

ΕΥΝΟΜΙΑ
Revista en cultura de la legalidad
ISSN 2253-6655
Nº 15, octubre de 2018

- * Sobre Visión lógica del derecho de Lorenzo Peña (Julia Barragán)..pp. 325-334
- * Como es lógico, hablemos del Derecho como es.
En diálogo con Lorenzo Peña (Andrés Ollero Tassara).....pp. 335-346
- * Comentario a un libro singular (Manuel Atienza).....pp. 347-359
- * ¿A qué podemos aspirar razonablemente? La libertad migratoria
según Lorenzo Peña (Mariano Melero de la Torre).....pp. 360-371
- * El jusnaturalismo lógico y biológico de Lorenzo Peña
(Alfonso García Figueroa).....pp. 372-378
- * La crítica de Lorenzo Peña a la ética y su supuesta objetividad
(Marcelo Vásquez Carrasco).....pp. 379-388
- * Acerca de la Logica Iuris de Lorenzo Peña (J.J. Moreso).....pp. 389-400
- * El bien común, esencia y función del Derecho (Lorenzo Peña).....pp. 401-433

Debate sobre
VISIÓN LÓGICA DEL DERECHO:
Una defensa del racionalismo jurídico
por Lorenzo Peña
Madrid: Plaza y Valdés, 2017

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Julia Barragán

Grupo Jean Monnet de Competencia y Desarrollo
Universidad de la Coruña

barragan.julia@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4360>

Sobre “Visión lógica del derecho” de Lorenzo Peña

1. “Visión lógica del Derecho” y las opciones lógicas

Realmente tengo que agradecer a Lorenzo Peña y José María Sauca el haberme animado a organizar y compartir algunas ideas sobre un tema tan suculento.

Ha sido un enorme placer intelectual recorrer las páginas de libro de Lorenzo Peña *Visión lógica del derecho* por muchas razones de las que quisiera mencionar al menos dos. Una de ellas es la de acceder a lo que me gusta llamar “un trabajo bien construido” (sin otro comentario que sería redundante) y la segunda a mencionar, es la de apreciar de manera compacta la consistencia de toda una vida de investigación tratando de revelarnos zonas intrigantes del derecho.

En efecto, los temas que Lorenzo Peña desarrolla en su libro lo han preocupado desde siempre, siendo testimonio de tal interés la traza bibliográfica del autor, que solo parcialmente se despliega al final de la obra. Son largos años dedicados a una materia sin dudas árida y resistente, que han dotado al autor de criterios robustos para definir y argumentar un sugerente punto de vista que deja abiertas todas las posibilidades de debate. En la búsqueda de la lógica deóntica adecuada Lorenzo no ha vacilado en recorrer un amplio espectro de opciones sometiéndolas a enérgicas críticas. Sobre esa sólida plataforma ha construido su respuesta nomológica, elaborada cuidadosamente. En este sentido, el libro es un claro testimonio de la más profunda honestidad y constancia en la búsqueda intelectual.

También en mi caso, esta área de conocimiento ha alimentado la curiosidad durante un buen tiempo, aunque a diferencia de Lorenzo Peña al día de hoy tengo más dudas que certidumbres.

Desde esta condición, quiero compartir algunos comentarios sobre temas puntuales en el trabajo de Lorenzo. El primero de esos temas es el que concierne a la peculiar lógica del derecho. Al igual que Lorenzo advierto que la llamada lógica

clásica no se ajusta bien al especial material del que está amasado el derecho, pero quisiera dejar mejor documentado el alcance y los límites de tal coincidencia.

Cuando en 1927 los *Zeitschrift für Physik* publican el artículo de Werner Heisenberg (1927)¹ sobre el contenido de la cinética y mecánica cuánticas, por razones obvias se produce una verdadera conmoción en el mundo de la física, pero simultáneamente en otras ramas del conocimiento muchos conceptos reciben cuestionamientos de intensidad diversa.

De hecho no podía esperarse otra cosa ante las afirmaciones inquietantes contenidas en el artículo que están dirigidas a dos puntos cruciales para cualquier construcción teórica.

Por una parte, se deja en claro que ante la presencia de un mundo empírico que de algún modo rebasa la capacidad analítica y explicativa de una teoría, resulta legítimo y necesario desligarse de los conceptos en vigencia y dirigirse a ensayar una explicación más adecuada a la nueva esfera de la realidad que se nos muestra y nos desafía. Por otra parte, se cuestiona el concepto de certidumbre tan importante en la lógica clásica.

Veamos las palabras de Heisenberg:

La interpretación intuitiva de la mecánica cuántica está todavía llena de contradicciones internas... Esto nos lleva a pensar que la interpretación de la mecánica cuántica no será posible en términos de los conceptos de cinética y mecánica actuales. La teoría cuántica, entonces, deriva del intento de romper con los conceptos actuales de cinética y reemplazarlos.

Es decir, que a partir del análisis de una realidad empírica que no se ajusta cómodamente a un sistema conceptual previo, se hace evidente la necesidad de un nuevo cuerpo de conceptos que se aparta de los vigentes hasta ese momento.

Volviendo al desafiante artículo:

La cinética y mecánica cuánticas son ampliamente diferentes de la clásica. Pero la aplicabilidad de los conceptos de la cinética y mecánica clásicas no puede ser deducida de las leyes que gobiernan nuestro pensamiento o de la experiencia... La teoría cuántica (en contraste con la teoría clásica) es esencialmente una teoría estadística, en el sentido de que partiendo de datos exactos solo podemos llegar a establecer conclusiones estadísticas.

Queda aquí muy clara la naturaleza estadística de la teoría cuántica, lo cual elimina la idea de los dos únicos valores de verdad del sistema clásico, incorporando el valor de "incertidumbre". Definitivamente, estamos en presencia de una transformación profunda, en la que todo un cuerpo conceptual es sustituido por otro, sin pérdida de consistencia. Es una verdadera muestra de la razón auto-rebasándose. Las consecuencias de este cambio van a ser superlativas.

La mayor consecuencia en palabras de Heisenberg:

La verdadera situación pudiera ser descripta del siguiente modo: Ya que todos los experimentos están sujetos a las leyes de la mecánica cuántica, se sigue que la mecánica cuántica de una vez por todas establece la invalidez de la ley de causalidad.

¹ Tanto el análisis del texto, como las citas que presento en idioma español se basan en la traducción al inglés realizada por la NASA en 1983 sobre el artículo original en idioma alemán.

Es decir, que contrariamente a lo que se suponía hasta ese momento, hay toda una esfera del mundo físico en la que la causalidad no rige, con lo que queda desestimada la idea de que estábamos en presencia de una ley “universal”.

Años más tarde, dos eminentes matemáticos, Birkhoff y Von Neumann (1936) van a publicar un artículo, mencionado por Peña, que logra caracterizar en detalle la lógica utilizada en esta esfera empírica.

En palabras de los autores:

Uno de los aspectos de la teoría cuántica que más ha llamado la atención, es el de la novedad de las nociones lógicas que presupone. El objeto de este *paper* es descubrir la estructura lógica que esperamos encontrar en teorías físicas que como la mecánica cuántica no se ajustan a la lógica clásica.

Con una heurística altamente cuidadosa y sofisticada los autores logran caracterizar dicha lógica, cuya peculiaridad es que partiendo de afirmaciones que describen de manera completa un sistema, la tal lógica nos guía a consecuencias que solo predicen con incertidumbre. Este artículo documenta una de las tareas intelectuales más elegantes y meticulosas que recuerdo, tras la cual los autores determinan que mientras la lógica de la dinámica clásica se ajusta a un algebra Booleana, la de la mecánica cuántica se relaciona más con una geometría proyectiva. La conclusión a la que arriban no puede ser más expresiva:

Todo esto indica que la mecánica cuántica tiene una **mayor coherencia lógica**² que la mecánica clásica.

Adelantado a su tiempo, Lorenzo Peña no solo se interesó tempranamente en estas transformaciones que conmocionaban las “ciencias duras”, sino que además advirtió con fina intuición las consecuencias que tales hallazgos tendrían en el modo de inferir en campos muy diversos, lo que lo llevó a profundizar en diferentes opciones lógicas³.

Esta es la razón por la que en “Visión lógica del derecho” se muestra genuinamente sorprendido por el hecho de que a pesar del tiempo transcurrido desde la publicación de los artículos mencionados aun hoy hay quienes insisten en atar el razonamiento jurídico a la lógica clásica como única opción.

2. Sobre la actividad de los jueces

Vista desde esta nueva óptica propuesta por *Visión lógica del derecho* la lógica se convierte en una herramienta específica de derivación que nos ofrece un criterio de validación de consistencia y de eventual corrección, que concierne a los comportamientos (físicos o conductuales) en una determinada esfera. En el caso del derecho nos gustaría organizar nuestro comentario alrededor del comportamiento de los juristas que ejercen de jueces considerado desde esta nueva perspectiva lógica.

Dada la índole del razonamiento en el derecho y considerando el material del que éste está construido, en el nivel actual de madurez del conocimiento científico no

² Las tres palabras destacadas aparecen enfatizadas de ese modo en el texto original del artículo.

³ Son prueba de este interés varios trabajos de Lorenzo Peña, entre los cuales destaco “La defendibilidad lógico filosófica de teoría contradictorias” publicado por la Universidad Católica del Ecuador en 1976, “Tres enfoques en lógica paraconsistente” publicado por la Universidad de León en 1984 y su completa “Introducción a las lógicas no clásicas” publicado por la UNAM en 1993.

parece fundada la alternativa de utilizar en ese campo la lógica clásica que nos promete una única respuesta normativa correcta para cada asunto. Si insistimos en adherir a esa lógica, el resultado nos llevará necesariamente a distorsionar y empobrecer de manera radical el contenido sustantivo de la esfera jurídica.

