su consentimiento. Por otro lado la ley prohíbe muchas conductas aunque no lo haga *expressis uerbis*. Para algo está la lógica jurídica, la cual nos habilita a inferir unas prohibiciones de otras. P.ej., gracias a la lógica nomológica sabemos que, si está prohibido A-y-B mas A está autorizado, entonces es que B está prohibido (implícitamente).

un concepto robusto de libertad exige la seguridad de que esa libertad será respetada, o sea la inexistencia de una autoridad legislativa que eventualmente pudiera edictar leyes lesivas de la libertad.³³³

A lo largo de los siglos XVIII y XIX todos siguieron admitiendo el principio de permisión. El fundador del positivismo jurídico, J. Bentham,³³⁴ se atuvo a la presuposición de que todo lo no prohibido era lícito por su propia naturaleza (aunque ciertamente, al pensar así era inconsecuente con su positivismo). Y los primeros juristas que abrazaron el positivismo jurídico en las postrimerías del siglo XIX no abandonaron en absoluto el principio de permisión; ejemplo elocuente es el de Zitelmann.

En el siglo XX Kelsen y Raz —por citar dos de los más eminentes jusfilósofos positivistas— han seguido adheridos a ese principio (de nuevo incurriendo en una inconsecuencia, porque presuponen una norma no positiva que es la que reconoce la libertad de hacer todo mientras el legislador no lo prohíba).

Si pasamos del pensamiento jurídico-político al sentir común del hombre de la calle o, mejor, a la manera de pensar de los sujetos de derecho que tienen que vérselas con la justicia, hallaremos reiterada hasta la saciedad la convicción de que cuanto el legislador no ha prohibido lo ha permitido implícitamente.

Entre los millones de proclaciones de sujetos de derecho y de juristas de todas las especialidades que invocan el principio de que es lícito cuanto no esté demostrablemente prohibido tomo este aserto de la bitácora «Derecho y normas» de David Maeztu:³³⁵

Como se ve y es evidente, en derecho no puede sancionarse por conductas que no estén expresamente prohibidas, en aras a la seguridad jurídica; [...] pero tampoco es posible considerar que una conducta esté prohibida porque no se haya regulado [...] Por eso mismo, 'si no está prohibido, está permitido'.

Podría pensarse que el autor de la bitácora sólo está proclamando que una conducta no demostrablemente prohibida no es sancionable, pero la lectura de la entrada disipa esa confusión. Lo que está sosteniendo es que una conducta no demostrablemente prohibida ni es sancionable ni es lícitamente impeditible ni está en un limbo de indeterminación jurídica en el cual impedirla o sancionarla serían actos que quizá la ley no avalaría pero tampoco bloquearía; o sea que una conducta no prohibida podría carecer de la seguridad jurídica del amparo de la ley.

La sentencia T-468/92 de la Corte Constitucional de Colombia sobre la acción de tutela (recurso de amparo) critica al legislador colombiano por regular el ejercicio de tal recurso doblemente, con sendos elencos de supuestos de procedibilidad y de improcedibilidad,

³³³. V. Quentin Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, U.P. 1998.

³³⁴. En (Peña, 2016a), §2.8 y nota 66, he estudiado la defensa que hace Bentham del principio de permisión, criticando la lectura revisionista de Lars Lindahl.

³³⁵. Entrada del 22 de febrero de 2013 sobre el juego por internet.

lo cual vulnera —dice la Corte— «el principio liberal según el cual todo lo que no está prohibido está permitido. Principio [...] garantizador de la libertad, al hacer primar la facultad general sobre la facultad legislativa expresa».

A favor del principio de permisión cita, en un artículo,³³⁶ Enrique Varsi Rospigliosi el *Digesto* (Florentino, Lib. I, Tít. V, Ley 4^a): «Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quid ui aut jure prohibetur».

La Constitución peruana, art. 2, inciso 24, literal b, reza así: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

Comentando ese texto, el citado autor peruano, Enrique Varsi, afirma que ya la Constitución peruana de 1828 (art. 150) contenía esa máxima de que, en caso de duda, se presumía la libertad de la acción.

Si bien la significación de tales frases parece clara —yendo precisamente en el sentido del principio de permisión—, el artículo que estoy comentando la recalca citando a Carlos Fernández Sessarego.³³⁷

De ahí el axioma jurídico que refleja y traduce esta finalidad medular [la libertad del ser humano] [el cual] propone en términos positivos que: *Todo está permitido salvo aquello que prohíba expresamente el ordenamiento jurídico o que atente contra el orden público o las buenas costumbres*; se trata de un axioma jurídico fundamental, pues traduce la función principal del Derecho.

Por consiguiente, sería jugar frívolamente con las palabras aducir que las citadas frases de la Constitución peruana son tautológicas y que sólo dicen que lo no prohibido no está prohibido y que lo no obligatorio no es obligatorio. ¿Se tomaría la molestia el poder constituyente peruano de divertirse estampando tautologías de tan extremada simpleza?

En consonancia con el art. 139.8 de la Constitución peruana, el artículo VII del Código Civil de esa nación hermana preceptúa:

Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano.

Evidentemente este precepto se halla —bajo una u otra formulación— en todos los códigos civiles, siendo una cláusula de cierre. El juez no puede inhibirse, no puede alegar un *non liquet* ni tampoco puede sentenciar arbitrariamente; tiene que aplicar el Derecho. Pero el Derecho no es sólo la ley. La ley puede tener lagunas; el Derecho no las tiene porque para algo están sus principios generales, incluido el principio de permisión, universalmente aclamado y reconocido.

³³⁶. En el sitio jus.com.br de julio de 2005, «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»; acc. 2017-05-01.

³³⁷. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*, Lima: Editorial Universidad de San Marcos, 2004.

Y es que ese reconocimiento constitucional del principio de permisión ¿es acaso fruto de una contingente voluntad del poder constituyente peruano? ¿Podría, igual que ha sentado ese principio, haber instituido el inverso, el de que, mientras no se demuestre lícita, una conducta habrá de reputarse prohibida? Un sistema con tal precepto colisiona con la lógica nomológica y con la función misma del Derecho; va camino de dejar de ser un ordenamiento jurídico.

La actuación en el tráfico jurídico de entidades de enlace colaborativo (como Uber) ha desencadenado pleitos en todo el mundo. Háblase de vacío legal. Comentando un fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica,³³⁸ el gerente de Uber Centroamérica, Humberto Pacheco, afirma que el fallo sólo afecta al servicio público de transporte de pasajeros y, por ello, no a Uber. «Pacheco es categórico al afirmar que ‘en Costa Rica lo que no es prohibido es permitido’ e insiste en que el mensaje para los conductores (socios colaboradores) es que ‘lo que están haciendo es legal [...]’».

Comentando la sentencia de la asamblea plenaria de la Corte de Casación francesa de 6 de marzo de 2015, N° 14-84339, ECLI:FR:CCASS:2015:CR90617, una bitácora jurídica³³⁹ cuestiona el principio de que todo lo no prohibido esté permitido; pero, en realidad, está suscribiendo ese principio:

Le principe ‘tout ce qui n’est pas interdit est permis’ ne s’applique qu’aux personnes privées. Ce principe est une garantie d’un État de droit, il est justement l’inverse d’un blanc-seing à ce même État. Si tout ce qui n’est pas interdit est permis pour une personne privée, l’administration doit, quant à elle, obéir à la loi conformément à la hiérarchie des normes [...]

El asunto litigioso era la colocación de micrófonos en la celda de un preso. Lo que quiere decir el articulista es que, aunque no haya una prohibición expresa de esa furtiva sonorización, existen unas libertades esenciales, como el derecho a la intimidad reconocido en el art. 8 del Convenio de Roma y el derecho a un proceso equitativo del art. 6, que prohíben medidas administrativas que restrinjan tales derechos, salvo, en casos tasados, y eso por ley.

En realidad la sonorización de marras imponía una prohibición administrativa sin cobertura legal; prohibía a los presos hablar privadamente entre sí. Por ello, la citada sentencia confirma plenamente el principio de permisión; es incorrecta la enunciación de que éste vale sólo para las personas privadas. Lo que sucede es que la imposición de prohibiciones u obligaciones ha de hacerse ajustándose a lo prescrito en la Constitución y en los tratados internacionales —y, por supuesto, en la ley.

El argumento *a sensu contrario* no puede usarse para imponer deberes, pues las restricciones de derechos han de entenderse restrictivamente y los reconocimientos de derechos ampliativamente.

³³⁸. V. el sitio crhoy.com de 2017-02-24.

³³⁹. <http://etudiant.lextenso.fr> (acc. 2017-05-26).

En los debates jurídicos y políticos en Francia se tiene siempre presente el principio de permisión solemnemente proclamado en el art. 5 de la *Déclaration* de 1789 (parte integrante de la Constitución) y, por lo tanto, contra cualquier estigmatización de una conducta, siempre puede aducirse su no prohibición legal como base de su licitud.

Lo ha hecho el pretendiente a la presidencia de la República François Fillon: «ce qui n'est pas interdit par la loi est autorisé».³⁴⁰ Es jurídicamente impecable tal línea argumentativa. Lo que se le reprocha es (al parecer) una conducta lícita. Otra cosa es si resulta moral o inmoral, lo cual puede fundar la decisión del elector a la hora de votar.

Termino mi lista de ejemplos galos recordando que hasta septiembre de 1965 el ministerio de educación francés no había autorizado expresamente la escritura con estilográfica por los alumnos de los establecimientos públicos escolares. No había nada preceptuado, ni en un sentido ni en otro. De hecho, no obstante, ya se venía usando la estilográfica, que en parte había desterrado las viejas plumas con tinteros. Sólo que un alumno tuvo la audacia de escribir con un bolígrafo. Castigóse su osadía con la expulsión. Los padres recurrieron tal medida aduciendo que era lícita la conducta de su hijo, puesto que ningún precepto prohibía ese uso. El alumno, naturalmente, fue readmitido. El incidente causó la decisión ministerial de autorizar la estilográfica —lo cual, por extensión, se entendió como permisión del bolígrafo (pues en francés se dice «stylo à bille»).

Los adversarios del principio de permisión juzgarán inobjetable la expulsión del chaval, ya que, al no estar demostrablemente autorizado el uso del bolígrafo, carecería (según ellos) de protección jurídica, por lo cual se podría impedir. La lógica nomológica, en cambio, establece que, mientras no se demuestre la prohibición, ha de presumirse lícita la conducta e ilícito estorbarla o impedirarla.

En el ámbito de la *common law* es aún más fuerte la adhesión al principio de permisión, ya que en esa tradición jurídica, lejos de ser la única fuente del Derecho, la ley no es ni siquiera la principal; su misión es únicamente la de excepcionar (*derogate*, que no es derogar) normas extralegislativas de raíz consuetudinaria, jurisprudencial o doctrinal (pues en ese ámbito —igual que en el Derecho romano prejustiniano y en el islámico— la dogmática jurídica es fuente del Derecho).³⁴¹

Un ejemplo lo proporciona el Tribunal Supremo federal de la Unión India:

The Indian Constitution guarantees various freedoms. Indeed, these freedoms are not absolute. They may be fettered by laws that impose «reasonable restrictions». The objectives for which reasonable restrictions may be imposed are spelt out — for example, grounds such as national security, public order, decency and morality, contempt of courts,

³⁴⁰. www.paristribune.info/Francois-Fillon-ce-qui-n-est-pas-interdit-par-la-loi-est-autorise_a9379.html, acc. 2017-05-03.

³⁴¹. V. Jany János, «The four sources of law in Zoroastrian and Islamic Jurisprudence», *Islamic Law and Society* 12/3 (2005), pp. 291-332, acc. en www.jstor.org/stable/3399405. El autor demuestra que también en el ordenamiento jurídico de la antigua Persia (de religión mazdeísta) la doctrina de los jurisapientes era fuente del Derecho, si bien los preceptos del *Avesta* constituían la fuente suprema.

incitement to offences and defamation. Although such grounds are themselves limited, they can be vague and subjective. Therefore, laws that impose restrictions on freedoms are capable of being challenged in high courts and the Supreme Court as being unconstitutional.

In one such case, the Supreme Court has quite clearly said that courts are not to act upon the principle that everything is to be taken as prohibited unless it is expressly permitted. On the contrary, the court has said, the principle to be applied is that everything is to be understood as permissible until it is shown to be prohibited by law.³⁴²

Es Italia el único país donde —hasta donde yo sé— últimamente se está cuestionando un poco el principio de permisión en un sector minoritario de la jurisprudencia y de la doctrina. Ello se debe al enorme influjo que en ese país latino ha tenido la teoría de Alchourrón y Bulygin, a la cual se ha adherido una fortísima escuela de filosofía juspositivista.³⁴³

Justamente en la hermana península latina se argumenta contra el principio de permisión con dos alegaciones:

- 1ª) En la práctica de los tribunales, cuando no se ve si una conducta está prohibida o permitida, la tendencia prevalente no es la de, por las buenas, adscribirle licitud aplicando el principio de permisión, sino, más bien, la de acudir a la analogía para hacerla caer bajo una estipulación legislativa.
- 2ª) Aplicar el principio de permisión significa apartarse de la voluntad del legislador. Si éste no ha prohibido ni permitido explícitamente una conducta, es que no tenía voluntad ninguna, en ningún sentido, ni a favor ni en contra de tal comportamiento. Que el juez lo repute lícito es desbordar sus límites jurisdiccionales, creando Derecho en lugar de atenerse al Derecho.

Al primer alegato hay que contestarle que existen usos válidos y usos inválidos de la analogía. Si la conducta dudosa no se demuestra prohibida, no hace falta analogía alguna para reputarla lícita por similitud con otros supuestos cuya realización la ley ampara o permite. Y, si el recurso a la analogía va a ser para considerar prohibido ese caso dudoso, tal recurso sólo es jurídicamente admisible en ciertos ámbitos, fuera del Derecho sancionatorio —y, aun así, con enormes cautelas.

³⁴². Somasekhar Sundaresan, «Not prohibited, but is it permitted?», *Mumbai Mirror*, 2014-12-05, acc. en <http://www.mumbaimirror.com/columns/columns/Not-prohibited-but-is-it-permitted/articleshow/45379574.cms>.

³⁴³. Corresponde, efectivamente, a Alchourrón y Bulygin el mérito de haber dado el paso que faltaba por dar para llevar el positivismo jurídico a sus últimas consecuencias, abandonando la regla implícitamente jusnaturalista que constituye la preceptiva presunción de licitud de las conductas no demostradamente prohibidas, a la cual se habían seguido aferrando todos los demás positivistas. Enunciando así con brío la existencia de lagunas jurídicas, los dos lógicos argentinos dieron un vuelco. Antes era difícil afirmar esa existencia. Ahora es difícil negarla.

Un autor que lo ha hecho con fuerza es Fernando Atria, en su libro *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, 2002, PDF eBook, ISBN 9781847316325 (en la Serie *European Academy of Legal Theory*). Atria se da cuenta de que para defender el principio de permisión es menester superar el positivismo jurídico; él abraza un jusmoralismo. Su trabajo ha dado lugar a una viva polémica.

En cualquier caso, ese recurso a la analogía para juzgar prohibida una conducta dudosa no implica, para nada, un rechazo del principio de permisión, sino un uso posiblemente aberrante del mismo. Lo que el juez analogante está haciendo es interpretar la ley de tal modo que la conducta dudosa sí esté prohibida, no dejarla en un limbo de ni prohibida ni permitida.

Al segundo argumento hay que reprocharle su voluntarismo, su ciega creencia positivista radical en que la ley es mera expresión de la voluntad del legislador y nada más, como si el Derecho no contuviera sus principios generales, entre los cuales está, precisamente, el principio de permisión.

En verdad redúcense a uno solo todos los argumentos de la escuela de Alchourrón y Bulygin (y de quienes han recibido su influencia) contra el principio de permisión, a saber: de que el legislador no haya prohibido que A no se sigue que el legislador haya permitido que A. Argumento impecable si la ley promulgada fuera la única fuente del Derecho. Mas únicamente el ultrapositivismo abraza tal exclusividad. Los positivismos más suaves aceptan también otras fuentes: la costumbre, los principios jurídicos (de cuya vigencia ofrecen diversas explicaciones, entre ellas la voluntad popular difusa³⁴⁴ y, a veces, incluso la equidad u otros valores (al menos cuando el poder legislativo los haya recibido o incorporado —positivismo inclusivo). Por eso no lleva razón Victoria Iturralde al alegar, en contra del principio de permisión, lo siguiente:

Escribe Von Wright [...] que «la cuestión de las lagunas no es una cuestión de lógica. Es más bien una cuestión de aceptación o no aceptación de determinadas metanormas». La cuestión es que en los estados de derecho en los que el principio de legalidad es una de las piedras de toque difícilmente pueden aceptarse metanormas (mientras sólo sean esto).³⁴⁵

El principio de permisión es compatible con la supremacía de la ley, pero no con que ésta sea la única fuente del Derecho, o sea no con la exclusión de lo que von Wright llama «metanormas», con las cuales operan tanto la jurisprudencia cuanto la dogmática jurídica.

Es más, la actitud judicial que se amparase en ese argumento iría en contra de la prescripción legislativa que prohíbe al juez inhibirse, escudándose en el *non liquet*. El juez tiene que admitir o inadmitir, estimar o desestimar una demanda.³⁴⁶

Mucho daño ha hecho en la discusión italiana sobre este principio la confusa y errónea formulación de que, según éste, «lo no explícitamente prohibido está permitido». Tal enunciación es equivocada. Podría valer (y ésa era la intención de quienes se expresaban con tales palabras) en el sentido de que primero hay que buscar textos (o normas no textuales) de

³⁴⁴. Hernán Valencia Restrepo, *Nomoárquica, principalística jurídica — O los principios generales del Derecho*. Bogotá: Temis, 1993.

³⁴⁵. Victoria Iturralde Sesma, «Consideración crítica del principio de permisión según el cual 'lo no prohibido está permitido'», *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 15 (1998), pp. 187-218.

³⁴⁶. Salvo por motivos de competencia jurisdiccional, cuando el órgano judicial competente sea otro.

los cuales se deduzca la prohibición de la conducta; si no se encuentran, ésta se presumirá lícita. En ese sentido «explícitamente» quiere decir «demostrablemente».

Mas de ese sentido, válido, se desliza el discurso hacia uno incorrecto: el de que la prohibición tenga que venir expresamente enunciada en la ley. Muchas situaciones jurídicas de carácter prohibitivo (o de carácter preceptivo o de carácter permisivo) no se hallarán en ningún texto legislativo. Pero son demostrables a partir de la ley gracias a la lógica nomológica y al conocimiento de los supuestos de hecho.³⁴⁷

4ª DIFICULTAD.— La postulación de nuevas reglas de inferencia *ad hoc* no refuta la tesis de Hume-Moore de la indeducibilidad de lo normativo a partir de lo fáctico.

Nada más fácil, para demostrar que una tesis *A* se demuestra en su sistema *S* que aumentar *S* con la incorporación *ad hoc* de un nuevo postulado —el cual puede ser el propio *A* u otra fórmula de la cual se deduzca *A*. Lejos de probarse así que *A* era demostrable en *S* la presunta salida confirma que no lo era. Es verdad que con esa postulación se crea un nuevo sistema, *S'*, en el cual *A* es trivialmente demostrable. La tesis de Hume-Moore es la de que de un sistema de asertos, *T*, que constituya una teoría abarcadora de todas las verdades sobre el ser (sobre lo que es) no se deduce lógicamente ningún enunciado de deber-ser. No invalida en absoluto la tesis de Hume-Moore el hecho de que se pueda formar otra teoría *T'* añadiendo a *T* un postulado deóntico (o una regla de inferencia deóntica también inventada *ad hoc*).

SOLUCIÓN.—

Lo primero que hay que responder es que la clase de los enunciados de deber-ser es un subconjunto propio de la clase de los enunciados de ser.

Según lo he afirmado en la nota 305 con la cual concluye el capítulo precedente, la propia noción de «razón práctica» me resulta cuestionable (por los motivos indicados en ese

³⁴⁷. A lo largo de esta discusión, me he atenido al principio de permisión jurídica. Creo, empero, que es generalizable a todo orden normativo —sea la moral, sea uno de etiqueta o usos sociales o cualquier otro. Así, si la moral no prohíbe una conducta, ésta es moralmente lícita —no está en ningún limbo de lo ni moral ni inmoral. (A veces se usa el adjetivo «amoral», pero no creo que sea en ese sentido, sino en el del carácter de un sujeto que prescinde de reglas morales, aunque tampoco se rija por máximas que contradigan la moral.) Igualmente, en las reglas de uso social o etiqueta, si ninguna norma prescribe entrar en una casa, de visita, con el pie izquierdo, quien entre con el derecho tiene una conducta conforme con los usos sociales.

En el ámbito de la ética, un alegato a favor del principio de permisión lo ofrece Jerry Gaus, en «A Defense of Natural Liberty», disp. en <https://www.youtube.com/watch?v=yqIJ-FNV3Qw>, acc. en 2017-06-14. Su argumento pertenece al campo de la ética experimental, tratando de mostrar que la presunción de licitud está arraigada en la percepción moral de la gente.

lugar). En rigor carece de fundamento la propia dicotomía ser/deber ser —igual que la que se enuncia entre ser y valor, puesto que los valores son entes, tienen entidad o existencia.

Enunciar una aseveración de deber-ser, un aserto deóntico, es afirmar que un hecho (un estado de cosas) tiene una de las tres cualidades deónticas: la de obligatoriedad, la de licitud, o la de ilicitud. Tales cualidades pertenecen al ámbito del ser, como cualesquiera otras.

Ciertamente si delimitamos «el ser», si decidimos estipulativamente llamar «ser» a todo lo real excluyendo de su descripción los conceptos deónticos, entonces, por estipulación, del cúmulo de los asertos verdaderos sobre el «ser» no podrá inferirse uno en cuya enunciación tenga una ocurrencia una palabra del vocabulario deóntico (igual que en la física no podrá deducirse ningún aserto biológico).

Del mismo modo, si del «ser», por definición, se excluye todo lo temporal, será fácil concluir que de ningún conjunto de enunciados sobre el ser cabe inferir nada sobre el *fue* o el *será*, ni sobre el *antes* y el *después*. Igualmente, si, por estipulación definicional, del «ser» se excluye el poder-ser y el ser-necesario, entonces de los enunciados de «es» nunca se inferirán los de «puede ser» o «tiene que ser», aunque muchos filósofos piensan que *ab esse ad posse ualet consequentia* —e incluso (siguiendo a David Lewis) los realistas modales opinamos que los mundos posibles existen realmente (aunque no en este mundo nuestro).

Quienes se entregan a maniobras estipulativas nos deben una motivación. Incurren en petición de principio si ésta reitera que el *es* no contiene ni involucra el *debe*.

Se entendía la motivación, explícita o implícita, cuando se comulgaba con los dogmas del neopositivismo y el empirismo lógico de los años veinte y treinta, puesto que, de conformidad con ellos, no tiene sentido reconocer en la realidad de los hechos cualidades objetivas de deber-ser, al no resultar ni meramente analíticas o *a priori* ni tampoco observacionales. Superado ese dogma, ¿en qué se basa el aserto de que ningún enunciado de *debe-ser* se infiere de enunciados de *es*?

Quiere decirse acaso que ningún enunciado de *debe-ser* se infiere de enunciados de *es* que no contengan, explícita o implícitamente, un «debe»; o sea, que el *debe-ser* no se infiere de enunciados de ser que no contengan ya, de algún modo, el deber-ser de la conclusión. Bien, preguntémosnos si un enunciado de «vive» se puede inferir de enunciados de ser que no contengan, ni explícita y implícitamente, la noción de vida; o si un enunciado que atribuya socialidad es deducible de enunciados que no contengan, ni siquiera implícitamente, esa noción.

Así planteado el problema es el de si lo social y lo vital son reducibles a lo físico. La mayoría estamos de acuerdo en profesar una cierta superveniencia de lo social y lo vital (e incluso lo mental) en lo físico; sólo una minoría da el paso de proclamar la reducibilidad fisicalista. Expresándolo con un vocabulario hoy un poco desfasado, las propiedades biológicas, sociológicas, psicológicas emergen del mundo físico, mas no se reducen a él. Los estudios del físico no pueden desplazar a los del biólogo, los del sociólogo y los del psicólogo.

Es ciertamente posible abrazar un enfoque eliminacionista, como el que han elaborado algunos filósofos de la mente,³⁴⁸ por el cual se desvanece lo mental, quedando sólo la fisiología.³⁴⁹

Ahondando más en el problema, preguntemos —siguiendo la interpretación tradicional de Hume y Moore— si de asertos sobre el ser se deduce lógicamente algún aserto de deber-ser; entendiendo la cuestión (para que tenga sentido) en una acepción restringida: se trata de que en las premisas no figure, ni explícita ni implícitamente, ningún calificativo deóntico.

¿Cómo probamos que en las premisas no figura ningún calificativo deóntico, ni explícito ni implícito? O sea, ¿cómo demostramos que no aparecerá jamás una noción deóntica agazapada en el análisis conceptual de las notas de cada noción involucrada en las premisas? Si es porque así lo estipulamos, es banal nuestra tesis (la atribuida a Hume y Moore).

Esa dilucidación del problema planteado nos hace ver que carece de posible solución, porque haría falta un previo análisis conceptual exhaustivo de todas las nociones de ser (incluyendo las del vivir, el vivir en sociedad, el ser animales con voluntad e inteligencia). Y ese análisis exhaustivo ni lo tenemos ni seguramente es posible (el cúmulo de tales notas conceptuales es seguramente un transfinito no enumerable y, por lo tanto, no recursivamente enumerable).

Incluso acotando muchísimo más el elenco de las premisas, sabemos hoy —gracias a los estudios metalógicos desde Tarski y Gödel— cuán difícil es probar que un resultado es indemostrable. Así a simple vista es imposible.

