



Fundamentos metafísicos del Derecho Natural

**Una Filosofía del Derecho en acción:
Homenaje al profesor Andrés Ollero
Ed. por Cristina Hermida & José Antonio Santos**

Lorenzo Peña y Gonzalo

**Madrid: Congreso de los Diputados & URJC
2015
pp. 411-442
ISBN 9788479434892**

Lorenzo Peña y Gonzalo

**FUNDAMENTOS METAFÍSICOS DEL
DERECHO NATURAL**

publicado en:

***Una Filosofía del Derecho en acción:
Homenaje al profesor Andrés Ollero***

ed. por C. Hermida & J.A. Santos

Madrid: Congreso de los Diputados &
URJC, 2015

pp. 411-442

ISBN 9788479434892

Fundamentos metafísicos del Derecho Natural

por Lorenzo Peña

publicado en:

Una Filosofía del Derecho en acción:

Homenaje al profesor Andrés Ollero

ed. por C. Hermida & J.A. Santos

Madrid: Congreso de los Diputados & URJC, 2015

pp. 411-442

ISBN 9788479434892

Sumario

0. Introducción

1. Sin metafísica no puede haber filosofía jurídica
 2. Las raíces comunes del positivismo
 3. Las renovadas crisis del positivismo jurídico
 4. La superación de las motivaciones del positivismo jurídico
 5. El divorcio de derecho y moral como presunto fundamento del positivismo jurídico
 6. Lon L. Fuller y el derecho natural procedimental
 7. El bien común como tarea del legislador
 8. Conclusión
-

Resumen

Se demuestra que ha sido una constante histórica reconocer la vigencia jurídica de unos valores y principios supralegislativos salvo en un breve período de prevalencia del positivismo jurídico, el cual ha conducido a la ruina de la propia Filosofía del Derecho. Su restauración requiere rehabilitar la metafísica como único sustento firme del derecho natural.

Palabras-clave:

derecho natural, metafísica, situaciones jurídicas, ontología jurídica, positivismo jurídico.

§0.— Introducción

Son, evidentemente, dos cuestiones diversas la que se refiere a la historia de la oposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico y la que

gira en torno a las razones que abonan a favor de cada una de esas dos opciones —o eventualmente de terceros en discordia.

Por diferentes que sean, ambas cuestiones están conectadas. Y es que, si la oposición o alternativa es un eterno problema que ha dejado siempre perpleja a la reflexión humana acerca de los hechos jurídicos, tendremos ahí un indicio razonable para sospechar que el problema sea acaso insoluble, ya que no tendríamos de buenos argumentos capaces de dirimir la contienda.

¿Qué pasa si no es así? Si hay un claro veredicto de la historia de la filosofía jurídica en el sentido de que una de las opciones ha sido históricamente la normal y la otra anómala, a lo mejor hay ahí un indicio para presumir que es correcta la posición generalmente preferida —siempre, al menos, que podamos suministrar explicaciones convincentes de las causas por las que la opción anómala se ha puesto de moda en ciertos períodos. Esa presunción se basa en el criterio de que, siendo el ser humano —imperfectamente— racional, las doctrinas establemente seguidas suelen tener mayores fundamentos de razonabilidad.

Tal criterio no es infalible, desde luego. Pero, para ir en contra de la creencia abrumadoramente mayoritaria de nuestros antepasados a lo largo de generaciones y generaciones —inclinándonos, en cambio, por un parecer reciente que se aparta de ese previo consenso—, harán falta serias razones; haríamos bien en mirarlas con lupa, no sea que algún error o algún fenómeno de contaminación ideológica haya provocado el auge de ese punto de vista disidente.

El positivismo jurídico es una opinión hoy tan mayoritariamente asumida por los juristas y por los filósofos del derecho que nos parece banal; sin embargo brotó de la nada hace unas pocas generaciones —un máximo de seis o siete—; y aun durante ese tiempo nunca ha concitado la unanimidad, ni siquiera hoy, en que, siendo un punto de vista tan joven, ya empieza a aparecer en decadencia. Una decadencia a la que espero contribuir modestamente con este trabajo.

Aunque definir de entrada puede ser peligroso (construyendo en demasía otras pautas heurísticas de la indagación que uno se propone), creo que debo contestar a la inquietud del lector aclarando que, en este trabajo, identifico la doctrina del derecho natural, o jusnaturalismo, con la tesis de que hay normas, valores o cánones jurídicamente válidos y vinculantes que no provienen de una promulgación ajustada a las reglas de reconocimiento de una

sociedad humana —estribando tal promulgación en algún acto de habla de ciertos individuos o grupos autorizados o, alternativamente, en la adopción de una costumbre—, sino que tienen un origen independiente de esas reglas, al paso que el juspositivismo lo entiendo como el rechazo de la existencia de cualesquiera normas, valores o cánones de esa índole —o sea la tesis de que sólo tienen validez y vinculanza jurídica los elementos cuya entrada en vigor se haga mediante una promulgación humana ajustada a esas reglas de reconocimiento. Sin embargo, desearía dejar un margen de flexibilidad conceptual en el manejo de esas definiciones.

En este trabajo propongo la tesis de que el positivismo jurídico viene de una traslación al campo jurídico de los postulados del positivismo filosófico —o sea del rechazo de la metafísica (bajo los cargos de ser incognoscible o carente de sentido).

Tras abordar sucintamente esa conexión íntima entre ambos positivismos así como el triste periclitarse de la filosofía del derecho que han acarreado, echo un vistazo a las convulsiones que han sacudido al positivismo desde sus orígenes y que se han agravado recientemente —hasta el punto de que un número de ex-positivistas van abandonando ese paradigma— y después examino en qué fallaron las motivaciones que desacreditaron el jusnaturalismo, para, finalmente —recordando los análisis de Lon Fuller y su propuesta de un derecho natural procedimental— concluir que lo que hace falta es un derecho natural sustantivo basado en el valor del bien común, como pauta vinculante para el legislador pero que también crea derechos y deberes para todos los miembros de la comunidad.

§1. Sin metafísica no puede haber filosofía jurídica

La metafísica es el conocimiento racional del ser del ente. Indaga problemas como éstos: qué existe *en general*; qué es ese existir —y en qué difiere del no-ser—; por qué existe algo (en lugar de que no hubiera nada); qué categorías dividen el ser (si algunas lo hacen —pues alternativamente una teoría metafísica puede postular que no hay diferencias categoriales).

Más en concreto son cuestiones metafísicas, entre muchas otras, las siguientes: si existen universales —o si, por el contrario, cualquier ente es singular o individual—; de haber universales, en qué consisten y cómo se relacionan con los entes singulares que los ejemplifican; si existen situaciones o estados de cosas, o sea entidades enunciables por oraciones, siendo los

hechos aquellas situaciones que se realizan efectivamente en nuestro mundo; cómo se relacionan tales situaciones —suponiendo que las haya— con los entes que en ellas participan o están involucrados (p.ej. el agente, el objeto y la acción); si el nuestro es el único mundo posible —y, de haber otros, cómo se relacionan entre sí y, por lo tanto, de qué manera las posibilidades no actualizadas en nuestro mundo son hechos reales en otros mundos; si, por lo tanto, hay diferencia entre determinaciones necesarias y contingentes, esenciales y accidentales; si hay grados de existencia o, al revés, el ser es asunto de todo o nada; en qué consiste la relación de causalidad —si es que existe tal relación— y cómo conecta unas situaciones con otras; cómo entran en las cadenas causales los hechos voluntarios, lo cual implica dilucidar las nociones de libre voluntariedad y de agente; qué es el transcurso temporal, qué unidades o lapsos lo forman y cómo se da la existencia de aquellas cosas que perduran a través de la sucesión de tales duraciones, así cómo en qué estriba el comenzar a existir y el dejar de ser (en particular, el nacer y el morir); y, finalmente, si, de entre las situaciones, todas son puramente fácticas o las hay axiológicamente marcadas, de donde brota la cuestión de si hay valores, qué son, dónde están, cómo se relacionan con nuestras acciones —especialmente la cuestión de si hay implicaciones necesarias entre situaciones fácticas y situaciones axiológicamente determinadas.

El denominador común de todas esas cuestiones es que se trata de problemas sobre la existencia o el ser (y, por ello, la metafísica suele considerarse equivalente a la ontología)¹ cuyo estudio trasciende el ámbito accesible a las ciencias que se ocupan de un determinado tipo de entes, como la física, la química, la zoología, la psicología, la historiografía, la lingüística, la aritmética o la trigonometría.

Siendo un conocimiento que va más allá, la metafísica no tiene a su disposición los procedimientos de comprobación al alcance de esas disciplinas: la observación, la experimentación, la inducción, en unos casos, y en otros el cálculo, la utilización de algoritmos. Por eso, aunque en la vieja terminología la metafísica era vista como una ciencia, *regina scientiarum*, hoy tal vez siga reinando, pero no la llamamos «ciencia», pues hemos decidido reservar ese vocablo a saberes donde pueden emplearse métodos probatorios concluyentes (aunque tal idealización dista de realizarse en la praxis científica, aun en las ciencias duras y exactas).²

La metafísica tiene, sin embargo, a su disposición un método racional: la deducción, auxiliada por el análisis conceptual y la formalización

lógica. Con tales instrumentos puede concebirse concepciones sistemáticas de mundo que —sin aspirar al mismo grado de certeza y demostrabilidad que las conclusiones de las ciencias empíricas o matemáticas—, son, no obstante, productos del entendimiento humano, no de la fantasía. No son grimorios (cual lo sostuvieron los neopositivistas), ni ensayos baladíes.

Es más: en general las teorías científicas distan de ser —como ingenuamente lo suelen creer sus cultores— metafísicamente neutrales. Un cambio de metafísica puede determinar —y, a menudo, determina— que tengan que descartarse una serie de teorías científicas. Y viceversa: la adopción de ciertas nuevas teorías científicas quebranta sistemas metafísicos establecidos. Así, p.ej., surge una incompatibilidad manifiesta entre doctrinas metafísicas de gran solera, como los racionalismos de Spinoza y Leibniz, por un lado, y las teorías físicas hoy en boga —particularmente la mecánica cuántica—. El metafísico puede legítimamente, en tales casos, esperar que la evolución posterior de la ciencia supere y deje atrás esas teorías perturbadoras. Por su parte el adepto de esa mecánica puede legítimamente estimar que esos sistemas metafísicos son obsoletos y que hay o tienen que inventarse otros más acordes con lo que él juzga evidencias científicas.

De manera general, en lo tocante a la metafísica hay tres únicas posturas posibles: o se admite o se rechaza la posibilidad de ese conocimiento o se duda. Quienes la admitimos somos los metafísicos (o, quizá más ampliamente, los partidarios de la metafísica, aunque no la cultiven). Quienes la rechazan son los positivistas (llamados frecuentemente, para mayor precisión, «positivistas filosóficos»; podríamos alternativamente hablar de positivistas gnoseológicos o buscar otro adjetivo más apropiado). Quienes dudan son escépticos.

El rechazo positivista de la metafísica puede ser de muchos tipos y basarse en motivos muy dispares entre sí. Unos la estiman ociosa y baldía. Otros inalcanzable por el intelecto humano. Otros carente de sentido. Los hay que, sin entrar siquiera en los fundamentos para el reproche, se contentan con mirarla desdeñosamente por estar anticuada (por no ser una de las cosas que hoy se llevan).

Muchos juristas —posiblemente la mayoría—, sean partidarios o adversarios del derecho natural (e.d., sean jusnaturalistas o juspositivistas), creen que esa opción es independiente de la cuestión de la metafísica. Pienso que están equivocados. El positivismo jurídico es una mera aplicación al horizonte del derecho del rechazo de la metafísica.

¿Qué relación guardaba con la metafísica el derecho natural cuya vigencia jurídica se reconoció unánimemente hasta comienzos del siglo XIX y se siguió reconociendo casi unánimemente a lo largo de la centuria decimonónica?

En primer lugar, el derecho natural postulaba unos ciertos entes claramente trans-empíricos y que, a fuer de tales, escapan al estudio inductivo o experimental: los derechos naturales, los deberes naturales, las leyes naturales. Ni se ven, ni se tocan, ni se corroboran o se desmienten por la experiencia. De haberlos, son entes de esos que tiene que estudiar la metafísica: si hay entes así, en qué consiste su entidad o su ser, qué los causa o los fundamenta y de qué manera se relacionan con entes perceptibles, como las leyes positivas del legislador —cuya entidad ha de ser dilucidada para saber si son enunciados, prácticas, situaciones u otro tipo de entes.

En segundo lugar, el derecho natural anclaba esos entes jurídicos *sui generis* en otros asimismo trans-empíricos, como la razón, la naturaleza humana, el sentido de la vida, el orden teleológico del cosmos; son, de nuevo, entidades cuyo estudio corresponde a la metafísica, al menos en tanto en cuanto a ésta le toca decir si existen entes así, qué son, dónde están, en qué radican, cuál es su existir y si éste se da por grados. Sin ese anclaje difícilmente se podían sustentar asertos como los de que los derechos naturales del hombre son inalienables, imprescriptibles, innatos y consustanciales.

En tercer lugar, la reflexión intelectual sobre esos entes jurídicos anteriores y superiores a cualquier promulgación legislativa llevaba, ineludiblemente, al planteamiento de muchas otras cuestiones que escapan a cualquier saber empírico sobre el derecho; ante todo a la cuestión de qué es el derecho, para qué sirve, por qué existe, qué lo justifica o legitima y qué papel juegan en él los derechos y deberes naturales del hombre. Al abordar tales cuestiones la filosofía jurídica vinculada al cultivo del derecho natural se planteaba problemas como el de la naturaleza misma del derecho, su carácter funcional o teleológico y la finalidad a cuyo servicio existe —el bien común—.