Asimismo, es importante señalar que la limitación de esta lógica clásica en el terreno del derecho es sustantiva. No se trata de una mera restricción instrumental que pueda sortearse, como lo ha pretendido Dworkin (1977) con su Juez Hércules, el cual hipotéticamente dotado de toda la información y el tiempo necesarios, podría llegar a esa respuesta correcta única. Críticas argumentadas desde diversas perspectivas han mostrado la debilidad de este planteamiento a pesar de que los amantes de la lógica clásica le hubieran deseado una mejor suerte⁴.

Si aceptamos que la lógica clásica no permite una adecuada interpretación del comportamiento y las decisiones de los jueces, se abre todo un abanico de posibilidades, y con él, la necesidad de optar por alguna de las ofertas alternativas. Tal como acertadamente lo señala Peña, esa oferta es abundante y cada posibilidad muestra perfiles robustos, por lo que va a resultar necesario adoptar un criterio para determinar las bases de una selección que resulte sostenible.

A esta altura del razonamiento, tanto Lorenzo como yo volvemos la mirada en una misma dirección. La selección no puede ser un juego carente de referentes, ni puede estar solo basada en la elegancia formal del sistema elegido. A este respecto, quienes trabajan con el derecho han de sentirse cómodos e “interpretados” por la lógica que se seleccione. Esta creencia común nos aleja a ambos de la idea de una lógica puramente analítica y naturalmente la “experiencia de los juristas” cobra especial relevancia. Tengo la impresión, asimismo, que en este punto mi camino se distancia del de Lorenzo.

En diversos momentos en *Visión lógica del derecho* se establece que la lógica nomológica (como conjunto de axiomas y reglas de inferencia normativos) sirve al propósito de que el jurista logre razonamientos jurídicos coherentes con el bien común. Es decir, que desde esta perspectiva la “inferencia normativa coherente” es la actividad central del jurista a la que va dirigida la lógica nomológica.

Por mi parte, en el contacto que he tenido con los juristas que ejercen de jueces, he observado que ellos despliegan una actividad algo más compleja. Cuando he pedido su participación en el desarrollo de sistemas expertos, su acción ha corregido la linealidad de las reglas de inferencia propuestas, logrando modificar las conclusiones y permitiendo que las mismas se adecúen mejor a la realidad normativa.⁵ Han sido capaces de reconocer diversos condicionales, han determinado cuándo estaban frente a una analogía con sentido y cuándo no; han podido caracterizar rasgos de inconsistencia en un testimonio e incluso seleccionar entre dos

⁴ Dos críticas basadas en puntos de vista divergentes pero que coinciden en la no posibilidad de una “respuesta correcta única” se encuentran en:

Aarnio, A. (1990) “La tesis de la respuesta correcta única y el principio regulativo del razonamiento jurídico” *DOXA*, 8, pp. 23-38.

Barragán, J. (1990), “La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica”, *DOXA*, 8, pp. 63-74.

⁵ Esta acción de los juristas sobre los sistemas expertos diseñados ha sido documentada en varios artículos entre los que me permito sugerir:

Barragán, J. y Barragán, L. (1991) “Knowledge acquisition and knowledge base refinement problems in developing the KBS legal expert system”, *Artificial Intelligence & Law*, The Association for Computing Machinery (ACM), Oxford, UK, 1991. pp. 196-200.

piezas normativas vigentes la que mejor se adecuara al caso específico. Estas respuestas de los jueces con los que he interactuado, me fueron sugiriendo que estaba ante actividades que en lo fundamental tenían más de decisión que de pura inferencia. Esto no significa excluir importantes momentos en los que la inferencia es el núcleo de apoyo de las decisiones.

Los resultados de un estudio en el que se puso a prueba el desempeño de un sistema automatizado en un número de casos de derecho que tenían diverso grado de dificultad, me mostraron con mayor claridad el carácter sustancial de las actividades de decisión ejercidas por los jueces (Barragán, 1993).

En todos y cada uno de los pasos que conducían a establecer una decisión pude comprobar que los juristas se enfrentaban a la necesidad de evaluar los pros y contras de alternativas, tanto normativas como fácticas, a veces levemente divergentes y a veces abiertamente rivales. Esta actividad de decidir era desarrollada en un ambiente interactivo, en el que las partes, los testigos, los expertos y otros actores aportan sus respectivos paquetes informativos, sus propios puntos de vista y desde luego sus personales intenciones y preferencias.

En su conjunto, en mi opinión se trata de la actividad de un decisor interactivo bajo condiciones de “incertidumbre” en el sentido de Birkhoff y von Neumann, que como tal convoca una respuesta lógica adecuada a los comportamientos propios de esa actividad.

Entre los sistemas más prometedores, considero que las probabilidades condicionales de la estadística Bayesiana ofrecen un marco formal que se ajusta muy bien a este tipo de decisiones interactivas⁶, tal como la geometría proyectiva se ajusta a la mecánica cuántica. El enfoque Bayesiano permite que el decisor de manera consistente convierta las probabilidades *a priori* en *a posteriori* mediante la incorporación de nueva información.

Este esquema de decisiones condicionales guarda una sólida relación con lo que en el derecho conocemos como “el proceso” que es el espacio temporal dentro del cual se va elaborando y consolidado la decisión del juez. Las nuevas piezas de información pueden estar referidas tanto a aspectos normativos como fácticos; entre estos últimos se encuentran las pruebas testimoniales, periciales y documentales entre otras.⁷

Vista desde esta óptica, considero que el método Bayesiano provee de la lógica que más se ajusta a un momento “central” de la actividad de los jueces, cual es el de ir construyendo decisiones condicionales basadas en aspectos normativos y fácticos en un escenario interactivo y de incertidumbre. En el sistema axiomático de Rényi que hemos preferido se asume de manera abierta, y que en consecuencia

⁶ Una muy clara y técnicamente cuidadosa presentación de este enfoque se encuentra en: Press, S.J. (1989) *Bayesian statistics: principles, models and applications*, Willey Interscience, NY, 1989.

Entre las opciones axiomáticas presentadas por Press, para el área del derecho me inclino por la de Rényi (countable additivity axiom system) la cual se hace cargo de importantes condiciones y rasgos que son propios de una decisión jurídica.

⁷ En el citado libro de Press, se documenta un trabajo de Mosteller y Wallace, en el cual mediante el uso del método Bayesiano se analizan las pretendidas autorías de los papeles “The Federalist”. Este trabajo muestra de manera exhaustiva y concluyente una correspondencia robusta entre la lógica propia del modelo Bayesiano y la evaluación del grado de credibilidad de una prueba documental.

resulta controlable, que todas las probabilidades están condicionadas por determinada información o evidencia histórica previa.

Lo más valioso que encuentro en esta alternativa es que no solo permite verificar la consistencia del razonamiento del juez, sino que obliga al decisor a poner en evidencia los mecanismos mediante los cuales ha construido la decisión y los valores en los que la misma se funda. Tanto las intuiciones y creencias morales como las trazas culturales son explícitamente reconocidas en los *a priori* y explícitamente sometidas a corrección en base a nueva información.

Ya que no hay modo de eliminar la incidencia de estos factores, es muy saludable poder evaluar la medida en que los mismos inciden en la decisión.

3. El bien común

También quisiera hacer un comentario sobre un punto que en el trabajo de Lorenzo tiene asignado un rol de la mayor importancia. Quizás es más apropiado decir que es el punto central en todo su planteamiento. Me refiero al bien común.

Creo interpretar adecuadamente el propósito de *Visión Lógica del Derecho* si afirmo que está dirigido a establecer el “bien común” como el principio que debe ser preservado a través de la inferencia basada en las reglas de la lógica nomológica. En otras palabras, todo el sistema de axiomas y de mecanismos de derivación de la lógica nomológica está construido con la mirada puesta en el criterio del “bien común”.

Asimismo, a lo largo de las argumentaciones queda claramente establecida la importancia vertebradora que tal principio tiene en el razonamiento del autor, quien reiteradamente considera al “bien común” como la razón de ser del carácter imperativo de lo jurídico. Incluso, me atrevería a decir que estamos en presencia de un supra principio de alto nivel deóntico en la lógica nomológica. Haciendo uso de un recurso lingüístico, tan elegante como semánticamente expresivo, Lorenzo busca subrayar ese carácter vertebral diciendo: “es la clave de bóveda del sistema, lo que le da sentido y unidad”.

Ahora bien, este concepto que es tan crucial en *Visión Lógica del Derecho* por su propia índole no ha logrado ni remotamente convocar unanimidad o coincidencias en el mundo intelectual. Cada escuela de pensamiento filosófico, jurídico o económico tiene una versión propia, que en la mayoría de los casos es completamente antagónica de las alternativas. Como algunos otros, este es un territorio plagado de dificultades, en el que las objeciones están basadas en apelaciones a principios incommunicables, entre los cuales es muy difícil establecer comparaciones y menos aún lograr respuestas integradoras.

Este complejo panorama ha sido desplegado en un artículo de Timothy Murphy (2018) de publicación reciente, en el que se presentan analíticamente algunas de las concepciones más relevantes de lo que se llama “bien común”. Es la intención expresada por el autor, mostrar un resumen del discurso dominante en la literatura (especialmente de habla inglesa) acerca de lo que se entiende por “bien común”. Este trabajo, tiene el mérito indudable de proveernos una versión conceptualmente ordenada de diferentes corrientes, a la vez que de manera implícita pone en evidencia las brechas que las separan. En el artículo, tras el análisis basado en una bien consolidada línea de investigación, y a la vista de posiciones tan divergentes como consistentemente argumentadas, Murphy parece inclinarse por un concepto de “bien común” a la vez laxo, mínimo y polivalente, asociado con un “contexto de paz”.