En realidad una prueba de indemostrabilidad se elabora mostrando que la negación de la conclusión a la que se quiere llegar es lógicamente congruente con las premisas, lo cual unas veces es realizable y otras no.³⁵⁰

Pero además —y sobre todo— cuando decimos que una conclusión es, o no es, lógicamente deducible de unas premisas, ¿de qué lógica se trata?

Holgaba la cuestión 18 lustros atrás, cuando apenas eran conocidas las lógicas no clásicas (pese a los trabajos pioneros de Vasiliev, Łukasiewicz, Peirce y Brouwer). Entonces podía hablarse de «la» lógica a secas, la única verdadera.

³⁴⁸. Me estoy refiriendo, claro, ante todo a la pareja de los esposos Churchland. Sobre esa variante del materialismo psicológico, v. William S. Robinson, «Toward Eliminating Churchland's Eliminationism», *Philosophical Topics*, 13/2, 1985, pp. 61-68, DOI 10.5840/philtopics198513217; y la obra póstuma de Putnam: Hilary Putnam, *Naturalism, Realism, and Normativity*, Harvard U. P., 2016, ISBN 9780674969131.

³⁴⁹. Incluso ese abordaje tan radical es dudoso que quiera decir que de enunciados de «es» no se infieren enunciados de «piensa», «desea» o «siente»; trátase más bien de un programa para reemplazar esos verbos por otros, no de una tesis de que en la realidad no haya pensamientos ni deseos ni sentimientos.

³⁵⁰. El segundo teorema de Fermat ha tardado siglos en poderse probar. Milenios fueron menester para probar que es indemostrable el axioma de las paralelas de Euclides a partir de los demás axiomas de la geometría euclídea. Desde luego soluciones al problema son —y las dos válidas— sentar axiomáticamente ese postulado y sentar axiomáticamente uno opuesto (geometrías no euclídeas).

¿Quiere decir la enorme variedad de lógicas hoy disponibles que ninguna es verdadera? No, lo único que quiere decir es que *a priori* no sabemos cuál lo es ni si alguna de ellas lo es. Sólo podemos, por abducción, argumentar a favor de la una o de la otra. Son conocidas las dificultades que encierra tal operación, que estriban en la real o aparente circularidad de razonar lógicamente para, en virtud de un criterio lógico, optar por una lógica. No es éste el lugar para enfrascarnos en ese asunto.

Cuando se afirma que tal conclusión no se sigue lógicamente de un cúmulo de premisas (¡infinito e inenumerable!), ¿cómo se prueba tal afirmación? Para empezar, tenemos que fijar la lógica. ¿En virtud de qué rechazamos una lógica en la cual se dé una regla de inferencia que justamente sí nos habilite a hacer esa deducción?

Dígame que la conclusión de que el universo tuvo un inicio no se sigue de ningún cúmulo de premisas sobre cómo es el universo. Seguramente eso es verdad, en virtud de la subdeterminación de las teorías por la evidencia empírica, de suerte que las teorías que aseveran un comienzo del universo, un momento cero del *big bang*, no son lógicamente demostrables ni refutables a partir del mayor cúmulo de premisas empíricas que quepa imaginar. Sin embargo, ¿con qué criterio rechazamos como extralógica una teoría lógica (o presuntamente tal) que incorpore una regla de inferencia en virtud de la cual sí sea posible concluir que el universo tuvo un comienzo?

¿Se le reprochará que es *ad hoc*? Tan *ad hoc* como toda la teoría física. Ciertamente no es, no sería, la única lógica posible, pero podría ser una alternativa digna de interés científico si facilitara la elaboración de una teoría dotada de fecundidad, consiliencia, congruencia y elegancia explicativa.

Por otro lado, el reproche de que un axioma o una regla de inferencia en tal dirección serían postulaciones extralógicas presupone que está fijado de antemano qué es lógico y qué no lo es, cuáles son las constantes lógicas.

Hasta los años treinta del siglo XX pudo creerse que el elenco de las constantes lógicas estaba cerrado y era conocido *a priori*, aunque ya entonces ese dogma estaba zarandeado por el descubrimiento de las paradojas lógicas. Fue el tiempo del debate sobre el logicismo, sobre si la matemática se reducía a la lógica como lo había creído Frege y como pareció refutarlo la paradoja de Russell (si bien el propio Russell restableció la reducibilidad de la aritmética de Peano a la lógica al elaborar su lógica cuantificacional de segundo orden).

A la altura de los años treinta, los trabajos de Gödel y Tarski (y muchos más) echaron abajo la creencia en un elenco de constantes lógicas cerrado intuitivamente *a priori*. Tarski buscó alguna delimitación no arbitraria; sus propuestas fueron muy valiosas, pero ninguna de ellas zanjaba la cuestión decisivamente, pues se trataba justamente de conjeturas. Nadie demostró, ni podía demostrar, que éstas y éstas eran constantes lógicas y todas las demás extralógicas.

Quine optó por la solución más sencilla: la enumeración (en realidad ya Tarski había dicho lo mismo, a pesar de sus tentativas, a la postre frustradas). Para Quine, son lógicas

aquellas verdades que se expresan con enunciados en los cuales tienen ocurrencias esenciales sólo las constantes lógicas, siendo las constantes lógicas los miembros de un restringido conjunto dado por estipulativa enumeración: ‘y’, ‘no’, ‘todos’, ‘es-miembro-de’. ¿Por qué esas cuatro constantes y no una más ni una menos?³⁵¹

Muchos autores han objetado la inclusión del signo de membría (o abarcamiento). En general todos, o muchos, se han adherido a una idea subyacente de que esas constantes han de ser *topic-neutral*, o sea aplicables a cualquier ámbito de entes. Sin embargo, esa vaga idea es más fácil de decir así, en bruto, que de perfilar con rigor y de justificar. Para algunos sólo es lógica una aplicable a un universo vacío, en el cual no exista nada en absoluto. ¿Cómo se justifica que la negación sea una constante lógica? (Alguien puede sostener que nunca es posible de enunciados afirmativos de «es» inferir uno negativo de «no es».)

Dudo que tengan solución esas preguntas o que la vaga idea directriz de buscar un conjunto *topic-neutral* sirva más que como un *desideratum* que nos aconseje ser prudentes a la hora de ampliar el acervo de constantes lógicas.

De hecho el desarrollo de las lógicas mal llamadas «intensionales» ha engrosado el elenco con las nociones modales, doxásticas, temporales, deónticas y otras. Las lógicas *fuzzy* han agregado constantes expresivas de grado o intensidad y una pluralidad de negaciones y de nexos condicionales o implicativos. Y así sucesivamente. Cada nuevo elenco lleva aparejados una axiomática y un nuevo acervo de reglas de inferencia.³⁵²

No existe criterio alguno que fije de antemano qué axiomas y qué reglas de inferencia son lógicamente admisibles. En pura metalógica sólo cabe aplicar el célebre principio de tolerancia de Carnap.³⁵³ Hay que exigir que se enuncien con claridad los axiomas y las reglas de inferencia y que se determinen las constantes de la lógica que uno profesa, de suerte que se facilite una posible traducción o, al menos, una comprensión («si el constructor del sistema quiere discutir con nosotros»; notemos que no siempre resulta posible traducir, toda vez que un lenguaje más rico no es traducible a uno más pobre).

³⁵¹. Sobre el debate en torno al concepto de constantes lógicas v. <https://plato.stanford.edu/entries/logical-constants/>. V. también Greg Frost-Arnold, *Carnap, Tarski, and Quine at Harvard: Conversations on Logic, Mathematics, and Science*, Chicago: Open Court, 2013, p. 156: «Let's take Quine's language form (or another, similar one). We give the logical constants through enumeration».

³⁵². En una lógica *fuzzy* suficientemente rica, deducimos de que Caín sea más belicoso que Abel que Abel es menos belicoso que Caín. Sólo que para eso son menester axiomas y reglas de inferencia. V. del autor de esta obra «Contribución a la lógica de los comparativos», en *Lenguajes naturales y lenguajes formales II*, comp. por Carlos Martín Vide, Universitat de Barcelona, 1987, pp. 335-50, ISBN 8476651414.

³⁵³. Rudolf Carnap propuso dicho principio en su libro de 1934 *La sintaxis lógica del lenguaje*. Su influjo ha sido inmenso. Sobre su aplicación al pluralismo lógico, v. Greg Restall, «Carnap's Tolerance, Language Change and Logical Pluralism», mayo de 2001, disponible en el URL <http://consequently.org/papers/carnap.pdf>, acc. 2017-05-30; más en general sobre el alcance metafilosófico del principio, v. Michael Friedman, «From Intuition to Tolerance: The Development of Carnap's Philosophy of Mathematics», julio de 2014, disp. en https://philosophy.stanford.edu/sites/default/files/publications/friedman_intuitiontotolerance.pdf, acc. 2017-05-30.

Concretando más, está justificada con creces la postulación de un axioma o una regla de inferencia presuntamente «*ad hoc*» que nos habilite lógicamente a inferir consecuencias deónticas de premisas que denoten supuestos de hecho. Se deriva de la propia esencia de lo normativo. En efecto: al reconocimiento de una perspectiva de normas nos conduce el estudio de la vida de las especies sociales, en las cuales constatamos una tendencia a regirse por reglas, constituyendo ese ensamblaje de reglas un horizonte normativo cuya existencia apunta a requerimientos que trascienden las propias fuentes sociales (los mandamientos de los jefes e incluso la costumbre, porque siempre se presupone una regla de que lo así emanado será preceptivo, la cual no puede provenir de esas mismas fuentes, so pena de círculo vicioso). Tal horizonte de normatividad tiene una sola función, que es la del bien común. Inferir de los hechos de la vida social la imperatividad del bien común es, pues, una operación abductivamente justificada, no un artilugio que nos saquemos de la manga porque nos da la gana.

Imaginemos que en ningún mundo posible hubiera seres vivos de especies sociales y que, por consiguiente, lo normativo no existiera ni pudiera existir. Entonces no sólo carecería de fundamento y hasta de sentido la regla de inferencia que estamos discutiendo (o alternativamente el axioma de la preceptividad del bien común), sino también cualesquiera axiomas o reglas de inferencia normativos. Mas tal imaginación es no sólo contrafáctica sino contraposible.

Para mayor ironía, hay que registrar el hecho de que la lógica deóntica estándar (LDE) también nos habilita a deducir lo normativo de lo fáctico, aunque sus adeptos no se hayan percatado de ello.³⁵⁴ En efecto: en la LDE es un teorema —y, por lo tanto, una verdad lógica— que está prohibido cuadrar el círculo; formalicémoslo como $o \neg B$ (donde «B» se lee «Alguien cuadra el círculo»). En la lógica clásica —y en casi todas las lógicas no clásicas (en todas exceptuando las relevantistas)— de cualquier premisa (contingente o necesaria, verdadera o falsa), A, se sigue cualquier verdad lógica; quiero decir que se sigue lógicamente, que es válido deducir de A un teorema lógico, sea el que fuere. Luego, asumida la LDE, tenemos la deducción válida $A \vdash o \neg B$; o sea, de que ha bajado el precio del petróleo se deduce que está prohibido cuadrar el círculo.

En la lógica nomológica no está prohibido cuadrar el círculo (en general lo imposible es lícito). Por lo tanto, no vale esa pintoresca inferencia. Pero sí valen otras. Llueva o no llueva, es imperativo el bien común.

Para cerrar la discusión de esta 4ª dificultad, haré dos últimas anotaciones. La primera es que hoy los estudiosos dudan que tenga fundamento atribuir a Hume y a Moore el aserto de que lo normativo no está implicado por la verdad de los hechos, aserto que llevaría al no-cognitivism en lo tocante a cualquier orden normativo.³⁵⁵

³⁵⁴. V. *infra* Anejo N° 1 de este capítulo.

³⁵⁵. V. Gregor Flock, «Moore and Hume on Ought From Is», disp. en http://www.academia.edu/16246990/Moore_and_Hume_on_Ought_From_Is, acc. 2017-05-28.

La segunda anotación es que, en la reciente filosofía analítica, corresponde a Searle la primacía en haber desafiado la presunta indeducibilidad de lo normativo a partir de lo fáctico con su reconocimiento de los hechos institucionales (que ha dado lugar a una agotadora polémica y en torno a cuyo punto de vista se siguen vertiendo ríos de tinta; en cualquier caso, siempre es bienvenida la compañía de Searle —sin que ello me fuerce a compartir muchas de sus opiniones filosóficas).³⁵⁶

5ª DIFICULTAD.— Carece de sentido que reciban calificaciones deónticas aquellos hechos que no sean acciones humanas.

La calificación de algo como obligatorio, lícito o permitido sólo tiene un sentido prescriptivo, por lo cual connota siempre una relación de *prescribir-a* un destinatario. El único sentido de tales calificaciones es orientar la acción de los sujetos a quienes la prescripción se dirige. De ahí que la deóntica normativa —y, en primer lugar, la jurídica— no se refieran a un *deber-ser* sino a un *deber-hacer*. El contenido de un calificativo deóntico no puede, por consiguiente, ser un hecho, sino una acción o una omisión del ser humano como sujeto dotado de libre albedrío, susceptible de motivación por la norma.

SOLUCIÓN.—

Si asumiéramos lo aducido en la dificultad, habríamos de tratar los operadores deónticos como *de re*, no *de dicto*. Más concretamente, como relaciones diádicas: unirían un sujeto agente (u omitente) con una propiedad, la cual estribaría en una acción o una omisión.

Así decir que es obligatorio que Virginia acuda al trabajo a las 8 de la mañana sería afirmar una relación diádica de obligatoriedad entre Virginia, por un lado, y, por el otro, la propiedad de acudir al trabajo a las 8 de la mañana.

Ese análisis se enfrenta al célebre problema de las atribuciones *de re*: el de la adicidad variable.³⁵⁷ ¿Por qué ese análisis diádico y no uno triádico, según el cual la relación de obligatoriedad se daría entre Virginia, acudir al trabajo y las 8 de la mañana? Y la obligación de Sonia de devolverle a Ignacio la suma adeudada de cien euros ¿será una relación

³⁵⁶. John R. Searle, «How to Derive 'Ought' from 'Is'», *The Philosophical Review*, 73/1 (enero de 1964), pp. 43-58.

³⁵⁷. Que famosamente aquejó al tratamiento de la creencia propuesto por Bertrand Russell —en un momento de su itinerario filosófico. V: «Propositions — The Multiple Relation Theory», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disp. en <https://plato.stanford.edu/entries/propositions/multiple-relations.html>, acc. en 2017-06-09; Christopher Pincock, «Russell's Last (and Best) Multiple-Relation Theory of Judgement», *Mind*, Vol. 117, N° 465 (2008), pp. 1-33; Alexander Dolnick, «Russell's Multiple Relation Theory of Judgment», disp. en https://indigo.uic.edu/bitstream/handle/10027/8648/Dolnick_Alexander.pdf, acc. 2017-06-09; y Bernhard Weiss, «On the demise of Russell's multiple relations theory of judgement», *Theoria* 61/3 (1995), pp. 261-282.

cuaternaria entre Sonia, Ignacio, devolver y la suma de cien euros? ¿Qué se hace un tratamiento unificado del deber?

De todos modos, cuando la ley prescribe que todas las empresas de la construcción tendrán un botiquín, no está prescribiendo a cada empresa de la construcción por separado tener un botiquín. Lo que instituye como obligatorio es que cualquier empresa de la construcción tenga botiquín, o sea: para cualquier empresa de la construcción que exista prescribe como obligatorio el hecho de tener botiquín (posea o no posea la empresa «libre albedrío»).³⁵⁸

La ley no tiene interés en establecer una relación entre un sujeto y una acción, ni entre un sujeto y una pluralidad de objetos, sino en categorizar como preceptivo un hecho, el de que cualquier sujeto que caiga bajo un cierto concepto o condición sea tal que se realice el hecho correspondiente en el cual él esté involucrado. Lo que le interesa al Derecho es el cumplimiento de los hechos.

De ahí que se hable del supuesto de hecho de una consecuencia jurídica. Un supuesto de hecho es un hecho. Cuando no se da, se dice que tan hecho no existe.³⁵⁹

Si el Derecho reputa, por consiguiente, como debidos, prohibidos o lícitos los hechos, ciertos hechos, ¿por qué sólo hechos en los cuales esté involucrado como agente un ser humano con libre voluntariedad? El Derecho penal distingue dos disvalores: el de la acción y el del resultado. La acción es ilícita cuando causa —o corre el peligro de causar— un resultado ilícito. Ese resultado es ilícito por ser disvalioso.

Así, un incendio: incendiar es un delito. Mas, si el incendio es disvalioso y, por ello, ilícito, lo es aun en la hipótesis de que no haya sido provocado por un sujeto humano, ni con dolo ni con imprudencia punible.

Por otro lado, sería horriblemente complicado articular la lógica jurídica de tal modo que los sustituyentes de las letras esquemáticas fueran siempre designadores de hechos en los cuales estén involucrados como agentes seres humanos con plena capacidad de obrar y responsabilidad jurídica. Y además ¿para qué? ¿Qué interés tiene ese enrevesamiento?

Por otro lado, si no está prohibido aquel incendio que no haya sido dolosa o negligentemente provocado (por un ser humano que actúe en plena capacidad de obrar y sea jurídicamente responsable), entonces, por el principio de tercio excluso, ese incendio será no-prohibido, o sea lícito. Para bloquear esa conclusión será menester un nuevo epíclito, que nos vete decir que el hecho tiene tal propiedad (ilicitud) o que carece de ella. De nuevo tendremos una diferencia categorial entre hechos cuyo agente sea un ser humano (en las referidas

³⁵⁸. El autor de esta obra es determinista; niega totalmente el libre albedrío, según lo argumentó en sus obras filosóficas decenios atrás.

³⁵⁹. Los italianos, en su derecho procesal-penal, tienen una fórmula idónea: «il fatto non sussiste» es un motivo de absolución; también, claro, «per non avere commesso il fatto»; en este caso el hecho existe mas en él no está involucrado como agente el acusado.

condiciones) y cualesquiera hechos de otro tipo. Mas no se da semejante dicotomía categorial. Son hechos. El incendio dolosamente provocado y el causado por un rayo destruyen igual, acarrear ambos un deterioro medioambiental, arruinan a la gente, ponen en riesgo a los vecinos y moradores.

Además, hay deberes y derechos cuantificacionales. P.ej. derechos positivos o de bienestar.³⁶⁰

Los derechos positivos tienen un *dictum* que es una cuantificación existencial: es lícito que haya una casa en la cual Magdalena habite; es lícito que haya unos alimentos que Mariana reciba; es lícito que haya unos medios de transporte con los cuales Domingo se desplace; es lícito que haya un puesto de trabajo que desempeñe Basilio. Claramente la calificación deóntica cae en hechos, no específicamente en conductas.

Y es que hay deberes y derechos de resultado. También existen, en efecto, deberes como el que tiene cada investigador científico en España de que, en un lapso de 72 meses, haya al menos cinco publicaciones suyas de suficiente calidad científica (so pena de sanción —pues la denegación de un sexenio tiene consecuencias sancionatorias);³⁶¹ o la obligación del sastre de que, en el plazo convenido en el contrato de obra, exista un traje confeccionado a medida del cliente y que éste pueda llevarse —abonando el precio convenido; o la del transportista de que el pasajero llegue a su destino en el tiempo oportuno.³⁶²

³⁶⁰. A cuyo estudio ha consagrado el autor de estas páginas un número de trabajos, algunos de ellos en coautoría con Txetxu Ausín; v. (Peña, 2006a), (Peña, 2010c) y mi artículo «Derecho a Algo: Los derechos positivos como participaciones en el bien común», *Doxa*, Nº 30 (2007), pp. 293-317, ISSN 0214-8676; de Txetxu Ausín, v. «Tomando en serio los derechos de bienestar», *Enrahonar*, Nº 40/41 (2008), pp. 83-98 y «El derecho a comer: Los alimentos como bien público», *Arbor*, Nº 745 (2010), pp. 847-858.

³⁶¹. No se trata de una obligación de hacer, sino de conseguir un resultado. El académico puede haber trabajado 60 horas por semana sin tomarse vacación alguna, haciéndolo con gran preparación y capacidad intelectual, sin, no obstante, obtener el deseado éxito —porque buscar no garantiza encontrar. Pero, sobre todo, aunque él logre producir en ese lapso cinco magníficas aportaciones, que éstas se publiquen en los sitios idóneos no depende de él, sino de la Fortuna —contando, entre otros, estos dos factores: qué relatores le caigan y qué otros trabajos de calidad compitan (si bien hay más factores, no los mencionaré aquí).

Otra obligación de resultado es la del médico al servicio de una entidad de atención sanitaria —pública o privada— al cual es preceptivo (so pena de sanción) que haya menos de tantos pacientes suyos que se hagan pruebas clínicas. En parte ese resultado está en su mano, pero, sin duda, entran en juego factores aleatorios y también las actitudes de los propios pacientes.

³⁶². Un ejemplo de obligación de resultado —que ni siquiera involucra a ningún ser humano— es el deber establecido en el Acuerdo de París sobre el clima del 12 de diciembre de 2015 por el cual es preceptivo que en el año 2100 la temperatura media del Planeta Tierra no sea superior a la de los tiempos preindustriales incrementada en 2 grados. Si bien el Acuerdo establece ese resultado como absolutamente preceptivo, no hace vinculantes los medios para llegar a él. Es cierto que adscribe a los Estados parte un vago deber de hacer contribuciones nacionales determinadas, ambiciosas y progresivas, de las cuales habrán de ir dando cuenta a la secretaría del Convenio de las Naciones Unidas sobre el clima, sito en Bonn. Mas ese desvaído deber queda en agua de borrajas por su absoluta imprecisión y por la ausencia de consecuencias jurídico-internacionales de la omisión de tales contribuciones. De hecho cada uno le echará la culpa al otro.

Imaginemos que llevan razón los pocos científicos (casi amordazados por la censura) que se atreven a poner en tela de juicio la opinión dominante, sosteniendo que nuestro Planeta está iniciando una fase de enfriamiento global; supongamos que eso sea verdad, de resultas de lo cual de aquí a fin de siglo se produce un descenso de la temperatura media de nuestro astro. Entonces se habrá realizado el deber de resultado impuesto por el Acuerdo de París, aunque muchísima gente haya seguido calentando sus casas para vestir de manga corta

Claro que de tales derechos y obligaciones de resultado se derivan (según la lógica nomológica, no según la LDE) obligaciones de medios, que sí son de acción u omisión.

P.ej., sean los derechos de bienestar o positivos. No se deduce a la ligera o directamente de que Andrés tenga derecho a una vivienda que hay una vivienda a la cual tenga derecho Andrés.³⁶³

El camino deductivo es un poco más tortuoso. Siendo lícito que Andrés viva en una casa, está (por el principio de no-impedimento) prohibido impedirlo por una acción material compeliente —o por una omisión que, en las circunstancias del caso, equivalga (o se repute legalmente equivalente) a un impedimento material coercitivo. Que en ningún alojamiento se deje morar a Andrés impide, por compulsión material, que éste disfrute de la situación lícita de tener una vivienda. Así pues, es ilícito que eso suceda, de lo cual se deduce (por un teorema de la lógica nomológica cuantificacional) que es obligatorio que haya alguna vivienda en la que pueda morar Andrés. (A lo mejor no está construida; en tal caso es obligación de los poderes públicos edificarla o de los dueños de viviendas vacías ceder una.)

El deber-hacer es una parte del deber-ser. Hay un deber-hacer porque hay unos valores, que son entes existentes de suyo y a los cuales corresponden las reglas instituidas por los sistemas normativos. En lo jurídico o nomológico, el valor es el del bien común. Está prohibido lo que vaya contra el bien común, comoquiera que esté causado y sean sus agentes los que fueren. Esos valores se proyectan en los hechos o estados de cosas, de suerte que (en el orden normativo respectivo) son lícitos aquellos que se ajustan a los valores; los que no se ajustan a ellos son ilícitos (en ese orden normativo).

Fue un acierto de Ernst Mally, en su pionera obra de 1926,³⁶⁴ construir su sistema

en pleno invierno, se haya seguido desplazando constantemente en coche privado y haya seguido viajando a menudo en avión (probablemente las tres fuentes principales de las emisiones de anhídrido carbónico, generadoras del efecto invernadero), limitándose, entre tanto, los gobiernos a vagas y contradictorias exhortaciones a ser ecológicos.

³⁶³. En la LDE ser lícito que haya algo así-y-asá equivale a que haya algo que lícitamente sea así-y-asá; tal equivalencia está bloqueada en la lógica nomológica.

³⁶⁴. En 1926 Ernst Mally (filósofo austríaco discípulo de Alexius Meinong y sucesor suyo en la cátedra de Graz), basándose en el sistema clásico de lógica matemática de Whitehead y Russell de 1910 (los célebres *Principia Mathematica*), elaboró un sistema formalizado de lógica deóntica en su monografía *Grundgesetze des Sollens: Elemente der Logik des Willens* (Graz: Leuschner & Lubensky).

Es un trabajo prodigioso, con sus aciertos y sus errores. Encierra atisbos geniales y, a la vez, sucumbe a un número de prejuicios (varios de los cuales aquejarán crónicamente a la LDE). Mally se percató de que estaba en agraz, teniendo la enorme honestidad intelectual de —sin esperar a que otros se percataran de las consecuencias paradójicas de su sistema— enumerar una serie de teoremas chocantes o asombrosos (*befremdlich*). Algunas de tales paradojas son propias del sistema lógico-deóntico de Mally; otras le son comunes con la LDE de la cual han sido una perpetua pesadilla (una de ellas la de que lo necesariamente verdadero sea obligatorio).

En 1939 el matemático austríaco Karl Menger (hijo del fundador de la escuela austríaca de economía, Carl Menger), en una comunicación de un coloquio («A logic of the doubtful: On optative and imperative logic»), se libró a una despiadada y demoledora crítica de la aportación de Mally, siendo incapaz de trillar el grano de la paja y, más aún, de reconstruir el sistema de modo que se conservaran sus aciertos y se superasen sus errores. Recientemente Gert-Jan Lokhorst, en «Mally's Deontic Logic» (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/mally-deontic/>, acc. 2017-05-31) ha estudiado prolijamente el sistema de Mally, proponiendo

lógico-filosófico con una orientación ontológica, como una lógica de los hechos deónticamente calificados, humanos o no humanos.