Esa temática no es, en sí, parte del estudio del derecho natural; estamos ante problemas de la filosofía jurídica, mientras que el derecho natural, de suyo, no sale del tratamiento de qué son y cuáles son los derechos y deberes naturales. Pero la filosofía jurídica elaborada en relación con el cultivo del derecho natural trata esos problemas en relación con la esencia misma de lo jurídico, una esencia que implica asertos contrafácticos (no sólo

qué sucede, sino también qué sucedería si no se cumplieran determinados supuestos de hecho), acudiendo así a condicionales subjuntivos que, de lleno, nos conducen al problema de los posibles alternativos. La filosofía jurídico-natural indaga, pues, no sólo los sistemas jurídicos actuales, sino también los posibles, para desentrañar lo que en ellos hay de necesario y lo que es contingente. La relación misma entre lo jurídico y la contingencia es, así, un problema central de tal filosofía jurídica.

Esa filosofía del derecho vinculada al derecho natural se adentraba, pues, en profundidades que difícilmente pueden abordarse sin el auxilio del propio derecho natural. Cuando el juspositivismo arrinconó el derecho natural, fue abandonando también esas cuestiones hondas, para hacer su tarea susceptible de un tratamiento empírico, buscando, p.ej., definiciones del derecho que oscilaban entre lo tautológico, lo estipulativo y lo sociológico (como puede ser ésta: un conglomerado de pautas de comportamiento que, causadas por el pronunciamiento de un determinado individuo o colectivo, suelen cumplirse en una sociedad).

El derecho natural sustentaba la legitimidad del poder legislativo en una norma supralegislativa que exige imperativamente una autoridad que instaure el orden social en aras del bien común junto con algún supuesto de hecho de que, contingentemente, tal grupo o individuo se halla en las mejores condiciones para asumir ese rol. La filosofía jurídica posnaturalista o positivista, en cambio, renuncia a cualquier tipo de sustentaciones, reduciendo la cuestión de la legitimidad, nuevamente, o a una hipótesis de trabajo (la *Grundnorm* de Kelsen),³ o a una constatación empírica (Austin con su criterio de la «costumbre de mandar u obedecer» y, más refinadamente, Hart con sus reglas de reconocimiento).⁴

Esa filosofía jurídica posnaturalista entiende que, puesto que es ilusorio («metafísico») indagar esencias o naturalezas, lo único que cabe investigar es el derecho que hay, abordable empíricamente.

Esa superficialización de la filosofía jurídica, en su afán de rehuir cualquier tema metafísico, rechaza evidentemente todo deber-ser del derecho. El derecho contiene, ciertamente, un deber-ser: las obligaciones a las que somete a los legislados; pero, según el positivismo, no está a su vez sujeto, objetivamente, a ningún deber-ser que sea jurídico o suprajurídico (lo cual incluso carece sin duda de sentido para tales enfoques). Eso sí, el contenido del derecho podrá ser estimado desde la moralidad subjetiva de cada individuo o cada grupo. Las revoluciones se producen cuando un fuerte movimiento

popular, desde unos postulados morales, rechaza el derecho vigente para reemplazarlo por otro.

La superficialización de la filosofía jurídica positivista conduce incluso a sentir vergüenza por la propia expresión de «filosofía del derecho». Esa filosofía entiende el estudio del derecho como el de una realidad social, porque el derecho sólo tiene fuentes sociales —sean mandamientos o costumbres—, quedando excluida cualquier fuente pre- o supralegislativa, como las normas y los valores vigentes por sí mismos, al margen de cualquier promulgamiento. Pero, siendo una realidad social, el derecho es un tema de la sociología o de la antropología o de alguna otra ciencia social. La ciencia del derecho es una ciencia empírica. Pero hay más y peor todavía: carecerá de sentido ir más allá de esa ciencia del derecho para construir una filosofía del derecho que pretenda fundamentarlo, porque incurriría en esa busca de esencias y, por lo tanto, sería un vano empeño metafísico.

Sonrojada así hasta por su propia denominación de «filosofía del derecho», la de cuño positivista se ha tendido a metamorfosear o reducir a una «teoría del derecho» que sería un análisis generalizante de los rasgos empíricamente estudiables de los diversos sistemas jurídicos o, alternativamente, una disciplina puramente formal, un puro análisis conceptual cuyo sentido se agota en suministrarle a la ciencia empírica del derecho un utillaje nocional para describir su objeto.

Habiendo abandonado todo contenido que no fuera el prescrito por la ley positiva y —a tenor de la misma pauta metodológica—, habiendo renunciado a toda fundamentación del derecho y aun a escudriñar su naturaleza y finalidad, la nueva no-filosofía positivista se enfrenta a las mismas paradojas que asedian al positivismo filosófico en general: su autoafirmación carece de sentido o es incognoscible a tenor de sus propios criterios. El jusfilósofo positivista se ve así condenado, como Wittgenstein al final del *Tractatus logico-philosophicus*, a derribar el andamio que ha levantado y, como de temas metafísicos no se puede hablar, practicar el silencio.⁵

El físico positivista hace física y se abstiene de consideraciones filosóficas. En nada se distingue del físico no-positivista; en nada que ataña a su actividad científica.

No sucede así en el derecho. El internacionalista positivista reducirá las fuentes del derecho publico internacional a la costumbre, el tratado y sus

derivados, mientras que el naturalista agregará unos valores y principios anteriores y superiores a esas fuentes.

Más aún, el jusfilósofo positivista se va quedando sin quehacer alguno, puesto que, según su propia confesión, todo lo que hay que decir del derecho es lo que digan el civilista, el mercantilista, el penalista etc; a lo sumo les ofrecerá ese utillaje conceptual por si les es de algún interés.

Mas, cuando el estudioso de una rama cualquiera del ordenamiento ha asumido descartar, también él, el derecho natural, no sólo deja de interesarle una filosofía jurídica preocupada por la naturaleza y los fundamentos del derecho, sino que acaba por arrojar también por la borda las disquisiciones o filigranas conceptuales de sus colegas del departamento de filosofía jurídica. Para teoría del derecho, bastan las conceptualizaciones de los civilistas, quienes, sin salir de su propia disciplina, han elaborado una «teoría general del derecho» que brindan, como auxiliar, a los cultores de las demás ramas, todas positivas.

§2.— Las raíces comunes del positivismo

El positivismo jurídico o juspositivismo ha sido una doctrina de vida breve y tumultuosa. Cuando hablamos del perpetuo dilema entre juspositivismo y jusnaturalismo, solemos imaginar que se trata de una alternativa que ha estado con nosotros desde hace milenios, que a lo largo de siglos y siglos ha atormentado a los filósofos o a los juristas la necesidad de elegir entre esas dos opciones. Nada más lejos de la verdad.

No faltaron las dudas y aun los asaltos contra la noción de un derecho natural desde los presocráticos hasta algunos pensadores del siglo de las luces; mas tales dudas o tales impugnaciones venían exclusivamente de horizontes del escepticismo o el eliminativismo filosófico más radicales, que sólo atraían a un puñado insignificante de seguidores y aun eso únicamente entre los dedicados a la mera elucubración filosófica, mientras que los filósofos influyentes, los que agrupaban en su torno a legiones de partidarios y discípulos, los que eran escuchados por la opinión pública, eran, unánimemente, jusnaturalistas, al igual que lo eran, sin pestañear, todos los juristas, por mucho que se enfrentaran unos a otros en escuelas antagónicas —como las de los sabinianos y proculeyanos.⁶

Esas dudas o esos asaltos que sufría el concepto de derecho natural por parte de unos pocos sofistas o escépticos —o quizá también de algunos empiristas— procedían de una duda disolvente que socavaba los cimientos conceptuales en todos los campos. Así pues, no venían motivados por ningún rasgo especial que afectara en particular a la noción de derecho natural y del que estuvieran exentos otros conceptos importantes de nuestra imagen del mundo o de nuestra representación de la organización social humana. Esos cuestionadores de lo justo natural —aquellos que sostenían que, si había algo justo, era sólo por convención— no estaban con ello erigiendo una doctrina favorable a la solidez e independencia del derecho positivo como un edificio que podía sustentarse por sí solo; sus críticas también conducían a desconfiar radicalmente de tales construcciones, relativizando sin cesar lo ya relativizado o dudando de su existencia. El nihilismo del sofista Gorgias —para el cual no existe nada y, si algo existiera, no podríamos saber que existe— haría derrumbarse no sólo el derecho natural sin también el positivo.

Antes de Bentham ni un solo filósofo propuso nada que podamos razonablemente llamar «positivismo jurídico»⁷ —por mucho que queramos ver antecedentes de tal postura en el voluntarismo franciscano de Occam, en las ideas de Hobbes o en la separación entre moral y derecho en Thomasius.⁸ Bentham es, desde luego, un juspositivista inconsecuente; su filosofía abraza la existencia de valores jurídicos cuya vigencia está por encima de las leyes promulgadas y contiene una exigencia de reforma legislativa que emana de la necesidad misma de las sociedades humanas y no del antojo.⁹ Pero, inconsecuente o no, es claramente un partidario —el primero en la historia de las ideas— de un planteamiento juspositivista. Y su discípulo Austin también, aunque asimismo encontremos en su pluma muchas y felices inconsecuencias.

Sin embargo, sus opiniones de rechazo del derecho natural siguieron siendo durante muchísimo tiempo ocurrencias aisladas, tesis que ni remotamente suscitaban aprobación común. Incluso —según lo ha mostrado en sus doctas investigaciones Rafael Hernández Marín— la escuela histórica del derecho, iniciada por Savigny, estuvo lejos de profesar un rechazo de la existencia del derecho natural.¹⁰ Si bien es verdad que el jusnaturalismo inicial de Savigny se fue diluyendo después, ni en su obra posterior ni en la de la pandectística y la jurisprudencia de conceptos hay un rechazo —al menos generalizado— al derecho natural.

Fue más bien entre los juristas franceses de la escuela de la Exégesis donde se impuso por primera vez una actitud (más que una doctrina)

estrictamente juspositivista, consistente en sostener que al jurista lo único que le importaba era el derecho efectivamente legislado.¹¹

A lo largo del siglo XIX tales planteamientos, aunque ya influyentes, distaron de suscitar el consenso general.¹²

No sólo eso, sino que, cuando la filosofía jurídica salía de la cátedra para influir en la opinión, era siempre la de signo jusnaturalista. El jusnaturalismo impregna, de cabo a rabo, la Constitución de la II República francesa (1848) igual que había inspirado los textos jurídicos de la revolución francesa y de la I República (1792-1799).

En España, donde el derecho natural krausista había sido introducido por Julián Sanz del Río, la influencia del jusnaturalismo fue todavía más fuerte y explícita. La Constitución (no promulgada) de la I República española (17 de julio de 1873) afirma en su título preliminar: «Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales», concluyendo dicho título con este aserto: «Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva». Es difícil hacer una profesión más firme y contundente de jusnaturalismo.

A la vez, las corrientes filosóficas preponderantes todavía en la segunda mitad del siglo XIX no eran, de manera general, favorecedoras de ningún rechazo del concepto de derecho natural. Más bien, p.ej., el neokantismo y el neohegelianismo tendían a sustentar una cierta idea de derecho natural —como asimismo otras muchas corrientes filosóficas, aunque no todas. Y a los juristas todavía no les molestaba que se siguiera hablando del derecho natural —si bien ellos propendían, en su trabajo doctrinal, a prescindir de él —salvo para caso de último recurso, como se patentiza en haber mantenido en algunos códigos civiles de la época la equidad como una fuente supletoria del derecho diferente de la ley, la costumbre y los principios jurídicos.

Será el posterior giro juspositivista en la filosofía y la doctrina jurídica alemanas, primero, y francesas, después, lo que —junto con el cambio de paradigmas filosóficos en el mundo anglosajón— conducirá a ir relegando —y más tarde desacreditando— la idea de un derecho natural. ¿Por qué? El derecho natural consistía en unas normas no promulgadas pero que no fueran arbitrarias ni inventadas por el tratadista, sino que éste pudiera estudiar e indagar. ¿Cómo?

Parece —y es— imposible proponer una investigación empírica que conduzca a conclusiones científicamente aseverables sobre lo justo y lo injusto. Luego sólo parecía haber otras dos vías: (1ª) elaborar unas ideas sobre lo justo fundadas en el análisis conceptual sin ninguna otra fundamentación; y (2ª) extraer tales conclusiones de una metafísica (como seguía haciendo el krausismo y como —aunque cada uno a su modo— lo hicieran también los filósofos jurídicos de otras inspiraciones).

Ahora bien, la fundamentación metafísica vino desacreditada, en el último tercio o el último cuarto del siglo XIX, por el positivismo filosófico (a la cual ya me he referido en el §1 de este ensayo). Y el puro análisis conceptual no parecía entonces una opción atractiva —tal vez ni siquiera imaginada por nadie: es más: un análisis puramente conceptual no puede sustentar nada por su propia insustancialidad.

A fines del siglo XIX, mientras el neo-aristotelismo está relegado a los círculos católicos (con un poder de atracción masivo, pero cada vez menos interactivo con las amplias corrientes doctrinales en circulación), las filosofías neokantianas y neohegelianas van perdiendo influencia —y entrarán más tarde en decadencia—, sin que les dispute el terreno ninguna otra que proponga una metafísica; simultáneamente van alcanzando ascendente y difusión diversas formas de positivismo o cuasi-positivismo filosófico (cientificismo): si el de Auguste Comte, un tanto sectario, congregó adherentes pero ejerció escasa influencia, el de Herbert Spencer resultó inmensamente exitoso, viéndose secundado, en su asalto a la metafísica, por muchas otras corrientes filosóficas en Francia, Italia y Alemania —como, p.ej., el empiriocriticismo, el convencionalismo de Poincaré y una cohorte de corrientes afines y coetáneas.