Ante el complejo panorama acerca de lo que se puede entender por “bien común” Lorenzo ha procurado enfrentar las principales dificultades de una manera sistemática. Se ocupa, por ejemplo, de las formulaciones más adecuadas del axioma dentro de la lógica nomológica, trabaja en la superación del trilema que su juicio amenaza al principio, y trata de dotar al “bien común” de un contenido que haga justicia al concepto.

Hay algunos puntos en esa cuidadosa elaboración que quisiera destacar, ya que a mi juicio poseen rasgos de importantes repercusiones teóricas y metodológicas. En su aspecto sustancial se establece el carácter condicional del bien común, es decir que cada sociedad se va a articular alrededor de un bien común que es el suyo propio y que posee un contenido específico. Aquí tienen su lugar las condiciones históricas, geográficas, culturales entre otras, que hacen que el bien común de cada grupo no solo sea único sino que también variable bajo diversas condiciones. De allí su carácter condicional.

En cuanto a los procedimientos teóricos que se consideran adecuados para determinar su contenido se acepta que los mismos no pertenecerían al campo de la lógica, sino a la esfera de la filosofía del derecho o la filosofía política. Con acierto y sutileza Lorenzo dibuja el horizonte de la filosofía jurídica en la búsqueda de un concepto de “bien común” no demasiado denso, mientras que reserva para la filosofía política acercarse a una concepción con más cuerpo.

Tal como dije, estos rasgos trazados en *Visión Lógica del Derecho* van a generar algunas consecuencias a nivel teórico y metodológico que juzgo de importancia, las cuales se encuentran asociadas a la incertidumbre que esos rasgos dibujan.

En este contexto el bien común parece ser un acuerdo meta sistémico que impregna y articula la convivencia de un determinado grupo. Pero dicho acuerdo varía en el sentido estadístico, ya que está sujeto a condiciones, y sea cual fuere su contenido en un momento o lugar determinado la inferencia nomológica o las decisiones normativas han de ajustarse a ese acuerdo. Esta es una tarea en extremo compleja si se tiene en cuenta que tanto la inferencia nomológica como las decisiones normativas conciernen a un plano en el que los bienes son rivales y disputables.⁸ Así consideradas, tales actividades habrán de resolver esa rivalidad y esas disputas buscando preservar el bien común que parece ser el valor compartido que le da sentido a la vida colectiva.

Sin duda esta labor demanda un esfuerzo superlativo especialmente por el carácter elusivo del contenido del bien común. Lorenzo admite que hay libertad para el bien y para el mal siempre que haya una búsqueda genuina del bien común, el cual para él consistiría en una posesión colectiva de cosas positivamente valorables, “siempre que, además, el disfrute de tal posesión beneficie a cada uno (a salvo de los necesarios e inevitables sacrificios, que sean los menos posibles, los más leves posibles y los que afecten al mínimo número posible).”

De esta última afirmación es posible entender por una parte que a pesar de lo elusivo del contenido del bien común, el mismo posee ciertos rasgos que lo hacen reconocible como el valor a preservar por la inferencia basada en la lógica

⁸ Sobre el tema de los bienes rivales pueden verse los argumentos desplegados de manera más amplia en Barragán, J. “La regla de asignación de los bienes públicos” en L. Peña, T. Ausín, Ó. Diego, (eds.) *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010.

nomológica. Asimismo, cuando se habla de sacrificios necesarios e inevitables implícitamente se reconoce la existencia de una potencial rivalidad también en el contenido del bien común.

En mi opinión, esto nos crea un problema adicional de importancia, ya que cada actor jurídico, sea en funciones de llevar a cabo una inducción o de tomar una decisión, frente a un mismo asunto puede dotar al bien común de un contenido diferente y hasta antagónico. A este respecto, no son pocos los casos documentados, pero mencionaré dos en los que el bien en cuestión es de la más alta relevancia.

Comenzaré citando el contencioso que sobrevino entre el padre de Jaymee Bowen (Child B) y la Agencia de Salud de Cambridge (Inglaterra)⁹, cuando las autoridades sanitarias niegan finalmente los recursos para costear un tratamiento experimental que con una probabilidad relativamente baja pudiera prolongar la vida, e incluso curar la dolencia de Child B. Los partidarios de que tales recursos sean otorgados a la niña no son pocos, y los puntos antagónicos no solo están bien fundados desde el punto de vista conceptual y lógico sino que ambos, sin la menor duda, consideran honestamente que sirven al bien común.

El segundo caso que quisiera mencionar es el que se refiere a la aplicación de pesticidas en los cultivos en el estado de California, los cuales provocaban serios problemas de salud en los trabajadores de las plantaciones y simultáneamente permitían lograr un volumen de producción que servía al propósito de evitar hambrunas en amplias poblaciones.¹⁰ Como en el caso de Child B tanto la calidad de los razonamientos antagónicos como la idea de estar sirviendo al bien común no pueden objetarse.

Frente a las dificultades que casos como los mencionados ponen en evidencia, pienso que tanto la estructura de la lógica nomológica como el contenido asignado al bien común en *Visión Lógica del Derecho* muestran robustez y resistencia. El hecho de que las respuestas pueden moverse en un entorno no rígido se ajusta muy bien a la índole difusa de las cuestiones en consideración. La opción de abandonar una lógica rígida y haber preferido un contenido laxo para el bien común de alguna manera inmuniza el enfoque, lo cual no es un mérito menor.

Este logro a su vez permite cuestionarnos acerca de la emergencia de un nuevo problema que a primera vista no concierne al plano que estamos analizando. Es el relativo a la disposición que las inferencias y las decisiones jurídicas muestran para ser auditadas o controladas (*accountability*) con un criterio independiente.

La consideración y alcance de esta propiedad disposicional se ha radicado en el campo de la Ética, y es amplia la literatura que documenta aplicaciones dirigidas a evaluar no solo la calidad de las inferencias y las decisiones sino también la fortaleza y sustentabilidad del criterio mediante el cual se ha dado contenido al bien común.¹¹

⁹ Un resumen completo y bien organizado del caso se encuentra en Ham, Ch. (1999) "Tragic choices in health care: lessons from Child B case", *BMJ*, Volume 319, November 1999. pp 1258-1261.

¹⁰ El caso es analizado en Barragán, J. (1998) "Ethical issues in public decision making", *Rechtstheorie*, 29, Berlin, 1998, pp. 23-45.

¹¹ Desde las aplicaciones al campo de la salud pública de N. Daniels y J. Sabin hacia fines de los años 90, pasando por el clásico de Richard A. Posner sobre "An economic approach to law of inference", hasta el recientemente publicado estudio de R.J.Hume sobre "Ethics and

Por esta razón, aunque tal como dije a primera vista es un tema cuya discusión debe radicarse en el campo de la Ética, no es menos cierto que tiene consecuencias sobre la determinación del contenido del bien común, que según *Visión Lógica del Derecho* es el valor a preservar en la inferencia nomológica y que como hemos visto es un principio crucial para la misma.

En este aspecto tengo la impresión de que el enfoque de las probabilidades condicionales y los procedimientos bayesianos de corrección de los *a priori* proveen de las mejores herramientas para llevar a cabo controles independientes, porque el despliegue de todos los pasos y de los mecanismos e información mediante los cuales se van corrigiendo los *a priori* convierte al proceso de decisiones en un evento público susceptible del más amplio escrutinio.

Para concluir mis comentarios hago propias las palabras del autor cuando afirma que *Visión Lógica del Derecho* es una obra de filosofía del derecho y por lo tanto un trabajo filosófico con todo lo mucho que para mí esto significa. Hago mía esta afirmación en primer lugar, porque toda la obra está dotada de una poderosa capacidad de interpelación dirigida tanto hacia los oponentes teóricos como hacia sus propios puntos de vista, afrontando de manera decidida y cuidadosa las auto-objeciones. En segundo lugar, porque mantiene siempre activa la capacidad de dudar aun ante afirmaciones que a fuerza de ser repetidas y compartidas terminan adquiriendo el prestigio de verdades incuestionables. Y, por último, porque es un trabajo que abre innumerables ventanas que permiten avizorar desde diferentes niveles y perspectivas nuevos y atractivos paisajes que alimentan un cúmulo de preguntas todavía en desarrollo. Por una de esas ventanas he podido colarme para formular mis comentarios y observaciones que son ellos mismos una prueba del fuerte interés que ha despertado en mí esta *Visión Lógica del Derecho*.

Bibliografía

- AARNIO, A. (1990) "La tesis de la respuesta correcta única y el principio regulativo del razonamiento jurídico" *DOXA*, 8
- BARRAGÁN, J. (1990), "La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica", *DOXA*, 8.
- BARRAGÁN, J. y BARRAGÁN, L. (1991) "Knowledge acquisition and knowledge base refinement problems in developing the KBS legal expert system", *Artificial Intelligence & Law*, The Association for Computing Machinery (ACM), Oxford, UK, 1991.
- BARRAGÁN, J. (1993) "Why some hard cases remain unsolved" en J.S. Svensson, J.G.J Wassink and B. van Buggenhout (eds.) *Legal Knowledge Based Systems*, Koninklijke Vermande, The Netherlands.
- BARRAGÁN, J. (1998) "Ethical issues in public decision making", *Rechttheorie*, 29, Berlin.
- BARRAGÁN, J. "La regla de asignación de los bienes públicos" en L. Peña, T. Ausín, Ó. Diego, (eds.) *Ética y servicio público*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2010.
- BIRKHOFF, G. and Von Neumann, J. (1936) "The logic of Quantum Mechanics", *The Annals of Mathematics*, 2nd Ser. Vol. 37, No. 4.
- DANIELS, N. and SABIN, J. (1997) "Limits to health care: fair procedures, democratic deliberation and the legitimacy problems of insurers". *Philosophy Public Affairs*, 26.