Lejos de que constituya una idiosincrásica particularidad de la lógica nomológica afectar con calificativos deónticos también hechos sin participación humana, en la propia LDE es obligatorio que llueva o no llueva y está prohibido que el cuadrado de la hipotenusa difiera de la suma de los cuadrados de los catetos.

6ª DIFICULTAD.— La lógica, siendo puramente formal, no da cabida a constantes proposicionales.

La lógica es formal, analítica, careciendo de contenido. Por ello sus constantes sólo son y pueden ser carentes de toda materia, conectivas u operadores aplicables indiscriminadamente a cualquier contenido. Una constante proposicional va en contra de la idea misma de la lógica como un saber formal, un puro arte de inferir.

SOLUCIÓN.—

Ya vimos más atrás que esa visión puramente analítica de la lógica (asociada al convencionalismo del círculo de Viena) fue desbaratada por la epistemología holista de Quine, sobre todo en su célebre artículo «Two dogmas of empiricism» (1951).

tres reconstrucciones: (1ª) una que toma como cálculo sentencial subyacente una lógica relevantista (el sistema R de la relevancia); (2ª) otra que se basa en la lógica intuicionista; (3ª) una que retoca dos de los axiomas lógico-deónticos. La tercera reconstrucción da por resultado un sistema similar a la LDE.

Por ello se equivocan de raíz quienes afirman que el intento de Mally fue un fracaso. Sería como decir que lo fue el de Frege por la paradoja de Russell. Si el sistema de Mally no puede quedar como la solución adecuada en la busca de una lógica del deber, tampoco corresponde tal honor al intento de von Wright un cuarto de siglo más tarde (ni, muchísimo menos, a cuantos, obstinadamente —a pesar de todas las paradojas entre tanto descubiertas, algunas ya reconocidas por Mally—, se vienen aferrando a la LDE desde hace trece lustros, bregando desesperadamente por sacarla a flote mediante algún artilugio).

En 1941 Alf Ross publicó el artículo «Imperatives and Logic», *Theoria*, vol. 7. pp. 53-71 (republicado un lustro después), en el cual enunció su famosa paradoja de la disyunción: del deber de hacer A se sigue (en la lógica deóntica de Mally, pero también en la LDE) el de hacer A-o-B, lo cual es chocante e incompatible con el uso de la disyunción en contextos normativos.

El paso del sistema de Mally a la LDE implicará varios sacrificios. Uno de ellos es el principio de Hamurabí (es preceptivo que lo obligatorio se cumpla: $\circ(\circ A \rightarrow A)$), el cual ha tentado luego, intermitentemente, a varios lógicos deónticos (al final del capítulo IV, más arriba, lo discutí para acabar rechazándolo). Mally se anticipó a la lógica nomológica al postular el principio de consecuencia jurídica, o sea: $\circ(A \rightarrow B) \rightarrow A \rightarrow \circ B$. Sólo que él lo hizo biimplicacional ($\circ(A \rightarrow B) \leftrightarrow A \rightarrow \circ B$), lo cual es inadmisibles (de que todos los centenarios de Italia tengan que pagar un impuesto sobre la fortuna no se sigue que sea preceptivo en Italia que los centenarios paguen un impuesto sobre la fortuna); por otro lado, no se percató (ni entonces era posible) de que ese principio requiere unas restricciones sobre los sustituyentes de las letras esquemáticas «A» y «B».

Para ser fieles a la verdad hay que decir que, en rigor (y a pesar de algunos titubeos y despistes), había sido Leibniz quien inventó la lógica deóntica redescubierta en el siglo XX por Mally y von Wright, en su opúsculo juvenil *Elementa juris naturalis*, 1671, escrito a la edad de 25 años. (No se me oculta que los historiadores de la lógica encuentran esbozos o precedentes desde la escolástica tardía.)

Frente a la visión de la lógica como manual de reglas de inferencia, la visión de Quine (que es la abrazada y seguida en este libro y en los demás del autor) es que la lógica es un sistema de verdades, aquel que se enuncia en oraciones en las cuales sólo tienen ocurrencias esenciales unas pocas constantes, fijadas en un elenco, sin que exista ningún criterio evidente —ni, menos aún, *a priori*— para determinar ese elenco, excluyendo para siempre su ampliación.

En realidad son muchos los sistemas de lógica que incorporan constantes proposicionales. Uno de ellos es la sistematización propuesta por Alonzo Church del cálculo sentencial clásico,³⁶⁵ donde se acude a una constante «F» que denota lo falso. La negación, «¬» se define así: «¬p» abrevia a «p→F».

Algunos de los sistemas de lógica relevante y extensiones no conservativas de los mismos usan, en cambio, una constante de verdad, «1» (p.ej. con el axioma « $1 \rightarrow p \vee \sim p$ »).³⁶⁶ También en varios sistemas de lógica difusa o *fuzzy* se introduce una constante $\frac{1}{2}$ que es un hecho verdadero y falso en la misma medida ($\frac{1}{2} \leftrightarrow \sim \frac{1}{2}$). En una de las lógicas relevantistas profundas del difunto Richard Sylvan (Richard Routley) hay una constante «C» que denota un hecho contradictorio, uno tal que es verdad « $C \wedge \sim C$ » (sin que se especifique cuál).

En la ya citada lógica deóntica de Mally de 1926 hay una constante sentencial, «U» que significa lo obligatorio (en ella «oU» es un axioma —si bien Mally no lo formuló de ese modo).³⁶⁷

Nada tiene, pues, de extraordinario que en la lógica nomológica haya una constante que significa el bien común (o la existencia del bien común) y cuya obligatoriedad sea axiomática. Igual que caben diversas lecturas del «U» de Mally, son posibles varias interpretaciones de ese bien común nomológico.³⁶⁸

El fundamento del axioma del bien común es lógico-abductivo. Ya vimos oportunamente que toda la lógica nomológica se construye rastreando los razonamientos de la praxis jurídica mas depurándolos con el criterio de que sean útiles a la función y la misión del Derecho, que es el bien común. Ello quiere decir que ese bien común está presupuesto, que

³⁶⁵. En su *Introduction to Mathematical logic* (1944; edición corregida y ampliada, 1956).

³⁶⁶. Algunas lógicas elaboradas en los años noventa del pasado siglo por el autor de estas páginas introdujeron una constante sentencial que significaba la conyunción de todas las verdades, escrita «α», con el axioma « $\alpha \rightarrow p \vee \sim p$ ».

³⁶⁷. Mally también incluye en su sistema una constante sentencial para la Verdad.

³⁶⁸. Otro sistema de lógica deóntica que introduce una constante sentencial es el separadamente enunciado —en los años cincuenta del pasado siglo— por Alan Ross Anderson y Stig Kanger (v. *infra*, Anejo N° 1 de este capítulo). En dicho sistema la constante «d» denota la situación del mundo conforme con la voluntad del legislador. Permitido será todo aquello que resulte metafísicamente componible con *d*; obligatorio será aquello cuya negación sea metafísicamente imposible con *d*; prohibido lo metafísicamente imposible con *d*. Así pues, la enunciación filosóficamente más atractiva y sugerente de la LDE también contiene una constante sentencial. (Notemos que podríamos leerla como «que se realice el bien común»; otra cosa es que los axiomas lógico-deónticos de ese sistema sean adecuados o correctos, lo cual no es el caso.)

es una exigencia en virtud de la cual se seleccionan los axiomas y las reglas de inferencia de la lógica nomológica. Lo cual sería vano si la axiomática de esa lógica fuera indiferente al bien común. Lo que garantiza que no se dé tal indiferencia es justamente el axioma aquí discutido, el de la preceptividad del bien común. No se trata de ningún invento gratuito ni *ad hoc*.

Para acabar de discutir esta dificultad, preguntémosnos en qué sentido la lógica es formal. Posiblemente quien enuncia la dificultad está pensando en un concepto de formalidad de inspiración carnapiana o similar —al cual me he referido unos párrafos más atrás—. Además de que nadie ha conseguido definir rigurosamente tal noción ni, menos aún, defenderla del asalto del holismo quineano, esa concepción no nos sirve de nada, al no cumplir ningún papel requerido para el ulterior desarrollo de la lógica y para sus aplicaciones.

Hay un sentido en el cual, rigurosamente, la lógica es formal: sabemos que una lógica es un sistema de enunciados que son (o aspiran a ser) verdaderos en cuya expresión lingüística sólo tienen ocurrencias esenciales unas cuantas palabras que forman el vocabulario de la lógica en cuestión. Que sólo esas palabras tengan ocurrencias esenciales significa que, sustituyendo cualquier otro sintagma por uno que respete la corrección sintáctica, el resultado sigue siendo verdadero.

Las palabras del vocabulario lógico son las constantes de la lógica en cuestión. Cada una de ellas puede tener muchas variantes en el lenguaje natural —ora por variación sintácticamente preceptiva, ora estilísticamente recomendable (tratándose de sinónimos), ora incluso por aproximación connotativa (matices semánticos de los que cabe prescindir para los propósitos de determinar las inferencias válidas).

Por ello una lógica opera así: acuña ese acervo limitado de constantes lógicas asignando a cada una un signo unitario, indescomponible (una letra o un símbolo especial), como en una grafía ideográfica; luego reemplaza los demás sintagmas por variables o por letras esquemáticas. (No son lo mismo las variables que las letras esquemáticas, pero en esos detalles técnicos huelga entrar aquí.) Y así formula los axiomas y las reglas de inferencia de tal modo que las demostraciones se pueden seguir con la vista e incluso (en ciertos casos, no en todos) procesar computacionalmente. En suma, la demostración se convierte en un cálculo.³⁶⁹

Un desafío metodológico a cualquier tratamiento filosófico del Derecho es el de ofrecernos una formalización lógica. En el discurso florido nos perdemos. Al formalizar, vemos a qué se está comprometiendo quien propone una teoría, cuáles son sus axiomas, sus reglas de inferencia, cuál es la secuencia de sus demostraciones, qué manajo de teoremas nos puede presentar para que los sometamos a la crítica.

³⁶⁹. En la lógica nomológica no es del todo así a causa de la regla de permisión, que es una instrucción de tomar como axiomas adicionales las fórmulas del tipo «Es lícito que A», siempre que no se demuestre «Está prohibido que A». Tal instrucción no es computacionalmente procesable.

En ese sentido, es absolutamente indiferente que la lógica que uno profesa tenga o no constantes sentenciales. La lógica nomológica cumple con ese canon de formalización. (Hasta donde yo sé es la única teoría del Derecho Natural que lo hace.)

7ª DIFICULTAD.— No tiene sentido alguno atribuir verdad o falsedad a los derechos o a los deberes.

Decir que alguien tiene un deber o un derecho o bien es un acto de habla prescriptivo (por el cual la autoridad le concede un permiso a ese alguien o le impone una carga) o, si no, es un modo oblicuo de decir que la autoridad ha hecho esa prescripción; en rigor, la atribución del derecho o del deber no denota hechos, no es cognitiva, no tiene ni verdad ni falsedad.

SOLUCIÓN.—

Esta dificultad no aporta absolutamente nada nuevo a lo ya discutido más atrás. Da por supuestos todos los asertos que he venido refutando.

Los deberes y los derechos no existen sólo porque y cuando los crea la autoridad legislativa con sus promulgamientos. Muchos provienen de la costumbre o incluso de la naturaleza misma de las relaciones sociales. Otros derechos los crea la omisión del legislador o la del juez o la conducta de los sujetos de derecho al inaplicar una ley, haciéndola caer en desuetud.

Aun aquellos deberes y derechos que sí provienen de la edición legislativa tienen su propia entidad, una vez que han sido creados por el acto del legislador. Cuando la ley se ha edictado y promulgado, crea nuevas situaciones jurídicas.

Lo que se objeta es que no existen situaciones jurídicas, que eso es un modo de hablar sin sustento en la realidad de los hechos. ¿Por qué? Los miembros de una especie social están unidos por nexos y tienen propiedades en función de la naturaleza misma de la especie y de la esencia del tejido social que forman, pero también de actuaciones o conductas de otros miembros de la sociedad, principalmente de los líderes. Así es en el mundo que estudia la mirmecología y así es en el antropológico.

¿Vamos a sostener que carece de sentido atribuir verdad o falsedad al aserto de que alguien es doctor en farmacia, o catedrático de patología, o becario, o director del departamento de lingüística general de tal Universidad, o beneficiario de un seguro de vida, o acreedor, o heredero forzoso, o legatario, o empleado de banca, o periodista, o funcionario del Estado, o diputado provincial de Albacete, o miembro del consejo de administración de Iberdrola? Esas propiedades son sendos haces de deberes y derechos, creados por actos de la autoridad competente (pública o privada). Si no hay verdad ni falsedad en reconocer deberes y derechos, todas esas situaciones son quiméricas, flotantes; tales atribuciones serían modos

impropios o figurados de hablar. Carecería de sentido casi todo lo que decimos en nuestras relaciones sociales.³⁷⁰

En realidad la formulación de esta dificultad pone de relieve una discrepancia interna en el campo de los *dualistas normativos*, o sea de quienes insisten en la putativa diferencia semántica entre normas y «proposiciones normativas». Para algunos de ellos los enunciados normativos reflejan verídicamente situaciones existentes del mundo social, situaciones jurídicas: deberes y derechos creados por el acto normativo del legislador; ciertamente esas situaciones existen sólo en tanto en cuanto el legislador haya edictado unas determinadas normas y únicamente han sido producidas por esa promulgación, pero no se reducen a las promulgaciones, sino que son supervenientes con respecto a ellas.

Para otros, más radicales —los reduccionistas—, literalmente tomadas, carecen de sentido las atribuciones de deber o de derecho, las afirmaciones de la existencia de situaciones jurídicas; sólo recuperan sentido cuando se las reduce a asertos sobre las palabras del legislador. El Derecho es sólo un cúmulo de proclamas legislativas que se hallan en una publicación periódica (en nuestro caso el *Boletín oficial del Estado*) o en determinados archivos.

El objetor parece suscribir esta variante extrema y reduccionista del dualismo normativo, un decidido anticognitivismo normativo.

Si bien han corrido ríos de tinta en torno al anticognitivismo ético, parece infrecuente en la filosofía jurídica negar la naturaleza cognitiva de los enunciados deónticos (las afirmaciones de existencia o inexistencia de situaciones jurídicas). Tal negación implicaría que ni la dogmática jurídica ni la jurisdicción podrían llevar razón al afirmar que existen tales situaciones jurídicas.

Negar la verdad de todas las afirmaciones de situaciones jurídicas es posible al menos bajo dos modalidades:

— La una (sin duda aquella a la cual parece inclinarse el objetor) sería una variante extrema de expresivismo (v. infra, Anejo 2) que negara, no sólo la verdad de las normas, sino también la de los llamados enunciados normativos, salvo una vez reducidos a citas o paráfrasis de las proclamas edictivas del legislador. Si efectivamente el legislador no ha creado situaciones jurídicas, el juez y el jurista no pueden hallarlas; su discurso tendrá que ser metalingüístico, por modo de cita directa o indirecta.

— La otra modalidad de anticognitivismo jurídico sería una teoría del error similar a la de John Mackie sobre la ética.³⁷¹ Según ese punto de vista son falsos todos los enunciados atómicos del tipo «Es obligatorio que A» o «Es lícito que A», porque ni la obligatoriedad ni la licitud existen (no son propiedades reales). En ese supuesto,

³⁷⁰. V., a este respecto, mi ensayo «Entidades culturales», en *El mobiliario del mundo: Ensayos sobre ontología y metafísica*, comp. por Guillermo Hurtado & Óscar Nudler, México: UNAM, 2007, pp. 317-342, ISBN 9703237835.

³⁷¹. John L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, 1990 (1977), ISBN 9780140135589.

literalmente leída la dogmática jurídica sí tendría sentido, mas no verdad; sería una gran mentira en torno a cualidades míticas e inventadas.

Cuál de esas dos opciones sería la escogida por el objetor es un asunto que dejo a su elección. Sea como fuere, la antimetafísica conduce a tales resultados. El lector apreciará cuán aceptables le parecen.

8ª DIFICULTAD.— No existe una lógica correcta frente a otras incorrectas porque la lógica es analítica.

Como la lógica es analítica y formal, no dice nada sobre la realidad: ni pone ni quita. Por ello, carece de sentido decir que una lógica es correcta y otra incorrecta. Cada una se construye con unas convenciones formales. No hay verdades lógicas ni, por consiguiente, puede haber lógicas correctas o incorrectas. Sólo lógicas formalmente coherentes o no (y éstas no son lógicas).

SOLUCIÓN.—

De nuevo esta dificultad es una reiteración de otras previamente abordadas. Baste decir que sí hay verdades lógicas, como ya lo hemos visto. Si hay verdades lógicas y unos sistemas las contienen mas otros no, los primeros están —en eso al menos— en lo correcto, no los segundos.

La imagen de la realidad que ofrecen unas lógicas es muy distinta de la que ofrecen otras. Una lógica lineal, sin principio de distributividad, será tal que, a tenor de ella, podrá ser verdad «A y (B o C)» sin que sea verdad ni «A y B» ni «A y C».³⁷² Una lógica intuicionista o constructivista carecerá de tercio excluso, dando vía a situaciones indeterminadas, ni así ni no-así. Una lógica «libre» será compatible con un mundo despoblado, donde no exista nada.

Una lógica difusa nos ofrece una imagen de la realidad enteramente distinta de una lógica del todo-o-nada; permite los grados de enfermedad, de curación, de felicidad, de presencia o ausencia, de riqueza, de planificación, de humedad, de aridez, de vitalidad, etc.

Como ejercicios intelectuales, todas las lógicas son apasionantes y merecedoras de venir cultivadas, para, tirando del hilo, sacar el ovillo de sus virtualidades. Igual que nuestra concepción del mundo material nos lleva a optar por una geometría tildándola de correcta,

³⁷² V. *Logic and the Modalities in the Twentieth Century*, Volumen 7º del *Handbook of the History of Logic*, ed. por Dov M. Gabbay & John Woods, Elsevier, 2006, ISBN 9780080463032, p. 209. Más en general prescindien del principio de distributividad (de la conyunción sobre la disyunción) las lógicas subestructurales; v. <https://plato.stanford.edu/entries/logic-substructural/>. Ya hace decenios ese principio había sido descartado en la lógica cuántica de Birkhoff y von Neumann; v. *Le formalisme en question: Le tournant des années trente. Problèmes et controverses*, ed. por Frédéric Nef & Denis Vernant, París: Vrin, 1998, ISBN 9782711613397.

nuestra visión del mundo en general nos lleva a optar por una u otra lógica —dejando, eso sí, prudentemente abierta la puerta al desarrollo y el estudio de otras, porque, como no somos infalibles, una consideración futura podría llevarnos a mudar de opción.

9ª DIFICULTAD.— Si es variable el contenido del bien común, su obligatoriedad no puede ser una verdad necesaria.

En esta obra se sostiene que, aunque la preceptividad del bien común es axiomática, sin embargo, según las circunstancias histórico-sociales, su contenido es variable. Lo que es variable en su contenido es contingente. No puede, por consiguiente, ser necesario que se realice eso que es, de suyo, contingente.

SOLUCIÓN.—

La solución es doble. En primer lugar, hay que distinguir necesidad absoluta y necesidad *ex hypothesi* (un distingo bien conocido de todos los estudiosos de lógica modal, prolijamente tratado en la filosofía de la lógica y del lenguaje tardomedieval y posrenacentista y en el cual Leibniz funda muchos de sus argumentos).

Lo que es necesario es que, cuando y donde haya una sociedad de animales con características parecidas a las de los humanos, exista una misión de bien común que congrega a la sociedad y para cuya realización ha de existir un entramado de reglas. Es una necesidad *ex hypothesi*. La apódosis de lo enunciado al afirmarla, la preceptividad del bien común, está en función de la prótasis. Depende de la existencia de tal sociedad y de sus circunstancias de vida social.

Con eso paso a la segunda parte de la solución. El bien común de un hormiguero no es el mismo que el de una manada de elefantes ni que el de un poblado de neandertalenses ni que el de uno de hombres de Cromañón de hace cinco mil generaciones ni que el de los habitantes humanos de Tahití en el siglo XXI. Tal variedad no excluye un núcleo compartido, permanente, inalterable. Es bien común de una sociedad de animales de cierta especie, en un determinado entorno material y temporal, lo que redunde en la prosperidad del conjunto y en el bienestar distribuido; en que la colonia (o la manada, o, más en general, la comunidad) vaya a más, conserve y mejore su calidad de vida, se asegure frente a los peligros que la acechan, afiance su cohesión con los menores sacrificios posibles, repartidos del modo más idóneo para salvaguardar la unidad y la armonía sociales.

Pero, a lo largo de los varios millones de años de presencia humana en el planeta Tierra, ha ido variando, en buena medida, el contenido de ese bien común de la tribu, de la nación o del género humano en su conjunto. En cada caso lo que es una verdad necesaria es la preceptividad de que, en la medida en que, en unas circunstancias histórico-sociales, tales conductas o tales resultados sean requeridos para el bien común y lo integren (que integren el bien común de esa sociedad en esas circunstancias), en esa medida se realicen esas conductas y se alcancen esos resultados.

Valga una comparación. El ser humano tiene que trabajar para vivir, pero es muy variable el contenido concreto que asignamos a ese genérico verbo, «trabajar» —no siendo el mismo en una sociedad paleolítica de cazadores-recolectores que en una neolítica de agricultores, que en una de nuestros días, cuando la producción es preponderantemente industrial y una buena parte del trabajo es intelectual.

10ª DIFICULTAD.— Si un Derecho Natural aspira a servir de algo, ha de ser una herramienta de crítica externa al Derecho empíricamente existente.

El Derecho empíricamente existente es el que es, unas veces bueno, otras malo. Dentro del Derecho, con arreglo al mismo, no cabe otra crítica que una puramente interna, la cual no es capaz de cuestionar a fondo su sistema de normas. Tal crítica radical sólo puede hallarse fuera del Derecho, desde un orden normativo diverso y ajeno. Es indiferente que se lo llame «Derecho Natural» o no.

SOLUCIÓN.—

En realidad esta dificultad no agrega absolutamente nada nuevo a otras que hemos ido estudiando y solucionando en capítulos precedentes. Será, por ello, brevísima mi respuesta.

Si el Derecho tuviera que ser no-antinómico, internamente consistente —y eso con arreglo al patrón de consistencia de la lógica clásica, que excluye la contradicción—, entonces no cabría crítica interna en el Derecho. Habríamos de invocar la moral, aunque la bautizáramos, para disimular, de «Derecho Natural» —lo cual no dejaría de ser una denominación impropia.

No es así. El Derecho es antinómico. En él están los cánones fundamentales que le dan sentido, lo justifican, lo regulan y constriñen su aplicación según pautas preceptivas; pero también están unos contenidos agregados por la arbitrariedad, el antojo, las fantasías y pasiones de los gobernantes o de los gobernados; las escorias.

Esa unión contradictoria es el Derecho real. Su evolución va en el sentido de, paulatinamente, hacer prevalecer la esencia sobre la existencia, eliminar las escorias.

No desde fuera, no desde un púlpito de predicadores extrajurídicos que sermonean al legislador en nombre de sus particulares convicciones morales, sino desde el propio seno del Derecho que es, un Derecho híbrido, en parte bastardeado o adulterado, pero que nunca pierde del todo su vocación de ser una normativa al servicio del bien común.

Las normas jurídico-naturales no están subordinadas, en la jerarquía normativa, a las leyes ni en absoluto les sirven de coartada o de aval, no sólo por ser directamente exequibles —inaplicando para ello las leyes positivas que les sean contrarias—, siempre y cuando se cumplan las condiciones idóneas (esencialmente cuando concorra una conciencia jurídica suficiente), sino, además, porque autorizan la desobediencia a las leyes e incluso la

insurrección contra un régimen tiránico, cuando éste ha dictado un entramado de prescripciones que hace degenerar y estallar el sistema normativo, alejándolo —gravísima e irremediablemente— de su misión de servicio al bien común; o sea, cuando estamos ante un conglomerado que ha perdido su legitimidad funcional y, por lo tanto, su cualidad de ordenamiento jurídico. Por añadidura, las normas jurídico-naturales establecen obligaciones de segundo orden o nivel: la obligación de que tales conductas sean obligatorias y la de que tales acciones sean lícitas, en virtud de lo cual las leyes que conculquen esos cánones supralegislativos serán ilegales (aunque no por ello nulas o írritas).

11ª DIFICULTAD.— ¿Puede hablarse de lógica si se abandona la *regula uitandæ contradictionis*?

La lógica es una técnica para inferir, para extraer conclusiones a partir de premisas. El presupuesto de ese proceder es que existe una contradicción entre afirmar las premisas y negar la conclusión. Siendo ello así, si abandonáramos el principio de no contradicción, perderíamos la palanca que nos hace pasar del punto de apoyo (las premisas) al resultado (la conclusión).

SOLUCIÓN.—

Ante todo hay que distinguir entre el principio de no contradicción, « $\sim(A \wedge \sim A)$ » y lo que podemos calificar de *regula uitandæ contradictionis*, la cual es una regla metalógica a cuyo tenor ha de rechazarse cualquier teoría que contenga una contradicción, « $A \wedge \sim A$ ».

Hay lógicas con esa regla de rechazo de la contradicción pero en las cuales no vale el principio de no contradicción. Tales son las lógicas multivalentes de Łukasiewicz.

Hay lógicas en las cuales es válido el principio de no contradicción pero que no entronizan para nada la regla de rechazo de la contradicción; tales son la lógica gradualista (o lógica transitiva) propuesta por el autor de este libro y todas las lógicas relevantistas (o, por lo menos, muchas de ellas).