Es sólo entonces cuando deciden emanciparse de cualquier tutela filosófica un gran número de científicos del derecho —que, en el nuevo ambiente intelectual, desean estar al margen de metafísicas—, proclamando la suficiencia y la unicidad de la ciencia del derecho positivo como abarcadora de todo el espacio jurídico, a la vez que las nuevas corrientes filosóficas en boga relegan la moral a la esfera de lo puramente subjetivo e incluso de lo meramente emocional —aunque pronto surgirá un formidable contraataque ideológico con la teoría de los valores, que rescatará el objetivismo ético.¹³

§3.— Las renovadas crisis del positivismo jurídico

Hemos visto, pues, que, si el juspositivismo es una creación del siglo XIX, no alcanza hegemonía doctrinal a lo largo de todo ese siglo, sino tan sólo en sus postrimerías, con lo que nos situamos prácticamente en el umbral del siglo siguiente. Mas incluso en los decenios de su mayor prevalencia va a ser cuestionado y contrarrestado por incesantes intentos de rehabilitar el derecho natural.

En medio del auge arrollador del juspositivismo, un filósofo del derecho que está en la onda de los tiempos, François Gény (1861-1959) —uno de los máximos representantes del enorme movimiento del derecho libre—, dio muchas vueltas al eterno problema del derecho natural, sin llegar a adoptar ninguna posición tajante ni definitiva, pero, en cualquier caso, dejando siempre una puerta abierta a su rehabilitación.¹⁴

Coetáneos suyos, el alemán Rudolf Stammler (1856-1930) y, sobre todo, el influyentísimo filósofo italiano Giorgio del Vecchio (1878-1970) —ambos de inspiración total o parcialmente kantiana— fueron dos claros representantes de una defensa del derecho natural, si bien introduciendo modalidades nuevas —como el contenido variable del primero, que ha llevado a algunos historiadores de la filosofía jurídica a negar que sea un jusnaturalista propiamente dicho. También en España persistían restos de un derecho natural krausista, representados por los discípulos de Francisco Giner de los Ríos (1839-1915)¹⁵ —pero incluso en ese medio el positivismo iba ganando terreno. (Por entonces se empieza a resquebrajar el juspositivismo a través de la filosofía de los valores, pero su traslación al ámbito jusfilosófico será posterior; a esa veta me volveré a referir más abajo.)

En el panorama jusfilosófico del período 1920-1950, aproximadamente, las voces que reivindicquen el jusnaturalismo serán pocas y poco escuchadas; que, en ese nuevo ambiente ideológico, el jusnaturalismo neoescolástico —con toda su variedad de matices— se mantenga aislado contribuirá a la infundada asociación entre jusnaturalismo y conservadurismo católico (que luego se agravará, en países como España, por un fenómeno de contaminación ideológico-política).¹⁶

A lo largo de ese período van cobrando vigor diversas variantes del juspositivismo. Ya habían ido claramente en esa dirección las escuelas predominantes a comienzos del siglo XX, como lo son la jurisprudencia de intereses y —quizá más fluctuantemente— la del derecho libre. Francamente

positivistas serán las que van a protagonizar los dos realismos, el escandinavo¹⁷ y el norteamericano —junto con la pariente cercana de éste último, la jurisprudencia sociológica, paralela, a su vez, a la escuela sociológica francesa—; el positivismo italiano, cuyo más destacado representante será Norberto Bobbio;¹⁸ el solidarismo de Léon Duguit (que —aun sin adoptar una posición de rechazo frontal y absoluto del derecho natural— se ubica en el campo del juspositivismo); la escuela normativista, o teoría pura del derecho, capitaneada por Hans Kelsen;¹⁹ las escuelas soviéticas (que oscilaron entre una especie de jurisprudencia de intereses y, más tarde, algo muy similar al normativismo kelseniano, aunque adaptado al materialismo histórico);²⁰ y luego la gran construcción analítica de H.L.A. Hart.²¹

El positivismo jurídico parecía haber ganado la batalla decisivamente. En ese período las teorías jusfilosóficas que trascienden al quehacer jurídico-constitucional ya no son, como un siglo antes, las del jusnaturalismo, sino las de sus adversarios. Las constituciones elaboradas entre 1919 y los últimos años del siglo XX van a estar redactadas por juristas adheridos a paradigmas positivistas (aunque a veces se cuecen en sus producciones algunos elementos jusnaturalistas). Incluso los legisladores tienden en ese período a pulir sus textos eliminando cualquier invocación de la equidad como elemento jurídicamente vinculante.

El panorama va a cambiar en la segunda posguerra mundial. La derrota alemana de 1945 hace sonar las sirenas. El juspositivismo, hasta entonces ampliamente predominante en las universidades alemanas, va a ser ahora cuestionado. Desató la polémica Gustav Radbruch,²² apartándose de las tesis que había profesado hasta entonces para abrazar —bajo la forma de una doctrina de la naturaleza de las cosas— un retorno al jusnaturalismo, argumentando que, si admitimos como derecho todo lo que promulga el legislador según las pautas procedimentales reconocidas en una sociedad, también habrá de aceptarse como derecho válido el más inicuo cuando así se le antoje a tal legislador. Será menester, por consiguiente, acudir al derecho natural como filtro para excluir legislaciones clamorosamente injustas, cual lo había sido la legislación del nacionalsocialismo, sobre todo en algunas materias.

En tales controversias influyeron los sonados juicios de Nürnberg y un número de querellas ante los tribunales alemanes, donde se cuestionó cómo podía juzgarse al margen de las leyes que estaban vigentes en la Alemania de

los años 1933-45, o en contra de las mismas, y si no había que invocar unos principios superiores o no promulgados.

La polémica giraba en torno a dos problemas:

- (1) el de si asumir el positivismo jurídico había implicado lógicamente avalar como jurídicamente válida, en su momento, la legislación del nacionalsocialismo;
- (2) el de si, destruido ese régimen, se podían juzgar las conductas sin tener en cuenta que el derecho válido cuando éstas se realizaron era precisamente el nacionalsocialista.

Con esa ya en sí doble controversia se mezcló otra, de suyo diversa, a saber: qué actitud habían adoptado frente al régimen de Hitler y a su política legislativa los seguidores de las escuelas positivista y jusnaturalista. Resultó muy persuasivo el argumento de que algunos destacados jusnaturalistas (de los pocos que había) se habían hecho apologistas de ese régimen, al paso que no faltaron positivistas entre los que tuvieron que exiliarse o que opusieron resistencia, siendo paradigmáticos los casos del propio Radbruch y, por supuesto, del austríaco Kelsen. Desborda los límites del presente trabajo entrar en tales discusiones.

Aunque esa polémica hizo tambalearse en Alemania la hegemonía intelectual del juspositivismo, éste siguió encontrando líneas de defensa convincentes o, al menos, persuasivas. Un número de juristas optaron por una vía aparentemente intermedia, como lo hizo el fundador de la teoría finalista de la acción en el ámbito jurídico-penal, Hans Welzel, seguidor de la axiología de N. Hartmann —que él incorporó a la ciencia del derecho—, quien evitó cuidadosamente comprometerse con cualquier rótulo similar al del «derecho natural». Mas lo que cuenta es la idea, no la palabra. Y en las ideas la teoría finalista puede verse como una modalidad de jusnaturalismo, aunque sea de una variante moderada.

El autocuestionamiento del juspositivismo germano a propósito de la experiencia político-jurídica de su país causa cierta perplejidad, como si ahora se descubriera que un ordenamiento jurídico puede ser brutal y radicalmente injusto, como si se desconociera que los ordenamientos han avalado la esclavitud, la trata negrera, la servidumbre, los privilegios de rango y de casta, el tormento, las ordalías, la presunción de culpabilidad —para no hablar de la esclavización colonial que sufrían miles de millones de seres humanos hasta la descolonización de la segunda posguerra mundial—, y todo eso de manera estable y continuada, no como una aberración momentánea cual fue la

legislación del III Reich. ¿En qué mundo habían vivido esos juristas? ¿Cuánto se había preocupado de estudiar la historia o la geografía humana?

La explicación de tal enigma nos la suministra, probablemente, la ideología legalista subyacente al juspositivismo (aunque de suyo éste no requiere lógicamente tal ideología),²³ o sea: un programa implícito de reforma política tendente a eliminar todas las fuentes del derecho diversas de la ley promulgada, que, en los modernos Estados de derecho, vendría aprobada por un único órgano deliberativo y legislativo, cuyas decisiones encarnarían la voluntad general. (Volveré sobre esto más abajo.)

Ante la experiencia alemana, esa ideología puede reformularse para que únicamente se aplique a los casos en que el órgano legislativo, por ser democrático, exprese dicha voluntad general. Sin embargo esa restricción no bastaría: habiendo sido el partido nacionalsocialista el más votado en las dos elecciones parlamentarias de julio y noviembre de 1932 (con mayoría relativa en la cámara), Hitler accedió legalmente a la cancillería y, convocando nuevas elecciones en marzo de 1933 (que ya no fueron libres ni honestas), logró que el *Reichshtag*, la asamblea legislativa alemana, votara la ley de habilitación, que le confirió plenos poderes. Matizadamente habría que decir que esa ley de habilitación de marzo de 1933 expresaba la «voluntad general» (con todo lo relativo que eso puede ser, no ya en tal situación sino en cualquier otra).

Sea de ello como fuere, y continuando el hilo de nuestra historia, en 1948 se produce otro hecho capital, a la larga muchísimo más decisivo para el resquebrajamiento del juspositivismo que la experiencia legislativa alemana: la Declaración universal de los derechos del hombre aprobada por la Asamblea General de la ONU.²⁴

Esos dos acontecimientos político-jurídicos de la inmediata segunda posguerra mundial anunciaban lo que vendría algún tiempo después: la lenta erosión de la hegemonía del juspositivismo de la mano de cuatro movimientos de ideas: (1) las elaboraciones filosóficas de Alan Gewirth —y su discípulo Deryck Beyleveled—,²⁵ Robert Alexy y otros; (2) la crítica del juspositivismo en el propio horizonte analítico anglosajón por parte de jusfilósofos como Lon L. Fuller y Ronald Dworkin; (3) las reflexiones del neoconstitucionalismo italiano (Gustavo Zagrebelsky) e hispano (Carlos Nino, Manuel Atienza);²⁶ (4) el desarrollo de una filosofía jurídica axiológica, en la pluma de Miguel Reale, Luis Recaséns Siches y Eduardo García Máynez, quienes acabarán asumiendo a las claras que reconocer una validez jurídica directa a los valores

nomológicos implica la aceptación de un derecho natural.²⁷ Esas cuatro influencias han presentado argumentos en parte convergentes.

Un argumento que se ha avanzado desde tales parámetros para cuestionar el positivismo jurídico es que son los propios ordenamientos los que incorporan la invocación de principios y valores superiores, constriñendo la legislación infraconstitucional con arreglo al canon de ajustarse a esos principios y valores, determinando así una diferencia entre validez formal (procedimental) y la plena vigencia, validez material, que requiere la observancia de los principios y valores consagrados por la Constitución. Especialmente fuerte ha sido el impacto de tales consideraciones cuando se ha unido a las concepciones —de raigambre kelseniana, al menos en parte—, sobre la aplicabilidad normativa directa de la Constitución por la jurisdicción ordinaria y el control de constitucionalidad de las leyes.

La crítica al juspositivismo hecha por el neoconstitucionalismo es una crítica interna. Consideran sus adeptos que es la fidelidad al propio espíritu del juspositivismo lo que lleva a superarlo. El juspositivismo abogaba por una actitud de deferencia al derecho legislado, por un rechazo a cualquier pretensión de erigir algo por encima de la ley, como podrían ser unos criterios éticos, los cuales serían asunto de cada cual en su fuero interno.

La finalidad subyacente del juspositivismo —bien expresada por Kelsen— consistía en este par de prescripciones (1) la autoridad de la ley no debía reforzarse con una pretensión de doble validez, la del derecho positivo y la de su conformidad con un supuesto derecho natural, sino que habría de resignarse a carecer de cualquier sustentación que no fuera la exclusivamente jurídico-positiva; y (2) los impugnadores de la ley o del ordenamiento jurídico debían, por su parte, renunciar, frente a la vigencia de las leyes, a cualquier pretensión de una presunta invalidez jurídica de las mismas por disconformidad con el derecho natural. Eso, evidentemente, no excluía la posibilidad de cuestionar el orden legal desde otras instancias, político-morales; sólo se descartaba que tuvieran pretensión jurídica.

Los neoconstitucionalistas aducen, pues, que el propio ordenamiento jurídico-constitucional moderno invoca unos valores morales superiores, con lo cual se positiviza una instancia de suyo extrajurídica. Seguir queriendo, en tales circunstancias, que la moral permanezca fuera del derecho significa no estar atento a la evolución del derecho.

De manera más general, ese tipo de reflexiones han dado lugar a la creciente adopción de planteamientos jusmoralistas, que aspiran a dejar atrás la dicotomía entre juspositivismo y jusnaturalismo como una falsa alternativa, buscando un *tertium quid* que sería el reconocimiento de algún nexo entre los órdenes moral y jurídico, que evitara los dos escollos del juspositivismo puro (que sólo valga jurídicamente todo lo que decida el legislador) y del jusnaturalismo puro (que haya, por encima del derecho legislado —o, más en general, del positivo—, una instancia de validez jurídica independiente de los promulgamientos humanos).

Tales cuestionamientos han llevado a los propios juspositivistas (p.ej. Luigi Ferrajoli) a matizar sus posturas adoptando muchos de ellos alguna forma de «positivismo inclusivo» (o «incluyente»),²⁸ una modalidad de juspositivismo que admite la vigencia de pautas o cánones morales, de suyo extrajurídicos, siempre que sea el propio legislador el que ha incorporado esa referencia a los textos legales, al igual que —por los mecanismos del derecho internacional privado— el derecho sucesorio escocés puede ser exequible en España por los tribunales españoles (en ciertos supuestos), ya que así lo dispone el código civil español. El positivismo inclusivo ha modificado las reglas hartianas de reconocimiento añadiendo, para ciertos ordenamientos jurídicos, un criterio adicional de contenido, pero siempre que así esté expresamente prevenido en la normativa vigente en ese país.