Accountability on the US Supreme Court" son muestras del potencial del enfoque para evaluar la calidad de las inferencias y decisiones normativas.

- DANIELS, N. and SABIN. J. (1998) "The ethics of accountability in managed care reforms". *Health Reforms*, 17.
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.
- HAM, Ch. (1999) "Tragic choices in health care: lessons from Child B case", *BMJ*, Volume 319, November 1999.
- HEISENBERG, W. (1927) "Über den anschaulichen Inhalt der quantentheoretischen Kinematik und Mechanik". *Zeitschrift für Physik*, 43.
- HUME, R. J. (2017) *Ethics of accountability on the US Supreme Court*. SUNY, Albany.
- MOSTELLER, F. and Wallace, D. L. (1964) *Inference and disputed authorship: "The Federalist"*. Addison Wesley.
- MOSTELLER, F. and Wallace, D.L. (1984) *Applied Bayesian and Classical Inference*. Springer-Verlag. N.Y.
- MURPHY, T. (2018) "Bien común-Common good" disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4163>
- PEÑA, L. (1976) "La defendibilidad lógico filosófica de teorías contradictorias" Universidad Católica de Ecuador.
- PEÑA, L. (1984) "Tres enfoques en lógica paraconsistente", Universidad de León.
- PEÑA, L. (1993) "Introducción a las lógicas no clásicas" UNAM.
- PEÑA, L. (2017) *Visión lógica del derecho*. Plaza y Valdés Editores, Madrid.
- POSNER, R. A. (1999) "An economic approach to the law of evidence" 51 *Stanford Law Review*.
- PRESS, S.J. (1989) *Bayesian statistics: principles, models and applications*, Willey Interscience, NY, 1989.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Andrés Ollero Tassara
Universidad Rey Juan Carlos
aollero15@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4361>

Como es lógico, hablemos del Derecho como es. En diálogo con Lorenzo Peña

SUMARIO. 1. Un inesperado iusnaturalista. 2. Fundamento metafísico y antropológico. 3. Una sociedad de animales. 4. ¿Iusnaturalismo racionalista? 5. La creencia en el sistema. 6. Derecho natural y moral. 7. Justicia y bien común. 8. ¿Iusnaturalismo aditivo o sustractivo? 9. Esencia y existencia en el derecho.

La irrupción de Lorenzo Peña en el ámbito académico filosófico-jurídico no pasó inadvertida. El cantonalismo universitario no invitaba a considerarlo miembro de la tribu. No solo por no haber desarrollado en buena parte su infatigable labor en tal área de conocimiento, sino porque su ubicación en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, al margen pues de toda plantilla universitaria, le convertía en la práctica en un extraterrestre. El aterrizaje de su inesperado platillo volante fue provocado por la generosa ampliación de una bien conocida -aunque en este caso sí realmente fenecida- fiesta nacional: las oposiciones.

Su aparición por sorteo en un tribunal suscitó un afán de identificación comparable al motivado por la estrella de los reyes magos. Los escribas de las diferentes “escuelas” integradas en la tribu intercambiaron quinielas sobre su previsible querencia en tarea tan decisiva para sus intereses. Los más documentados apuntaban a un cierto pedigrí de izquierdas, aunque no recuerdo si wikipedia estaba ya en acción, ni si ya daba fe -como ahora hace- de su antigua pertenencia al PCE y más tarde a su versión “m-l”. Él mismo comenta hoy en la obra que centrará nuestro diálogo (pp. 247-248) dicha circunstancia¹. Su comportamiento desconcertó a no

¹ “Si de mi marxismo juvenil mantengo, todavía hoy, algunas tesis (en buena medida metamorfoseadas por el cambio de paradigma filosófico), rechazo todos los demás componentes de la teoría marxista”, que pasa a enumerar... -*Visión lógica del derecho* Madrid, Plaza y Valdés, 2017, 446 págs. Iremos indicando en el texto las páginas correspondientes, salvo que su contenido reclame una nota a pie de página.

pocos al mostrar una independencia y rigor que desde entonces ya es de todos bien conocida.

Añádase a este emplazamiento, ajeno a las facultades de derecho, su intensa dedicación a los estudios lógicos, que para los profesores de filosofía jurídica no abducidos por la filosofía analítica de estricta observancia reviste cierto aire esotérico. No en vano suelen en su mayoría haber optado en bachillerato por las letras, hasta albergar notable alergia por los números (salvo los del calendario) o por las ecuaciones algebraicas. De ahí que no me pronuncie sobre su insistencia en considerar al derecho natural como nítida expresión de la *lógica nomológica*².

Por si fuera poco, aun habiendo estudiado con anterioridad alemán, su propia biografía sitúa los años de formación en zonas francófonas, cuando por aquellas calendas el extranjero era, para los más de la tribu, Italia; salvo algunos esforzados que se adentraron en tierras alemanas, con Gil Cremades y algún escarceo de Nicolás López Calera como precursores. Luego acabaría arrasando la ola anglosajona...

1. Un inesperado iusnaturalista

Todo esto queda sin embargo en nada cuando nuestro autor, que se sabe rodeado de “un ambiente doctrinal y académico donde se cuentan con los dedos de una mano quienes no se adhieren al positivismo jurídico”, reconoce sin disimulos: “profesa esta obra la existencia de un derecho natural” (p. 15); lo que faltaba... En efecto terminará su trabajo confiando en que se vea cumplida una esperanza: “haber contribuido a rescatar y rehabilitar el jusnaturalismo³ en el medio académico de habla hispana” (p. 440).

No conformándose con la tesis doctoral defendida en Lieja, sobre un sistema de lógica contradictorial (paraconsistente), sus estudios sobre la lógica de las normas le llevan a cursar, en plena madurez, la licenciatura de derecho y, ya puestos, a defender en 2015 una segunda tesis doctoral, esta vez en la Autónoma de Madrid vindicando el iusnaturalismo. Insatisfecho del entrecruce dialéctico con los aguerridos positivistas que componían el tribunal, continúa en este libro tal debate, atendiendo a las dificultades planteadas por ellos y desarrollando soluciones hasta asegurarse de que no quedaba nada en el tintero.

No se considera incluíble en el “nuevo derecho natural” de Grisez y Finnis; lo siento de veras por mi buen amigo y colega Diego Poole (2017, pp. 173-224, entre otros), sin duda su mejor epígono en España. Peña deja claro, sobre esta discrepancia, que profesan “un jusnaturalismo cabal y recio”, que “avala la inferibilidad de normas fundamentales juridiconaturales a partir de la propia naturaleza humana”. Solo que, a su juicio, “no es ese el camino más acertado. Hay otro mejor” (p. 52).

Entre unas cosas y otras, a estas alturas no sé si yo mismo puedo considerarme iusnaturalista (Ollero, 2016). Los que se pregonan tales de estricta observancia no me incluyen en sus filas; lo que ciertamente no me genera mayor zozobra. Compararé pues en este diálogo con Peña mis puntos de vista, por si ello me permite avanzar en cuestión al parecer tan trascendental.

² “La esencia del derecho es racional; esa su racionalidad se concreta en el principio del bien común y demás axiomas de la lógica nomológica -que siempre forman parte del derecho, de todo derecho, lo mismo que el principio de razón suficiente o no arbitrariedad” (p. 70). “La lógica del derecho implica el derecho natural, que es el alma de las instituciones jurídicas, su núcleo perpetuo es inalterable” (p. 40).

³ Quizá por influjo juanramoniano, opta por iniciar con jota y no con i sus alusiones iusnaturalistas.

2. Fundamento metafísico y antropológico

Su alternativa girará en torno a un “imperativo de bien común”, que “no emana de particularidad alguna de la humana naturaleza. Es verdad que viene implicado por ella, ya que uno de sus rasgos esenciales es la socialidad”, pero esta no sería “un rasgo único de la especie humana, sino común a todas las especies de seres sociales” (p. 58); afirmación esta última que me sumerge en profundas cavilaciones. Habrá que dejarle explicarse con más detenimiento: “La adopción del derecho natural no implica para nada abrazar la máxima de vivir según la naturaleza en ninguno de los sentidos directos de tal locución; no conlleva ninguna exhortación a un vivir natural, al que vendría dado por constantes antropológicas”. En resumen, no “hay en esta obra ninguna afinidad con el naturalismo bucólico de Rousseau. Ningún adamismo” (p. 251).

Me da la impresión de que maneja un planteamiento demasiado físico de la naturaleza, bastante alejado de la dimensión entelequial que le atribuye Aristóteles. Pienso en la *naturaleza* como un programa esencial que impulsa teleológicamente un existencial desarrollo perfeccionador; cómo debe el hombre actuar para realizar su propia esencia y acabar siendo más (Ollero, 2007, p. 216). Este planteamiento encierra por tanto una concepción del hombre y de su proyección solidaria en un contexto social; una antropología en suma, si no se considera a Lévi Strauss como dueño de la patente. Al fin y al cabo el propio Peña acabará admitiendo: “No digo que en ética no quepa razonar; mas el razonamiento no puede ser independiente de la opción por una metafísica, una teoría del conocimiento, una concepción del ser humano, una visión de la vida humana (p. 311). Espacio habrá que dedicar a confrontar qué entendemos uno y otro por *ética*.”