Hay lógicas sin esa regla pero también sin el principio de no contradicción: la serie *C* de da Costa (si bien, para *n* finito, cada lógica C_n contiene un sucedáneo del principio de no contradicción).³⁷³

No es lo mismo negar que rechazar igual que no es lo mismo afirmar que aceptar. Rechazar una teoría significa realizar un acto cognoscitivo o mental de segundo orden,

³⁷³. Tales problemas están abundantemente tratados en mis estudios de lógica matemática de hace unos lustros; citaré cuatro de ellos: *Introducción a las lógicas no-clásicas*, México: UNAM, 1993, ISBN 9683634516; *Rudimentos de lógica matemática*, Madrid: Editorial CSIC, 1991, ISBN 8400071565; «Una cadena de reforzamientos difusos de la lógica del entañamiento», en *III Congreso español de tecnologías y lógica fuzzy*, comp. Por S. Barro & A. Sobrino, Universidad de Santiago, 1993, pp. 115-22, ISBN 8460475107; « C_1 -Compatible Transitive Extensions of System CT», *Logique et Analyse* (ISSN 0024-5836), N° 161-162-163 (1998), pp. 135-143.

consistente en excluir la consideración de la teoría. Así un intuicionista rechaza la lógica clásica, por no aceptar el principio de tercio excluso, sin por ello negar los asertos de la lógica clásica —en particular sin negar el principio de tercio excluso, ya que, a su entender, no hay ni que negarlo ni que afirmarlo.

La *regula uitandæ contradictionis* es un filtro que sirve para dejar fuera del ámbito de las teorías epistemológicamente legítimas cualquiera que contenga un par de tesis una de las cuales sea negación de la otra.

Todas las lógicas paraconsistentes abandonan la regla del rechazo de la contradicción, si bien aquellas que —como la lógica gradualista— reconocen varias negaciones, pueden aceptar esa regla para la negación fuerte (tal es justamente el caso de la lógica gradualista). Por el contrario, quienes cultivan lógicas *fuzzy* inspiradas en las de Łukasiewicz, mantienen la regla pero prescinden del principio de no contradicción porque, según ven las cosas, sólo es verdadero lo totalmente verdadero y, cuando un enunciado, A, tiene un grado no total de verdad, su negación tendrá un grado no total de falsedad y la conyunción de ambos tampoco será totalmente falsa, por lo cual su negación no será del todo verdadera. (En la lógica gradualista basta un grado parcial de verdad para que un aserto sea afirmable —a salvo, eso sí, de constreñimientos pragmáticos que hagan pertinente y comunicacionalmente admisible lo así aseverado, entre ellos un cierto umbral en la graduación alética.)

Que (cualesquiera que sean los reproches que se les puedan dirigir) las lógicas de Łukasiewicz y otras afines son científicamente interesantes y prácticamente aplicables lo prueban los usos técnicos de las teorías *fuzzy* de conjuntos. Por lo tanto, hay lógicas científicamente útiles sin principio de no contradicción. Y, desde luego, las hay con tal principio pero sin la regla de rechazo de la contradicción (una lógica gradualista ofrece un acercamiento más fecundo a los problemas de las lógicas *fuzzy*, sin perder ninguno de sus resultados).³⁷⁴

Además, el presupuesto de la deducción de una conclusión a partir de unas premisas no es el de que sea contradictorio afirmar las premisas y negar la conclusión. Si así fuera, habríamos de abrazar una lógica conexivista. La lógica conexivista fue ideada hace medio siglo por R. Angell y Storrs McCall sobre la base, justamente, de ese presupuesto. Tales lógicas contienen este teorema: «Si A implica B, entonces no-A no implica B». Para ser consecuentes, tuvieron que abandonar el principio de simplificación (el que A-y-B implique A). En esas lógicas A-y-A no implica A ni viceversa.³⁷⁵ Notemos también que en esas lógicas A-y-no-A no implica su negación.³⁷⁶

³⁷⁴. V. Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, «Łukasiewicz Logics and Transitive Logic», Conferencia internacional sobre Łukasiewicz, Dublín, 1996, DOI: 10.13140/RG.2.2.25372.28809 (<http://hdl.handle.net/10261/013247>).

³⁷⁵. V. Bruce E. R. Thompson, «Why is conjunctive simplification invalid?», *Notre Dame Journal of Formal Logic*, 32/2, 1991, pp. 248-254, doi:10.1305/ndjfl/1093635749. Más en general sobre las lógicas conexivistas, v. <http://plato.stanford.edu/entries/logic-connexive/>, acc. 2016-04-21.

³⁷⁶. Mientras que en la lógica clásica sí, porque, en ella, A-y-no-A implica cualquier cosa y, además, porque de cualquier premisa se sigue «No: A-y-no-A».

Algo anda mal con ese supuesto si nos lleva a tener que abrazar unas lógicas no clásicas tan abstrusas (excelentes objetos de indagación lógico-matemática, eso sí).

En realidad el verdadero supuesto sobre el que descansa la deducción lógica es más simple: no es posible que el mundo contenga la verdad de las premisas sin contener en absoluto la verdad de la conclusión. Suena parecido, pero no es igual.

Por eso son posibles (y han proliferado) las lógicas paraconsistentes (que se agrupan en varias familias).

La utilidad de una lógica paraconsistente en el ámbito jurídico es uno de los asertos esenciales de esta obra. Si el intento viene o no coronado por el éxito será cuestión de verlo en su aplicabilidad para articular la lógica del Derecho (en las tres facetas de fundarlo, inspirarlo y regular su aplicación).

Lo que no es válido es rechazar esa empresa alegando la necesidad lógica del principio de no contradicción —principio, por cierto, también afirmado en la lógica gradualista, tanto para la negación débil, « $\sim(A \wedge \sim A)$ » cuanto para la negación fuerte « $\neg(A \wedge \neg A)$ ». (Lo único que se descarta es la *regula uitandæ contradictionis*, o sea que una teoría con « A » y « $\sim A$ » sea, *eo ipso*, rechazable.)

12ª DIFICULTAD.— ¿En qué se sustentan, ontológica y epistemológicamente, el Derecho Natural y la lógica nomológica y en qué estriba la diferencia entre ambos?

En esta obra se han propuesto un Derecho Natural y una lógica nomológica sin que haya quedado claro ni en qué se fundamentan ni en qué difieren.

SOLUCIÓN.—

Pienso que esta dificultad reitera otras ya abordadas en capítulos precedentes. Recapitulando diré lo siguiente.

Comprendo que para quien enuncia esta dificultad no son convincentes (ni quizá entendibles) los argumentos que he ido elaborando en mis precedentes capítulos. ¿Por qué? Conjeturo que el motivo es que el objetor no está dispuesto a renunciar a dos presuposiciones.

La primera es que del *es* no se sigue el *debe*. (V. *supra* la 4ª dificultad de este mismo capítulo.) La segunda presuposición es que la única fuente posible de una situación normativa es la prescripción de un edictor de la norma (que es lo presupuesto en la enunciación de las dificultades 1ª, 2ª y 3ª de esta misma serie).

Sería cansar al lector insistir en los motivos para rechazar esas presuposiciones, ya explicitados más arriba. No es ocioso, empero, hacer un par de aclaraciones.

La tesis de la presente obra es que, de la naturaleza misma de las relaciones sociales, emana (o emerge) la existencia de estados de cosas deónticos, ante todo la obligatoriedad de

actuar para el bien común, una obligatoriedad que, a su vez, ofrece el criterio para seleccionar los axiomas y las reglas de inferencia de la lógica nomológica.

Mas eso significa que hay un tránsito válido del *es* al *debe* —en este caso, el *es* consiste en la naturaleza de las relaciones sociales (que incluye, claro, la propia naturaleza de la especie social de que se trate). Ese *debe* se ha dilucidado aquí como un *es* (que A deba ser consiste en que el estado de cosas A posee la cualidad de obligatoriedad).

Derivadamente son preceptivas las prescripciones de la autoridad legítima, porque va en contra del bien común carecer de tal autoridad o privar a sus prescripciones de fuerza vinculante.

Con arreglo a la tesis de esta obra, las prescripciones del legislador sólo merecen jurídicamente ser obedecidas porque existe esa norma previa y superior, la del bien común, de la cual —junto con determinados supuestos de hecho (en virtud del axioma de la consecuencia jurídica)— se infiere el acatamiento a las prescripciones legislativas.

Por consiguiente, no es la prescripción la fuente de la norma fundamental (el bien común), sino al revés: es esa norma fundamental, de Derecho Natural, la que funda y justifica el acatamiento a la ley.

Con ello también se produce un enfrentamiento con la segunda presuposición del objetor. Éste sólo puede entender una obligación (o una permisión) que emane de una prescripción, que sea edictada por una autoridad. Claro está que ni el Derecho Natural ni los axiomas de la lógica nomológica tienen validez porque los haya prescrito un legislador, ni humano ni divino. La prescripción del legislador no agrega nada.

Ni siquiera lo haría la prescripción de un legislador divino —sea Quetzalcoatl, Viracocha, Indra, Maat, Ahura Mazda, Baal, Astarté o cualquier otro—. Siempre habríamos de preguntarnos por qué obedecer sus mandamientos. Petición de principio sería decir que hay que obedecerlos porque lo manda esa divinidad. En realidad habrá que obedecer su ley si es conducente al bien común; y, en ese caso, la prescripción divina no agrega nada.

El objetor está quizá sospechando que sólo puede sostenerse un Derecho Natural si se acude a una autoridad legislativa suprahumana. Sin embargo, ya Grocio dijo que la existencia de Dios no es un supuesto necesario para la ley natural, que emana de la naturaleza misma de las cosas, no de la voluntad de un legislador divino. Y, aunque sus palabras sonaron atrevidas en ese comienzo del siglo XVII, en el fondo todos los jusnaturalistas profesaron esas ideas —salvo los de la escuela voluntarista franciscana (Duns Escoto, Occam y sus seguidores, como Pufendorf), para los cuales hay un Derecho Natural porque Dios lo ha decidido, si bien nosotros lo conocemos por una intuición innata.³⁷⁷

La única diferencia entre el Derecho Natural y la lógica nomológica es que la segunda es la parte del Derecho Natural que somos capaces de formalizar. Hay algunos postulados

³⁷⁷. Para ellos Dios hubiera podido establecer obligaciones opuestas. Descartes también pertenece a la misma línea de pensamiento voluntarista.

jurídico-naturales que (hoy por hoy) no nos resultan formalizables (o que lo serían pagando un altísimo precio de complicación del sistema así pergeñado, en la hipótesis de que tuviéramos éxito en el intento). (Así el principio converso del de no-impedimento: es lícita cualquier situación tal que estén prohibidas todas las acciones u omisiones ajenas que materialmente impidan esa situación; formalizar tal aserto rebasa los recursos que hemos utilizado en esta obra, sin que para mí esté claro cuál sería la formalización idónea ni a qué recursos conceptuales habría que acudir.)

ANEJO N° 1

¿QUÉ QUEDA DE LA LÓGICA DEÓNTICA ESTÁNDAR (LDE)?³⁷⁸

Inicialmente no había querido el autor repetir en esta obra las críticas que ya había dirigido a la lógica deóntica estándar en trabajos anteriores.³⁷⁹

³⁷⁸. Un excelente trabajo sobre la LDE es la tesis doctoral de Jörg Hansen *Imperatives and Deontic Logic*, Universidad de Leipzig, 2008, disp. en http://www.hh.shuttle.de/win/Joerg.Hansen/Diss/Hansen_Joerg_Dissertation_Uni_Leipzig_25112008.pdf, acc. en 2017-06-12. V. asimismo: Risto Hilpinen & Paul McNamara, «Deontic Logic: A Historical Survey and Introduction», *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*, Vol. I, ed por Dov Gabbay, John Horty, Xavier Parent, Ron van der Meyden & Leon van der Torre, Londres: College Publications, 2013, pp. 1-134 (disp. en <https://canvas.eee.uci.edu/courses/688/files/272556/>, acc. 2017-06-12).

³⁷⁹. V. (Peña, 2009c), donde se citan oportunamente las publicaciones que desde mediados de los años noventa escribí —varias de ellas en coautoría con Txetxu Ausín— mostrando la inadecuación de la LDE; varias de nuestras críticas ya habían sido previamente formuladas, a cuentas de las célebres paradojas, por otros autores: empezaron a percatarse de los problemas Alf Ross, J. Hintikka, P. Geach, R. Chisholm, Georges Kalinowski, N. Rescher, etc; siguieron Sven Ove Hansson, Ota Weinberger y muchos otros. (¿Cómo omitir al último Kelsen, hondamente decepcionado por la lógica deóntica que pudo conocer —una desilusión que llevó al viraje que marca su obra póstuma?) Lamentablemente la mayoría de esos críticos intentaron tapar agujeros, en vez de proponer una alternativa radicalmente novedosa.

Una de las ocurrencias fue reemplazar el condicional (o la implicación) por una conectiva diádica especial, ‘/’ (una solución ya propuesta por von Wright en 1956 y luego desarrollada por varios lógicos, entre ellos N. Rescher). «A/B» vendría a leerse como «A, supuesto B». Las obligaciones normalmente consideradas condicionales o implicativas tendrían ese contenido diádico *sui generis*, lo cual bloquearía algunas deducciones lógicas molestas. Tal solución está erizada de inconvenientes; para dar espesor a tal formalización, sus proponentes ofrecen un arsenal de reglas primitivas de inferencia de tan extrema complejidad que resulta imposible manejarlo salvo para estudiosos avanzados de sistemas formales. Son reglas opacas y enrevesadas, cuyo único mérito estriba en que el lógico que las ha diseñado ha obtenido con su aplicación unos resultados que deseaba. Además, ese nexo artificialmente creado *ex nihilo* no se ve bien cómo se relacionaría con las expresiones del lenguaje natural en las que se expresan los textos legislativos y jurisprudenciales. (Reconozco que, en los ensayos sobre lógica deóntica de Txetxu Ausín y de quien esto escribe no prestamos atención a ese subterfugio ni a otros alambicamientos a los que se han dedicado los especialistas de la lógica deóntica computacional o informática —inservibles para el razonamiento del legislador, del juez, del notario o del abogado.)

Enumeraré cinco trabajos de lógica deóntica del autor de este libro en coautoría con Txetxu Ausín:

2012. «Soft Deontic Logic», en *Soft Computing in Humanities and Social Sciences*, ed. por Rudolf Seising & Veronica Sanz, Berlín: Springer Verlag, pp. 157-172. ISBN 9783642246715.

2002. «Arguing from Facts to Duties (and Conversely)», *Proceedings of the 5th Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, ed. por Frans van Eemeren *et alii*. Amsterdam: Sic Sat, 2003. ISBN 9074049079, pp. 45-48.

2000. «Paraconsistent Deontic Logic with Enforceable Rights», *Frontiers of Paraconsistent Logic*, ed. por D. Batens, Ch. Mortensen, G. Priest & J.-P. van Bendegem. Baldord (Inglaterra): Research Studies Press Ltd. (RSP) [Logic and Computation Series]. ISBN 0863802532, pp. 29-47.

Mudando de propósito —para no dejar insatisfecho a quien enuncia las doce dificultades solucionadas en este capítulo—,³⁸⁰ voy a exponer las razones por las cuales fracasa la LDE (no viéndose tampoco coronados por el éxito los intentos de salvarla mediante alambicamientos técnicos, de nula aplicabilidad en la praxis del razonamiento jurídico).³⁸¹

La LDE considera lícito lo que es posible hacer sin violar las normas. De ahí se sigue que está prohibido lo que no es posible hacer sin violar las normas y obligatorio lo que no es posible dejar de hacer no violando las normas.

Casi coincidente, pero no del todo, es una formulación alternativa de la lógica deóntica, la cual se enuncia en el triple principio de cierre lógico: las consecuencias lógicas de hechos obligatorios son obligatorias; las consecuencias lógicas de hechos lícitos son lícitas; los hechos que tengan una consecuencia lógica que esté prohibida están prohibidos.³⁸²

Bajo cualquiera de sus dos formulaciones, la lógica deóntica es una lógica, no de las situaciones normativas, sino del cumplimiento o incumplimiento de las normas.

Es menester, empero, hacer una puntualización de pasada sobre la diferencia entre ambas formulaciones. Digamos que la primera es la lógico-modal y la segunda la lógico-deóntica pura. La primera fue separadamente enunciada, en los años cincuenta, por A. R. Anderson³⁸³ y por Stig Kanger.³⁸⁴ La segunda ya había sido propuesta por von Wright en su célebre artículo de *Mind* de 1951.³⁸⁵ En casi todo son iguales, sólo que la lógico-modal incorpora a la lógica deóntica los teoremas de una lógica modal (y, por ende, usa las

2000. «La deducción normativa», *Doxa*, vol 23, pp. 465-81. ISSN 0214-8676.

1995. «Quantificational Entitlements and Relevantoid Deontic Logic», *Logique et Analyse* (ISSN 0024-5836), Nº 150-151-152, pp. 209-238.

Asimismo es pertinente citar, no sólo mi artículo de 2006 «La obligación de aplicar las normas jurídicas vigentes» (*Isegoría*, Nº 35, pp. 221-44. ISSN 1130-2097), sino también el libro de Txetxu Ausín *Entre la lógica y el Derecho; Paradojas y conflictos normativos* (Madrid: Plaza y Valdés, 2005, ISBN 8493439525).

En otro trabajo anterior («La metafísica de Héctor Castañeda», *Theoria*, Nº 16-17-18, t. A, pp. 387-407, 1992, ISSN 0495-4548) había estudiado yo el valioso esfuerzo de Héctor Castañeda de solucionar esas paradojas sin renunciar a la LDE, sólo que entendiéndola de modo *sui generis* en virtud de una dicotomía metafísica que él inventó entre *proposiciones* y *practiciones*.

³⁸⁰. El cual objeta además a esta obra su ignorancia de la LDE.

³⁸¹. Sin atenerme del todo al propósito de omitir en esta obra la discusión de la LDE (por estar ya previamente publicada), hay numerosas críticas a la misma en los precedentes capítulos del libro; p.ej., al final del §9 del capítulo I, en el §2 del capítulo II, en el §5 y en los apartados 9.4.3 y 9.4.4 del mismo capítulo, en la solución a la 3ª dificultad del capítulo III, en la de la 6ª dificultad del capítulo V y en la de la 4ª dificultad del capítulo VI.

³⁸². Dada la interdefinibilidad de los operadores deónticos, basta cualquiera de las tres enunciaciones para inferir las otras dos.

³⁸³. «A reduction of deontic logic to alethic modal logic», *Mind*, vol. 67 (1958), pp. 100-103. Su aportación ha sido estudiada por Edwin Mares, «Andersonian deontic logic», *Theoria* 58/1 (1992), pp. 1-2.

³⁸⁴. «New foundations for ethical theory», en *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, ed. por R. Hilpinen, Dordrecht: Reidel, 1971, pp. 36-58. (Ya había circulado poligrafiado en 1957.)

³⁸⁵. G.H. Von Wright, «Deontic Logic», *Mind*, vol. LX (1951), pp.1-15.

nociones de lo necesario, lo posible y lo imposible), al paso que la concepción lógico-deóntica pura sólo toma en consideración los teoremas de la lógica sentencial clásica más los específicos axiomas y reglas de inferencia lógico-deónticos, sin incorporar las nociones de lo posible y lo necesario. Tomaré como referencia la formulación modal, que me parece más acorde con el propósito y el sentido de la LDE.³⁸⁶ (Sólo en un punto —que señalaré más abajo— se produce un potencial desacuerdo entre ambas enunciaciones.)

Voy a examinar ocho funestas consecuencias que se siguen de esa concepción.

1ª Consecuencia: Las verdades metafísicamente necesarias serán obligatorias y lo metafísicamente imposible estará prohibido.

Eso vulnera el principio de Kelsen (ya precedentemente discutido y confirmado en esta obra) de que sólo puede ser obligatorio o prohibido un hecho contingente y, por ende, metafísicamente posible mas no metafísicamente necesario.³⁸⁷ No hay prohibición alguna de cuadrar el círculo. De hecho basta con que la conciencia pública sepa que un imaginario curso de acción es imposible para que cese la prohibición. (Se prohibían el mal de ojo y la brujería cuando se consideraban posibles.)

La prohibición de lo imposible acarrea que exhortar a hacerlo o ufanarse de hacerlo será exhortar a una conducta ilícita o ufanarse de haberla perpetrado. Sin embargo, muchos se han jactado de haber cuadrado el círculo y otros han auspiciado a que se hiciera. Si es ilícito exhortar a cometer un acto ilícito, esos llamamientos a cuadrar el círculo también estarían prohibidos por la ley.

2ª Consecuencia: El principio de simplificación.³⁸⁸

Cada vez que sea obligatoria una conducta de contenido conyuntivo, será obligatoria la realización de cada conyunto, independientemente de que se realice o no el otro.

Similarmente, cada vez que sea lícita una conducta conyuntiva, será lícito cada uno de los conyuntos (incondicionalmente).

Tomemos este ejemplo. Conrado es un profesor que tiene obligación de corregir los exámenes de sus alumnos y entregar las calificaciones en secretaría antes del 15 de junio. Incumple el deber de corregir. Sin embargo, en virtud del principio de simplificación, está obligado a entregar las calificaciones en secretaría, aunque sean de pura fantasía.³⁸⁹

³⁸⁶. Mis objeciones habrían de matizarse en lo atinente a la concepción lógico-deóntica pura; la diferencia atañe sólo a los ejemplos. En la concepción pura no está prohibido cuadrar el círculo pero sí lo está ser y no ser aficionado al deporte.

³⁸⁷. V. *supra*, apartado 9.2 del capítulo II y nota 113.

³⁸⁸. V. *supra*, apartado 9.4.4 del capítulo II.

³⁸⁹. V. Frank Jackson & Robert Pargetter, «Oughts, options, and actualism», *Philosophical Review*, 95/2 (1986), pp. 233-255. Ese artículo pionero defiende la posición actualista frente a la posibilista, habiendo desencadenado una vivísima polémica. Refiriéndose a la ética, la controversia no nos concierne aquí —salvo en lo que atañe a la lógica deóntica, que viene implicada.

Absalón, agente de la compañía de seguros Asfálea, tiene, al acabar la jornada, que respaldar en un disco externo todo el resultado de las gestiones del día y apagar la computadora. Por pereza o descuido, no hace el respaldo. Mas el principio de simplificación le impone apagar la computadora, aunque así se pierda el rastro de las operaciones realizadas.³⁹⁰

Marisa se ha comprometido a hacer el fin de semana en su casa los cálculos estadísticos y entregar el lunes próximo una hoja de resultados numéricos. Se le atraganta hacer los cálculos, muy engorrosos, conque, conocedora de la lógica deóntica, sabe que tiene, así y todo, que entregar una hoja de números; y lo hace a ciegas (se la inventa).³⁹¹

Igual sucede si los obligados son dos, con deberes recíprocos. En virtud del contrato de inquilinato que han suscrito, existe la obligación de que Rosendo le deje a Olaf morar en su piso de Torrevieja durante el mes de agosto y que Olaf pague a Rosendo el alquiler convenido. Rosendo incumple. Conocedor del principio de simplificación lógico-deóntico, exige a Olaf el pago del alquiler.³⁹²

Pasemos al segundo tramo del principio de simplificación: el relativo a los derechos. Uriel ha dispuesto en su testamento que su sobrino Rodolfo herede su fortuna pero con la manda de que atienda cariñosamente a los gatos. Rodolfo puede, o bien aceptar la herencia y cumplir la manda, o bien rechazar la herencia y no tener que ocuparse de los gatos. Opta por aceptar la herencia mas luego se deshace de los gatos. ¿Ha ejercido un derecho aceptando la

Valiosísimo, a este respecto, es el libro de Michael Stocker *Plural and Conflicting Values*, Clarendon Press, 1992, ISBN 9780191519741.

Como botones de muestra del debate v.: Frank Jackson, «Procrastinate Revisited», *Pacific Philosophical Quarterly* 95/4 (2014), pp. 634-647; Travis Timmerman & Yishai Cohen, «Moral Obligations: Actualist, Possibilist, or Hybridist?», *Australasian Journal of Philosophy*, 94/4 (2016), pp. 672-686; y Benjamin Kiesewetter, «Instrumental Normativity: In Defense of the Transmission Principle», *Ethics* 125/4 (2015), pp. 921-946.

Lo que siempre está detrás de esa disputa es el problema del mal menor. Hacer A no habiendo hecho B, cuando se tenía el deber de A-y-B, puede y suele ser peor que omitir A.

³⁹⁰. Han querido solventarse esta y otras paradojas de la lógica deóntica recurriendo a la lógica temporal, mediante la precisión de un deber de hacer-A-en-*t*. Quienes hemos trabajado en lógica temporal sabemos qué berenjenal es y qué complicaciones introduce. Aquellos que, desde el trampolín de la lógica deóntica, se arrojan a esa piscina nos deben, no el uso ocasional de unas cuantas variables, *t*, *t'*, sino una genuina lógica temporal (o, mejor dicho, una lógica cronológica, porque, si bien la semántica de la lógica temporal usa variables como «*t*» y «*t'*», es la lógica cronológica la que usa esas determinaciones circunstanciales en el propio texto formalizado). Necesitamos conocer los axiomas y las reglas de inferencia de esa lógica cronológica. Es igualmente menester dilucidar si se trata de instantes o de lapsos.

¿No se percatan quienes creen solucionar así un enigma que se enfrascan en un misterio mucho más difícil de escrutar? Además, surgen nuevas dificultades, porque, con esas enunciaciones, se apartan aún más de la redacción de los textos y los discursos jurídicos; por otro lado, persiste el hecho de que quien tiene la obligación de hacer B en el tiempo *t*, tiene, en cualquier tiempo posterior, el deber de haber hecho B.

V. del autor de esta obra «Algunos desarrollos recientes en la articulación de lógicas temporales», en *Lenguajes naturales y lenguajes formales IV.1*, comp. por Carlos Martín Vide, Universitat de Barcelona, 1989, ISBN 8476655169, pp. 413-39.