Mucho se ha debatido sobre la coherencia del positivismo inclusivo, cuestionándose si tal inclusión desestabiliza el enfoque o hasta lo hace incoherente; alégase que, o bien esas pautas morales sólo obligan en tanto en cuanto están positivizadas (y entonces no se ha modificado para nada el juspositivismo a secas —que dejaba libre a cada legislador de establecer los contenidos jurídicos que le diera la gana, morales o inmorales—), o, por el contrario, constriñen al ordenamiento más de lo que éste ha estipulado en sus textos legislativos, y en ese caso ya hemos desbordado el juspositivismo. No voy a terciar en esa disputa.

Los jusnaturalistas siguen siendo hoy una minoría. En España y en otros países hispanos el rótulo mismo de «jusnaturalismo» va cargado de una connotación peyorativa, asociada a las posturas ideológicas conservadoras y a una defensa del modo de vivir presuntamente «natural», que constreñiría al hombre a pautas de conducta social conformes con modelos consagrados, como la familia tradicional, al margen de cualesquiera innovaciones. Y fuera de nuestra área lingüístico-cultural también el jusnaturalismo continúa hallando

sólo un número minoritario de seguidores, y en el fondo, se piensa que no hay en el derecho nada que no le quepa investigar a la ciencia del derecho; y que la ciencia del derecho, como toda ciencia, sólo puede aplicar métodos científicos, o sea: prescindiendo de juicios de valor, atenerse a lo que es, estudiándolo por observación, inducción y deducción, sin auxilio de ninguna construcción metafísica. Por otro lado, la mayoría de quienes se apartan del juspositivismo buscan algo que no los haga volver al derecho natural.

§4.— La superación de las motivaciones del positivismo jurídico

El juspositivismo sólo prosperó auspiciado por el positivismo filosófico que excluía toda metafísica. La atmósfera intelectual del (neo)positivismo metafilosófico —al sentar el postulado doctrinal de rehuir la metafísica— propició ese auge del positivismo jurídico. Hubo al menos cuatro motivos para esa prosperidad.

- 1º) El canon metafilosófico (o metodológico) de que los únicos enunciados con sentido son los analíticos o sintéticos: los primeros son asertos formales, que no dicen nada sobre las cosas, al paso que los segundos son empíricamente verificables.²⁹
- 2º) Entender la ciencia del derecho como una ciencia social, una ciencia de hechos sociales, que, como cualquier ciencia, habría de hacerse prescindiendo de juicios de valor; con otras palabras: distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser, a juicio de quien lo estudia.³⁰
- 3º) Establecer la seguridad jurídica, que vendría quebrantada si la ley entrara en competencia con otras fuentes del derecho y particularmente con las concepciones de la justicia que puedan proponerse doctrinalmente; éstas podrían ser eventualmente tomadas en consideración por el legislador mas —según el propósito que anima al positivista— han de ser totalmente excluidas como fuente del derecho.
- 4º) Asegurar la separación entre dos órdenes normativos diferentes: derecho y moral.

Examinaré en este apartado los tres primeros, dejando el 4º para el siguiente. Con relación al primero de esos cuatro motivos, mucho ha llovido desde que, hacia 1920, se constituyera el círculo de Viena en torno a ese canon (con la formulación que he dado o con cualquier otra parecida). Los

postulados neopositivistas han sido zarandeados, transformados y mayoritariamente rechazados. En el ámbito de la filosofía analítica —en buena medida inspirada inicialmente por esos planteamientos (o, al menos, receptiva de tales modos de razonar)— han surgido nuevas metafísicas que habrían desconcertado a Carnap, Schlick y Neurath: si ya las reflexiones ontológicas de Quine causaron una fuerte perplejidad a Carnap, mucho más se aleja de su horizonte positivista la elaboración de las metafísicas de David Lewis, Alvin Plantinga, Gustav Bergmann, Herbert Hochberg, H.N. Castañeda, R.M. Adams, K. Mulligan,³¹ con universos poblados de conjuntos o cúmulos, propiedades u otros universales *in essendo*, tropos, relaciones, mundos posibles, proposiciones, estados de cosas, modos de combinación y así sucesivamente: entes que no son observables pero cuya postulación ayuda a una comprensión más racional del mundo empíricamente conocible.

Paso a comentar el segundo motivo, con relación al cual hay que hacer tres anotaciones.

La primera es que ese prurito correspondía a un estado ya periclitado de la epistemología, la cual ha sufrido en los últimos decenios grandes transformaciones. Los dogmas del neopositivismo se han quebrantado. Hoy se cuestiona que las ciencias hayan de ser y sean efectivamente axiológicamente neutrales. Dada la subdeterminación de las teorías científicas por la evidencia empírica disponible, cuando hemos de optar —de entre un abanico de posibles teorías explicativas de los fenómenos—, lo haremos acudiendo a criterios valorativos, como puede ser la inferencia a la mejor explicación (una explicación que es mejor en tanto en cuanto se avenga más a ciertos constreñimientos axiológicos).

La segunda anotación es que los conceptos de las ciencias sociales tienen notas normativas, según se reconoce ampliamente desde los trabajos de Davidson. Elaborar una ciencia social implica atribuir sentido a las acciones individuales y colectivas, conjeturando unos propósitos explícitos o implícitos que, mediante una proyección teleológica, explican los sucesos y las instituciones. Una ciencia social es forzosamente funcionalista, explicando lo que hacen los hombres (u otros seres socialmente agrupados) como medios individuales y colectivos para alcanzar unas metas. Eso constriñe el ámbito de las predicaciones que podemos hacer con relación a unos hechos o unas instituciones una vez que los hemos subsumido bajo ciertos conceptos; lo que se desvíe demasiado de tales parámetros habrá de ser conceptualizado de otro modo.

La tercera anotación es que la ciencia jurídica no es una ciencia social. No es ciencia del derecho meramente como es sino ciencia del derecho como debe ser. El derecho como meramente es constituye un tema de estudio de ciencias histórico-sociales: historia del derecho y sociología jurídica. La dogmática jurídica es, en cambio, un estudio de la normativa vigente en un campo que introduce siempre un elemento, mayor o menor, de idealización, porque el jurisprudente o jurisapiente determina, según criterios axiológicamente cargados, en primer lugar cómo interpretar los preceptos vigentes y, en segundo lugar, cómo han de afrontarse tales o cuales contradicciones deónticas, e.d. qué principios han de regir la exequibilidad prioritaria de tal o de cual norma —y, por consiguiente, cuáles preceptos han de reputarse, los unos caducos, los otros derogados, los otros, finalmente, inexecutable, mientras que, por el contrario, otros han de hacerse eficaces; a la vez que esa labor es inseparable de propuestas *de lege ferenda* cuando la implementación legislativa de los valores jurídicamente reconocidos sufra deficiencias.

Podríamos abundar en esta tesis de que la ciencia del derecho no es una ciencia social comentando la dicotomía entre ser y deber-ser. Recordemos que para Kelsen tal dicotomía es esencial e irrebalsable.³² Como lo normativo pertenece al ámbito del deber-ser, hay, a su juicio, un distingo entre una norma —que, expresando un deber-ser, no puede ser ni verdadera ni falsa— y la correspondiente proposición normativa —que afirma que en tal ordenamiento existe esa norma—.³³ Tal separación entre ser y deber-ser me parece equivocada, pero discutirla desbordaría los límites de este trabajo. Lo importante para mi actual propósito es señalar que, contrariamente a la esperanza de que el científico del derecho use sólo proposiciones normativas, exentas de calificaciones de lo que el derecho debe ser,³⁴ el estudio doctrinal del derecho siempre conlleva recomendaciones dirigidas, ya sea a los jueces, ya sea al poder ejecutivo, ya sea al propio legislador, así como también a todos los que tienen que aplicar las normas, o sea los súbditos. La ciencia del derecho estudia, sí, los hechos constitutivos del ordenamiento jurídico, mas lo hace desde el parámetro de la misión del derecho, de los valores que tienen que presidir y regular el conjunto de la tarea legislativa, de la administrativa y la jurisdiccional, apartándose a menudo de la literalidad de los preceptos promulgados. Conque dogmática jurídica y política legislativa no son deslindables de una manera precisa: ninguna política legislativa se puede proponer sin hacer un análisis dogmático de la legislación vigente, ni éste es

posible sin acudir a unos cánones hermenéuticos, adoptados en virtud de ciertas guías axiológicas.³⁵

Pasando ya a abordar el tercer motivo, hay que decir que, si bien el positivismo, de suyo, no ha impuesto forzosamente la exclusión de otras fuentes tradicionales —como la costumbre—, la ideología que inspiró la amplia aceptación del paradigma positivista sí fue el afán de concentrar todo el poder de instituir normas vigentes en un solo generador de las mismas: un órgano legislativo único cuyo monopolio tendiera a apartar cualesquiera fuentes consuetudinarias, doctrinales, incluso jurisprudenciales.

Tal era la ideología legalista, una variedad del juspositivismo —la más difundida en el período de esplendor. Su motivación era la de salvaguardar así la seguridad jurídica, el principio de saber a qué atenerse (que, según Ortega y Gasset,³⁶ era la única función y el único propósito del derecho, no la justicia: *dura lex sed lex*). Añadióse posteriormente otra motivación más para el legalismo, que fue la concepción rousseauiana de la ley como voluntad general en una perspectiva democrática, que miraba con enorme recelo cuanto fuera gobierno de los jueces —y más aún de la doctrina— o aceptación del poder vinculante de la costumbre, lo cual llevaría a reconocer la abrogación de las leyes por desuetud.

Hoy esa ideología está resquebrajada por un montón de razones, algunas de las cuales son las siguientes.

En primer lugar, el legalismo fingió que el derecho internacional no importaba mucho, o quiso concebirlo esencialmente como derecho convencional, en el cual se estaría ejerciendo conjuntamente el poder legislativo de los Estados contratantes, que hacían así, al suscribir el tratado, una declaración de voluntad común. Eso desconocía que el derecho internacional público era —y todavía hoy sigue siendo— un derecho, en gran medida, consuetudinario, aparte de que el ejercicio de la función edictora o prescriptora en el ámbito jurídico-internacional no se puede subsumir meramente en el de la potestad legislativa de los Estados signatarios, especialmente cuando estamos en presencia de tratados multilaterales —de conferencias o congresos— o de creación de organismos permanentes. Menos todavía cabe subsumir en ese ejercicio conjunto de la potestad legislativa de las potencias la normativa derivada, como pueden ser las resoluciones y decisiones de los órganos de las organizaciones internacionales (p.ej. los fallos del tribunal de justicia internacional o las decisiones de los jurados de la OMC). Hoy el derecho internacional regula la mayor parte de las cuestiones

de la vida colectiva, de un modo u otro, incluso frecuentemente la de los particulares.

En segundo lugar, está el derecho consuetudinario, al que se expulsa por la puerta para que vuelva a entrar por la ventana. Joaquín Costa, recogiendo ideas de la escuela histórica del derecho y de la escuela sociológica francesa, pero en un sentido más democrático, proclamó —con sobrada razón— que el pueblo es siempre un co-legislador, porque el poder legislativo sólo prescribe las leyes *ad populi referendum*, de suerte que el instituto de la desuetud es consustancial al funcionamiento del derecho. Hasta el propio Kelsen reconoció un poquillo de eso al admitir que un ordenamiento establemente ineficaz dejaba de tener vigencia. Pero es que hoy la importancia del derecho consuetudinario va en aumento en esferas donde no se esperaba, como el derecho mercantil internacional (y en un mundo globalizado todo el derecho comercial tiende a estar impregnado de esa internacionalización), surgiendo constantemente nuevas costumbres vinculantes, jurisprudenciales, administrativas, que constriñen la interpretación de los preceptos promulgados en los ámbitos jurídicos más diversos y dispares.

En tercer lugar, el papel del pueblo como legislador se ha ampliado con la creciente importancia atribuida a los valores y los principios del derecho, frente a las reglas, al reconocerse ampliamente por varios sectores de la doctrina que la fuente única o principal de la nomoárquica jurídica es el ejercicio directo de una potestad normativa por las propias masas populares, al adherirse a unos valores y unos principios, con lo cual constriñe incluso el margen del poder constituyente, que no está autorizado a imponer instituciones o preceptos básicos que entren en contradicción total con los principios y valores más masiva y firmemente adoptados por el pueblo soberano en un determinado momento constitucional.

En cuarto lugar, el ejercicio de la potestad legislativa ha perdido la simplicidad soñada por los legalistas, estando hoy disperso en múltiples órganos que se entrecruzan en sus atribuciones prescriptivas: poder nacional, poderes regionales, poderes supranacionales (p.ej. los espacios de integración, como la comunidad europea, la de estados iberoamericanos, la *Commonwealth*, el Mercosur, la NAFTA y tantos otros, sucediendo que el deslindamiento de las competencias legislativas es asunto constantemente litigioso y seguramente cada vez más).