3. Una sociedad de animales

La alusión a los animales merece algún comentario, ya que parece adentrarse en el vanguardismo animalista. Peña nos dice que la “lógica del derecho implica el derecho natural, que es el alma de las instituciones jurídicas, su núcleo perpetuo e inalterable, aquello por lo cual, en una sociedad de animales cada uno de los cuales tiene su propia voluntad y su propia visión de las cosas, ha de existir un entramado de normas, unas emanadas de la esencia misma de las relaciones sociales, otras de la costumbre y, finalmente, otras cuya declaración vinculante ha de incumbir a una autoridad, cuya única legitimación y tarea es velar por el bien común” (p. 40).

Reconozco que esto trajo a mi memoria algunos pasajes de Ulpiano estudiados en el primer curso de la licenciatura. Me tranquiliza que también Peña se apresure a poner tierra de por medio. “Yerra Ulpiano, pues, al entender esas pautas como imperativos juridiconaturales si son meramente modos de vivir instintivamente adoptados, sin mediar un vínculo social, una autoridad y una función de la misma de velar por el bien común” (p. 63).

Nuestro autor no rehúsa el envite. “Surge aquí el espinoso problema de si el bien común, axiomáticamente reconocido en nuestra lógica nomológica, ha de entenderse solo como el de los miembros humanos de nuestra sociedad o como un bien común que, en algún grado, sea asimismo compartido por aquellos no-humanos que pertenecen a la misma; toda vez que nuestras sociedades humanas (preponderantemente humanas) son, en rigor, interespecíficas”. Pasa a preguntarse: ¿Deberíamos -según lo piden los animalistas radicales- reconocer un principio de igualdad (igualdad animal), o sea, reconocer a los miembros no humanos de nuestra sociedad unos derechos no subordinados a los de los humanos (aunque sean distintos en virtud de las dispares necesidades de unos y otros)? Para el animalismo

radical, superar el especismo es como superar el sexismo, el clasismo y el racismo” (p. 125).

A su juicio, nuestro “deber para con los miembros no humanos de nuestra sociedad -compañeros nuestros- no es como nuestro deber hacia un paraje natural, hacia un monumento, hacia el medio ambiente, hacia el planeta o hacia la naturaleza. Aunque algunos digan que también la naturaleza tiene derechos, lo desmiente el hecho de que no le asignamos deber alguno”. En todo caso, dado su carácter interespecífico, “es arbitrario excluir de la pertenencia a nuestra sociedad a los no humanos”, aunque “es desmesurado -y en la práctica imposible- pretender una igualdad animal” (pp. 126-127). Me temo pues que la *pachamama* no tendrá derechos; lo siento por mi buen amigo y colega Aurelio de Prada (2013).

Personalmente considero que nuestro trato con los animales tiene solo indirectamente consecuencias jurídicas, bien por solidaridad con las generaciones humanas que nos sobrevivirán o porque el respeto a nuestros semejantes, e incluso a nosotros mismos, genera deberes que rechazan tratos crueles evitables.

4. ¿Iusnaturalismo racionalista?

Peña criticará precisamente a Finnis, emparejándolo con Alexy, por empeñarse ambos -a su juicio- en “prescindir de metafísicas, al paso que a toda la construcción jusesencialista del presente libro subyace una metafísica”⁴. Comparto su desmarque del recatado “*no-positivismo* de Robert Alexy (¡púdica y anodina autodenominación!)”⁵. Insiste en que, por el contrario, su “racionalismo jurídico, o iusnaturalismo aditivo parte de una metafísica y una ontología”. Recuerda que “el racionalismo pragmático de Alexy es posmetafísico, siendo su modelo una argumentación trascendental de inspiración habermasiana y apeliana” (p. 65 y nota 33).

Racionalismo junto a iusnaturalismo componen una pareja un tanto sorprendente en un autor para el que la hermenéutica no es tierra desconocida. No dejará sin embargo de insistir en suscribirlo: “el iusnaturalismo abrazado en este libro toma como sus maestros y precursores a los jusfilósofos de la Ilustración racionalista de los siglos XVII y XVIII, en particular, a Leibniz” (p. 15). No deja de mostrarse consciente de la dificultad de su empeño: “En su defensa del racionalismo jurídico, este libro se empeña en un número de batallas que, hoy por hoy, cabe dar por perdidas. No lo ignora el autor. ¿Esfuerzo vano? La posteridad lo dirá” (p. 17). Habrá que decir de ello más abajo.

El problema se pone a prueba cuando descendemos al despliegue de la hermenéutica jurídica, más existencial que esencialista. Peña no duda en admitirlo. “Hoy mismo la jurisprudencia viene considerada por muchos como genuina fuente del derecho (opinión a la cual se inclina el autor de estas páginas). Por lo tanto, no puede ser derecho solo aquello que funde las decisiones judiciales, sino que, como mínimo, también son derecho esas mismas decisiones” (p. 200). Esto le obliga a formular una interrogante decisiva: “La interpretación ¿es constitutiva o es cognitiva? Si es cognitiva, el precepto tiene su significación propia, incumbiendo al intérprete descubrirla. En ese supuesto no hay tal indeterminación. Si la interpretación es

⁴ Un tratamiento más detenido: PEÑA, L. (2015) «Fundamentos metafísicos del Derecho Natural», en *Una Filosofía del Derecho en acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados y Universidad Rey Juan Carlos, págs. 411-442. También en sus *Consideraciones inactuales*, publicadas por Blogger para “Bitácora JuriLog” -el 11/28/2017 11:23:00 a. m.- se ocupa de la inactualidad del iusnaturalismo y de la metafísica.

⁵ Por mi parte, me explayé sobre “un pudibundo no positivismo” en *El derecho en teoría* (2007)

constitutiva, entonces surge la cuestión adicional de si, durante el lapso que media entre el acto legislativo y el pronunciamiento jurisdiccional, ya es verdadera una interpretación o no es verdadera ninguna” (p. 146; también 438-439). A mi modo de ver ni una cosa ni la otra; hay interpretaciones verdaderas, pero no solo una. Sin duda me llevan a pensarlo así algunas experiencias personales.

Recuerdo cómo en una deliberación en la Junta Electoral Central, de la que -abandonado mi escaño- fui elegido miembro durante una legislatura, uno de los magistrados del Tribunal Supremo que la integraban argumentó, tras quedarse en absoluta minoría, que la norma de turno decía una cosa mientras lo que el resto de los presentes defendíamos era una mera interpretación. No fue difícil hacerle ver que su postura era tan interpretativa como minoritaria. Cualquier norma jurídica dice lo que al respecto exprese un tribunal competente, salvo que otro superior interprete luego lo contrario.

Años después ya en el Tribunal Constitucional, con su querencia autorrestrictiva respecto a los poderes del Estado, hube de hacer propio el *principio de conservación de la norma*. La presunción de constitucionalidad de cualquier norma legislativa obligaba a agotar la búsqueda de alguna interpretación que resulte conforme con la Constitución. El Tribunal admitía pues que hay interpretaciones más verdaderas que otras, pero renunciaba a jerarquizarlas estableciendo cuál era la más verdadera; se conformaba con excluir las que fueran fruto de un error de hecho o expresión de pura arbitrariedad.

5. La creencia en el sistema

De lo dicho es fácil derivar que me muestro más bien escéptico cuando se me invita a considerar el derecho como un sistema de normas, a lo que invita sin duda la herencia del racionalismo codificador. Tal escepticismo surgió antes de las experiencias aludidas, tras una temprana lectura sobre la relación entre tópica y jurisprudencia (Viehweg, 1953).

Peña parece más adicto al sistema. A su juicio, la “definición (real, no nominal) del derecho” es la de “constituir un sistema de normas que regulan la vida en común de los miembros de una sociedad y cuya función es el bien común de la misma” (p. 200). Fiel a ese punto de vista, tendencialmente normativista, el mutuo juego entre derecho natural y derecho positivo pierde, a mi modo de ver, flexibilidad. Peña defiende que “se puede ser un jusnaturalista aditivo”, no incompatible con la existencia de normas positivas contrarias al bien común, “sin necesidad de profesar el aserto de la superioridad jerárquica”. Lo que, sin embargo, no “es admisible para ningún jusnaturalista es que las normas jurídico-naturales sean de rango inferior. Pero es posible que coexistan en el ordenamiento normas jurídico-naturales y normas positivas sin gozar ni las unas ni las otras de superioridad jerárquica” (p. 252).

Personalmente, tiendo más bien a entender el derecho natural como el motor del derecho positivo, tanto en el momento legislativo como -aún más- en el judicial. Su influir desde dentro tiene más que ver con los principios que con las normas, indispensables sin duda para garantizar una seguridad e igualdad genéricas, no pocas veces entorpecedoras a la hora de hacer justicia en el caso concreto. Peña capta esa situación, pero pretende resolverla defendiendo la existencia de un sistema, a condición de que no sea tal. “Aunque, para Alexy, los principios son máximas de optimización (no mucho más que desiderata orientativos), en la práctica pueden entrar en la lid con tanta pujanza como las reglas, las cuales pierden esa vinculatividad [sic] rígida, estricta e intangible con que inicialmente las había concebido Dworkin. Por eso, en el desarrollo de la teoría de Alexy, tengo la impresión de que se desdibuja un

tanto la dicotomía de reglas y principios. En mi propia visión no existe tal dicotomía para nada. Lo que hay es una triple variación de grados” (p. 270).

Aunque siga hablando de normas más bien parece detectar unos principios como caballo de Troya dentro de las almenas del sistema. Ante una antinomia su iusnaturalismo “no dice que sea nula o írrita la norma jurídico-positiva opuesta a un principio jurídico-natural, pero le disputa el terreno al haber introducido una norma de contenido opuesto”. “La ley sigue vigente, pero ahora ya el terreno lo tiene que compartir y disputar con una norma de signo opuesto, con la cual habrá de pelear” (p. 290). Pienso más bien que es la flexibilidad de los principios la que permite evitar la colisión antinómica, al orientar interpretativamente la norma legal.