³⁹¹. V. de nuevo el apartado 9.4.4 del capítulo II.

³⁹². El principio lógico-deóntico de simplificación es incompatible con el aforismo *non adimplenti non est adimplendum*.

herencia? Diríamos que no, puesto que no estaba dispuesto a cumplir la condición. Sin embargo, él razona con la LDE: le era lícito $A \wedge B$ (aceptar la herencia y cuidar a los gatos); por el principio de simplificación, le era lícito A (aceptar la herencia).³⁹³

Está claro qué es lo que falla en todos esos casos: se quiere extraer la conclusión deóntica sin tener en cuenta qué sucede en la realidad. Por eso la lógica nomológica abandona el principio de simplificación y, en su lugar, reconoce uno de distribución deóntica: si es obligatorio A -y- B y, de hecho, se cumple A , entonces es obligatorio B . (Otro tanto para la permisión.)³⁹⁴ Pero esa, aparentemente ligera, debilitación del principio en realidad desbarata completamente el fundamento y el sentido de toda la lógica deóntica, aniquilando la LDE.

3ª Consecuencia: Todo sistema con antinomias normativas será delicuescente.

Un sistema jurídico que contenga dos obligaciones, A y B , mutuamente contrarias, si se ajusta a la LDE, contendrá la obligación de C , sea C lo que fuere.

Eso podría evitarse si la LDE tuviera como cálculo sentencial subyacente uno no clásico; mas no cualquier cálculo no clásico, sino uno muy débil, p.ej. una lógica relevantista. Sin embargo, tal hipótesis podemos descartarla en el contexto de nuestra discusión.

Tomemos esos dos contenidos obligatorios, A y B , y supongamos que B implica lógicamente la negación de A .³⁹⁵ Siendo obligatorio B , será (por la regla de cierre) también obligatorio $\neg A$. En la lógica clásica —y muchísimas no clásicas— de A se sigue que $\neg A$ implica C (cualquier C). De la obligación de A se deduce así la obligación de que $\neg A$ implique C .

³⁹³. No vale replicar que el derecho de aceptar la herencia era condicional. Comoquiera que estuviera escrito el testamento, Rodolfo tenía dos opciones: (1ª) aceptar la herencia (a sabiendas de la manda); (2ª) no hacerlo. Opta por aceptarla. Desde ese momento le es lícito guardar la herencia y ocuparse de los gatos.

Es verdad que Uriel hubiera podido disponer que el derecho hereditario de Rodolfo era condicional (con condición resolutoria), viniendo anulado en caso de incumplimiento de la manda. Incluso en tal supuesto Rodolfo tenía derecho, por el testamento y su propia opción, a hacer A -y- B . Si valiera el principio de simplificación, tendría derecho a hacer A (aun dejando de hacer B). El conflicto con la cláusula resolutoria del testamento sería una antinomia jurídica.

Eso afecta a todos los derechos condicionales. Por la regla de cierre lógico de la LDE, quien tiene el derecho de B y de A -si- B tiene derecho de A -y- B ; si tiene derecho de A -y- B , tiene (por el principio de simplificación) derecho de A —olvidándonos así de la condición B . (Es pacífico que Rodolfo tenía testamentariamente derecho a cuidar de los gatos y a quedarse con la herencia si cuidaba de los gatos.)

En el caso de que mi aclaración no resultara convincente, podríamos alterar el supuesto, pensando que Uriel no ha formulado la manda como condición, sino que meramente ha dispuesto que su heredero será Rodolfo, imponiéndole esa manda.

Podríamos poner otros ejemplos. La Caja de Ahorros de Andorra concede a sus clientes la posibilidad de hacer un depósito adicional de mil euros y llevarse una tableta de regalo; por el principio de simplificación, esa entidad les está concediendo el derecho de llevarse una tableta de regalo (aun sin depositar nada).

³⁹⁴. Son, empero, menester, restricciones; v. *supra*, apartado 9.4.4 del capítulo II y nota 124.

³⁹⁵. Si admitimos un sistema lógico con varias negaciones, supongamos que B implica la negación fuerte de A .

Ahora bien, una regla de inferencia derivada en la LDE es la de que las consecuencias deónticas de hechos preceptivos son también preceptivas: $\circ(A \rightarrow B), \circ A \vdash \circ B$.³⁹⁶ Por lo tanto, la obligatoria implicación de que $\neg A$ implique C más la obligación de $\neg A$ implica la obligación de C.

Un sistema es delicuescente si en él se puede probar cualquier enunciado, o sea si en él todo es verdad (principio de Protágoras). Un sistema es normativamente delicuescente si en él cualquier conducta es obligatoria. A tenor de la LDE, un sistema con una antinomia jurídica será normativamente delicuescente.

4ª Consecuencia: Obligaciones indeseables.

Hemos visto que en la LDE la obligación de contenido implicativo, $\circ(A \rightarrow B)$ más la obligación de la prótasis, A, implica la obligación de la apódosis, B.

Admitamos que es obligatorio que, si Carola es inocente, salga absuelta. Evidentemente Carola tiene la obligación de ser inocente (de no haber cometido el atraco a mano armada del cual está acusada). Ergo —según la LDE— habrá de ser absuelta, aunque de hecho no sea inocente (y se pruebe en el juicio que no lo es).

5ª Consecuencia: Disyunciones que matan.

Ya antes del artículo de von Wright, en 1941 Alf Ross había advertido sobre la paradoja de la disyunción. Si es obligatorio A y si las consecuencias lógicas de hechos obligatorios son obligatorias, es obligatorio A-o-B. Lo mismo vale para la licitud.

Geraldina tiene que leer la disertación de su alumno Mario. Ella, concedora de la LDE, concluye, con razón, que tiene que leerla o quemarla. La quema. Cuando el director del establecimiento escolar se lo reprocha, responde: «Mire, Sr. Director, efectivamente he hecho algo que no debía hacer: quemar la disertación. Pero, al hacerlo, en el mismo acto, he hecho

³⁹⁶ La prueba podría dejarse como ejercicio para el lector, quien la hallará en cualquier manual de LDE. Pruébese primero que $\circ A \wedge \circ B \rightarrow \circ(A \wedge B)$ por reducción al absurdo: supongamos que $\circ A \wedge \circ B$, pero que $\neg \circ(A \wedge B)$, o sea (por definición y tautologías sencillas), $\circ \neg A \vee \circ \neg B$ (es lícito no-A o es lícito no-B; en estas lógicas el «no» se entiende como negación fuerte, «no ... en absoluto»; o sea, no se conoce la diferencia entre « \sim » y « \neg »). Esa hipótesis se demuestra lógicamente incompatible con la prótasis. Hemos demostrado el principio de agregación deóntica, a saber: lo separadamente obligatorio es también conjuntamente obligatorio. A continuación, de $\circ A$ y $\circ(A \rightarrow B)$ se sigue $\circ(A \rightarrow B \wedge A)$. Mas de $A \rightarrow B \wedge A$ se sigue lógicamente B; luego, por la regla de cierre lógico, de $\circ(A \rightarrow B \wedge A)$ se seguirá $\circ B$.

En 1965 E.J. Lemmon propuso (en «Deontic logic and the logic of imperatives», *Logique et analyse* 8, pp. 39-71) una variante de la LDE sin principio de agregación. Pero eso no basta para evitar la delicuescencia del sistema (basado en la lógica clásica, por lo tanto en una lógica con la regla de Cornubia, o sea: $A, \sim A \vdash B$). Lemmon deja caer el axioma « $\circ A \rightarrow \sim \circ \neg A$ ». Así pues, en tal sistema lo preceptivo puede no ser lícito y quien tiene un deber no por ello tiene el derecho de cumplir ese deber.

La versión no agregativa de Lemmon apenas ha pasado de ser una curiosidad idiosincrásica; cabe ver en ella uno de tantos epículos inventados para salvar lo insalvable. Lo que más llama la atención en ese desesperado intento es que se pierde el sentido mismo de la LDE, que es el de constituir una lógica de las situaciones del mundo en el supuesto de cumplirse todas las normas. Tal motivación semántica (tal modelo) se evapora al admitirse normas incompatibles. Pero, sacrificado el modelo, se pierde la razón para asumir los demás axiomas de la LDE.

algo que sí debía hacer: leerla o quemarla. He cumplido ese deber, un deber, aunque haya incumplido otro deber».

Los defensores de la LDE siempre han pretendido minimizar la dificultad, desembarazándose de la paradoja de Ross con el reverso de la mano.

Para empezar se ha querido ver en ella una simple variante de la pseudoparadoja de la disyunción, o sea: que de cualquier enunciado A se deduce A-o-B (salvo en las lógicas conexivistas). Ahora bien, en el habla común sólo se profiere A-o-B cuando se tiene una duda sobre si A o B.

Mas esa dificultad es puramente pragmática. Una cosa es que A-o-B sea verdad, o no lo sea; otra que proferir «A o B» sea comunicacionalmente pertinente, es decir acorde con las reglas pragmáticas idóneas para el contexto de elocución.

No siempre «A o B» indica incertidumbre. Cuando nos dicen que el jueves anunciarán las notas de quienes se hayan examinado en la opción X o en la opción Z, y uno se ha examinado en la opción X, deduce (y está bien deducido) que el jueves anunciarán sus notas; no porque dude cuál es su opción, sino a sabiendas de que es X y, por lo tanto, es X o Z.

En cambio, con lo deóntico las cosas no suceden así, porque el contenido deóntico disyuntivo tiene su propia entidad, en virtud de caer bajo el operador del deber o del de licitud, que no son, así sin más, distribuibles. La prueba estriba en lo que acabamos de ver: con la regla de cierre lógico resulta que cualquiera que tenga un deber cumplirá otro deber suyo (lógicamente derivado del anterior) haciendo lo que haga, por opuesto que sea a los valores del ordenamiento normativo. Y, similarmente, quien tenga un derecho ejercerá otro derecho suyo al realizar cualquier conducta posible, incluso una totalmente prohibida.

Agrégase que, en el contexto deóntico, la disyunción tiene un valor especial: el de ofrecer una opción. En los contextos de asertos de deber o de derecho, el contenido disyuntivo se entiende como que el titular de ese deber o de ese derecho tiene dos opciones abiertas: cumplirlo o ejercerlo de la manera A o de la manera B.

Si Imelda ha de vacunarse el lunes o el martes, tiene dos opciones: hacerlo el lunes, hacerlo el martes. Si no lo hace el lunes, ya sólo le queda la alternativa del martes.

Igualmente, si Macarena puede irse de vacaciones el mes de julio o el de agosto, tiene esas dos opciones lícitas. Si renuncia a irse en julio, sólo le queda la opción de agosto.

Pero en ningún discurso normativo se inferiría de que a Macarena le es lícito irse de vacaciones en agosto que le sea lícito irse en agosto o en diciembre, porque eso, en ese contexto deóntico, se entiende como que tiene tal opción —o sea que, renunciando a irse en agosto, podría, lícitamente, irse de vacaciones en diciembre, si quiere.

6ª Consecuencia: Incompatibilidad entre la LDE y el principio de consecuencia jurídica.

El principio de consecuencia jurídica (entronizado en la lógica nomológica) es el de que, cuando sea obligatorio que $A \rightarrow B$ y se cumpla de hecho A, será obligatorio B, como la consecuencia jurídica del supuesto de hecho (A).³⁹⁷

En la LDE, si A está prohibido, entonces es obligatorio que A implique B, para cualquier B. Supongamos que A está prohibido; ergo $\circ(A \rightarrow B)$. Si, además, asumiéramos el principio de consecuencia jurídica, tendríamos que, del supuesto de hecho A (una conducta prohibida), se seguiría la obligación de B, sea B lo que fuere. Así pues, si está prohibido fumar en el baño y alguien lo hace, es obligatorio desencadenar una guerra.³⁹⁸

7ª Consecuencia: Incompatibilidad de la LDE con el principio de colicidad.

Un resultado de la prohibición de lo imposible (la 1ª de las ocho consecuencias funestas de la LDE) es que no se podría admitir el principio de colicidad, que tan importante papel juega en la lógica nomológica.

Son incompatibles. En efecto: hay conductas libres, o sea tales que es lícito que A y es lícito que $\neg A$ (donde « \neg » es la negación total, el «no ... en absoluto»). La regla de colicidad nos hace inferir que es lícito $A \wedge \neg A$. Pero $A \wedge \neg A$ es un imposible (con un grado total de imposibilidad, por ser « \neg » la negación fuerte, que no admite grados). Si lo totalmente

³⁹⁷. Ya sabemos —y se advirtió oportunamente— que A y B tienen que ser hechos contingentes de suyo y contingentes entre sí.

³⁹⁸. Para soslayar la necesidad del *modus ponens* deóntico (o principio de consecuencia jurídica, o sea: $\circ(A \rightarrow B)$, $A \vdash \circ B$), los adeptos de la LDE suelen acudir (a veces subrepticamente) a representar las obligaciones de contenido implicativo o condicional como asertos implicativos cuya prótasis es fáctica y cuya apódosis es deóntica: « $A \rightarrow \circ B$ ». (Precisaré que, si bien en la lógica nomológica se distingue entre la implicación, « \rightarrow », y el mero condicional, « \supset » —siendo la primera sensible a los grados de verdad a diferencia del segundo—, tal distinción es inexistente e irrelevante en la LDE, cuyo cálculo sentencial subyacente es la lógica clásica; por tal razón, en este contexto trataré ambas conectivas como si fueran idénticas.)

Tal es el enfoque aislacionista (ya criticado en esta obra, en el apartado 9.3 del capítulo II). Una cosa es (1) la obligación implicativa de que quien tenga propiedades en paraísos fiscales vea incrementado su tipo impositivo del IRPF en un cierto coeficiente. Otra cosa es (2) que aquellos que tienen propiedades en paraísos fiscales estén obligados a soportar que se incremente en tal coeficiente su tipo impositivo del IRPF. Y es que (2) puede ser verdad, no porque exista la obligación (1), sino porque casualmente sólo tienen propiedades en paraísos fiscales personas cuyo patrimonio es superior a dos millones de euros, siendo preceptivo que aquellos cuyo patrimonio sea superior a dos millones de euros soporten ese incremento del tipo impositivo del IRPF.

Hasta donde yo he podido ver, en todas las discusiones sobre el recurso a una lógica no monotónica para solucionar las antinomias deónticas se enuncian las obligaciones condicionales o implicativas transponiendo el operador de obligatoriedad a la apódosis, ocultando así que lo preceptivo es la implicación. (V. *infra*, Anejo N° 3 de este capítulo.) Confúndese que todos los A estén obligados a hacer B con que sea preceptivo que los A hagan B.

Un cultor de la lógica deóntica que se percató en parte de la dificultad fue Ota Weinberger, quien, en «Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik», en *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*, ed. por U. Klug, T. Ramm, F. Rittner & B. Schmiedel (eds), Springer, 1978, pp. 173-190 (DOI: 10.1007/978-3-642-95317-0_15), propuso expandir la LDE con una regla de inferencia adicional, según la cual lo que se deduce de un aserto del sistema jurídico más una verdad fáctica es también un aserto del sistema jurídico. Sin embargo de «Todos los homicidas han de ser castigados» y «Sostres es un homicida» no se deduce en la LDE la conclusión «Sostres ha de ser castigado». Sólo sería posible tal deducción agregando a la LDE el *modus ponens* deóntico —pero ya hemos visto que el resultado sería desastroso.

imposible está absolutamente prohibido, $A \wedge \neg A$ lo estará. Por lo tanto, o dejamos caer la regla de colicidad (cuya necesidad ya examinamos detalladamente en capítulos precedentes), o, si no, concluimos que ninguna conducta es libre, o sea: que, si es lícito A , estará prohibido $\neg A$. (El principio totalitario: cualquier conducta es preceptiva o ilícita, nunca libre.)³⁹⁹

¿Podemos prescindir del principio de colicidad? Sí, podemos, pagando el precio de que ningún derecho será incondicional. Supongamos que a Estela le permiten ir al cine el domingo por la mañana y también se lo permiten a Fátima. Siendo amigas, deciden ir al cine juntas. Entonces la autoridad competente (el colegio, los padres o tutores o quien sea) les dice que no pueden hacerlo: o la una o la otra. Protestan: a Estela le habían dicho que podía ir al cine el domingo y lo mismo le habían dicho a Fátima, sin que la autoridad les hubiera condicionado el ejercicio de ese derecho de ningún modo y, por lo tanto, sin que hubiera advertido que el ir la una cancelaba el derecho de la otra.

O tomemos el derecho de asociación y el de voto. Si el gobierno nos dice que sólo podemos votar si no pertenecemos a asociación alguna, pensaremos, con razón, que se está violando la Constitución, que nos concede ambos derechos, incondicionalmente.

8ª Consecuencia: Incapacidad de la LDE para dar cuenta de razonamientos necesarios en la praxis jurídica.

Hay varios razonamientos habituales y necesarios en la praxis jurídica que la LDE ni fundamenta ni puede fundamentar.

El primero de ellos es el que podríamos llamar *silogismo disyuntivo deóntico* (el principio de opción preceptiva defendido en el apartado 9.3.1 del capítulo II de este libro). Veámoslo con un ejemplo. En la responsabilidad solidaria por una deuda, dos sujetos (o quizá más), X y Z , están bajo la siguiente obligación: es preceptivo que o bien pague X o bien pague Z . Si el acreedor piensa que Z no quiere pagar, o no puede pagar, exige el pago a X .

En la lógica nomológica el razonamiento del acreedor se ajusta a un principio lógico correcto, el principio de opción prescriptiva (v. loc.cit.). En la LDE no hay nada que justifique ese razonamiento. En la LDE la obligación de que X pague o Z pague es una consecuencia lógica de que X tenga que pagar o Z tenga que pagar; no viceversa. Como esa lógica no reconoce lo específico del contenido disyuntivo, no posee ningún axioma ni ninguna regla de inferencia para avalar el razonamiento del acreedor.

Ese *impasse* plantea un serio problema a la concepción semántica subyacente a la LDE. A tenor de sus presupuestos, en la LDE se deduce «o A » de unas premisas «o B_1 », ...

³⁹⁹. La denominación corresponde al adagio enunciado por el novelista T.H. White en su obra *The once and only King* (1958): *everything not forbidden is compulsory*. En su libro *Sour Grapes* (Cambridge U. P., 2016 ISBN 9781107142022), Jon Elster cita un curioso análisis crítico de la sociedad soviética por el lógico disidente Aleksandr Zinoviev, quien (medio en broma, medio en serio) le reprocha incurrir en una confusión de la «negación externa» con la «negación interna», o sea «No es preceptivo que A » con «Es preceptivo que no A ». Me temo que tal confusión cabe hallarla en muchos ambientes y en muy diversas sociedades.

«oB_n» si, y sólo si, en una novela que represente el mundo cuya realización quiere el legislador, de cumplirse B₁, ..., B_n, también se cumple A.

Ahora bien, imaginemos que en esa novela se cumple «Paga X o paga Z». De ahí no se sigue lógicamente que pague X ni tampoco que pague Z. Esa novela ¿en virtud de qué contiene «X paga o Z paga» sin contener ni «X paga» ni «Z paga»? ¿Qué es la disyunción en ese intermundo novelero?⁴⁰⁰

El segundo razonamiento jurídico del cual se inhibe la LDE es la correlación entre derechos y deberes. No hay en esa lógica principio alguno de impedimento que repute prohibido obstruir una actuación ajena lícita.

El tercer razonamiento que desconoce la LDE es lo atinente a la causación. En esa lógica de que una conducta cause un efecto prohibido no se sigue lógicamente nada.

En cuarto lugar, la LDE hace difícil incluir operadores deónticos iterativos o, más exactamente, operadores deónticos que caigan bajo el alcance de otros operadores deónticos, sin los cuales no se pueden concebir obligaciones de segundo nivel —obligaciones de que ciertas conductas sean obligatorias o lícitas.⁴⁰¹ Lo hace difícil la semántica que da sentido a esa lógica, pues requeriría una novela incrustada en otra.

Hay que distinguir, no obstante, entre las dos formulaciones alternativas de la LDE. En la formulación modal de Anderson y Kanger, si se postula el axioma de normalidad modal —a saber: que nada que efectivamente suceda es imposible (*ab esse ad posset ualet consequentia*)—, entonces se prueba el principio de Hamurabí («o(oA→A)»), del cual se deduce el principio de desiteración deóntica, «ooA→oA» (éste último es un teorema de la lógica nomológica; v. *supra*, apartado 9.4.3 del capítulo II).⁴⁰²

⁴⁰⁰. Una novela no refleja un mundo posible determinado sino un racimo de mundos. Los hechos no fijados en la novela (que no se deducen de la narración) tendrán una realización en uno de los mundos del racimo y otra en otro de esos mundos. Por eso es mejor decir que la novela refleja un intermundo.

Pensemos en una novela en la que se dice que un personaje, Orlando, se va de vacaciones a Quíos o a Lesbos, sin precisar a cuál de las dos islas. Será ciertamente incompatible con el mundo de la novela otro en el cual Orlando no se vaya a veranear ni a Quíos ni a Lesbos, mas, en cambio, nada nos autoriza a decir que Orlando se va a Quíos ni que se va a Lesbos.

En la visión semántica de la LDE, la obligación de que X o Z paguen no implica en absoluto obligación de pagar de X en el caso de que Z no pague. En la LDE ningún supuesto de hecho implica deónticamente conclusión alguna.

En la LDE es obligatorio que los godos ganen o no ganen la batalla de Hadrianópolis el 9 de agosto del 378; evidentemente no lo es que ganen ni lo es que pierdan. El tratamiento que la LDE da a la obligación de que pague el deudor principal o el avalista no difiere en absoluto del que da a la obligación del tercio excluso.

⁴⁰¹. Son frecuentísimas e imprescindibles esas situaciones jurídicas de segundo nivel. V. (Peña, 2016a).

⁴⁰². Aunque no, desde luego, con tal denominación (toda vez que el bautismo corresponde al autor de esta obra), el principio de Hamurabí fue propuesto por Arthur Prior en su libro *Formal Logic*, Oxford: Clarendon P., 1955, p. 25. Prior (un pionero heterodoxo de las lógicas intensionales) lo consideraba válido por analogía con un principio admitido en muchas lógicas modales, «□(□A→A)». Sólo que en esas lógicas modales «□A→A» es un teorema lógico, al paso que en ninguna lógica deóntica «oA→A» es un teorema (salvo en la de Mally —pero a sabiendas, por parte de su autor, de que era un indeseable resultado que había que superar). Sobre la importancia de la obra lógica de Prior (truncada por una muerte prematura), v. «Arthur Prior», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disp.

Nada de eso sucede en la formulación pura, la originaria de von Wright de 1951. Como, en la concepción subyacente a la LDE, es muy problemática la noción de obligaciones de segundo orden, la concepción modal de Anderson-Kanger se verá forzada a renunciar al axioma de normalidad modal (o sea, habrá de aceptar que en nuestro mundo suceden hechos imposibles).

En quinto y último lugar, es trivial y decepcionante el tratamiento de los cuantificadores en la LDE. ¿Qué sentido posee, en esa lógica, decir que alguien tiene derecho a que exista alguna vivienda en la cual él more? ¿O a que exista algún puesto de trabajo que él desempeñe? ¿Qué tratamiento podría darse en la LDE al aserto de que es preceptivo que haya algún país en el cual le esté permitido entrar a un emigrante? La lógica nomológica ha hecho sus pruebas habiéndoselas con ese tipo de problemas;⁴⁰³ desde la LDE, nada.

ANEJO N° 2

Algunos comentarios sobre las aportaciones de Alchourrón y Bulygin⁴⁰⁴

1.— El sistema de lógica deóntica de 1973

Aunque mi lectura de la LDE (en sus dos variantes) la presenta como una lógica del cumplimiento de las normas, tal presentación no es la abrazada en el enfoque de Alchourrón y Bulygin, quienes distinguen entre la **lógica deóntica**, o lógica de las normas, y la **lógica normativa**, o lógica de las «proposiciones normativas»; ninguna de las dos es (en principio) una lógica de las situaciones resultantes del cumplimiento o incumplimiento de las normas (ni tampoco una lógica de las situaciones jurídicas).

en <https://plato.stanford.edu/entries/prior/>, cons. 2017-06-11.

⁴⁰³. V. *supra* la discusión de la 5ª dificultad de este capítulo.

⁴⁰⁴. Una crítica mucho más honda y global del enfoque jusfilosófico de Alchourrón y Bulygin se halla en Mauro Barberis, «Conjuntos y sistemas: Una objeción a Alchourrón y Bulygin», Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 20 (1997), pp. 23-52. A diferencia de Barberis yo me ciono aquí a la lógica deóntica.

De las varias formulaciones de su doble sistema escojo la expuesta en C. Alchourrón & E. Bulygin, «Von Wright on deontic logic and the philosophy of law».⁴⁰⁵ Sin embargo, voy a seguir en esta discusión la reconstrucción de Åqvist.⁴⁰⁶

La producción lógico-deóntica de Alchourrón y Bulygin se basa en asumir la dicotomía de Jørgensen. Ellos establecen una diferencia entre sentencia y proposición; ésta sería la significación expresada por una sentencia. Así y todo, la sentencia edictiva del legislador expresaría una prescripción, al paso que la constativa del jurista expresaría un reconocimiento de la existencia de una prescripción legislativa. Cuando el jurista dice que está prohibido fumar en los establecimientos abiertos al público, quiere decir que así lo ha prescrito el legislador.⁴⁰⁷

Según la reconstrucción de Åqvist, la lógica deóntica DL de Alchourrón y Bulygin adoptaría la pauta modal de Anderson y Kanger, sólo que asumiendo el sistema de lógica modal estándar, S5. Para ser una lógica de las prescripciones, tres de los cuatro axiomas me resultan extraños —y todos ellos difíciles de entender:

(a) $\Box A \rightarrow \circ A$

(b) $\circ(A \rightarrow B) \rightarrow \circ A \rightarrow \circ B$

(c) $\circ A \rightarrow \sim \circ \sim A$

¡A ver si soy capaz de leerlos en lenguaje natural! Hablamos de una lógica de las normas concebidas como prescripciones cuya diferenciación de los «proposiciones normativas» ha sido recalcada *usque ad nauseam*. Para que haya tal diferencia, al menos tendrá que expresarse lingüísticamente. Una prescripción se enunciará con una frase exclamativa en

⁴⁰⁵. En *The philosophy of Georg Henrik von Wright*, ed. por P.A. Schlipp & L.E. Hahn, Open Court, 1989, pp. 665-693. Ese texto había sido escrito en 1973; dos años antes ambos autores argentinos habían publicado su *opus magnum*, *Normative systems*, Springer V., ISBN 9780387810195. Otro importante trabajo de Alchourrón y Bulygin es su ensayo «The expressive conception of norms», en *New studies in deontic logic*, ed. por Risto Hilpinen, Dordrecht: Reidel, 1971, pp. 95-124; hoy disp. como libro electrónico publicado por Springer, ISBN 9789400984844.