En quinto lugar, la jurisprudencia no sólo no ha perdido poder sino que se ha expandido, por mucho que el legislador se afane por contrarrestarla

con el delirio legiferante. Tal desmesura o profusión legislativa —en virtud de la cual las leyes son hoy generalmente de corta duración— es contraproducente, porque, al causar inseguridad jurídica, aumenta, sin querer, la necesaria intervención del juez para determinar qué ley es aplicable a cada supuesto, dado lo enrevesadas que son las situaciones transitorias y dados, concretamente, ciertos cánones de irretroactividad o de derechos adquiridos (al menos en el orden sancionatorio, pero en alguna medida también en otros órdenes).³⁷ Como las leyes son cada vez más abundantes y más complicadas,³⁸ el juez tiene cada vez más que interpretarlas, determinando cuáles son exequibles.³⁹ Añádese el creciente papel de la jurisprudencia constitucional y de la de los organismos supranacionales (en el caso europeo, los tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo, cuyas relaciones tampoco son siempre pacíficas).⁴⁰

En sexto lugar, el prestigio de la ley se vio disminuido al descubrirse las contradicciones jurídicas, o sea las situaciones jurídicas conjuntas del tipo «Es obligatorio que A» y «Está permitido que no-A» (e incluso las antinomias deónticas: «Es obligatorio que A» y «Es obligatorio que no-A»). En ciertos casos se trata incluso de contradicciones y antinomias fuertes, o sea tales que la negación involucrada es una negación fuerte (un «no ... en absoluto»). Ese descubrimiento perturbó fuertemente la construcción de Kelsen, forzándolo a reelaborar a fondo toda su teoría jusfilosófica en su obra póstuma, sin encontrar soluciones satisfactorias.⁴¹

El positivismo jurídico posterior ha querido ver en el reconocimiento de las antinomias una concesión secundaria que, al hacer más sensata la posición adoptada, la haría más sólida. No es así. Para tratar adecuadamente las antinomias legislativas hay que acudir a lógicas deónticas que no se tambaleen por la presencia de contradicciones (lógicas deónticas paraconsistentes no-agregativas), mas eso no basta: es preciso reconocer el papel corrector de la jurisprudencia y de la doctrina y, por lo tanto, la inseparabilidad entre dogmática jurídica y política legislativa.

En séptimo lugar, también el propio positivismo jurídico, al aspirar a ser consecuente, ha quebrantado sus cimientos haciendo otro presunto descubrimiento —aunque éste falso a mi juicio—: el de la incompletitud del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, de la ley. Si la ley no resuelve todos los casos, carece de uno de los atributos que la hacían prestigiosa, porque, donde hay lagunas, hay inseguridad jurídica, por lo cual no puede aureolarse la ley del título de garante de tal seguridad jurídica, cuando no la otorga. (Sin

embargo, aunque la ley efectivamente tiene lagunas, el ordenamiento jurídico no, si admitimos el derecho natural y, concretamente, la *lex libertatis* o principio de permisión de que lo que no está prohibido está permitido; volveré sobre esto más abajo.)

El reconocimiento de lagunas se quiso ver como un logro de un juspositivismo más lúcido y consecuente que el normativismo kelseniano, que albergaba la ilusión de que la ley lo resolviera todo, sin haberlo demostrado. El nuevo positivismo radical (como el de Alchourrón y Bulygin) asume que la legislación no resuelve todos los casos, ni muchos casos, que en no pocos terrenos ni la acción es jurídicamente lícita ni está tampoco prohibida. Pero justamente tenemos ahí un motivo más para apartarnos resueltamente del positivismo jurídico.

En octavo y último lugar, la propia doctrina jurídica es reconocida como fuente del derecho en los sistemas de *common law* —y, siguiendo su estela, en el estatuto del Tribunal de justicia internacional de La Haya—, pero, tal vez vergonzantemente, ese valor de fuente lo tiene la doctrina por doquier. Por dos razones.

Una es que la jurisprudencia —a la que se tiende cada vez más a reconocer el genuino papel de fuente del derecho, aunque sea subordinada— es la que es en virtud de la doctrina, que la inspira, la orienta, la critica y, a la larga, la modifica (aunque —en determinadas cuestiones particulares— persistan durante períodos largos enfrentamientos entre jurisprudencia y doctrina).

La otra razón es que el propio acto edictor del poder legislativo no es —como equivocadamente lo creyó el positivismo legalista— un escueto acto de voluntad, sino que es una declaración que, en el mundo de hoy, tiene que venir motivada, para excluir la arbitrariedad; y esa motivación está vivificada e inspirada por la doctrina jurídica (aunque, evidentemente, detrás de las bambalinas estén operantes también factores irracionales: las maniobras electorales, las presiones de los *lobbies*, los favoritismos, las inconfesables concupiscencias y las demás vergüenzas del ser humano).

§5.— El divorcio de derecho y moral como presunto fundamento del positivismo jurídico

Voy a abordar ahora el cuarto motivo de los que he mencionado como explicaciones de la boga del positivismo jurídico: la separación de derecho y moral.

Ante todo hay que comprender que, en rigor lógico, ni el juspositivismo implica tal separación ni es implicado por ella. Y es que podrían ser derecho y moral dos órdenes normativos no ya diversos sino incluso absolutamente inconexos sin que ello impidiera para nada que, en el orden jurídico, existieran unos elementos vigentes —sean valores, sean principios o cánones, sean leyes— cuya vigencia no proviniera de la promulgación contingente de ninguna autoridad humana, sino de la propia naturaleza de las cosas o de las propias exigencias internas del orden jurídico. Por lo tanto la separación no implica el juspositivismo.

Tampoco vale la implicación inversa, porque la separación aludida no impide al legislador edictar normas en asuntos usualmente considerados propios de la moral privada de cada uno, p.ej. opiniones. De hecho actualmente a eso se tiende con ciertas arengas del Consejo de Europa que acarrearán que los jóvenes tengan obligación de profesar y manifestar su adhesión, en conciencia, a los valores colectivamente asumidos, lo cual viene desarrollado legislativamente por asambleas en las que predominan los adeptos del positivismo jurídico.⁴²

Si bien no se da, lógicamente, implicación en ninguno de los dos sentidos, no deja de ser cierto que la ideología positivista se erigió sobre ese cimiento de la separación, porque se vio cualquier alegato de unos cánones objetivamente válidos, al margen de las decisiones del legislador, como un asunto opinable, abierto de la especulación ética, que escapaba a la verificabilidad intersubjetiva, debiendo así relegarse al criterio moral de los particulares, alejado de lo públicamente invocable, que debía consistir sólo en las decisiones tomadas por los poderes públicos para la salvaguarda de los fines confiados al Estado por el pacto social, principalmente la seguridad jurídica.

Esa separación radical de derecho y moral ha sufrido los embates de una serie de críticas. La primera se refiere a la dificultad de fijar la línea demarcatoria. Lo más sencillo era dejar al criterio de la moral lo que sucede

en el fuero interno y al del derecho las conductas, al menos en tanto en cuanto afecten intereses de otros.⁴³

Pronto se vio que la raya de separación no podía ser ésa. Es cierto que la pura intención no seguida de realización tiene que ser siempre jurídicamente lícita —como lo habían visto los legisladores desde la antigüedad (si bien exceptuaron los asuntos en los que la comunidad hubiera establecido unos dogmas de obligada adhesión, considerándose que no adherirse a ellos significaba una deslealtad a la comunidad).

Pero la intención seguida de realización no es un asunto privado ni puede quedar al margen del derecho. Éste no puede despreocuparse de si las acciones se han realizado con dolo, con indiferencia al mal ajeno, con buena fe, con preocupación por los bienes ajenos; ni de si ciertas conductas se han llevado a cabo por (o con) odio, *animus iniurandi*, crueldad, o, al revés, por móviles loables; ni de si el agente pensaba de un modo u otro, tenía conocimiento o estaba en el error o en la ignorancia. En suma, el fuero interno no es, como un bloque, un terreno vedado a la intervención del derecho y reservado a la moral.

La segunda crítica a la separación radical de derecho y moral viene dada por el reconocimiento jurídico de algunos deberes que se reputaban pertenecientes a la esfera exclusivamente moral. En el período de mayor auge de las ideas juspositivistas —que, a la vez, ambicionaban más radicalmente establecer una nítida separación entre derecho y moral— se propendió a valorar como único bien públicamente protegido el de la seguridad, tendiendo a ignorarse los demás, por lo cual las acciones altruistas se juzgaron jurídicamente supererogatorias; e.d. a nadie impondría el ordenamiento jurídico ayudar a los demás, sino que sólo prohibiría hacerles daño.

Tal visión negativista de las obligaciones sociales de los individuos y los grupos saltó hecha añicos y está superada desde hace mucho tiempo. No hay simetría entre las obligaciones de hacer y las de no hacer, pero las obligaciones de hacer existen, porque, al crecer y vivir en una sociedad, el individuo va sacando de ella un provecho, y, a cambio contrae unas obligaciones de reciprocidad hacia la colectividad y hacia cada uno de sus compañeros de sociedad. Ciertas conductas omisivas son hoy sancionables: desde el impago de tributos hasta la omisión del deber de socorro o la no denuncia de delitos; las obligaciones de hacer suelen ser menores que las de no hacer (son menos obligatorias, están sujetas a condiciones más restrictivas y su incumplimiento está menos castigado). En todo caso hoy se admite el

deber jurídico de ayudar a los demás en ciertas circunstancias (sin exigir a nadie heroísmo). El derecho se ha humanizado y, en esa modificación, ha influido aparentemente la moral.

Hoy sabemos también que se había sobredimensionado la seguridad en general, y la seguridad jurídica en particular. Ésta es importante, mas no es el único bien colectivamente tutelado ni la única razón de ser de la sociedad. (Volveré sobre esto más abajo.)

La tercera crítica actual a la separación radical de derecho y moral aduce que se ha producido una incorporación a las constituciones políticas de los últimos decenios de una serie de valores —siendo uno de los más recientemente asumidos el del *buen vivir* (o en quichua *sumak kausai*) en la nueva constitución ecuatoriana.⁴⁴ ¿De dónde proceden esos valores? ¿Quién los trae a la arena político-jurídica? Proviene —dicen los críticos— de los criterios morales de los partícipes en tales procesos constituyentes. Luego sería difícil establecer una separación tan estricta como deseaba el juspositivismo. Sería dudoso afirmar que, hasta que se ha votado la nueva constitución, tales valores estaban en la esfera de la moral (y de la conciencia de los asambleístas) pero que, en el mismo momento en que se ha aprobado el texto, ingresan en la esfera de lo jurídico.

Aunque he expuesto esas tres críticas, eso no significa que esté yo de acuerdo en borrar o desdibujar la frontera entre derecho y moral. Creo que tales críticas son válidas contra la versión juspositivista de esa separación, o sea: contra la tesis de la separación según la entendieron los positivistas y para justificar su rechazo del derecho natural —que ellos relegarían al ámbito de la moral, fuera del derecho.

Ahora bien, si admitimos un derecho natural, unos valores y cánones jurídicamente vinculantes que no proceden del promulgamiento legislativo, convencional o consuetudinario, entonces cesa la necesidad de acudir a la moral para humanizar el derecho. Desde la óptica de un derecho natural que tome como valor supremo el bien común (vide infra), no hace falta vivificar al derecho positivo acudiendo a la reflexión moral. Para que una recomendación axiológica sea admisible en la esfera de la discusión político-jurídica es menester que se ofrezcan argumentos tendentes a mostrar que se sigue de principios o valores sin los cuales el ordenamiento jurídico no puede cumplir su misión (en las condiciones actuales, dada la presente realidad social). En definitiva, hay que probar que esa recomendación ha de observarse en aras del bien común.

§6.— Lon L. Fuller y el derecho natural procedimental

En 1958 prodújose en las páginas de la *Harvard Law Review* la célebre controversia entre Lon L. Fuller y H.L.A. Hart. El primero publicará en 1964 su libro *The morality of law*. Fuller fue uno de los iniciadores de la restauración del jusnaturalismo, aunque el suyo fuera un jusnaturalismo tímido, exclusivamente procedimental.

Fuller sostuvo que un conjunto de normas no podía considerarse un ordenamiento jurídico a menos que se ajustara a ocho cánones de sistematicidad, que obedecían a criterios morales y gracias a cuyo cumplimiento el súbdito podía gozar de la protección de la ley. Tales cánones eran los de: (1) generalidad y consistencia de las leyes; (2) promulgación de las mismas —prohibiéndose que sean secretas—; (3) claridad o inteligibilidad; (4) irretroactividad; (5) no-contradicción; (6) posibilidad de su cumplimiento; (7) estabilidad legislativa (lo que excluiría modificaciones legales excesivamente frecuentes); (8) congruencia entre la ley y su aplicación administrativa y jurisdiccional.

Para Fuller se trataba de unos cánones que obligan al legislador y cuya transgresión es posible en muchos grados. Fuller no aspiraba a una total conformidad entre la legislación y ese óctuple canon pero sí opinaba que un conjunto de preceptos muy alejado del mismo ya no sería un ordenamiento jurídico.

Al punto de vista de Fuller podemos interpellarlo con dos graves preguntas: (1ª) ¿Por qué adoptamos esos ocho cánones o postulados de significación —y no cualesquiera otros— rehusando la denominación de «ordenamiento jurídico» a un conjunto de normas muy alejado de observar ese óctuple canon? Y (2ª) ¿Qué importancia tiene la observancia de tales cánones?

A la pregunta (1ª) es difícil responder sin ofrecer algún criterio más elevado y abstracto. El propio Fuller lo intenta, afirmando que el propósito del derecho es someter la conducta humana al gobierno de reglas. O sea, en esencia, se trataría de conseguir un cierto grado de seguridad jurídica. Fuller asumía así un derecho natural procedimental compatible con gran iniquidad e injusticia, pero que al menos salvaguardaría la misión para la que existe el derecho. Fuller era firme partidario de un canon o principio básico de reciprocidad, que, a su juicio, regulaba orientativamente todas las relaciones

entre seres sociales. Está claro que para él el poder político tiene una misión y una contrapartida. Sin duda es muy hobbesiano, pensando que la misión del poder es establecer y tutelar la seguridad: la contrapartida sería la obligación de los súbditos de obedecer la ley.