Sin duda para que el derecho natural se haga operativo necesita una mediación capaz de generar una “*opinio juris seu necessitatis* a favor de tales normas [más bien principios...] en la conciencia pública, particularmente en la conciencia de los operadores jurídicos (o de un amplio e influyente sector de los mismos)”. “No cabe duda de que los tribunales hallan en la Constitución principios y valores que no están en ella y que solo se pueden fundar en el canon del bien común [ya hablaremos de él...], o en dar una lectura (forzada) a disposiciones constitucionales según la pauta hermenéutica de que sean conformes con ese canon” (p. 253). Esto ya va sonando mejor... Acabará reconociendo que no faltan “recomendaciones basadas en los fines del Estado, los principios generales del ordenamiento, los valores sociales u otros rótulos que, en el fondo, son circunloquios o eufemismos para referirse a unas normas de derecho natural que, bajo tal denominación, no pueden alegarse en una cultura jurídica donde domina el positivismo” (pp. 208-209). Al fin, de acuerdo...

Si nos encerramos en el sistema, todo vuelve a complicarse; “pese a todas sus antinomias y pese a proliferación de fuentes, el derecho es un ordenamiento, un sistema. Sistema, desde luego, lleno de antinomias, sistema imperfecto, pero sistema. Cualquier operador jurídico lo entiende así. El ideal de sistematicidad jurídica anida en el propio derecho, aunque en la práctica sea constantemente violado”. Tras afirmar que el “racionalismo jurídico propuesto en esta obra ofrece unas pautas para devolverle al derecho su sistematicidad, sin negar sus antinomias”, acaba reconociendo que nos hallamos ante unos “actuales ordenamientos (en buena medida, es verdad, desordenados)” (pp. 293-294; pese a lo antes criticado en pp. 285-286).

A la hora de la verdad parece que nos acercamos: “Frente a la objeción de que solo un derecho natural sustractivo o un orden moral extrajurídico podrían servir de ariete contra contenidos injustos o censurables del derecho positivo, he mostrado que, para contrarrestar leyes injustas, mucho más eficaces serán unos principios que aniden en el propio derecho que no un orden normativo o axiológico externo y ajeno, sin relevancia jurídica” (p. 434).

6. Derecho natural y moral

En poco puedo estar más de acuerdo con Peña que en tomarnos en serio la distinción entre derecho y moral y, en consecuencia, la existente entre ésta y el derecho natural (Ollero, 2017)⁶. Sin duda hace bien en concebir el “derecho natural como diferente de la moral y separado de ella, cuando -como sucedáneo del jusnaturalismo, hoy desdeñado- pululan las tendencias jusmoralistas”, sin por ello dejar de ubicarse dentro del positivismo (o del pospositivismo, que seguramente no deja de ser un positivismo afinado) (p. 15). Las corrientes *pospositivistas* “sin renunciar en absoluto a lo esencial

⁶ Entre otros trabajos propios al respecto.

del positivismo jurídico (la tesis de que no hay más derecho que el positivo, o sea, de que la única fuente del derecho es la emanación de una autoridad), a la vez que se mantienen firmísimas en cualquier rechazo a todo lo que sea o parezca un retorno del derecho natural, quieren paliar algunos de los inconvenientes del positivismo estricto mediante un recurso a la moral” (p. 430). La consecuencia pareciera que la hemos interpretado a cuatro manos: “¡Qué circular itinerario! Tras haberse ufanado de emancipar el derecho de la moral, ahora el positivismo jurídico llama a las puertas de la moral pidiéndole un auxilio con tal de cerrar el paso a cualquier rehabilitación del derecho natural” (p. 31)⁷. Para ellos, “comoquiera que toda norma que no esté en el Boletín oficial del Estado (o algo similar) es una norma moral, solo hay dos alternativas: o legalismo o *jusmoralismo*” (p. 332). En realidad, los principios del “derecho natural están integrados en el propio ordenamiento jurídico (sea o no el legislador consciente de ello), no constituyendo una instancia axiológica ajena o externa, a diferencia de la moral, que sí lo es” (p. 433). Sí señor...

“El derecho natural no es moral, no es ética” (p. 331). Ya habíamos anticipado que tendríamos que ponernos de acuerdo sobre qué entendemos por ética. No comparto esa identificación de lo ético con lo moral, porque considero que implica reducir el todo a solo una parte. Soy consciente de que es tema discutido. Entiendo por ético lo relativo a cómo debo comportarme; el contexto material -no la mera homologación formal- será lo que me ayude a discernir si estamos hablando de elementos morales o jurídicos. Muy bien lo capta nuestro autor cuando señala como significativa característica que “la moral también rige actos de la vida humana que no guardan relación (o muy tenue y muy distante) con el bien común” (p. 191 y también 316); término del que también hemos de ocuparnos.

7. Justicia y bien común

“Otro rasgo propio del jusnaturalismo aquí defendido es que toma como deber y valor principal el bien común (en lo cual sigue la conocida enunciación de Santo Tomás de Aquino), al paso que -dentro del menguado círculo de los jusnaturalistas- es hoy más habitual otorgar ese sitio a la justicia” (p. 16; también 40). Entre ellos me incluyo (Ollero, 2011), no por considerar irrelevante toda apelación a él, sino por estimarlo inseparable de la justicia objetiva. Desde luego, si habláramos de la justicia como hábito de comportamiento subjetivo -constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho- habríamos entrado en el ámbito metajurídico de las virtudes morales. La justicia objetiva es algo previo que nos indica qué es lo suyo de cada uno. A mi modo de ver, la búsqueda del bien común colabora a ello dentro de la dimensión generalizadora propia del ámbito legislativo, respecto al que la referencia tomista es particularmente oportuna. En el ámbito judicial será clave el reconocimiento y protección de bienes jurídicos concretos; el legislativo colaborará en este ámbito a hacer justicia garantizando la igualdad de cada uno ante la ley⁸.

Significativa al respecto es la polémica distinción entre la dimensión subjetiva y la objetiva de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. La protección de los derechos fundamentales tiene una dimensión de justicia objetiva bien pronto

⁷ Por mi parte: los positivistas se ven obligados a “admitir dentro de la dinámica jurídica un generoso ámbito de discrecionalidad que paradójicamente se resolvería gracias a juicios morales; lo que no deja de resultar sorprendente, después de haber comenzado dicha teoría convirtiendo el riguroso deslinde de derecho y moral en signo de distinción”, en Andrés Ollero, Cristina Hermida del Llano y Juan Antonio García Amado, *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, p. 16.

⁸ Quedará por entrar en juego el principio de igualdad en la aplicación de la ley. Al respecto: Ollero, A., (2005), *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y debates nº 163), (2ª edición aumentada y actualizada), Madrid.

reconocida por la doctrina de dicho Tribunal⁹. Tras la reforma planteada por la ley orgánica 6/2007 el “en su caso” del artículo 53 CE se traduce, a mi modo de ver, en la conversión del recurso de amparo en un recurso en interés de Constitución, semejante al planteable en interés de ley, dada la exigencia de una *especial trascendencia constitucional* añadida a la escueta existencia de violación, cuya satisfacción queda residenciada en la jurisdicción ordinaria, a la vez que condiciona -pero no fundamenta- la posibilidad del amparo.

Me temo que la mera referencia al bien común no aporte, dada la obvia incidencia individual del derecho, demasiada precisión. Sírvanos de muestra este párrafo: “La preceptividad [sic] del bien común significa la obligatoriedad de que este exista. Pero ¿en qué consiste la existencia del bien común? Por su propio concepto, el bien común es aquel bien que se tiene colectivamente y del cual, a la vez, participan todos los miembros de la sociedad; a salvo, únicamente, de aquellas restricciones necesarias para el propio bien común, o sea, de aquellos sacrificios de unos u otros cuya imposición sea precisa para salvaguardar o acrecentar el bien común sin resultar arbitrariamente discriminatorios ni desproporcionados; de serlo, quebrantarían la misma existencia del bien común, el cual, en esa medida, dejaría de ser un bien genuinamente común” (p. 176).

Peña admitirá que “la noción de bien común es jurídicamente indeterminada es verdad, como tantísimas nociones del derecho. Eso les pasa a todos los valores jurídicos, como la igualdad, la libertad, el interés general, la paz, la justicia, etc.”. A ello añade, extremo que no comparto, que al menos “el bien común es mucho más concreto que la justicia, la cual solo indica una proporción entre supuestos o datos y consecuencias jurídicas, sin ofrecer pauta alguna ni de la escala de proporcionalidad ni de qué supuestos o datos se han de tomar.” (pág. 291).

La proporcionalidad suele ser un canon de frecuente relevancia a la hora de intentar hacer justicia. El Tribunal Constitucional precisa hasta tres exigencias, más individualizadas que comunes, para considerar la proporcionalidad razonablemente satisfecha: que se trate de una medida *adecuada*, capaz de contribuir a la finalidad pretendida; *necesaria*, en el sentido de que no haya otras menos gravosas para los derechos en juego; así como que la ponderación que lleva consigo pueda considerarse *proporcionada* en sentido estricto. Personalmente considero que la justicia objetiva lleva consigo el intento de *ajustar* la libertad con la exigencia de tratar al otro como un igual, lo cual implica una búsqueda que lleve performativamente a un resultado razonablemente justo. De ahí que la doctrina del Tribunal reitera que no hay derechos ilimitados.