Ambos ensayos están reproducidos en (Alchourrón & Bulygin, 1991), con traducción al español de E. Bulygin. (El primero de ellos en las pp. 69-102 y el segundo en las pp. 121-153.)

Notemos que, en lo esencial, la lógica deóntica de Alchourrón y Bulygin de 1971/1973 reproduce la ofrecida por Carlos Alchourrón en «Lógica de las normas y lógica de las proposiciones normativas», 1969 (texto N° 2 de (Alchourrón & Bulygin, 1991), pp. 24-49). Las diferencias son principalmente de técnica y, en parte, de contexto.

⁴⁰⁶. Lennart Åqvist, «Alchourron and Bulygin on deontic logic and the logic of norm-propositions: Axiomatization and representability results», *Logique et analyse* N° 203 (2008), pp. 225-261, disp. en <http://www.jstor.org/stable/44084894>.

Tras haber releído cuidadosamente el texto de Alchourrón y Bulygin (en su traducción española), cotejándolo con el de Åqvist, he optado, en esta discusión, por ceñirme a la reelaboración del lógico sueco —en lugar de la versión originaria de los profesores argentinos. Ello no se debe sólo a motivos de claridad y sistematicidad, sino, sobre todo, a que aborda las relaciones entre la lógica deóntica y la modal, lo cual no estaba contemplado en la presentación de los dos autores argentinos. Desde el punto de vista de la rivalidad entre la LDE y la lógica nomológica, es importante tomar en consideración los operadores modales.

⁴⁰⁷. En ningún caso contemplan que una sentencia deóntica exprese un estado de cosas deóntico, lo cual no cabe en su ontología.

subjuntivo (u optativo), encabezada por la partícula ‘que’ —en sentido desiderativo. P.ej. «¡Que se paguen los impuestos!»

Un ejemplo de (a) sería entonces: «Si necesariamente 2+2 son 4, entonces ¡que 2+2 sean 4!». Un ejemplo de (b): «Si ¡que los inocentes sean absueltos!, entonces, si ¡que sean inocentes!, entonces ¡que sean absueltos!». Un ejemplo de (c): «Si ¡que se respeten las reglas de tráfico!, entonces no ¡que no se respeten las reglas de tráfico!».

No es el mayor inconveniente que esas paráfrasis violen la sintaxis de nuestro idioma —siendo, por ello, difíciles de leer—. ⁴⁰⁸ Lo más dudoso para mí —en la medida en que medio vislumbro qué se quiere decir (y admitiendo que quizá no he entendido nada de lo que deseaban vehicular los preclaros autores)— es que en cualquier ordenamiento jurídico sea una norma ésa de la obligación de que 2+2 sean 4, o que, preceptuada la absolución de los inocentes, se preceptúe la absolución de aquellos que tienen el deber de ser inocentes (aunque no lo sean de hecho). El axioma (c) plantea una dificultad de comprensión especial, por esa negación prefijada a la exclamación; sea como fuere, y cualquiera que sea su sentido, ¿de veras suceden así las cosas en todo ordenamiento normativo?

De manera más general, proceden dos reflexiones. La primera es que este sistema presta el flanco a los ocho reparos enumerados en el Anejo N° 1 de este capítulo, ya que comparte sendas consecuencias funestas con las demás variantes de la LDE (tratará de zafarse de la 3ª mediante el recurso a una lógica no monotónica, por modo de epiciclo).

La segunda reflexión es que resulta problemática la mezcla, en una misma oración compuesta, de una cláusula aseverativa (y, por lo tanto, portadora de un valor veritativo) y otra dizque prescriptiva y, a fuer de tal, carente de tal valor; no está clara la naturaleza del resultado de ese acoplamiento. Así, tomando el axioma (a), la prótasis es una oración asertiva modal, que será verdadera o falsa. «Es un hecho necesario que los batracios son anfibios» es verdad; «Es un hecho necesario que los neandertalenses se extingan antes del siglo CC aEC» es falso (sin duda tal extinción es un hecho contingente). Pero ¿cuál es el estatuto gramatical y semántico del enunciado complejo «Si necesariamente los batracios son anfibios, ¡que los batracios sean anfibios!»?

Seguramente hay que entender que esa lógica se aplica a un sistema ideal de normas (así lo dan a entender los dos jusfilósofos argentinos); o acaso que se trataría de compromisos contraídos por el legislador al edictar normas —independientemente de cuál resulte su real actividad legislativa. Al autor de estas páginas le cuesta mucho entender qué es esa lógica deóntica o lógica de las normas, porque justamente la lógica de las proposiciones normativas (o lógica normativa) de los mismos Alchourrón y Bulygin va a afirmar que hay sistemas normativos que contienen la obligatoriedad de A y también la de ~A. ¿Cómo así, entonces, la norma «oA» implica la norma «~o~A»?

⁴⁰⁸. Bien es verdad que hay que estirar mucho nuestra tolerancia lingüística para adivinar qué se quiere aseverar en una oración condicional cuya prótasis es una exclamación. Es más fácil de entender lo que se quiere decir cuando la cláusula exclamativa es la apódosis, como en «Si tienen envidia, ¡que se aguanten!».

De todos modos no existe ningún legislador ideal; en cuanto a que existan compromisos que contraería el legislador por el mero hecho de legislar, eso sólo podría acaecer de presuponerse una norma supralegislativa, que el legislador no pudiera alterar ni derogar —lo cual no se condice para nada con el positivismo jurídico que inspira toda esta construcción.

2.— La dicotomía entre las dos concepciones de las normas: la hilética y la expresiva

Es bien sabido que Alchourrón y Bulygin inventaron una dicotomía entre la visión hilética y la visión expresiva de las normas. En su Introducción a (Alchourrón & Bulygin, 1991) (en la p. XXVI) nuestros dos autores reconocen que en sus primeros escritos (incluyendo el aquí comentado de 1973) habían incurrido en una

aceptación acrítica de que las conectivas proposicionales y, en particular, la negación podían aplicarse directamente a las normas de tal modo que la negación de una norma «—Op» también resultaba ser una norma [...] pero esto implica que las normas son entidades semejantes a proposiciones, capaces de entrar en relaciones lógicas entre sí [...] El grave problema que se plantea para esta concepción, que hemos denominado hilética, consiste en explicar de qué manera entidades prescriptivas que carecen de valores de verdad pueden ser portadores de relaciones lógicas cuando éstas son definidas en términos de verdad. El mismo problema se plantea respecto a la aplicación de conectivas proposicionales, definidas usualmente en términos de verdad y falsedad [...]

Intentaré aclarar en pocas palabras ese distingo entre la visión hilética y la expresiva —si bien juzgo que los dos lógicos argentinos son sumamente confusos respecto a la primera.

La visión hilética, según ellos, concebiría el operador de obligatoriedad en paralelo con cualquier operador proposicional monádico, de tal modo que «Es obligatorio que p » sería un aserto igual que «Es necesario que p ». La visión expresiva entiende que la proclama normativa es una prescripción y que, por lo tanto, al decir «Es obligatorio que p », el legislador está prescribiendo p , no está adscribiendo propiedad alguna al hecho de que p . A diferencia del imperativismo de Bentham y Austin (y del que nuestros ilustres autores atribuyen a la obra póstuma de Kelsen), ellos entienden que hay actos de habla prescriptivos que no son imperativos, por lo cual no es lo mismo prescribir que ordenar.

Así diseñada la dualidad parece clara; sólo que nuestros dos autores reiteradamente precisan que incluso en la visión hilética las normas carecen de valor veritativo (admitiendo, empero, que hay algún que otro partidario de la visión hilética, como Kalinowski, para quien las normas son verdaderas o falsas).

Rehusarles a las normas verdad o falsedad oscurece completamente qué se entiende por visión hilética. Si el operador «Es obligatorio que» es un operador como cualesquiera otros de la lógica «intensional» (temporal, modal, doxástica, epistémica, axiológica, ubicativa, etc), entonces «Es obligatorio que p » debería denotar un hecho, un estado de cosas deóntico, igual que «Es necesario que p » denota un hecho modal; la oración deóntica que denota un estado de cosas deóntico sería verdadera si éste es real y falsa si no lo es. De suceder así, comprendemos qué es la concepción hilética (tal es, desde luego, la concepción metafísica del Derecho abrazada en la presente obra).

Pero, si ese operador, «o», no funciona de esa manera, si «oA» es una oración carente de valor veritativo, son enigmáticos los sentidos de «~oA» y «oA&oB». De hecho, al denegarse valor veritativo a esos enunciados, desvanécese el distingo entre la visión presuntamente hilética y la expresiva.

En una etapa de su viaje intelectual, nuestro par de autores, tras haber abrazado la visión expresiva (de la cual han sido máximos adalides y que ha quedado como su marchamo), consideran que han de renunciar a la lógica deóntica para conformarse con una lógica normativa (o sea, una de las proposiciones normativas). Así nos dicen en (Alchourrón & Bulygin, 1991), p. 126: «Para la concepción expresiva no puede haber una lógica de normas, porque no hay relaciones lógicas entre éstas últimas» (*ibid.*, p. 252). Y agregan:

La concepción expresiva de las normas precluye toda posibilidad de una lógica de normas: si la normatividad consiste en un cierto uso del lenguaje y las normas son expresiones de actos ilocucionarios, entonces no hay relaciones lógicas entre normas.

En esa etapa nuestros dos autores parecen asumir una postura autocrítica, que implica desechar buena parte de su producción anterior. Sin embargo, se aferran a una lógica de las proposiciones normativas.

Me resultan confusos los motivos para esa persistencia. He creído hallar dos. Uno es que hay una lógica de los actos ilocucionarios. Dícnos en «La concepción expresiva de las normas» (*ibid.*, p. 149). «Ordenar una proposición es incompatible con permitir su negación, exactamente como ordenar p es incompatible con rechazar p . En ambos casos tenemos un conflicto de ambivalencia (dos actitudes incompatibles respecto de la misma proposición)».

Bien, ¿qué prueba que esa incompatibilidad sea lógica? ¿Qué argumento avala la conclusión de que no hay legisladores ambivalentes? ¿No sucede, antes bien, que todos solemos incurrir en ambivalencias?

El segundo motivo para mantener una lógica normativa sin lógica deóntica es que quien ordena algo explícitamente está, implícitamente, ordenando todas sus consecuencias lógicas. (Eso es lo que se viene a decir en el mismo artículo, p. 129, bajo dos formulaciones.) Aunque no lo enuncian en esos términos, aquello que dan a entender es que la lógica normativa sería una lógica de los estados del mundo si se cumplieran todas las normas, e.d. una lógica del cumplimiento de las normas (insisto: de todas ellas).

Lamentablemente esa visión del legislador es irrealista y paradójica. Es la general de la LDE con sus ocho consecuencias funestas, ya estudiadas más arriba (en el Anejo N° 1).

Pero es que, si no hay relación lógica entre las normas, mal se percibe cómo puede haberla entre las «proposiciones normativas». Si un ordenamiento normativo puede ser, sin lógica alguna, cualquier amalgama o conglomerado de prescripciones y si una proposición normativa meramente registra la existencia de una prescripción, ¿qué base puede tener atribuir lógica alguna al reflejo especular de un ilógico almiar, de un batiburrillo aleatorio y caprichoso?

De toda esa digresión parece seguirse que, cuando elaboraron sus sistemas de lógica deóntica en los años 1969-73 (antes, pues, de inventar el distingo entre las dos concepciones de las normas, que data de 1981),⁴⁰⁹ nuestro par de autores argentinos se adherían a la visión hilética; ellos mismos así lo dan a entender.

Pero no es verdad. En el ensayo de 1973 cuya lógica deóntica es la aquí discutida (eso sí —según ya lo indiqué— en la reelaboración ofrecida por Åqvist—) nos dicen claramente ((Alchourrón & Bulygin), 1991, p. 85): «La lógica de las normas como lógica del lenguaje normativo prescriptivo [...] correspondería a lo que von Wright llama la interpretación prescriptivista de un cálculo deóntico». «Las expresiones usuales de la lógica deóntica serán leídas como expresiones de normas: mandatos (Op), prohibiciones (O~p) y permisos (Pp)».

O sea, justamente la concepción expresiva, no la hilética. Lo que sucede es que antes de 1981 nuestros dos autores creían que había una lógica de los mandatos, las prohibiciones y las permisiones, e.d. una lógica de los actos de habla con esa fuerza ilocucionaria. Después, al parecer, se desengañan.

No estoy seguro de que de veras sufran ese desencanto, puesto que el primero de los motivos que, en la fase posterior, los induce a conservar una lógica normativa es que siguen pensando que hay ciertas regularidades lógicas que presiden el conjunto de nuestros actos ilocucionarios, en virtud de la cual es ilógica la ambivalencia. De ser así, no veo cambio ninguno ni me parece que estén fundados los escrúpulos que, en una fase de crisis, los conducen a renunciar a su lógica de las normas. (Otra cosa es si nos convence la existencia de una lógica de los actos ilocucionarios, si concordamos con ellos en que la ambivalencia sea lógicamente imposible.).⁴¹⁰

⁴⁰⁹. Eso no es del todo exacto, porque en 1981 sólo se produce una nueva enunciación —más rotunda, más enfática— de la dicotomía ya formulada en el artículo de 1971 sobre la concepción expresiva de las normas, más arriba citado.

Una discusión del distingo glosado en el presente apartado la ofrece Riccardo Guastini en «Dos concepciones de las normas», *Revus* [Online], 2017, acc. 2017-06-16, <http://revus.revues.org/3810>, DOI 10.4000/revus.3810.

⁴¹⁰. Una demolidora crítica de la lógica deóntica en general (desde un punto de vista cuyo positivismo radical no tiene nada que envidiar al de Alchourrón y Bulygin) la ofrece Rafael Hernández Marín en su artículo «Sobre la concepción lógica del derecho», *Isonomía*, N° 18 (2003), pp. 79-110, repr. en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Hernández Marín parte del imperativismo más estricto: las normas son imperaciones, sin que pueda existir ninguna lógica de las imperaciones. Cuestiona que, no habiéndola, pueda erigirse una lógica de los enunciados normativos. Demuestra convincentemente una tesis repetida varias veces en este libro —y concretamente en este capítulo—: que la LDE no permite deducir de «Todos los españoles han de pagar impuestos» y «Juan es español» la conclusión «Juan ha de pagar impuestos». Sabemos que ese principio de consecuencia jurídica (o *modus ponens* deóntico) ni es derivable en la LDE ni es compatible con ella. (Si a la LDE le agregamos el principio « $\circ(A \rightarrow B) \rightarrow .A \rightarrow \circ B$ », se desmorona; v. *supra*, 6ª consecuencia funesta de la LDE en el Anejo N° 1.)

En la concienzuda crítica de Hernández Marín se mezclan razones válidas (válidas contra determinada lógica deóntica, la LDE) y una aguda percepción de ciertas inconsecuencias de Alchourrón y Bulygin con presuposiciones positivistas dogmáticamente asumidas. Su conclusión de que no hace falta la lógica para la aplicación del Derecho la juzgo errónea y no demostrada (ni demostrable). En cualquier caso, su aportación me parece interesante al menos para anotar las deficiencias de la LDE y ciertos problemas en la obra de nuestros dos lógicos argentinos. Hernández Marín no toma en consideración la lógica nomológica que (bajo otras denominaciones y en fases iniciales) ya estaba expuesta en trabajos conjuntos del autor de este libro y de Txetxu Ausín desde 1995

Alchourrón y Bulygin han hecho un ciclópeo esfuerzo que merece nuestro reconocimiento. Mas las construcciones de los cíclopes acabaron hundiéndose por falta de argamasa y de sólidos cimientos.⁴¹¹

ANEJO N° 3

El auxilio de la lógica no-monotónica⁴¹²

Quedaría incompleta la discusión de la LDE sin consagrar atención a uno de los intentos de salvarla parcheándola: el recurso a lo no-monotónico, distinguiendo obligaciones *prima facie* y obligaciones *habida cuenta de todo* (v. *supra*, discusión de la 3ª dificultad del capítulo III).⁴¹³

Distinguir entre obligaciones válidas *habida cuenta de todo* y obligaciones meramente *prima facie* es acudir a la noción de norma defectible.

Ya nos las hemos visto con la noción de defectibilidad deóntica para descartarla. En efecto, según lo señalé en la discusión de la 13ª dificultad del capítulo IV y en la de la 3ª dificultad del capítulo VII, mi uso del concepto de ponderación nada tiene que ver con el de Alexy ni, por ende, con la idea de derechos y deberes defectibles (que —por otra vía, no ponderacionista— viene a ser la del recurso deóntico a lógicas no monotónicas). La noción misma de defectibilidad implica que, una vez efectuada la operación mental idónea (ponderación alexiana o determinación alchourroniana del lugar de cada norma en la escala de

(más arriba citados, en la nota 379).

⁴¹¹. Esa obra ha sido continuada por sus epígonos, entre los cuales cabe mencionar a M^a Cristina Redondo, Jorge Rodríguez y Pablo Eugenio Navarro López. Hay un número de juristas argentinos, italianos y españoles que, sin forzosamente adherirse del todo a ese paradigma, gravitan en torno a él.

V. P.E. Navarro, «Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho contemporánea», prólogo a *Un diálogo con la teoría del Derecho de Eugenio Bulygin*, ed. por José Juan Moreso y María Cristina Redondo, Marcial Pons, 2007, ISBN 9788497684415.

⁴¹². Sobre el recurso a las lógicas no monotónicas en el tratamiento del razonamiento jurídico (con especial referencia a Alchourrón), v. Jaap Hage, *Studies in legal logic*, Springer, 2006, ISBN 9781402035524.

V. también: Txetxu Ausín, «Lógicas no-monotónicas y conflictos normativos. Un análisis crítico», *Revista de Filosofía*, ISSN 0034-8244, N° 23 (2000), pp. 85-104.

⁴¹³. ¿Qué es la lógica no monotónica? La *Enciclopedia Stanford* la define así (<https://plato.stanford.edu/entries/logic-nonmonotonic/>, acc. 2017-06-13):

The term «non-monotonic logic» (in short, NML) covers a family of formal frameworks devised to capture and represent defeasible inference, i.e., that kind of inference in which reasoners draw conclusions tentatively, reserving the right to retract them in the light of further information. Examples are numerous, reaching from inductive generalizations to abduction to inferences on the basis of expert opinion, etc. We find defeasible inferences in everyday reasoning, in expert reasoning (e.g. medical diagnosis), and in scientific reasoning.

Defeasible reasoning just like deductive reasoning, can follow complex patterns. However, such patterns are beyond reach for classical logic (CL), intuitionistic logic (IL) or other logics that characterize deductive reasoning since they — by their very nature — do not allow for a retraction of inferences. The challenge tackled in the domain of NMLs is to provide for defeasible reasoning forms what CL or IL provide for mathematical reasoning: namely a formally precise account that is materially adequate, where material adequacy concerns the question of how broad a range of examples is captured by the framework, and the extent to which the framework can do justice to our intuitions on the subject (at least the most entrenched ones).

prevalencia), el derecho o el deber «derrotado» (o, mejor, sobrepujado, preterido) deja de ser un genuino derecho o deber, perdiendo por completo su validez jurídica. Al revés, aunque reconozca mayor vigencia a una norma que a otra, o mayor preceptividad al contenido de la primera que al de la segunda (son dos escalas diversas, no forzosamente coincidentes), la ponderación gradualista no por ello va a relegar al desván de los no-derechos o no-deberes aquel derecho o deber que no haya prevalecido. Por eso, la visión lógica del Derecho no incorpora la noción de derechos o deberes defectibles.⁴¹⁴

A tenor del distingo aquí cuestionado, las obligaciones legales (o casi todas ellas) serían defectibles, habiendo siempre en la ley un canon de primacía —con un orden escalar—, por el cual, en caso de conflicto entre dos deberes, uno de ellos prevalece sobre el otro, anulándolo. Tal planteamiento coincide con la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta en casos difíciles.⁴¹⁵

La no-monotonidad introduce una severa complicación en la semántica de la LDE. Lo obligatorio (a secas, o sea: habida cuenta de todo) se definirá como aquella conducta que sea imposible no hacer si se respetan las normas prevalentes (y no ya todas las normas).⁴¹⁶

La escuela de Alchourrón y Bulygin ha derrochado ingenio y virtuosismo hilando fino en torno a esas ideas directrices. En nuestro idioma ese enfoque es casi unánime en aquellos círculos de filosofía jurídica que se interesan por la formalización lógica del discurso

⁴¹⁴. «Derrotables», en la inadecuada traducción a nuestro idioma del adjetivo inglés «defeasible», literalmente «deshacible», que no es lo mismo que «defeatable».

Una gama de aproximaciones al razonamiento jurídico con la noción de normas defectibles viene ofrecida en el libro de Jordi Ferrer Beltrán & Giovanni B. Ratti (eds), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford U.P., 2012, ISBN 9780199661640 (reseñado por Luís Duarte d'Almeida, «The Problem of Defeasibility and the Problems of 'Defeasibility'», *Jurisprudence*, 5/2, pp. 401-408, DOI 10.5235/20403313.5.2.401).

⁴¹⁵. V. Ronald Dworkin, «Is There Really No Right Answer in Hard Cases?» repr. en *A Matter of Principle*, Harvard U. P., 1985; y «On Gaps in the Law», en *Controversies about the Law's Ontology*, ed. por Neil MacCormick & Paul Amselek, Edinburgh U. P., 1991. De la inacabable serie de discusiones en torno a las ideas de Dworkin y su disputa con Hart limitome a citar un trabajo complejo: Scott J. Shapiro, «The 'Hart-Dworkin' debate: A short guide for the perplexed», Public Law and Legal Theory Working Paper Series (Yale University) — Working paper N° 77, marzo de 2007, disp. en https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf. No sólo aspira el monismo de Dworkin (expuesto ya en esas obras tempranas pero llevado a su cúspide en el *opus magnum*, *Justice for hedgehogs*) a eliminar las antinomias (jurídicas o axiológicas), los *gluts*, sino también las lagunas, los *gaps*. (Espero no ser impertinente recordándolo, ya que la filosofía jurídica de Dworkin es incompatible con el horizonte de intelección desde el cual se enuncian las doce dificultades del presente capítulo —el cual afirma la indeterminación del Derecho, al recusar el principio de permisión.)

⁴¹⁶. No son Alchourrón y Bulygin los únicos en acudir a lógicas no monotónicas para salvar la LDE. Otro intento en esa dirección es el de M. Beirlaen, Ch. Straßer & J. Meheus, «An inconsistency-adaptive deontic logic for normative conflicts», *Journal of Philosophical Logic* 42/2 (2013), pp. 285-315. Su idea es la de que algunas de las reglas de la LDE se hagan defectibles; seguirán siendo tratadas como si fueran incondicionales hasta que asome una contradicción. (Eso recuerda bastante la visión del último Wittgenstein de los juegos del lenguaje. El lector apreciará qué opinión le merece una lógica algunas de cuyas reglas sólo valen mientras con ellas no se deduzca una consecuencia rechazable.)

normativo (estando asociada a la cruzada contra el principio de permisión, o sea a la corriente ultrapositivista).⁴¹⁷

Ese enfoque se presta a cinco reparos.

1. Aunque ese recurso a la no-monotonidad sirviera para solventar el problema de las antinomias jurídicas, no solventaría en absoluto los otros problemas de la LDE.
2. Es gratuita la fe en ese canon de prevalencia que siempre permitiría jerarquizar. De hecho la experiencia jurídica desmiente que exista tal jerarquía. A menudo las reglas de prevalencia (o exequibilidad preferente) no sólo son fluctuantes sino que entran mutuamente en conflicto unas con otras. A veces ni siquiera existen. Así, en virtud del art. 30 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 23 de mayo de 1969), sólo en casos muy particulares hay una jerarquía entre los tratados, siendo más general que no se dé (si un país, X, pacta con otro, Y, algo que entra en contradicción con un compromiso suscrito por X con un tercer país, Z, ninguna regla de Derecho Internacional Público permite adscribir primacía a un deber convencional o al otro; también hay antinomia cuando una obligación entra en conflicto con otra por decisiones de sendas organizaciones internacionales, p.ej. la OMC y la Secretaría de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el cambio climático). En el Derecho interno también abundan hasta la saciedad los conflictos irresolubles (en muchísimos casos hay varias soluciones correctas, mutuamente incompatibles, cuyo nudo gordiano ningún juez Hércules será lo bastante hercúleo para romper).
3. Que, habida cuenta de todo, prevalezca una obligación no cancela ni aniquila la obligación contrapuesta, ni la rebaja al rango de una mera obligación aparente (*prima facie*, o sea: a primera vista nada más). La obligación vencida en la puja era y sigue siendo obligación real, aunque resulte menos vinculante (o sea, aunque posea menor fuerza constriñente o un grado inferior de vigencia). Cumpliendo la obligación prevalente e incumpliendo la opuesta no se escapa al reproche jurídico; la conducta no es legalmente inobjetable.
4. Las obligaciones incondicionales dejarían de serlo; en cualquier derecho y en cualquier obligación habría que sobreentender una cláusula condicional implícita: «a menos que haya otra obligación más constriñente que colisione con ésta». Tal condicionalización trae dos consecuencias: (1ª) regresión infinita (una obligación que cancela otra siempre puede resultar, a su vez, cancelada por una tercera, ésta por una cuarta y así sucesivamente); (2ª) total inseguridad jurídica (la obligación de no torturar podría ser cancelada por otra).