Hay dos objeciones que formular. La primera es lo inadecuado de esa reducción hobbesiana de la misión del poder a la de garantizar la seguridad. Es una imagen defendible y posee un núcleo válido (a saber: cualesquiera que sean las otras tareas que incumben a un poder político, ciertamente le atañe la de garantizar la seguridad de los súbditos). Pero hay otros bienes que el soberano está llamado a propiciar e impulsar. La seguridad —jurídica o de otro tipo— es sólo una parte de un bien más fundamental: el bien común.

La segunda objeción es que, para conseguir la seguridad jurídica, hay que añadir un canon adicional que Fuller no enumeró, aunque verosíblemente lo sobreentendió: el principio de permisión, el de que lo no prohibido está permitido.⁴⁵ Si los ocho cánones regulativos de Fuller marcan obligaciones de no hacer para el legislador (salvo en parte el 8º), hay que agregar una obligación de hacer o dejar hacer: la de reputar positivamente autorizada cualquier conducta no prohibida, prohibiendo a los demás obstaculizarla o impedirla. Sin eso no hay seguridad, ni jurídica ni no jurídica.

Voy a explayarme en ambas objeciones en el apartado siguiente.

§7.— El bien común como tarea del legislador

La reflexión sobre Fuller nos lleva a esta pregunta. Asumiendo con el maestro norteamericano que las relaciones humanas se rigen por un canon de reciprocidad, cada institución social se justifica por una función que le está asignada y cuyo desempeño se tiene que ajustar, so pena de no existir, a unas pautas o reglas superiores que determinen los deberes recíprocos entre los demás individuos y aquellos a quienes tal función se ha confiado (o que se la han arrogado ellos mismos).

Sin necesidad ninguna de apenar con nada parecido a un pacto social originario —que vendría a constituir la sociedad o el cuerpo político (ni en el orden temporal ni en ningún otro)—, el hecho es que en las sociedades humanas tiene que haber un poder, un conjunto de órganos directivos que establezcan las obligaciones y las permisiones.

El fin de la sociedad no es la mera conservación, sino la prosperidad, el bien, tanto el particular de cada uno de sus miembros como el general de todos juntos; y esa suma de bienes, compatibilizados en la medida de lo posible, es el bien común. Los hombres (y las arañas sociales y los elefantes que viven en manada) están agrupados, no sólo para sobrevivir, sino para vivir mejor juntos, para prosperar. La seguridad no es el único bien ni el supremo. Es sólo una parte del bien común que puede hallarse en contradicción con otras partes que incluso tengan primacía (hay ciertos riesgos que vale la pena correr).

Cuando los seres agrupados con vistas a vivir mejor juntos y a la prosperidad colectiva o conjunta pertenecen a una especie cuyos individuos están dotados de voluntad —en vez de actuar por instinto—, es menester que se erija en la comunidad un individuo o un grupo investido con el poder de fijar las reglas: deberes y derechos o autorizaciones; o más sencillamente: prohibiciones y no-prohibiciones, declaraciones de que esto está prohibido y aquello no lo está.

Que ese individuo o grupo, el gobernante, ejerza tal función significa que la ejerce para el bien común, al menos en alguna medida. Si total, radical, absolutamente no es así, entonces sólo por analogía seguiremos diciendo que es el gobernante; igual que quien empuñe el timón puede no ser un verdadero piloto. Así, un gobierno que manda una auto-destrucción total de la colectividad que rige está, al hacerlo, dejando de ser gobierno. Sin llegar a tal extremo, es cierto que, cuanto más grave y duraderamente se aleja de tomar la preservación y el aumento del bien común como guías de su acción, el gobierno deja de serlo para convertirse en tiranía.

A cambio de que le esté impuesto ese deber de gobernar para el bien común, el gobernante tiene un derecho, cuyo respeto puede exigir a los demás: que se obedezcan las leyes que promulga. Siendo sinalagmático ese vínculo, está mutuamente condicionado. Una ley injusta, lesiva para el bien común, no deshace la obligación de los súbditos de obedecerla y cumplirla. Ni dos leyes injustas. Ni tres. Una legislación duradera y globalmente lesiva para el bien común sí socava el nexo social y autoriza la desobediencia que, más allá de un umbral, se transforma en deber, incluyendo el derecho/deber de derrocamiento del tirano.

Ahora bien, hablamos del bien común. El bien común ¿de quién o de quiénes? ¿Quiénes forman la comunidad por cuyo bien ha de velar el gobernante? En las sociedades esclavistas, los esclavos no estaban abarcados

por la comunidad. Ni los villanos lo estaban del todo en las sociedades nobiliarias Ni tampoco los proletarios lo estaban plenamente en el liberalismo censitario de comienzos del siglo XIX (que consideraba que los no-propietarios no eran miembros de la sociedad de pleno derecho porque no tenían en ella un interés que salvaguardar). Ni los pueblos sojuzgados por el yugo colonial se incluían en la comunidad que los dominaba. Ni los no-arios en la Alemania racista del III Reich. Ni los no-blancos en la Suráfrica del *Apartheid*.

El mayor avance del nuevo derecho natural es el de reclamar que la comunidad por cuyo bien común ha de velar el gobernante sea la de todos los habitantes. Todos ellos han de obedecer la ley. Todos ellos han de estar incluidos en la comunidad por cuyo interés conjunto ha de actuar el gobernante con sus promulgamientos.

El bien común de la sociedad es una tarea colectiva que al gobernante le toca organizar y dirigir. Los mandamientos y las autorizaciones del gobernante tienden a propiciar esa busca colectiva del bien del conjunto social. De ahí que, cualesquiera que sean las prescripciones del gobernante, éstas obligan, no, en última instancia, porque el gobernante lo mande, sino porque hay una norma superior, no escrita, que manda guardar las prescripciones de aquel que tiene confiada la custodia del bien común y que es correlativa de otra norma superior no escrita, la que obliga al gobernante a velar por el bien común.

Esas normas o leyes no escritas son derecho. Son normas en el orden jurídico. No estoy hablando de un orden moral, de una exigencia derivable de las reflexiones éticas de unos u otros, sino de un imperativo que se deduce de la naturaleza misma de la sociedad y de las funciones de los órganos de gobierno a tenor de la teleología social.

De esa norma superior, jurídico-natural, que prescribe al gobernante o legislador legislar para el bien común se deducen los ocho cánones o postulados de Fuller. No es que, por estipulación, hayamos decidido llamar «ley» o «derecho» a lo que sea conforme con esos ocho cánones y no a lo que se aleje gravemente de ellos. Ésa sería una convención terminológica como otra cualquiera. Es que el sentido social, la función social de un instituto como el del gobierno o el de un órgano con poder legislativo es única y exclusivamente el de gobernar y legislar para el bien común. La evolución biológica nos ha hecho una especie social y en ella ha dado lugar al surgimiento de gobernantes según una teleología espontánea.

Pero junto a esos ocho corolarios de la ley natural que manda al gobernante legislar para el bien común hay otros, como el ya anunciado principio de permisión, que manda que sea jurídicamente lícito todo lo que no esté jurídicamente prohibido. El gobernante viene obligado, por su función, a considerar autorizado por él todo lo que él no haya prohibido directa o indirectamente, o sea todo aquello cuya prohibición ni esté expresamente contenida en sus preceptos ni se siga de ellos mediante aplicación de una lógica jurídica correcta.

Podemos enumerar algunas otras de esas leyes que establecen las pautas lógico-jurídicas, sin cuya vigencia lo que tenemos no es un sistema u ordenamiento jurídico sino un conglomerado de disposiciones arbitrariamente ensamblado y que no puede servir para regular y propiciar el bien común:⁴⁶

- La ley de preservar el bien común: es preceptivo que se prohíba cualquier conducta en tanto en cuanto lesione el bien común.
- La ley de subalternación deóntica: es preceptivo que lo obligatorio sea también lícito.
- La ley de colicitud: es preceptivo que lo separadamente lícito sea también conjuntamente lícito (o, con otras palabras, es obligatorio que, si tal conducta de un individuo es lícita y tal otra de otro individuo también, sea lícito que ambos realicen su respectiva conducta, porque, si no, la licitud sería sólo condicional).
- Dos principios de debilitación: lo obligatoriamente obligatorio es obligatorio y lo obligatoriamente lícito es lícito. (Con otras palabras: lo lícito es lícitamente lícito y lo obligatorio es lícitamente obligatorio.)
- Las leyes de consecuencia jurídica: Es preceptivo que, si es lícito abstenerse de una conducta A en tanto no se cumpla una condición B, entonces sólo sea obligatoria la conducta A en la medida en que se cumpla la condición B; y una dual de ésta, invirtiendo los operadores «obligatorio» y «lícito».
- La regla de obediencia al derecho: es preceptivo que, si la autoridad legítima válidamente declara la obligatoriedad (o la licitud) de la conducta A, entonces A sea obligatoria (o lícita).
- La regla de permisión: es lícita cualquier conducta que no esté demostrablemente prohibida.

— La ley de no impedimento: está prohibido impedirle coercitivamente a otro realizar una conducta (o una omisión) lícita.

No pretendo con esta enumeración haber agotado el elenco de las leyes, implicaciones lógico-jurídicas y reglas de inferencia de la lógica jurídica sin cuyo reconocimiento se hace difícilísimo o imposible articular un conjunto de normas que se configure como un ordenamiento jurídico, o sea: un sistema dotado de un mínimo de coherencia (no forzosamente exento de contradicciones) y de utilidad como regulación de las actividades encaminadas al bien común. Pero está claro que la selección de los cánones lógico-deónticos necesita fundamentarse y sólo la metafísica puede aportar la requerida fundamentación.

En esta perspectiva, podemos retomar, modificándolo, el concepto de ley de Sto Tomás de Aquino, para quien la ley es una ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad. Esa magnífica dilucidación conceptual, de valor perpetuo, sufre empero algunos defectos. A tenor de la misma las leyes naturales no son leyes salvo si las ha promulgado un legislador supremo, con poder por encima de los hombres. Además se está exigiendo demasiado a cada ley, que esté dirigida al bien común y que sea racional.

Basándome en ese concepto tomista, lo modificaría yo como sigue. Una ley es es una norma imperativa o permisiva que, o bien se expresa por un precepto válidamente promulgado por aquel cuya misión es velar por el bien común de la sociedad, o bien se deduce de los preceptos así promulgados en virtud de una lógica jurídica correcta. Un promulgamiento, para ser válido, tiene que ajustarse a una serie de cánones de coherencia mínima del ordenamiento y a las reglas procedimentales vigentes en el mismo. (Nótese que la clase de los preceptos que se toman como premisas de tal deducción lógico-jurídica puede ser vacía, siéndolo efectivamente en casos de vacancia de poder legítimo.)

Las normas son situaciones jurídicas, siendo una situación jurídica el resultado de afectar un estado de cosas por un operador deóntico de obligatoriedad o no-obligatoriedad. Tal resultado es asimismo un estado de cosas. (Adicionalmente son también jurídicas otras situaciones en las que están esencialmente involucradas ciertas situaciones jurídicas; p.ej. negaciones [fuertes o débiles], disyunciones, conyunciones, implicaciones, cuantificaciones; trátase de una definición recursiva.)⁴⁷

El acto promulgatorio es una declaración de obligación o de no-obligación. Tal declaración es, en principio, un acto de conocimiento, no de voluntad. Implica un abuso de su función legislativa que el legislador legisle por simple voluntad, que no declare obligatorio lo que su entendimiento le muestra requerido para el bien común —dadas las condiciones existentes— o que declare obligatorio lo que tal entendimiento no le muestra conducente al bien común. Un determinado grado de abuso reiterado y grave entraña invalidez del promulgamiento y, por lo tanto, anula la ley.

En las sociedades regidas por una autoridad, la declaración válida del gobernante tiene fuerza de ley, pero las condiciones de tal validez se ajustan a parámetros que son, los unos, de derecho natural y, los otros, de derecho positivo. Por consiguiente, la declaración —aun siendo (en principio) acto de entendimiento y no de voluntad— crea una situación jurídica nueva. En su acto promulgatorio válido el legislador es infalible; tal es la fuerza ilocucionaria de su proclama, que dice que las cosas son así (obligatorias o no-obligatorias) de tal modo que, por el mero hecho de decirlo, efectivamente las cosas son así; sin ser un acto performativo (como lo sería el aserto «Promulgo por la presente que ...»), esa declaración promulgatoria tiene una fuerza ilocucionaria similar a la performativa (lo que se está declarando es verdadero por el hecho de estarse declarando —siempre que se cumplan las condiciones de validez de la declaración).⁴⁸

Terminaré este apartado con tres aclaraciones. La primera se refiere a la diferencia entre el neo-jusnaturalismo aquí defendido y el jusmoralismo.⁴⁹ Hay una afinidad entre ambas orientaciones, que no excluye una fuerte discrepancia. Quienes aspiran a volver a vincular derecho y moral piensan, o dan a entender, que el derecho es derecho positivo y que el orden normativo que está fuera del derecho positivo es el moral (puede haber otros también, pero eso es aquí irrelevante). Y el orden moral nos retrotrae a aquel que se descubre en la conciencia de cada uno por reflexión, por razonamiento, por intuición, por lo que sea, a través del cual el individuo halla unos criterios de razón práctica para orientarse en la acción y, a partir de ellos —si la moral está vinculada al derecho— proyectar de algún modo su influencia en la vida de las instituciones jurídicas.⁵⁰

Mas, si eso es así, no creo que andemos lejos del positivismo, quizá un positivismo inclusivo (si es que tal noción resulta defendible a la postre). Lo que se está aduciendo es que el derecho ha de confrontar las demandas morales de los individuos y grupos que forman la sociedad. Dudo que eso

contradiga lo que pensaban y decían Kelsen y Bobbio. Sin duda el moralismo post-positivista aspira a un nexo suficientemente íntimo como para ir más allá de la mera interpelación del derecho por la moral que un Kelsen habría aceptado perfectamente.