No estoy, en consecuencia, de acuerdo con el colofón de esta afirmación de Peña: “el jurista ha de dilucidar, enseñar y aplicar el derecho que es, interpretándolo según cánones hermenéuticos válidos, que diluciden su contenido auténtico (la interpretación es cognoscitiva, no voluntarística [sic]), sin acudir a maniobras exegéticas que lo alteren según el capricho del exégeta; eso sí, el sentido de un texto jurídico, el sentido que realmente vehicula, queda determinado por un cúmulo de factores, uno de los cuales es la propia misión del derecho como regulación racional para el bien común” (p. 296). Sí hago mía, por el contrario, esta otra: “los juristas no

⁹ Así en la sentencia 163/1986, de 17 de diciembre, FJ 1, aunque el denunciante en el juicio de faltas, debidamente emplazado, no compareció, afirma que su “no presencia en este proceso no impide que entremos en el examen de si sus derechos fundamentales han sido o no vulnerados, puesto que quien está legitimado para ello ha ejercido ante nosotros en forma y momento oportunos la pretensión de amparo. Se pone así de manifiesto la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en cuanto bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”.

han necesitado esperar a que aparezca esta obra para obrar así. Desde el derecho romano clásico justamente es eso lo que hacen: en la medida de lo posible (y también en la medida de sus propias luces) tratan de interpretar el derecho que es ajustándolo al que debiera ser” (p. 297).

Particularmente afortunada me parece esta última referencia, que resalta la tensión ser-deber ser latente en la hermenéutica jurídica¹⁰, al margen de toda *falacia naturalista* (pág. 50). Peña denunciará la inconsecuencia de quienes le critican su planteamiento iusnaturalista por escasamente crítico y sugieren a la vez que concede excesivas facultades al intérprete (p. 295, también 297-298).

8. ¿Iusnaturalismo aditivo o sustractivo?

Sin duda lo más original -no por ello menos complejo- de su planteamiento es la distinción entre un iusnaturalismo *aditivo*, que hace propio, y otro *sustractivo*, que rechaza. Como veremos, me quedo con la duda de si será tan fácil deslindarlos. “Mi iusnaturalismo es principalmente aditivo, no sustractivo. Es aditivo aquel iusnaturalismo que adiciona a las normas del derecho positivo una norma no promulgada (en mi caso, el imperativo del bien común). Es sustractivo el iusnaturalismo que sustrae de las normas de derecho positivo aquellas que no se ajusten a cierto canon (que podría ser el del bien común). Es mixto aquel iusnaturalismo que es, a la vez, aditivo y sustractivo” (p. 64-65). Para mí, rara vez no acabará siendo mixto.

Si, como es mi caso, partimos de un derecho natural que solo *existe* (la expresión, como luego se verá, no es casual) dentro del derecho positivo, o al menos -considerándolo un sistema- se reconoce su notable porosidad, no nos resultará tan fácil deslindar ambas variantes. Las interpretaciones que encierran las resoluciones jurisdiccionales (pienso en las del Tribunal Constitucional...) son inevitablemente aditivas, aunque Peña lo rechace. Incluso las sentencias consideradas de *aplicación de doctrina* rara vez se limitan a una austera remisión a otras anteriores, sino que en más de una ocasión el ponente no renunciará a introducir algunos *obiter dicta* que, cara al futuro, la ramifican o desbordan. Por supuesto, la dimensión sustractiva sí es obvia; no en vano Kelsen calificó al control concentrado de constitucionalidad como *legislación negativa*. Quedará de relieve siempre que el Tribunal declara inconstitucional y -casi siempre- nula una norma o acto de los poderes públicos.

Peña lo ve de otra manera. “Cuando es correcta una sentencia del TC, no crea derecho. Su pronunciamiento ya estaba contenido en la Constitución”; lo considero un modo de hablar, dada la dimensión performativa y por tanto creativa de toda sentencia. “Pero cuando es errónea, crea derecho. Crea una situación jurídica en la que tenemos vigentes dos normas opuestas y de cumplimiento incompatible: la Constitución y el contenido de la errónea sentencia del TC” (p. 152, también 161). Por supuesto no considero al Tribunal infalible, pero no deja de consolarme que, hasta equivocándonos, seamos creativos. Doy por hecho que debo entender que la sentencia sería correcta o errónea en la medida en que podamos captar una coherencia con exigencias del bien común, o -en mi caso- de la justicia objetiva. Más de una vez ello me ha llevado a -siendo ponente de una sentencia y habiendo votado a su favor- no resistirme a formular un voto particular concurrente, resaltando mi discrepancia con aspectos de su fundamentación o incluso de su fallo.

¹⁰ Por mi parte: “resulta imposible ir poniendo el derecho que positivamente es sin irse preguntando continuamente cómo debe ser” – Ollero, A., (2007) *El derecho en teoría*, p. 50.

Tenemos pues que “el derecho natural aditivo no quita nada del derecho positivo sino que le añade unas normas juridiconaturales”, que incluirían “la obligatoriedad del bien común, junto con el principio de razón suficiente o no-arbitrariedad; en cambio el derecho natural sustractivo no añade nada al derecho positivo sino que le quita algo: le quita aquellas normas de derecho positivo formalmente válidas, pero contrarias a cánones metajurídicos suprapositivos” (p. 428). No considero al derecho natural *superior* al positivo; me limito a constatar que tiende a introducirse irresistiblemente en él. En cuanto a la quita de normas hay que reconocer, paradójicamente, que la depuración del ordenamiento jurídico no deja de resultar sumamente positiva. Es más, el pundonoroso magistrado firmante de un voto particular suele, las más de las veces, estar convencido de que acaba de poner la primera piedra de un nuevo sesgo en la doctrina del Tribunal. El propio Peña acaba considerando una “racionalización” a la “eliminación de escorias, la depuración; en suma, la reconciliación de la existencia del derecho con su esencia” (p. 45).

“No niego que se da, en cierto modo y sentido, ese indirecto efecto sustractivo, pero, así y todo, entiendo que persisten dos fortísimas discrepancias entre el jusnaturalismo aditivo y el sustractivo. La primera es que, a diferencia del jusnaturalismo aditivo, el sustractivo no permite a los operadores jurídicos ninguna decisión positiva que sea una aplicación de normas suprapositivas (sí les permite, en cambio, la decisión negativa de considerar írritas ciertas normas positivas); a falta de norma positivamente edictada [sic], el jusnaturalista sustractivo no tiene materia jurídica para resolver nada” (p. 429; también 439). Sin duda será consciente de que no debe suplantar al legítimo legislador y se congratulará con el ahorro de tiempo; más de quinientos recursos de amparo le aguardan...

9. Esencia y existencia en el derecho

Mi máxima identificación con Peña es su relevante distinción, ya argumentada, entre esencia y existencia¹¹ del derecho natural, que servirá de eje a su dimensión crítica. Por una parte, apela a unos “imperativos” que serían “la esencia misma del ordenamiento normativo, la función por y para la cual existe. Por ello, quizá mejor que hablar de un derecho natural o de jusnaturalismo sería hablar de esencialismo jurídico. Como era de esperar esa “esencia implica que contenga un imperativo supremo de bien común” (p. 61). Por otra parte, considera que su “tesis no es legitimadora del orden existente. Al señalar que la esencia del derecho es la regulación normativa de la convivencia para el bien común no nos dice que los ordenamientos existentes cumplan perfecta, ni siquiera adecuadamente, esa función que les es consustancial; no nos dice que no haya contradicción entre esencia y existencia”. De ahí deriva su dimensión crítica: “lejos de ser legitimador del orden existente, el esencialismo jurídico o jusnaturalismo lógico es profundamente crítico, porque desvela cómo la esencia del derecho está en contradicción con su existencia” (p. 206).

Superando su creencia en el sistema, admitirá que el “derecho es antinómico. En él están los cánones fundamentales que le dan sentido, lo justifican, lo regulan y constriñen su aplicación según pautas preceptivas; pero también están unos contenidos agregados por la arbitrariedad, el antojo, las fantasías y pasiones de los gobernantes o de los gobernados; las escorias. Esa unión contradictoria es el derecho real. Su evolución va en el sentido de, paulatinamente, hacer prevalecer la esencia sobre la existencia, eliminar las escorias” (p. 386). Precisamente por ello es “imposible

¹¹ Por mi parte, Ollero, A., (2007) *El derecho en teoría*, p. 50.

ahondar en ese problema sin acudir a la metafísica, a las nociones de esencia y existencia” (pág. 431).

De ahí la obligada distinción “entre racionalidad y racionalización. Sostengo, para empezar, que el derecho es racional, en su esencia, en su médula, en su función social, en su tarea; dicho sumariamente, en su razón de ser”. Sería, sin embargo, absurdo olvidar que “en el derecho positivo, esa racionalidad funcional y esencial está a menudo desnaturalizada, alienada, viciada por normas contrarias a la propia esencia del derecho; de ahí la necesidad de la racionalización, que no es sino una desalienación, un reconciliar la existencia del derecho con su esencia” (p. 43, también 67).

Esto le lleva a admitir, lejos de antinomias normativas, la función *ad intra* de los principios iusnaturalistas. “El jurista de orientación jusnaturalista (...) no formula tal crítica desde fuera del derecho, en el curso de una actividad ajena, como pensador político o moralista ni nada por el estilo”. Ello le llevará a “evaluar negativamente esas escorias, exigiendo que se eliminen para reconciliar esencia y existencia; es, pues, una labor de jurista” (p. 70-71). En ella admitirá que “es verdad que la faceta sustractiva de este jusnaturalismo no acarrea ninguna depuración de contenidos injustos, ni siquiera de contenidos opuestos al bien común. Salvo casos palmarios de burda y flagrante violación de la lógica jurídica, este jusnaturalismo coincide con el positivismo jurídico en reconocer y respetar la capacidad legiferante del titular del poder legislativo, considerando condición suficiente de vigencia de una norma que haya sido edictada y promulgada por el legislador” (p. 291); lo que flexibiliza notablemente su planteamiento inicial.