⁴¹⁷. Campeón del recurso a la no monotonicidad para el tratamiento de lo que erróneamente consideró obligaciones defectibles, apartóse empero Carlos Alchourrón, en sus últimos ensayos, de la lógica no monotónica, preconizando otra solución técnica basada en la lógica de la revisión de teorías, que en 1985 había propuesto en coautoría con Peter Gärdenfors y David Makinson. En el fondo es dudoso que estuviera haciendo otra cosa que una variación en el tipo de lógica no monotónica recomendada. El juez que aplique sus sugerencias tendría que conocer bien los mundos posibles alternativos. V. Juliano S.A. Maranhão, «Why was Alchourrón afraid of snakes?», *Análisis Filosófico* 26/1 (2006), pp. 62-93.

5. Rebájanse las obligaciones incondicionales y definitivamente instituidas al rango de deberes *pro tanto*, supeditados a circunstancias extintivas, impeditivas u obstativas, que no constan en la ley y que no forman ningún elenco tasado y cognoscible; lo cual socava hasta sus cimientos el ordenamiento jurídico, que queda al albur del antojo del juez que «intuya» una prioridad de obligaciones en virtud de su conocimiento de los mundos posibles alternativos (un saber evidentemente «intuitivo», al no poder alcanzarse ni por la experiencia ni tampoco por la abducción, la inducción y la deducción lógicas).⁴¹⁸

⁴¹⁸. En las discusiones de los creyentes en obligaciones defectibles suelen traerse a colación ejemplos inapropiados; apropiados serían aquellos que impliquen verdaderas antinomias. He aquí una de ellas: en virtud de dos leyes en mutuo conflicto —cuya jerarquía normativa no es determinable— el abogado de un cliente defraudador viene obligado a guardar silencio sobre lo que éste le diga confidencialmente; pero también tiene el deber de revelarlo a la fiscalía en ciertos casos —en virtud de las normas paneuropeas de lucha contra el blanqueo de capitales. Empéñase en vano por resolver esa antinomia la casuística doctrinal y jurisprudencial.

En cambio, frecuentemente en las discusiones de los lógicos deónticos estándar se toman falsos ejemplos de antinomias, como que los homicidas hayan de venir condenados a 15 años de presidio y, sin embargo, los menores de 16 años no deban ser condenados. Aquí no se trata de deducir, sino de interpretar la ley. El error radica en creer que el mero acto de habla promulgatorio del legislador contiene la norma. Ese acto de habla sólo enuncia un precepto, el cual habrá de ser debidamente interpretado según cánones hermenéuticos que establecen la lingüística y el propio Derecho. Una frase suelta del Código Penal ha de leerse en el contexto de todo el Código, pero también de otros preceptos, como la Ley de enjuiciamiento criminal. El precepto resultante de esa exégesis será que han de ser condenados a 15 años de presidio quienes, siendo imputables y no estando amparados por ninguna de las causas de justificación y de exculpación del art. 20 CP ni habiendo obrado bajo circunstancias atenuantes, hayan cometido un homicidio doloso.

Capítulo IX

LA RELEVANCIA JURÍDICA DEL DERECHO NATURAL

DIFICULTAD.— ¿Es relevante el Derecho Natural?

Volvamos a buscar una definición del Derecho que no sea arbitraria. Hemos de considerar Derecho algo así como esto: lo que invocan y aplican los jueces en sus decisiones. Podemos modular esa definición, podemos aportar matices y variantes. Pero no podemos prescindir de su núcleo esencial. Y, al hacerlo, nos percatamos de que el Derecho Natural no tiene nada que hacer. Ningún juez va a redactar los fundamentos jurídicos de sus sentencias aduciendo el Derecho Natural, entre otras razones porque carece de competencia legal para hacerlo. El art. 17.1 CE expresamente afirma que los jueces están sometidos únicamente al imperio de la ley. Tienen, pues, vedado aducir fundamentos ajenos al Derecho positivo —y hasta, más concretamente, a la ley.

SOLUCIÓN.—

El artículo 17.1 CE hay que interpretarlo en un sentido amplio. No dice que los jueces estén sometidos sólo a la ley, ni menos sólo al texto de la ley. Ello iría en contra de los consolidados y comunes principios del Estado de Derecho, que entienden «el imperio de la ley» como una locución sintáctica de contenido semántico más amplio que «la ley».

Lo que claramente está excluyendo el poder constituyente (una exclusión que nos viene de la Constitución gaditana de 1812) es que los jueces juzguen con discrecionalidad política, con criterios de conveniencia u oportunidad (si bien la Corte Suprema de USA suele aducir criterios consecuencialistas para interpretar preceptivamente las leyes; mas tales consecuencias no son cualesquiera que el tribunal estime idóneas, sino aquellas tales que el propio ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente, contiene principios que prescriben, según sea el caso, conseguir o evitar tales consecuencias).

En el actual ordenamiento jurídico-constitucional hispano, «la independencia judicial de cualquier presión o influencia externa tiene como anverso el sometimiento exclusivo de los Jueces a la Ley y al Derecho, principio de juridicidad, más allá del de legalidad, que implica el respeto no sólo a las normas sino también a los usos y costumbres, a los principios

generales del Derecho y a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico» (STC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 5). Está claro que, según el Tribunal Constitucional, el imperio de la ley significa *el Derecho* (en el cual subsume el alto Tribunal también la jurisprudencia vinculante, un punto de vista polémico; mas la doctrina del alto Tribunal matiza esa subordinación judicial a la jurisprudencia, al aclarar que está abierta, también en ese caso, la cuestión de inconstitucionalidad).

En ese cúmulo que es el Derecho, al cual están sometidos los jueces, el alto Tribunal incluye los principios generales del Derecho; y entre Derecho Natural y principios generales del Derecho no digo que haya mismidad, pero sí continuidad. Los principios generales del Derecho forman un conjunto sumamente difuso, que va de cánones esenciales, cuya vinculatividad no emana de ninguna fuente jurídico-positiva, sino de los valores nomológicos, a máximas que vienen a ser como la síntesis o el compendio de las disposiciones legales y que se descubren por abducción, a partir del estudio y la racionalización de la legislación vigente.

Permítome insistir en algo ya señalado más arriba: no puede considerarse que el Derecho sea lo mismo que el conjunto de pautas (normas, principios, valores, costumbres etc) que invocan los jueces para motivar sus sentencias, sino todo el cúmulo de normas y conexiones normativas que tienen vigencia en una sociedad, incluyendo aquellas que norman la actividad legislativa, en particular las motivaciones no meramente fácticas que aducen los legisladores para justificar sus mandamientos; entre esos legisladores están los constituyentes.

Voy a reforzar mi solución con un argumento más prolijo.

En 1991, poco antes de la audiencia senatorial para la confirmación de Clarence Thomas como magistrado de la Corte Suprema norteamericana, el profesor de Harvard Laurence H. Tribe escribió en *The New York Times* (1991-07-15) que el candidato —a tenor de sus discursos y sus obras doctrinales— creía que los jueces tienen que aplicar la filosofía jusnaturalista de los Padres Fundadores, «los derechos inalienables que el Creador ha dado al hombre». Agrega Tribe que Thomas será el primer magistrado que sostenga —en tiempos recientes al menos— la exequibilidad de tales normas jurídicas no positivas.

Acosado por dicha acusación de jusnaturalismo, Clarence Thomas, en su comparecencia ante el Senado —y siguiendo, al parecer, consejos del Presidente Bush— negó que el Derecho Natural pudiera ser jurídicamente vinculante, considerándolo una mera noción teórica sin más valor que el puramente doctrinal y especulativo. Soslayóse con tal maniobra un importante debate de política legislativa y judicial.⁴¹⁹

En la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense destacan las sentencias de los casos Lindsay y Fletcher, en las cuales algunos magistrados, como Johnson en su voto concurrente, adujeron el deber de conformidad con el Derecho Natural como un constreñimiento extraconstitucional sobre el poder legislativo.⁴²⁰

⁴¹⁹. V. Forte, 1988.

⁴²⁰. V. Sherry, 1998. De otra opinión, Edlin, 2008.

Como lo prueban esas discusiones, la invocabilidad o no del Derecho Natural en sede judicial dista de ser pacífica en USA. Aunque prevalezca hoy (en el ambiente del positivismo jurídico) la opinión de que el juez sólo puede atender al Derecho positivo, ni siempre ha dominado ese punto de vista ni el dominio es tan absoluto que no queden resquicios para la controversia.

En los lustros que precedieron a la abolición de la esclavitud en los EE.UU en 1865, los tribunales tuvieron que resolver muchos litigios sobre la exequibilidad de las leyes esclavistas. Un número de juristas abogaban por la preferente exequibilidad de normas jurídico-naturales frente a las leyes positivas.⁴²¹

Voy a tomar un ejemplo anecdóticamente escogido, pero paradigmático de una muchedumbre de casos similares de la historia forense. En una fecha no precisada por los historiadores, aproximadamente entre 1081 y 1090, la poderosísima Condesa de Canosa, Matilde —brazo armado del reformador pontífice Gregorio VII en su pugna de las investiduras contra el monarca germano—, promulgó un *placitum*, o sea una sentencia de casación, redactada por su jurisperito, el *magister* Pepo (uno de los originadores del *Studium* jurídico de Bolonia), a título de *bajulus* del *Codex* y de los *Instituta* justinianeos; en ese *placitum* se anula una sentencia que, por el homicidio de un siervo, imponía —aplicando el Derecho lombardo— una pena pecuniaria inferior a la aplicable si la víctima hubiera sido libre. Motívase la casación, no en el Derecho positivo vigente, que era el lombardo, sino en el Derecho Natural, aunque revestido del ropaje jurídico-romano.⁴²²

No vale objetar que ahí lo que se está debatiendo es qué Derecho positivo aplicar, si el romano o el germánico, porque la invocación del primero es una mera excusa, ya que lo que motiva la casación es un principio jurídico-natural de igualdad, que desborda completamente la legislación justinianeana.

También la institución de la *equity* en el Derecho inglés renacentista ha sido un intento de dar eficacia al Derecho Natural, por mucho que a esa *equity* se le haya reprochado su imprevisibilidad y, en definitiva, su variación según el antojo del juez, censura que puede haber estado fundada en cómo se aplicó, mas no en el principio de corregir las disposiciones —esas sí, a menudo arbitrarias— de la *common law*, en aras de la equidad, o sea de un principio jurídico-natural.

⁴²¹. V. Cover, 1984; George, 2001; y Helmholz, 2013, pp. 417ss, donde afirma: «Indeed it is difficult to discover a jurist writing before 1850 who expressed any doubts about the existence and importance of the law of nature in the regulation of human society». Es abrumador el cúmulo de citas de sentencias que corroboran tal opinión. V. también Helmholz, 2015. Otros textos que merecen consultarse en este contexto: Hamburger, 1992-93, pp. 907ss.; Moore, 2011, del cual tomamos estas palabras: «A constitutional interpretation is correct on the realist theory when it takes constitutional rights to be natural rights. Thus, protecting natural rights by the power of judiciary is a direct implication of the rights-based justification for why courts should engage in constitutional interpretation at all».

⁴²². Tal es la lectura de Cortese, 1999, pp. 1049-1058, donde se subraya que el ordenamiento romano aducido por Pepo no era sino un tejido de principios de Derecho Natural, «un siffatto mescolare insieme le leggi di Dio e di Roma [...] sotto l'etichetta di *utraque lex*» (cit. en Roversi-Monaco, 2007, pp. 387-409; el texto citado se halla en las pp. 495-496 y 409).

¿Que todo eso está superado en los ordenamientos constitucionales modernos? En parte sí, al haberse positivado algunos principios del Derecho Natural (derechos humanos), pero aun eso con limitaciones. Además, el orden constitucional puede sufrir quebrantamientos y, frente a poderes fácticos, no valdría invocar constituciones que esos poderes habrían suspendido o abrogado. La historia de lustros aún recientes está llena de tales situaciones políticas y todavía hoy se padecen (v.g. actualmente en el reino de Siam o Tailandia, donde la tiranía militar ha destruido el poder civil y suspendido la Constitución).⁴²³

ANEJO

EL DERECHO NATURAL EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA DE LA POSGUERRA

Según afirma Heinrich Rommen⁴²⁴ en «Natural Law in Decisions of the Federal Supreme Court and of the Constitutional Courts in Germany»,⁴²⁵ los fundamentos jurídicos de un número de decisiones jurisdiccionales alemanas incorporan, con alguna asiduidad, locuciones tales como «normas básicas suprapositivas», «exigencias suprapositivas del derecho

⁴²³. Sobre la jurisprudencia de Pepo, Carlo Dolcini [en «Lo *Studium* al XIII secolo», *ibid.*, p. 481] dice: «nella sua allegazione di stampo giusnaturalistico si annidavano ulteriori ascendenze. Tra le sue definizioni sono emerse in forma prismatica fonti classiche e patristiche, per due volte i *Paradoxa Stoicorum* e anche le *Tusculanæ Disputationes* di Cicerone, per due volte il *De potentia* di Ambrogio e ancora le epistole di Fulgenzio ...» Al parecer, Pepo no conoció el *Digesto*. Está claro que, por disfrazadas que se hallen sus motivaciones con la invocación del Derecho romano, lo que funda sus sentencias es el Derecho Natural, bebido en fuentes filosóficas y, en parte, teológicas.

⁴²⁴. Heinrich Rommen (1897-1967), doctor por las Universidades de Münster y Bonn, fue un jurista católico alemán. Hasta 1933 había trabajado como director del departamento social del *Volksverein*; era una entidad privada, auspiciada por la jerarquía católica, que publicaba dos periódicos, orientaba la acción de diversas organizaciones y llevaba a cabo una enseñanza no oficial en su escuela estival de estudios sociales. Hitler la prohibió al llegar al poder, dejando a Rommen en forzosa cesantía. De su libro, publicado en 1936, *El Derecho Natural: Un estudio de historia y filosofía social y jurídica*, el gobierno prohibió toda publicidad así como que se exhibiera en escaparates de las librerías; sólo se podía comprar bajo el mostrador, como la literatura pornográfica. En 1938 emigró a los EE.UU. Enseñó en tres Universidades norteamericanas, concluyendo su carrera académica en Georgetown University (Washington D.C.), a título de *Distinguished Professor (magister insignis)*. Fue agraciado con doctorados *honoris causa* por Boston (1950) y Granada (1961).

Había sido uno de los primeros redescubridores del pensamiento jurídico de Francisco Suárez, S.J. Otro de sus libros es *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Munich: Verlag Kösel, 1947. Varias de sus obras han sido traducidas a nuestro idioma. (V. Francisco Arriola Garrote, «El Estado en el pensamiento de Heinrich A. Rommen», *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 1980, pp. 1063-1071. Sobre otro de sus libros, atinente a la filosofía política, v. Enrique Tierno Galván, «H. Rommen y el Estado en el pensamiento católico», *Boletín del seminario de Derecho Político*, Universidad de Salamanca, 1956, pp. 152-158.)

Su principal obra, ya citada, es libremente accesible en el internet: *The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy*, Online Library of Liberty, <http://oll.libertyfund.org/titles/676>, acc. 2016-06-14.

Traer a colación algunas de sus consideraciones sobre la utilización jurisdiccional del Derecho Natural no significa que yo abrace el mismo jusnaturalismo, ni mucho menos. Es radical la discrepancia que nos separa en lo atinente a la Ilustración racionalista, cuyo legado reivindica mi propia filosofía jurídica (deudora de Leibniz, Diderot y Helvétius) mientras que, para el neotomista germano, el jusnaturalismo racionalista fue una desviación y hasta una raíz del posterior positivismo jurídico y de sus derivas totalitarias. Ni es ésa nuestra única divergencia. Su jusnaturalismo, de cuño tradicionalista, no sólo es sustractivo, sino que, además, cifra el Derecho Natural en la moral.

⁴²⁵. *Natural Law Forum*, paper 37 (1959), http://scholarship.law.nd.edu/nd_naturallaw_forum/37, acc. 2016-06-14.

moral natural», «justicia material», «postulados fundamentales de justicia», «normas de ética objetiva», «el orden objetivo de los valores», «el acuerdo universal de las naciones civilizadas», estando claro que tales circunloquios denotan siempre el Derecho Natural; sólo que recurrir a esas perífrasis suscita menor rechazo que emplear directamente el sintagma «Derecho Natural» en los ambientes de la doctrina positivista, ya recuperados del bajón que sufrieron inmediatamente después del fin de la II guerra mundial.

Ciertamente muchos de tales juicios (aunque no todos) se refieren a hechos cometidos en el III Reich, con relación a los cuales no era fácil sentenciar sobre la base de la legislación entonces vigente. Así eran de dudosa legalidad dentro del orden jurídico nazi varios homicidios perpetrados en los últimos tiempos del régimen por militares o policías, en cumplimiento de órdenes genéricas o específicas; pero los tribunales posbélicos sentencian que, en cualquier caso, constituían violaciones del Derecho Natural, que prohíbe condenar a muerte a alguien sin juicio.

Quien esto escribe siente, no obstante, malestar ante esa invocación del Derecho Natural para saldar cuentas con individuos, sin duda éticamente censurables, pero cuya culpa jurídica es dudosa, porque, a lo ya enrevesado del problema de saber si cometían hechos ilícitos (y punibles) según el Derecho positivo, únese que las normas del Derecho Natural no son Derecho penal.

En realidad ese uso del Derecho Natural (bajo su propia denominación o alguna paráfrasis) parece que ha funcionado más como Derecho Natural sustractivo que como aditivo. Seguramente podemos dar la siguiente lectura de ese conjunto de sentencias (o de muchas de ellas): los tribunales han aplicado las leyes penales vigentes en el momento de la comisión de los hechos, excluyendo la eximente de estar actuando en cumplimiento de un deber jurídico, al considerar nulo ese deber jurídico en virtud de un canon metajurídico de Derecho Natural.

Además, y sobre todo, como muchos de esos condenados eran elementos subalternos, me resulta extremadamente problemático que, tras haber sido vencidos, sea conforme con el Derecho Natural someterlos a un juicio penal sobre esas bases jurídicas. Sin duda habrían sido preferibles juicios por responsabilidad civil, porque la vindicta de los vencedores (o quienes los secundan) sobre los vencidos es, seguramente, contraria a una regla jurídico-natural de equidad, debiendo reservarse a pocos casos extremos.⁴²⁶

Mayor mérito habrían tenido los tribunales alemanes si hubieran aducido los principios del Derecho Natural para dejar en libertad (por absolución o sobreseimiento libre) a acusados de delitos en virtud de la realización de conductas que son libres según el Derecho Natural. En tal caso, tendríamos, frente a frente, dos leyes: la una, punitiva y condenatoria, de Derecho positivo; la otra, absolutoria, de Derecho Natural. Invocar la segunda y, así, declarar inexecutable la primera no significa rehusar a ésta su validez jurídica, sino resolver la antinomia

⁴²⁶. Aun así es muy dudoso qué tribunal sea competente; con relación a los juicios de Núrnberg, creo que ya dijo lo que hay que decir D. Luis Jiménez de Asúa, estimando que implicaban una perversión del genuino y legítimo uso del Derecho penal. En vez de esa vindicta sobre los vencidos (sin enjuiciarse a sus cómplices, los apaciguadores de 1933-39), era mejor la ejecución de los verdugos durante la misma guerra, mediante las acciones del maquis.

en un sentido favorable a la Ley Natural. Así, p.ej., hay individuos acusados de haber ayudado, a cambio de remuneración, a la entrada en el país de inmigrantes que sólo buscan labrarse, con su honesto trabajo, una vida mejor para sí mismos y para los suyos. Tal conducta es lícita según el Derecho Natural.

Reconozco que esta consideración nos hace relativizar un poco un distingo tan central en la presente obra: la dicotomía entre un Derecho Natural aditivo y uno sustractivo. He definido tal distingo aseverando que: (1) el Derecho Natural aditivo no *quita* nada del Derecho positivo sino que le *añade* unas normas jurídico-naturales (los axiomas y las reglas de la lógica nomológica, incluyendo la obligatoriedad del bien común, junto con el principio de razón suficiente o no-arbitrariedad); en cambio (2) el Derecho Natural sustractivo no *añade* nada al Derecho positivo sino que le *quita* algo: le quita aquellas normas de Derecho positivo formalmente válidas, pero contrarias a cánones metajurídicos suprapositivos.

El Derecho Natural aditivo, al agregar normas suprapositivas, genera antinomias, haciendo entrar en conflicto normas positivas con normas suprapositivas. Ya he señalado que no hay ningún criterio nítido de cuándo haya que aplicar la una e inaplicar la otra, pero que, aproximadamente, la pauta jurídicamente correcta es doble: (1ª) en la medida de lo posible, interpretar siempre la norma positiva de manera que sea compatible con la norma suprapositiva; (2ª) dar prevalencia a la norma suprapositiva cuando la conciencia jurídica lo autorice, o sea cuando exista un consenso suficiente de los operadores jurídicos (o, con otras palabras, cuando no sea ni un mero gesto ni un acto temerario declarar la exequibilidad de la norma suprapositiva).

Cuando se acude a criterios hermenéuticos en virtud de los cuales, forzando la letra de la norma positiva y prescindiendo de la intención del legislador, se amolda a los requerimientos de las normas suprapositivas y asimismo cuando directamente se inaplica la norma positiva para aplicar la suprapositiva, en ambos casos, de algún modo, la norma suprapositiva está —así sea indirectamente— actuando de filtro, o sea sirviendo para *quitar* algo del Derecho positivo, ora las, a primera vista, plausibles lecturas de la norma positiva, ora su exequibilidad.

No niego que se da, en cierto modo y sentido, ese indirecto efecto sustractivo, pero, así y todo, entiendo que persisten dos fortísimas discrepancias entre el jusnaturalismo aditivo y el sustractivo. La primera es que, a diferencia del jusnaturalismo aditivo, el sustractivo no permite a los operadores jurídicos ninguna decisión positiva que sea una aplicación de normas suprapositivas (sí les permite, en cambio, la decisión negativa de considerar írritas ciertas normas positivas); a falta de norma positivamente edictada, el jusnaturalista sustractivo no tiene materia jurídica para resolver nada. La segunda discrepancia es que el jusnaturalismo aditivo no suprime ni niega la vigencia y validez de la norma positiva jurídicamente defectuosa por colisionar con una suprapositiva, aunque sí la considera tendencialmente inexecutable.

Tras esa digresión, terminaré este Anejo indicando que otro ámbito de decisión jurisdiccional que aborda Rommen, *op.cit.*, es el de la intangibilidad de ciertas cláusulas constitucionales. Algunas veces explícitamente una Constitución preceptúa que no podrán

alterarse aquellos artículos que reconocen y amparan derechos fundamentales del individuo. Mas es infrecuente la inserción de tal cláusula de intangibilidad. Sin embargo, la jurisdicción ha tenido que pronunciarse sobre enmiendas constitucionales de ese tenor (más usualmente que en la Constitución federal, en las de los *Länder*). Para salvaguardar la incolumidad de esa parte del texto constitucional, los tribunales han acudido a invocar principios de Derecho Natural por los cuales las enmiendas constitucionales se declararían, ya sea nulas, ya sea inexecutable.⁴²⁷

El Tribunal constitucional bávaro ha enunciado así una doctrina, posteriormente generalizada, que no excluye la posibilidad de que jurisdiccionalmente se declare anticonstitucional un precepto contenido en la Constitución; no forzosamente una enmienda constitucional, sino incluso algún artículo ya contenido en el texto constitucional antes de ninguna revisión; en tal supuesto, lo que estaría determinando la mayor vinculatividad jurídica de otras disposiciones constitucionales que colisionen con la así declarada anticonstitucional es que las de rango superior lo son en virtud de ser plasmaciones por escrito de principios jurídico-naturales, o sea supraconstitucionales, e.d. tales que el propio poder constituyente estaba jurídicamente obligado a respetarlas y a incorporarlas a la ley fundamental.

El brillante trabajo de Rommen comentado en este Anejo corrobora mi aserto de que el Derecho Natural es jurisdiccionalmente relevante.

⁴²⁷. Con mucho mayor detalle he abordado yo mismo esta cuestión en (Peña, 2016a).

CONCLUSIÓN

En la Parte I de este libro he elaborado, en detalle, una lógica nomológica como un conjunto de axiomas normativos y de reglas de inferencia normativa, seleccionados en virtud de que sirvan para, aplicándolos, obtener razonamientos jurídicos coherentes con el propósito intrínseco del ordenamiento jurídico, que es el bien común.

El Capítulo I ha abordado la cuestión básica: el postulado del bien común se abduce de los propios ordenamientos jurídicos, aunque no siempre esté expresamente reconocido en ellos —al menos *expressis verbis*. Es la función sin la cual carece de sentido que haya un ordenamiento. El Derecho es esencialmente funcional; igual les sucede al arte náutico, a la ingeniería, a la medicina, a la arquitectura o al arte bélico.

Es imposible ahondar en ese problema sin acudir a la metafísica, a las nociones de esencia y existencia. El tratamiento que he propuesto se ha inspirado en Hegel, reconociendo una contradicción entre ambas, con una tendencia —al menos asintótica— a superar tal contradicción. A menudo el arte náutico no lleva a buen puerto, ni la medicina cura, ni la ingeniería construye puentes utilizables, ni el arte bélico hace ganar batallas, ni el Derecho instituye leyes que sirvan al bien común.

La función social de tales actividades e instituciones les exige buscar una reconciliación de la esencia con la existencia, imponiéndoles la tarea de adecuar la segunda a la primera.