Puedan o no responder satisfactoriamente los jusmoralistas a la cuestión de cuál es ese nexo (o aclarar convincentemente el concepto de ética pública), lo aquí propuesto no va en absoluto por el mismo camino. Lo que sostengo en este trabajo no es una relación especial entre derecho y moral, sino algo diferente. Sostengo que no todo el derecho es derecho positivo; que hay unas normas jurídicamente vigentes, que tienen fuerza de obligar en toda sociedad, y que no emanan del promulgamiento legislativo, mientras que de ellas, más esos promulgamientos (cuando son válidos) más las condiciones existentes, se deducen otras obligaciones y otras permisiones también jurídicas. Y sostengo que la estrella polar de esas normas de derecho natural es el bien común de la sociedad.

Mi segunda aclaración es que, siguiendo la doctrina del institucionalismo de Santi Romano:⁵¹ «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. Como lo puntualiza el gran jusfilósofo italiano: «una sociedad revolucionaria y hasta la asociación para delinquir no constituirán derecho para el Estado cuyas leyes violan, pero eso no excluye que estemos igualmente ante ordenamientos que —aisladamente tomados e intrínsecamente considerados— son jurídicos. Se sabe, en efecto, cómo bajo la amenaza de las leyes viven a menudo, en la sombra, asociaciones cuya organización se diría casi análoga, en pequeño, a la del Estado: tienen autoridades legislativas y ejecutivas, tribunales que dirimen las controversias y castigan, afiliados que sufren inexorablemente los castigos».

Adhiriéndome a esa concepción, entiendo que, en tales casos, hay una autoridad interna de la organización, cuya misión es velar por el bien común de la misma (caracterizado según la índole y los fines de la organización), con potestad de declarar situaciones jurídicas internas (derechos y obligaciones de los afiliados), siempre sujetas a los cánones y reglas de la lógica deóntica y del derecho natural. Los jefes de la organización dejan de serlo para convertirse en tiranos internos en la medida en que violan esos cánones y

actúan, no para el bien común sino para el mal de la organización. *Mutatis mutandis* y con las requeridas adaptaciones, eso vale para el orden estatutario o reglamentario interno de cualesquiera asociaciones, legales o ilegales, territoriales o extraterritoriales. El Estado es sólo, al fin y al cabo, una sociedad territorial con ciertas características.

Mi tercera y última aclaración es que el derecho natural aquí propugnado no aspira necesariamente a ser un derecho mínimo, no tiene pretensiones de humildad. Muchos de los actuales partidarios del derecho natural hacen alarde de modestia. El jusnaturalismo neoescolástico suele insistir en que, a diferencia del derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII (de Grocio a Wolff), el jusnaturalismo aristotélico-tomista es parco, afirmando un canon legislativo inmutable, superior a la legislación positiva (*bonum faciendum, malum uitandum*) pero sin pretensión de deducir de él un conjunto de reglas de conducta colectiva capaz de suplir al derecho positivo, si éste falta. Otros jusnaturalistas, por motivos enteramente diversos, también propenden a admitir únicamente un derecho natural mínimo (p.ej. los ocho cánones de Fuller u otras pautas o restricciones mínimas).⁵²

La propuesta aquí presentada no pretende tanta modestia. Del principio del bien común como un canon normativamente válido y directamente aplicable, se siguen, por lógica jurídica, normas concretas para regular las relaciones entre los miembros de una sociedad (dadas, eso sí, las cambiantes circunstancias histórico-sociales).

En ausencia de un ordenamiento positivo, hay que acudir al derecho natural. Éste, ciertamente, es más difícil de averiguar —y, por ello, proporciona menor seguridad jurídica; pero no es incognoscible. Se han producido en la historia —y siguen produciéndose— situaciones prácticas en las que, efectivamente, no está disponible un derecho positivo que regule las conductas de los miembros de una comunidad, por lo cual, en tales casos, se acude, consciente o inconscientemente, al derecho natural. Algunas de ellas son: naufragios colectivos, sediciones, fugas masivas (p.ej. bandas de esclavos fugitivos), amotinamientos, grupos conspirativos (que no acatan ni reconocen como válido el derecho positivo imperante en su entorno), ciertas implantaciones de colonias al margen de las autoridades (p.ej. los mormones en Utah en el siglo XIX). De perdurar, esas comunidades generarán su propio derecho positivo, pero, en el ínterin, tendrán que regirse provisionalmente por unas normas, que habrán de inspirarse en el derecho natural (interpretado, eso sí, según su leal saber y entender).

El derecho natural no puede, desde luego, fijarse en un código perenne; querer hacerlo significaría desconocer el propio juego de las reglas lógico-jurídicas más arriba enumeradas, que acarrea diferentes situaciones jurídicas en función de la variación de supuestos de hecho; y es que el deber-ser no es independiente del ser. Sin embargo, en una situación social concreta, los principios jurídico-naturales —junto con la lógica jurídica que en ellos se fundamenta— acarrea un *corpus* de normas válidas; válidas por derecho natural —recogidas o no por el legislador, si es que éste existe. O sea, en cada circunstancia, el derecho natural suministra un cuerpo de normas jurídicamente válidas, que se pueden descubrir por la razón mediante la deducción lógico-jurídica (si bien tal descubrimiento está siempre condicionado al conocimiento empírico de los supuestos de hecho y sujeto a la falibilidad del pensar humano —que no se equivoca sólo en la inducción sino también en la deducción.)

§8.— Conclusión

El positivismo jurídico es la tesis de que no existe ningún valor ni principio jurídicamente vinculante que no emane de la promulgación producida en una sociedad humana según las reglas de reconocimiento en ella comúnmente aceptadas. El positivismo filosófico es la tesis de que no cabe ninguna investigación racional de la realidad que vaya más allá de lo empíricamente cognoscible. Ambas tesis emanan de un mismo escrúpulo tendente a excluir cualquier ámbito de conocimiento que no se ajuste a parámetros muy estrictos similares a los de las ciencias empíricas. Sin el auxilio del positivismo filosófico, el positivismo jurídico jamás habría ganado la audiencia y el crédito que ha llegado a tener en sus efímeros días de gloria.

La metodología positivista excluye lo trans-empírico y, con ello, toda indagación metafísica; tal metodología es inconciliable con una ontología que no sea nominalista (individualista), imposibilitando así cualquier articulación de una ontología que trate de las situaciones jurídicas. Pero, si se descarta la existencia de situaciones jurídicas, no será posible concebir las normas como situaciones jurídicas generales, imponiéndose así la reducción juspositivista de las normas a enunciados (preceptos proferidos —porque aun reconocer que existen costumbres planteará una seria dificultad en una ontología nominalista). Tenemos en esa reducción el primer motivo para el positivismo jurídico.⁵³

Hay otro: la ideología positivista, esencialmente legalista, que viene caracterizada por: erigir la seguridad (especialmente la seguridad jurídica) en el valor supremo o el único que ha de salvaguardar el ordenamiento jurídico; descartar del ámbito jurídico cuanto pertenezca al campo de la moral, que sería subjetivo, opinable y quizá puramente emocional (no-cognitivo); erigir la ley en única fuente del derecho (al menos tendencialmente), excluyendo la costumbre, la jurisprudencia y, más aún, la doctrina, cuya tarea empieza y termina en la interpretación de la ley y en la deducción de sus consecuencias, ciñéndose al derecho que es (o sea: estudiando —con el utillaje de una ciencia social— el hecho del derecho, sin permitirse juicios de valor).

Todos los componentes de esa ideología están en crisis. El positivismo jurídico trata hoy de sobreponerse a tal crisis renunciando a algunas de sus pretensiones para salvar lo esencial —la recusación de todo derecho natural—, aunque paga un precio: que, descendiendo de esas pretensiones ideológicas, el dogma de la inexistencia de cualquier derecho natural parece una inmotivada decisión de prescindir de las evidencias axiológicas y de la teleología que determina la función del derecho.

En esta encrucijada han ido cobrando pujanza propuestas que intentan terciar, restaurando conexiones entre derecho y moral o, a lo sumo, abrazando un derecho natural meramente procedimental.

La presente propuesta desborda esos marcos, decantándose resueltamente por un derecho natural sustantivo, cuyo eje es el valor del bien común como un canon jurídicamente vigente por encima de los promulgamientos legislativos, consuetudinarios y jurisprudenciales; un canon que vincula a todos, legisladores y súbditos (ya sea en el Estado o en el interior de cualquier organización, relativizando ese bien a los fines de la misma).

A ese derecho natural hay que acudir, en particular, como única fuente normativa, cuando fracasa o es inservible el derecho positivo; también hay que acudir a él a la hora de interpretar y aplicar el derecho positivo.⁵⁴

Notas

1. Como adepto —en buena medida— del racionalismo de Leibniz-Wolff, he de precisar que sigo el distingo de éste último sobre la diferencia entre ontología y metafísica. La primera es la metafísica general, habiendo metafísicas especiales, como la filosofía de la naturaleza y la antropología filosófica. Las especiales, sin embargo, no se sustentan ni cobran sentido sin la ontología. Pese a esa ramificación, en muchos contextos podemos hablar de metafísica y de ontología como equivalentes.
2. V. PEÑA, 1996, «Los confines del saber científico», en *Calculemos: matemáticas y libertad*, ed. por Javier Echeverría, Javier de Lorenzo & Lorenzo Peña, Madrid: Trotta. ISBN 848-1640832.
3. Sobre el normativismo de Kelsen, una de las mejores monografías disponibles es: Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid: Marcial Pons, 1996.
4. Una clara y concisa exposición de la tesis de Bentham-Austin sobre el poder soberano la ofrece H. McCoubrey, *The development of naturalist legal theory*, Londres-Nueva York: Croom Helm, 1987, pp. 87-89.
5. Cómo el rechazo del derecho natural condujo, en línea recta, al de la propia filosofía jurídica —desde los propios inicios del juspositivismo— lo expone Francisco Carpintero en *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Madrid: Actas, 1993, pp. 167 ss. Significativamente el epígrafe en que lo expone se titula «La filosofía del derecho, tarea inútil».
6. «Il est manifeste que lorsque la volonté du Prince s'écarte de l'équité, de la justice ou de la raison, il n'y a pas de loi» (Baldo, 1327-1400), cit. por Jean Gaudemet, *Les naissances du droit: Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, París: Montchrestien, 1997, p.302
7. En su obra *Filosofía del Derecho* (2ª ed. de 1932, trad. por Medina Echavarría y reed. en 2007 por Ed. Reus, con prólogo de J. Almoguera) dice Radbruch (todavía entonces adepto del juspositivismo): «Toda la filosofía del Derecho desde su comienzo hasta el principio del siglo XIX ha sido Derecho Natural» (p. 9). Y en la página siguiente agrega: «El golpe definitivo contra el derecho natural se dio por la teoría del conocimiento y no por la filosofía del derecho y el derecho comparado».
8. Aunque se ha tildado de juspositivista a Kant, tal mote viene desmentido por la expresa adhesión del maestro de Königsberg a una forma *sui generis* de jusnaturalismo, si bien se trata de jusnaturalismo mínimo, cuya única norma es el respeto a la libertad ajena (no el bien común). Eso sí, la gnoseología de Kant, al

destruir la metafísica como saber (aunque, en su lugar, abra paso a la fe, postulando unas pautas metafísico-regulativas, no cognoscitivas) sentará las bases del juspositivismo neokantiano de las postrimerías del siglo XIX y comienzos del XX, cuyo más insigne representante es Hans Kelsen.

9. V. H. McCoubrey, *op.cit.*, p. 93, donde se cita este aserto de Bentham: «The business of government is to promote the happiness of society». Bentham clasificaría su propio aserto como perteneciente a lo que él llama «jurisprudencia censoria» y no a la jurisprudencia expositiva. Pero, al fin y a la postre, la jurisprudencia censoria es jurisprudencia, no moral. No se genera a partir de convicciones profundas de la conciencia personal, sino de un estudio racional de la teleología social, con un enfoque que ya podemos calificar de funcionalista *avant la lettre*.

10. Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1989, pp. 76 ss., p. 86.

11. V. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, trad. R. de Asís y A. Greppi, Madrid: Debate, 1993, pp. 92 ss. —especialmente p. 99 donde se aclara que el rechazo del derecho natural en esa escuela no es total, aunque le rehúsan pertinencia jurídica, lo cual, en la práctica, viene a equivaler a un rechazo puro y duro.

12. El *Curso de derecho natural* —escrito, en francés, por el krausista alemán Enrique Ahrens— alcanzó, entre 1838 y fines de siglo, 24 ediciones en siete idiomas, además de que siguieron publicándose muchos otros tratados de derecho natural y que esa asignatura se enseñaba en todas las facultades de leyes sin ser cuestionada ni rechazada. No fue tampoco ese texto el más enseñado, porque compitió con otros que contaban con mucho ascendiente en el mundo universitario, como el curso de derecho natural del catedrático Théodore Jouffroy, que asimismo será reeditado múltiples veces.

13. A la posible objeción de que mi argumento de «autoridad tradicional» a favor del jusnaturalismo valdría para justificar la esclavitud (abolida, en la mayor parte del Planeta, aproximadamente en el mismo tiempo en que se impuso el juspositivismo), respondo que lo que milita a favor del jusnaturalismo no es su solera sin más, sino lo escasamente convincentes que son los motivos que, durante breve tiempo, llevaron a rechazarlo, motivos que entraron en crisis en seguida —mientras que, en cambio, nadie ha propuesto restablecer la esclavitud.