El examen de esa compleja relación entre la esencia y la existencia del Derecho a tenor de su función social nos ha llevado a cuestionarnos que el Derecho tenga sólo fuentes sociales. He sostenido, al revés, el forzoso reconocimiento de normas que emanan de la naturaleza misma de las relaciones sociales y que son aquellas que exigen que exista algún ordenamiento jurídico. Ese examen nos hizo dejar atrás la llamada «falacia naturalista», la tesis de Hume y Moore de que lo normativo no puede deducirse de lo fáctico —tesis jamás demostrada, ya cuestionada en nuestros días por otros filósofos como John Searle.

El Capítulo II ha entrado en el detalle de cuáles son los axiomas y las reglas de inferencia normativa que son menester para una correcta lógica nomológica. Han de ser tales que sirvan a la función del bien común, o sea que, de premisas con un grado de adecuación a ese fin del bien común, permitan inferir conclusiones que no sean más lesivas para el mismo.

Siendo ello así, esa propia exigencia del bien común tiene que ser uno de los axiomas del sistema de lógica nomológica. Dicha postulación ha mostrado a las claras el estrecho vínculo entre lógica nomológica y Derecho Natural. Ese íntimo nexo consiste en que es lógica nomológica aquella parte del Derecho Natural que, hoy por hoy, podemos formalizar, o sea

ajustar a los parámetros de regimentación inferencial reconocidos en las ciencias exactas de nuestro tiempo.

Tal indagación nos ha hecho ver que el sistema de lógica nomológica así pergeñado ha de abarcar una regla de permisión, que es un principio presuntivo: el de que, en ausencia de una prueba de que tal conducta está prohibida, la misma se reputará lícita. Ese célebre principio de permisión (que nos viene de Leibniz, Hobbes y Bentham) se ha enunciado rigurosamente, probándose que ni es tautológico ni es inmotivado. Desvanécense así los famosos distingos de Hohfeld que han encantado a una buena parte de los filósofos del Derecho del siglo XX y se superan los motivos por los cuales se ha afirmado la existencia de lagunas jurídicas, en particular la tesis de Alchourrón-Bulygin de la indeterminación del sistema jurídico y la de la diferencia entre permisos débiles y fuertes.

Ese mismo capítulo ha ahondado en las implicaciones metalógicas de adoptar esa regla de inferencia *sui generis*, a saber: el sistema resultante deja de ser recursivamente axiomatizable. Aunque la axiomatizabilidad recursiva sea un *desideratum* de belleza o simplicidad matemáticas, no es ningún criterio de corrección.⁴²⁸

Por último en ese Capítulo se ha abordado la separación entre Derecho y moral. Los axiomas de la lógica nomológica y del Derecho Natural están integrados en el propio ordenamiento jurídico (sea o no el legislador consciente de ello), no constituyendo una instancia axiológica ajena o externa, a diferencia de la moral que sí lo es.

La axiología —rama de la filosofía descubierta por Max Scheler y Nicolai Hartmann— reconoce una pluralidad de escalas valorativas. Los valores morales difieren de los jurídicos. «Lícito» en sentido moral no es igual que «lícito» en sentido jurídico. Hay conductas jurídicamente irreprochables (aun desde el Derecho Natural) pero moralmente rechazables —del mismo modo que el Derecho puede imponer comportamientos que, sin embargo, son éticamente objetables (lo cual suscita un dilema, que no se soluciona —sólo se disimula— postulando *a priori* una unidad de la razón práctica).

Pasando ya a la Parte II, el Capítulo III ha abordado un conjunto de dificultades cuyo eje es el trilema del principio del bien común, a saber: que tal postulación, o bien es un mero expediente de legitimación axiológica del Derecho realmente existente, o bien es una simple estipulación denominativa, o bien es demostrablemente falsa, puesto que se constata la existencia de leyes y aun de ordenamientos jurídicos en pugna con el bien común. He probado cuán erróneo es dicho trilema, porque los principios jurídico-naturales están presentes y vigentes en el ordenamiento jurídico, mas, lejos de legitimar los contenidos de tal ordenamiento que les sean opuestos, los zarandean y desestabilizan —haciéndolo, no desde fuera, sino desde dentro del Derecho.

El Capítulo IV ha abordado la dificultad de lo supuestamente inoperante que resultaría un Derecho Natural aditivo, porque no quitaría nada de los contenidos axiológicamente

⁴²⁸. Gracias a Gödel, sabemos, desde 1934, que la aritmética no es recursivamente axiomatizable; ¿por qué iba a serlo un sistema jurídico, que es mucho más complejo?

censurables del Derecho positivo, limitándose a proclamar que —aun ignorándolo acaso todos los operadores jurídicos— ese mismo Derecho también contiene, *uelis nolis*, unos postulados normativos de bien común; parecería etérea o nominal la vigencia jurídica atribuida a tales postulados. Frente a esa dificultad he mostrado cómo la copresencia, en mutua contradicción, de dos normas opuestas dentro de un mismo ordenamiento jurídico da lugar a una inestable y cambiante exequibilidad de la una o de la otra, a tenor de varios parámetros, siendo el principal de ellos la conciencia jurídica, el estado de opinión de los operadores jurídicos. Sucediendo así en general, sucede también en el caso específico de que una norma sea jurídico-natural y la otra positiva. La exequibilidad de la primera será posible siempre que, en vez de que tal preferencia sea la aislada opinión de un juez, cuente con un consenso más o menos amplio (cuestión de grado). De todos modos, los principios del Derecho Natural se dirigen más al legislador que al juez, puesto que la actuación legislativa no es un acto escueto de arbitraria voluntad.

El Capítulo V se ha consagrado a estudiar otro manojito de dificultades, cuyo eje es la presunta indeducibilidad de lo normativo a partir de lo fáctico; la dificultad sería particularmente grave en tanto en cuanto la carga de la prueba de la tesis de la deducibilidad incumbiría al que la afirma, mientras que quien la niega no tendría que probar nada. Frente a ese punto de vista, he alegado que tanto la negación cuanto la afirmación han de probarse por quien abraza la una o la otra. Por los estudios de metalógica, sabemos cuán difícil es probar que una conclusión no se deduce de unas premisas en un sistema axiomático; los seguidores de Hume-Moore no nos han enunciado sus axiomas y sus reglas de inferencia ni han ofrecido prueba alguna de lo que sostienen. En cualquier caso, la hipótesis de la deducibilidad es fecunda para la filosofía jurídica, justificándose abductivamente por sus aplicaciones, mientras que la de la indeducibilidad resulta estéril y paralizante.

El Capítulo VI ha incidido de nuevo en la cuestión de la presunta falta de potencia crítica de un jusnaturalismo aditivo. Frente a la objeción de que sólo un Derecho Natural sustractivo o un orden moral extrajurídico podrían servir de ariete contra contenidos injustos o censurables del Derecho positivo, he mostrado que, para contrarrestar leyes injustas, mucho más eficaces serán unos principios que aniden en el propio Derecho que no un orden normativo o axiológico externo y ajeno, sin relevancia jurídica; en caso de conflicto entre ambos órdenes, sería una opción meramente subjetiva preferir —como guía para la acción— el orden extrajurídico.

El Capítulo VII ha abordado la dificultad de que, supuestamente, no sería menester acudir a un Derecho Natural, cuya existencia es problemática, teniéndose otra instancia normativa y valorativa para interpelar al Derecho positivo, que es la moral; puesto que —siempre según el objetor— no toda moral sería forzosamente subjetiva, orientada a la perfección personal o referida, en primer lugar, a las intenciones del agente, sino que habría una ética pública, de carácter objetivo. Tal dificultad la he afrontado examinando, desde la dicotomía entre valores morales y valores nomológicos, cuán dudosas son las credenciales de esa presunta ética pública; ni siquiera una ética utilitarista parece capaz de desempeñar ese cometido, ya que no deja de ser una opinión filosófica entre muchas otras sin otro alcance que

el de habilitar a quien la profese a emitir personales juicios de valor sobre la legislación —unos juicios que no sirven para guiar al legislador.

En el Capítulo VIII he refutado un conjunto de objeciones que emanan de la matriz del positivismo jurídico de obediencia alchourroniana, como el presunto distingo entre los asertos de «debe» como norma y como enunciado normativo y —en relación con ello— los motivos para rechazar el principio de permisión que se han esgrimido desde ciertos desarrollos de la lógica deóntica estándar, cuya piedra angular es, de nuevo, la presuposición de Hume-Moore, la radical indeducibilidad de lo normativo a partir de lo fáctico. Frente a esa objeción he mostrado que, en la praxis de los estudios lógicos, la construcción de un sistema combina axiomas y reglas de inferencia, siendo perfectamente viable un sistema de lógica nomológica que directamente entronice una regla de inferencia que, de premisas fácticas, habilite a extraer conclusiones normativas (en rigor hasta la lógica deóntica estándar lo hace). Según ya se ha dicho, tiene que ser abductiva la justificación de los axiomas y de las reglas de inferencia de una lógica deóntica, resultando así idónea y suficientemente argumentable abrazar un haz de principios (axiomas más reglas) con esa potencia inferencial.

El Capítulo IX ha sido, en buena medida, recapitulativo, mostrando que el Derecho Natural aditivo no es la mera ocurrencia de un filósofo del Derecho, sino que está revestido de plena relevancia jurídica, lo cual se corrobora por la experiencia jurisprudencial.

* * *

Llega la hora de sintetizar los resultados investigativos detallados en los párrafos precedentes.

La tesis del presente libro ha sido la de que, en las sociedades humanas, el Derecho es un caso particular de la normativa que necesita (y de la cual se dota) toda sociedad de animales provistos de capacidades cognitivas y de apetitos —diversos y no siempre convergentes— para convivir en pro de un fin compartido que es el bien común.

Aunque el Derecho positivo de tal o cual sociedad es fruto contingente de la historia y de las circunstancias, el Derecho existe necesariamente mientras exista una sociedad de animales con características como las de los seres humanos (cada uno de los cuales tiene su propio entendimiento de las cosas y su propia voluntad). El Derecho tiene una esencia, que es la de constituir una ordenación de la vida de los miembros de una sociedad en tanto en cuanto afecte a la convivencia y con un propósito no contingente, inmutable, indeclinable, que es el bien común.

Esa teleología consustancial al Derecho determina que éste ha de ser racional, o sea ha de poseer una estructura racional. No sólo están trabadas por vínculos de inferibilidad racional las normas que abarca, sino que, además, tiene que haber una conexión inferencial entre las situaciones normativas y las situaciones fácticas, estribando justamente en eso el carácter práctico de la racionalidad jurídica. Tal exigencia de racionalidad es condición absolutamente necesaria para que se tenga Derecho.

Concrétase tal parámetro de racionalidad en dos cánones que, imperativamente, han de reconocer los prácticos del Derecho así como los estudiosos o jurisconsultos:

- (1) la idealización u optimización hermenéutica, a saber: en la medida de lo posible, interpretar las normas vigentes de tal manera que resulten compatibles con el principio del bien común;
- (2) la aplicación de las reglas de inferencia y los axiomas de una lógica nomológica correcta (cuya corrección se ha comprobado por un método abductivo, pero siempre con la brújula orientada al servicio del bien común).

Ha estribado, pues, mi tarea en mostrar que el Derecho es, esencial y necesariamente, racional, con una racionalidad en parte deductiva, siendo uno de sus axiomas la obligación del bien común —que, naturalmente, se traduce en la preceptividad de que las normas se enderecen al bien común y no a otros fines cualesquiera.

El tratamiento racional que se ha contemplado reviste una doble faceta: descriptiva y prescriptiva. En lo descriptivo, la ciencia y la filosofía jurídicas difieren de la sociología del Derecho, que es una ciencia empírica, mientras que ellas son saberes normativos por su función, su contenido y su enfoque metodológico, no pudiendo entender *el Derecho que es sin ajustarlo, en lo posible, al Derecho que debiera ser*. Para eso no bastan los exámenes empírico y lingüístico de los textos jurídicos y de las costumbres jurídicamente vinculantes, sino que es menester añadir unos cánones axiológicos de racionalidad, unos principios que enmarcan y orientan al derecho, asignándole, como razón suficiente, una misión de bien común.

En lo prescriptivo, la racionalización jurídica consiste en averiguar aquellos aspectos en los que el Derecho se desvía de su misión del bien común —razonando siempre con las reglas y los principios de la lógica nomológica. De tal constatación se siguen recomendaciones de política legislativa a fin de hacer más racionales las relaciones jurídicas en diversos ámbitos.

Para ambos cometidos necesitamos, pues, una lógica nomológica, con sus axiomas y sus reglas de inferencia. Aquella que ha venido propuesta en esta obra se aparta totalmente de la lógica deóntica estándar, no sólo por basarse en una lógica sentencial y cuantificacional no clásica (una que pertenece simultáneamente a las dos familias de lógicas paraconsistentes y de lógicas difusas o *fuzzy*), sino por repudiar el tratamiento modal de los operadores deónticos, o sea la idea de que lo obligatorio en un sistema es aquello que se realiza en todos los mundos posibles donde se cumplen las prescripciones de dicho sistema.

Por el contrario, el tratamiento aquí elaborado ha partido de entender las normas como situaciones de un tipo especial, cada una de las cuales consiste en que otra situación (fáctica o normativa) venga afectada por uno de los tres operadores deónticos: preceptividad, licitud, prohibición. Tal afección resulta de las fuentes del Derecho; algunas de tales afecciones brotan de la propia esencia jurídica —junto con los supuestos de hecho a que se aplican—, mientras que las demás emanan de las fuentes sociales del Derecho.

La lógica que une unas situaciones normativas con otras hay que descubrirla mediante un método abductivo, escudriñando los razonamientos de la praxis jurídica, mas depurándolos con el criterio de que han de ser inferencias que garanticen el bien común, en vez de perjudicarlo.

Esa lógica nomológica no sólo tolera la contradicción sino que prevé la posibilidad (de hecho la frecuentísima realidad) de ordenamientos con un par de prescripciones tan contradictorias entre sí que resulta total y absolutamente imposible cumplir ambas a la vez, ni siquiera parcialmente. Con el margen de irracionalidad que comportan tales antinomias puede y debe coexistir la racionalidad jurídica, sin por ello cejar en la recomendación, *de lege ferenda*, de superar tales conflictos.

Frente al canon metajurídico del positivismo —según el cual el Derecho que es no depende para nada del Derecho que debe ser—, esta obra ha sostenido lo contrario, puesto que son teoremas de la lógica nomológica los dos siguientes: cuando una obligación debe existir, existe; y cuando un derecho debe existir, también existe. Lo que pasa es que ese *deber-existir* es un deber-ser jurídico, no moral. El mérito o el demérito de una situación jurídica entra en función precisamente tratándose de un mérito o demérito jurídico.

Haré, para terminar, cinco aclaraciones con respecto al racionalismo jurídico desarrollado en la presente obra:

- Es un platonismo jurídico similar al platonismo matemático. Igual que éste entiende que no se puede comprender la matemática sin postular esencias eternas, entes supraindividuales transempíricos que descubrimos por la razón, el platonismo jurídico ve imposible habérselas con el Derecho sin postular una inmutable esencia transempírica del mismo, a saber: el Derecho-en-sí, el cual engloba, además de la finalidad o función del Derecho, también las pautas esenciales de su trabazón racional o lógica.
- Presupone la idea de verdad jurídica, rechazando la creencia de que el Derecho es un conjunto de prescripciones carentes de verdad y de falsedad. El racionalismo jurídico aquí propuesto sostiene, al revés, que una norma es una situación normativa. Hay situaciones normativas que existen necesariamente (v.g. la obligatoriedad del bien común); otras surgen de fuentes contingentes, por ejemplo como contenido de un precepto, que es un enunciado declarativo —la atribución de una calificación deóntica a un estado de cosas—, enunciado que adquiere verdad por el mero acto de habla de la propia declaración, en virtud de su fuerza ilocucionaria en un contexto apropiado de elocución.
- Se aparta del principio atribuido a Hume de la indeducibilidad lógica de lo normativo a partir de lo fáctico (y viceversa) y, por consiguiente, también del rechazo de Moore de la llamada «falacia naturalista». El enfoque propuesto sostiene, por el contrario, que hay inferibilidad lógico-deóntica entre supuestos de hecho y consecuencias normativas; y la inferibilidad lógico-deóntica radica en la verdad de ciertos axiomas transempíricos, en las esencias necesarias, eternas e inmutables.

- No funda el Derecho en la moral. La esencia del Derecho es el conjunto de axiomas, necesariamente verdaderos, del bien común, de exclusión de la arbitrariedad y de trabazón racional entre las normas y los hechos; son imperativos separados de la moral.
- No rechaza la existencia de normas jurídicas injustas ni, por lo tanto, sostiene que sea automáticamente írrito cualquier precepto cuyo contenido gravemente contradiga el axioma del bien común. El jusnaturalismo que he propuesto es principalmente aditivo, o sea: sostiene que ciertos axiomas necesariamente verdaderos son genuina fuente del Derecho. (En cambio, el jusnaturalismo sustractivo —que no es el que he defendido— entiende que los principios del Derecho Natural cumplen una mera función de filtros, sustrayendo validez a los preceptos que les son opuestos.)

* * *

Han sido múltiples las cuestiones suscitadas en la Parte II de esta obra, donde he sometido a discusión un amplio abanico de problemas: los axiomas de la lógica nomológica; sus aplicaciones; sus fundamentos; sus vínculos con otras corrientes doctrinales; sus argumentos contra el positivismo jurídico. No ha quedado más remedio que pagar el precio de ciertas reiteraciones para defender —frente a 53 reparos—⁴²⁹ un Derecho Natural de cuño racionalista, ya que, si bien cada manojito de objeciones posee su propia conexión aglutinante, hay dificultades de un grupo similares a otras de un grupo distinto.

Espero haber contribuido a rescatar y rehabilitar el jusnaturalismo en el medio académico de habla hispana.

¿He conseguido ser convincente en la discusión? No incumbe decidirlo al autor, quien somete sus opiniones a otras mejor fundadas. Sea el lector quien tenga, a este respecto, la última palabra.

⁴²⁹. Para los aficionados a la numerología diré que ese número 53 tiene una serie de asombrosas propiedades, una las cuales es que la suma de los 53 primeros números primos (entre ellos el propio 53, que es el 16º) es un múltiplo de 53.

REFERENCIAS

- Alchourrón, Carlos & Bulygin, Eugenio (1991). *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios constitucionales, ISBN 9788425908965
- Arkes, Hadley (1992). *Beyond the Constitution*. Princeton U.P.
- Ausín, Txetxu & Peña, Lorenzo (2002). «Libertad de vivir», *Isegoría*, N° 27, pp. 131-149. ISSN 1130-2097
- Ball, William Bentley (1990). «The Tempting of Robert Bork: What's a Constitution Without Natural Law?» *Crisis*, June 1990
- Bolado, Gerardo (2001). «Transición y recepción: La filosofía española en el último tercio del siglo XX» (<http://www.ensayistas.org/critica/spain/bolado/cap5-7.htm>, cons. en 2015-07-18)
- Bork, Robert H. (1992). «Natural Law and the Constitution», disp. en <http://www.firstthings.com/article/1992/03/001-natural-law-and-the-constitution>, cons. 2015-07-31
- Cortese, Ennio (1999). «Tra glossa, commento e Umanesimo», en *Scritti*, ed. por Italo Biocchi & Ugo Petronio. Spoleto, ISBN 8879882090
- Cover, Robert M. (1984). *Justice accused: Antislavery and the judicial process*, Yale U.P.
- Edlin, Douglas E. (2008). *Judges and unjust laws: Common law constitutionalism and the foundation of judicial review*, U. Of Michigan P.
- Forte, David (ed.) (1988). *Natural Law and contemporary public policy*, Georgetown U.P.
- George, Robert P. (2001). «Natural law, the Constitution, and the theory and practice of judicial review», *Fordham Law Review*, 69/6. <http://ir.lawnet.fordham.edu/fdr/vol68/iss6/1>, acc. 2015-07-30
- Grant, W. Matthews (2004). «The Naturalistic Fallacy and Natural Law Methodology», en *Truth Matters*, ed. por John G. Trapani, Jr. Washington, DC: American Maritain Association, distribuido por Catholic University of America P., ISBN 0966922662, pp. 168-181
- Hamburger, Philip A. 1992-93. «Natural rights, natural law, and American constitution», *The Yale Law Journal*, vol. 102
- Helmholz, Richard H. (2013). «Judicial review and the law of nature», *Ohio Northern University Law Review*, 39, pp. 417-434
- (2015). *Natural law in court*, Harvard U.P.

- Hittinger, Russell (1990). «Liberalism and the American Natural Tradition», *Wake Forest Law Review*, 25, pp. 429ss
- Kirk, Russell (1993) «The Case For and Against Natural Law». Repr. en <http://www.heritage.org/research/lecture/the-case-for-and-against-natural-law>, cons. en 2015-07-31
- Moore, Michael S. (2011). «Justifying the natural law theory of constitutional interpretation», *Fordham Law Review* 69/5, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss5/22>, acc. 2015-07-04
- Moreno, Paul (2011). «The U.S. Supreme Court and Natural Law», disp. en <http://www.nlnrac.org/american/u.s.-supreme-court>, acc. 2015-07-31
- Palomar Maldonado, Evaristo (2005). «La filosofía del Derecho y el Derecho Natural en los planes de estudio de las facultades de Derecho de España (I)» *Foro*, Nueva época, núm. 1/2005, pp. 235-251, ISSN 1698-5583
- Peña, Lorenzo (2002). «El Derecho de Extranjería en los Ordenamientos Constitucionales», *Isegoría*, Nº 26, pp. 181-217. ISSN 1130-2097.
- (2006a). «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por Lorenzo Peña & Txetxu Ausín, Madrid/México: Plaza y Valdés, ISBN 9788493439552, pp. 163-3862006.
- (2006b) «Imperativos, preceptos y normas», *Logos*, vol. 39, pp. 111-142. ISSN 1575-6866.
- (2006c). «La doble escala valorativa del proyecto constitucional europeo», en *Valores e historia en la Europa del siglo XXI*, ed. por Roberto Rodríguez Aramayo & Txetxu Ausín, México-Barcelona: Plaza y Valdés, 2006, pp. 357-415, ISBN 9788493493545
- (2007). «Derecho a Algo: Los derechos positivos como participaciones en el bien común», *Doxa*, Nº 30, pp. 293-317. ISSN 0214-8676
- (2008). «La paradoja de la prohibición de prohibir y el sueño libertario de 1968», *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nº 58, pp. 377-416. ISSN 0211-4526.
- (2009a). *Estudios republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*, México/Madrid: Plaza y Valdés Editores. Pp. 455. ISBN 9788496780538
- (2009b). «La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos», *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Nº 61, pp. 73-102. ISSN 0211-4526.
- (2009c). «Normatividad y contingencia», en *Aproximaciones a la contingencia*, ed. por Concha Roldán & Óscar Moro, Madrid: Los libros de la Catarata, pp. 25-64. ISBN 9788483194379

- (2010a). «La Renovación de la ciencia jurídica en España a comienzos del siglo XX y el Centro de Estudios Históricos», <http://hdl.handle.net/10261/33035>
- (2010b). «El derecho a la vida conyugal en la sociedad contemporánea», *Arbor*, N° 745, pp. 871-899. ISSN 0210-1963. (DOI: 10.3989/arbor.2010.745n1237).
- (2010c). «Derechos de bienestar y servicio público en la tradición socialista», en *Ética y servicio público*, coord. por Lorenzo Peña, Txetxu Ausín y Óscar Diego Bautista. México/Madrid: Plaza y Valdés, pp. 173-232. ISBN 9788492751945.
- (2012). «Derechos y deberes de nuestros hermanos inferiores», en *Animales no humanos entre animales humanos*, ed. por Jimena Rodríguez Carreño, Madrid: Plaza y Valdés, pp. 277—328. ISBN 9788415271154.
- (2013). «Una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos», *Bajo Palabra*, II Época, N° 8, pp. 47-84, ISSN 1576-3935
- (2014). «Razonamiento abductivo y método axiomático en la lógica deóntica», en *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho: Debates sobre abducción*, coord. por Juan Antonio García Amado & Pablo Raúl Bonorino. Granada: Editorial Comares, pp. 233-258. ISBN 9788490451359.
- (2015a). «Fundamentos metafísicos del Derecho Natural», en *Una Filosofía del Derecho en acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados & Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, pp. 411-442, ISBN. 978-84-7943-489-2
- (2015b). «El derecho de radicación y naturalización: Una perspectiva jusnaturalista», en *Pasando fronteras: El valor de la movilidad humana*, coord. por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, México/Madrid: Plaza y Valdés, ISBN 9788416032419, pp. 225-295
- (2015c). «El principio de confianza y los vaticinios apocalípticos», *Diálogo filosófico*, N° 92, pp. 243-265. ISSN 0213-1196.
- (2016a). «No es la Constitución la norma suprema», en Lorenzo Peña & Txetxu Ausín (coords), en *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, ISBN 9788416032952, pp. 261-398
- (2016b). «La responsabilidad penal del personal sanitario: Causas de justificación», en *Cuestiones de vida y muerte: Perspectivas éticas y jurídicas en torno al nacer y el morir*, ed. por Rosana Triviño & David Rodríguez-Arias, Madrid: Plaza y Valdés, ISBN 9788416032716, pp. 227-252
- Roversi-Monaco, Francesca (2007). «Il ‘circolo’ giuridico di Matilda: da Bonizone a Inernio», en *Storia di Bologna 2: Bologna nel Medioevo*, coord. por Renato Zangheri, Bononia U.P.
- Santos, José Antonio (2014). *Los olvidados del nacionalsocialismo: repensar la memoria*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. ISBN 9788425916113

Sherry, Suzanna (1998). «Independent judges and independent justice», *Law and contemporary problems*, 61, pp. 15-20. <http://hdl.handle.net/1803/6946>, acc. 2016-05-04

Steinweis, Alan E. & Rachlin, Robert D. (eds.) (2013). *The Law in Nazi Germany: Ideology, opportunism, and the perversion of justice*. Nueva York: Berghahn. ISBN 9780857457806