14. V. Hernández Marín, *op.cit.*, p. 232.

15. Francisco Giner de los Ríos, *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid: Espasa Calpe, 1921.

16. Escribiendo en y desde España, el autor de este ensayo no puede pretender que le son indiferentes las vicisitudes de la contaminación ideológica del debate filosófico entre juspositivismo y jusnaturalismo. Está claro que la mayoría de los

juristas de la España republicana y de la oposición antifranquista optaron por el juspositivismo, mientras que un determinado jusnaturalismo (el neotomista) fue imponiéndose en el mundo académico del régimen totalitario, sobre todo a partir de 1945 —con la marginación de una inicial tendencia orteguiana y azul. V. Benjamín Rivaya, *Filosofía del derecho y primer franquismo*, Madrid: CEC, 1998; esp. sobre Elías Díaz de Tejada y Spínola (quien acabaría erigiéndose en el gran cacique de la asignatura, tras un arranque un poco difícil), v. *ibid.*, pp. 328 y 405 (donde se dice, por cierto: «Elías de Tejada casi nunca utiliza el rótulo ‘Derecho Natural’»). Pero, por encima de tales consideraciones, están los argumentos racionales a favor y en contra de las tesis debatidas. No podemos ser perpetuamente rehenes de aquellas contaminaciones.

17. V. Liborio L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho*, 2ª ed., Madrid: lustel, 2009.

18. V. Bobbio, *op.cit.*

19. V. Stanley L. Paulson, *Normativity and norms: Critical perspectives on Kelsenian themes*, Oxford U.P., 1998.

20. Sobre la filosofía jurídica marxista, v. Remigio Conde Salgado, *Pashukanis y la teoría marxista del Derecho*, Madrid: CEC, 1989. Más profundo es el análisis de las controversias filosófico-jurídicas en el interior del marxismo soviético en el capítulo titulado «Marxist Legal Theory», de H. McCoubrey, *op.cit.*, pp. 105-129.

21. Sobre las tesis de Hart, v. Juan R. de Páramo, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid: CEC, 1984.

22. El viraje de Radbruch lo dio en 1946 con su artículo «Statutory injustice and suprastatutory law». V. Thomas Mertens, «Nazism, legal positivism and Radbruch's thesis on statutory injustice», *Law and Critique*, vol. 14, Nº 3 (2003), pp. 277-295. V. también Heather Leawoods, «Gustav Radbruch: An extraordinary legal philosopher», *Journal of law and policy*, vol. 2 (2000), pp. 488-515.

23. Sobre el positivismo ideológico como doctrina que propugna la obediencia al derecho, v. Bobbio, *op.cit.*, pp. 227 ss.

24. V. PEÑA, 2013, «Una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos», *Bajo Palabra*, II Época, Nº 8, pp. 47-84. ISSN 1576-3935.

25. Deryck Beyleveld, *The dialectical necessity of morality: An analysis and Defense of Alan Gewirth's argument to the principle of generic consistency*, The University of Chicago P., 1991.

26. De entre la pléyade de quienes profesan variedades del neoconstitucionalismo, cito a Alfonso García Figuera, *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid: Trotta, 2009. Una fuerte crítica desde la trinchera positivismo la formula Pablo de Lora en «Más allá del positivismo jurídico», en *Revista de libros* N° 170, febrero de 2011. Pero entre nosotros la versión canónica es la de Atienza y Ruiz Manero en «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía* N° 27, oct. 2007, pp. 7-28.

27. E. García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 47ª ed., México: Porrúa, 1995, pp. 48ss; L. Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*, México: Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1971, p. 29.

28. Sobre el positivismo inclusivo, v. *El caballo de Troya del positivismo jurídico: Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*, por Juan B. Etcheverry & Pedro Serna (eds), Granada: Comares, 2010. V. también Juan Carlos Bayón «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en Virgilio Zapatero (comp.), *Horizontes de la filosofía del derecho*, Publ. Universidad de Alcalá, 2002, pp. 33-54.

29. Quedaba sin determinar el estatuto epistemológico del propio postulado filosófico «todos los enunciados con sentido son analíticos o empíricos».

30. Ya me referí a ese enfoque más arriba, en el §1. Una lúcida defensa del positivismo desde esa consideración de las fuentes del derecho la ofrece Liborio Hierro, «Por qué ser positivista», *Doxa* N° 25 (2002), pp. 263-302.

31. En realidad, sólo una visión muy achatada y unilateral de la historia de la filosofía analítica puede desconocer que el fundador de la misma, Gottlob Frege, fue, no sólo un matemático, sino, en su trabajo filosófico, un metafísico, adepto de un riguroso realismo ontológico de cuño platónico. Su segundo fundador, Bertrand Russell, profesó asimismo ideas metafísicas en todo el período en que sentó las bases del nuevo modo de hacer filosofía (1901-1921) —aunque posteriormente adoptó otros paradigmas más afines al empirismo lógico. El primer Wittgenstein, el del atomismo lógico del *Tractatus*, siguiendo —a salvo de sus personales peculiaridades— la senda de Russell, también se ha solido interpretar en clave de realismo metafísico (aunque hoy abundan otras lecturas). Entre los muchos filósofos analíticos que se ubican en el terreno de la metafísica podemos mencionar a Arthur Prior, Nicholas Rescher, Reinhardt Grossmann, Richard Sylvan, Panayot Butchvarov, Nino Cocchiarella, Jorge Gracia, Peter van Inwagen, Dale Jacqueline, Leonard Linsky, Peter Simons, Barry Smith, David Wiggins, Peter Geach y Edward Zalta.

32. V. Hernández Marín, *op.cit.*, p. 140.

33. Sobre el distingo en Kelsen entre «proposiciones de la ciencia jurídica» y «normas del Derecho», v. la reflexión de Ulrich Klug en Kelsen & Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico* (con prólogo de E. Bulygin), Madrid: CEC, 1988, p. 56. En Kelsen el distingo se hace tardía y confusamente, tropezando con una dificultad, a

saber: para el maestro austríaco la ciencia jurídica es normativa, no meramente descriptiva (en lo cual discrepa del juspositivismo ulterior, más radical, que concibe la ciencia del derecho como un saber empírico). Por eso Hernández Marín, *op.cit.*, p. 177, apunta, con razón, que en muchos escritos Kelsen rehúsa reconocer distingo alguno entre normas y proposiciones normativas, puesto que para él el jurista siempre adopta el punto de vista interno (para decirlo con palabras de Hart), por lo cual no hay diferencia ninguna entre su afirmar que el derecho vigente contiene la prohibición de matar y el aserto de que está prohibido matar o que no se debe matar («deber» jurídico, claro está). A su juicio es tautológica y redundante la obligatoriedad de la obediencia al derecho, porque no hace sino reiterar lo ya dicho al enunciar los contenidos del derecho. Conjeturo que esa paradoja en que se encierra Kelsen se resuelve si distinguimos entre enunciados de la ciencia jurídica, que son normativos, y de la sociología jurídica, que son descriptivos. Un enunciado de la sociología jurídica es un *Rechtssatz*, a diferencia de la *Rechtsnorm*.

34. Sobre la manida e inventada diferencia entre «normas» (sería mejor decir «preceptos») y «proposiciones normativas» (léase «enunciados preceptivos»), v. C. Alchourrón & E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en Alchourrón & Bulygin, *op.cit.*, p. 318.

35. Como se ve, sostengo, por lo tanto, que la ciencia jurídica es normativa, pero no como lo hacía Kelsen, para quien el derecho siempre es como tiene que ser, porque la única fuente del *tener-que* jurídico es el promulgamiento legislativo, jurisprudencial o consuetudinario. (Por lo demás Kelsen parece sobreentender el principio de iteración deóntica, según el cual lo obligatorio es obligatoriamente obligatorio, o sea: en la medida en que sea obligatorio que A, será obligatorio que sea obligatorio que A. Las lógicas jurisprudenciales hasta ahora construidas por el autor de este ensayo no contienen dicho principio.) Yo sostengo que la ciencia jurídica es normativa porque se ocupa de cómo debe ser el derecho positivo desde los cánones del derecho natural.

36. Para Ortega y Gasset (*Interpretación de la Historia Universal*, 1948-49) el derecho nada tiene que ver con la justicia. Lo que aporta el derecho es meramente que, de entre las múltiples prescripciones posibles, el legislador ha escogido una, marcando así una pauta a la que atenerse y ofreciendo a todos una expectativa de comportamiento ajeno.

37. V. José M^a Suárez Collía. *La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid: Ed. Universitaria Ramón Areces, 2005.

38. V. José Luis Palma Fernández, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Madrid: CEPC, 1997.

39. V. Luis M^a Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, Madrid: Civitas, 1990.

40. V. Antonio Enrique Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid: La Ley, 2010.

41. Sobre la inaplicabilidad de la lógica al derecho en el último Kelsen, v. Bruno Celano «Norm conflicts: Kelsen's view in the last period and a Rejoinder» en Paulson, *op.cit.*, pp. 343 ss.

42. Claro que esa obligación de pensar bien se quiere circunscribir a las materias en las que la sociedad se ha pronunciado y, por lo tanto, son presuntamente asuntos públicos. Pero, dejando de lado otras dificultades, hasta ahora se creía que las opiniones de cada uno —incluso sobre asuntos públicos— eran un asunto privado, un campo que podía regirse por la moral, no por el derecho. V. una crítica de esa imposición coercitiva de asumir en conciencia los valores constitucionalmente consagrados en PEÑA, 2009, *Estudios Republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*, México/Madrid: Plaza y Valdés, ISBN: 978-84-96780-53-8, capítulo 9º.

43. Tendióse a sustraer del ámbito jurídico los comportamientos de un individuo que no afectaran intereses ajenos, aunque esa pauta —que nunca se observó estrictamente— no deja de suscitar problemas en los que no voy a entrar aquí.

44. V. Lorenzo Peña & Marcelo Vásconez, «Los valores del ordenamiento jurídico en la nueva Constitución ecuatoriana: El buen vivir como principio rector de la convivencia ciudadana», en *Memoria del Segundo Encuentro Internacional sobre el poder en el pasado y el presente de América Latina*, coord. por F. Lizcano y G. Camacho.¡, Toluca: UAEM, 2010, pp. 59-73. ISBN 978-607-422-147-3.

45. Ese principio ha venido rechazado en el juspositivismo tardío por dos causas: la una es la influencia de los distinguos de Hohfeld (en los cuales prefiero no entrar aquí); la otra es lo que podríamos llamar el «ultrapositivismo» de Alchourrón y Bulygin, el cual estriba en, además de eliminar cualquier fuente del derecho que no sea la conducta prescriptiva del legislador, entenderla de modo muy estrecho: no sólo las consecuencias jurídicas de los actos prescriptivos son muy limitadas, sino, sobre todo —y ahí radica su novedad, su ruptura con el viejo juspositivismo analítico—, las omisiones legislativas no tienen para ellos ninguna consecuencia jurídica. (Por otro lado su lógica deóntica es una variante de la estándar o vulgar, con todos sus errores; p.ej., según tal lógica, quien prescribe A&B, está prescribiendo A, incondicionalmente. Está claro que en muchos casos no es así, porque cumplir A y no B puede ser peor que abstenerse tanto de A como de B.) V. Carlos E. Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: CEC, 1991.

46. Estas leyes forman parte de la esencia del derecho o, más en general, de la esencia de cualquier sistema normativo, estando enraizadas en la teleología consustancial a cualquier especie viviente social. Justificar este aserto me llevaría a rebatir la presunta irreducibilidad del deber-ser al ser, la cesura de Hume y la antifalacia naturalista de Moore (ante las que ha claudicado Finnis, abrazando por ello

un jusnaturalismo sin naturaleza). Sobre Hume, v. Nicholas L. Sturgeon, «Moral skepticism and moral naturalism in Hume's *Treatise*», *Hume Studies*, vol 27/1 (Abril 2001), pp. 3-84. Un apunte en esa dirección se halla en PEÑA & AUSÍN, 2003, «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, pp. 45-48. ISBN 90-74049-07-9.

47. En «Imperativos, preceptos y normas», *Logos*, ISSN 1575-6866, vol. 39 (2006), pp. 111-142, he sostenido que las normas son los contenidos proposicionales de los enunciados normativos o preceptos, no habiendo diferencia alguna entre preceptos y enunciados preceptivos. Lo que hace verdadero al precepto del legislador es que él lo formule públicamente (supuestas ciertas condiciones, entre ellas su capacidad jurídica para edictar normas). Esa formulación es, pues, necesariamente verdadera (dadas tales condiciones), aunque con una necesidad *ex hypothesi* y performativa. La promulgación válida causa una situación jurídica que autorreferencialmente hace verdadero el aserto promulgatorio. Un enfoque parecido lo ha sustentado Risto Hilpinen en «Norms, normative utterances and normative propositions», *Análisis filosófico* 26/2 (2006), pp. 229-241.

48. V. PEÑA, 2006, «Imperativos, preceptos y normas», *cit. supra*.

49. V. *supra*, cuarto párr. por abajo del §3 y el §5.

50. Si bien es cierto que, para orillar el individualismo de la moral, los partidarios de la moralización extrajurídica del derecho recomiendan la ética pública, que es un concepto problemático, como lo ha señalado Andrés Ollero.

51. Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1917.

52. El rechazo de un derecho natural entendido como sistema lógico deductivo lo expone con singular elocuencia Luis Recaséns Siches, *op.cit.*, p. 522.

53. El reconocimiento de la existencia de situaciones no es de ningún modo la única razón por la cual la fundamentación del derecho necesita la metafísica, y una metafísica no nominalista. Otra cuestión metafísica que el derecho requiere dilucidar es la realidad (o no) de los colectivos, abordando el problema de los universales. Un realismo extensionalista es menester si abrazamos el punto de vista realista de Otto von Gierke, quien superó y refutó el viejo ficcionalismo, que negaba la existencia real de asambleas, iglesias, asociaciones, empresas, academias, poblaciones, Universidades, colegios profesionales y otras muchas instituciones.

54. Agradezco a Pedro Rivas Palá sus observaciones a un escrito que, en cierto sentido, ha venido a ser como un antepasado del presente ensayo. También lo presenté como conferencia —el martes 27 de octubre de 2009— en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, donde fue sometido a un aluvión de críticas, que me han estimulado para perfilar mejor mis ideas.