Considera que todo ello lleva “a los jueces a no invocar abiertamente, por ese nombre, las normas de derecho natural; mas han seguido haciéndolo subrepticamente” de diversos modos. Bien “interpretando las leyes vigentes con un canon hermenéutico explícito o implícito de ajuste al valor del bien común (acudiendo, para tal exégesis, a criterios como el de entender la ley según su propósito; no el propósito del legislador, sino la razón de ser de la propia ley, o, mejor aún, la finalidad del propio ordenamiento jurídico)” (p. 209). O bien “recurriendo a otros cánones hermenéuticos, tales como la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la ley; una realidad social que no es otra cosa, en el fondo, que un imperativo de bien común según se concibe en nuestra sociedad o según el juez lo entiende” (p. 210).

Peña se muestra realista a la hora de reconocer que el derecho natural no es la piedra filosofal. Ciertamente “un jusnaturalista podrá argumentar que el bien común solo queda convenientemente salvaguardado en una sociedad con matrimonio monogámico heterosexual. Mas otros jusnaturalistas pueden sostener lo contrario, sin faltar quienes estiman que el matrimonio, opuesto al amor libre, es incompatible con el bien común y, por ende, con el derecho natural” (p. 63). La situación no parece preocuparle demasiado: “si las discrepancias entre los jusnaturalistas sobre los principios y las consecuencias del derecho natural bastan para desacreditarlo, con mayor razón las mucho más frecuentes divergencias entre los partidarios del derecho positivo habrían también de llevar a negar su existencia. No hay una sola cuestión de derecho positivo en la cual reine la unanimidad” (pág. 275).

En cualquier caso, su lógica acude al quite. “Para entender mejor lo que estoy alegando hay que retrotraerse a la lógica. Mi jusnaturalismo está basado en una lógica contradictorial y gradualista, en la cual algo puede ser así y no así, lo uno y lo otro en cierta medida. Lo que la tesis sostiene no es que todos los sistemas jurídicos cumplan perfecta y cabalmente su misión de servicio al bien común, sino que no solo deben

hacerlo sino que, además, adecuadamente interpretados, lo hacen en alguna medida, sin precisar cuál es esta” (p. 203).

* * *

En resumen, la ajetreada llegada de Lorenzo Peña a la tribu filosófico-jurídica ha sido una buena noticia. Su afán de reflexionar de modo transparente está sirviendo para hacernos pensar, tanto a los que descubrimos puntos de confluencia con sus planteamientos como a los que se han beneficiado de su afán por dialogar con los que sabe alejados de ellos. Sirvan estas páginas de sincero homenaje.

Bibliografía

- DE PRADA, A., (2013), “Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamama”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (27), págs. 43-57.
- OLLERO, A., (2017), “Legalidad y constitucionalidad” en *Current Constitutional Issues. A Jubilee Book on the 40th Anniversary of Scientific Work of Pro. Boguslaw Banaszak*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa, págs. 313-333.
- OLLERO, A., (2016), ¿Soy en realidad *iusnaturalista*? en *Liber amicorum. Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad, Oviedo, pp. 515-534.
- OLLERO, A., (2011), “El bien común: justicia, política y moral” en *Las raíces del humanismo europeo y el Camino de Santiago* (ed. Marcelino Agís Villaverde, Agustín Dosil Maceira, Marcelino Oreja Aguirre) Santiago de Compostela, Universidad, págs. 419-422.
- OLLERO, A. (2007), *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- POOLE, D., (2017), *Historia del iusnaturalismo tomista del siglo XX en los Estados Unidos*, “Dikaion” (26-2), págs. 173-224.
- VIEWEG, T., (1953), *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung, München.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

manuel.atienza@ua.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4362>

Comentario a un libro singular

1.

Visión lógica del Derecho. Una defensa del racionalismo jurídico es un libro singular, y lo es por una diversidad de razones.

Lo es, desde luego, por lo que se refiere a su contenido. Lorenzo Peña defiende aquí un tipo de iusnaturalismo (él lo escribe con “j”: *jusnaturalismo*) que dice situarse en la tradición de Tomás de Aquino, Vitoria, Leibniz o Wolff (p. 22) y que se diferencia mucho de la concepción iusnaturalista que hoy cuenta con más seguidores y que tiene a John Finnis como principal referencia. Peña no escatima elogios a este último autor, y al que considera como verdadero iniciador de ese tipo de concepción (Germain Grisez), pero su versión de iusnaturalismo se alinearía más bien con la de autores críticos de los dos anteriores (pero también tomistas y pertenecientes al mundo angloamericano) como Russell Bittinger, Ralph Mcinerny, Henry Veatch y Anthony Lisska (pp. 51-52, nota). Se trata de un iusnaturalismo, el de Peña, que nada tiene que ver con la teología, pero que no se basa tampoco en la razón, en el sentido de que para él la razón es una facultad que nos permite efectuar inferencias (o descubrir los principios del Derecho natural), pero la “naturaleza” a la que nuestro autor apela se identifica más bien con la animalidad (no con la racionalidad) de los seres humanos (vid. p. 243, nota); exactamente, con la socialidad (el vivir en sociedad), que es un rasgo que los humanos comparten con otras especies animales, como las hormigas o los elefantes. Y lo que parece ser esencial, lo más esencial, en esas especies animales es el imperativo del bien común y la necesidad de una autoridad que vele por él y lo regule. Su concepción iusnaturalista se remontaría, pues, en último término, a los juristas romanos, a Ulpiano, quien, como se sabe, definió el Derecho natural como “lo que la naturaleza ha enseñado a todos los animales”. Peña no suscribe del todo esa formulación¹, pero nos invita a aceptar que

¹ Se aparta del jurista romano en estos dos extremos: el primero es que Ulpiano no tiene en cuenta el bien común; y el segundo (vinculado al anterior) es que sólo se fija “en pautas de comportamiento ‘naturales’” (pp. 62-3).

se pueda hablar de Derecho en relación con “sociedades de elefantes, macacos, gibones, delfines, bonobos, gorilas, equídeos, pingüinos, cuervos, etc.” (p. 58).

Es singular también en cuanto a su forma expositiva. El libro de Lorenzo Peña sigue el modelo de la *disputatio* medieval, lo que quiere decir que, después de exponer sus tesis, formula una serie de objeciones, de dificultades, que podrían ponerse a las mismas (y que, de hecho, por lo menos en algunos casos, se le han puesto), acompañadas de las correspondientes soluciones; un método cabalmente dialéctico que hoy podríamos considerar una rareza pero que, sin duda, resulta particularmente efectivo. Además, el libro está escrito (como toda la obra de Lorenzo Peña) en un cuidado y expresivo castellano y con un estilo intencionadamente arcaizante.

Y, en fin, resulta igualmente singular que el autor del libro comenzara siendo un filósofo a secas (conocido sobre todo por sus estudios de lógica, por haber elaborado una lógica gradualista y paraconsistente a la que denominó “lógica transitiva”) para convertirse luego, en su etapa de madurez, en un entusiasta y prolífico filósofo del Derecho. Ese “reconocimiento” del valor no sólo práctico sino también teórico del Derecho contrasta vivamente con la actitud de menosprecio e ignorancia hacia la cultura jurídica que, en mi opinión, es un rasgo bastante común entre los filósofos españoles.

Todo lo anterior (y quizás alguna otra circunstancia) produce en el lector una impresión de extrañeza y de dificultad a la hora de enfrentarse con el libro y de hacerse un juicio de conjunto sobre el mismo; la academia, dígase lo que se diga, no promueve (yo diría que cada vez menos) la verdadera innovación, el ir contra corriente. Lorenzo Peña es agudamente consciente de ello, pero es obvio que ha escrito su libro con entera prescindencia de las modas intelectuales que rigen hoy en nuestras universidades, incluidos los departamentos de filosofía del Derecho. El resultado de su esfuerzo, en todo caso, es una obra de gran valor y que, inevitablemente, rompe con los esquemas que solemos manejar para caracterizar una determinada concepción del Derecho como la que él nos presenta. Como antes he dicho, el autor se califica a sí mismo de “iusnaturalista”, pero lo hace no sin algunos titubeos (por eso en ocasiones utiliza otras expresiones como “esencialismo jurídico” o “racionalismo jurídico”); aunque de lo que sí parece estar bien seguro es de que su concepción del Derecho es frontalmente no positivista, sin encajar tampoco dentro de lo que hoy se suele denominar “postpositivismo”. Mi opinión, sin embargo, es que se trata de una concepción del Derecho que asume, en efecto, un rasgo que bien puede atribuirse al iusnaturalismo: el esencialismo; pero que, al mismo tiempo, acepta lo que yo considero como el elemento más conspicuo del positivismo jurídico: la ideología de la separación y, en particular, la tesis de la separación entre el Derecho y la moral; y que tendencialmente habría que considerar como postpositivista. En lo que sigue, voy a tratar de desarrollar brevemente esos tres aspectos que caracterizan el pensamiento de Peña, para formular luego algunos comentarios (más bien críticos) al conjunto de la obra.

2.

Lorenzo Peña califica muchas veces su concepción del Derecho de “esencialista”, y aunque esta expresión podría entenderse de diversas maneras, lo que él parece querer expresar con ello –si yo le he entendido bien– es lo siguiente: No simplemente que existan ciertas propiedades o rasgos que caracterizan a lo jurídico de manera necesaria; si así fuera, también habría que considerar como esencialista la concepción de Kelsen (sin normatividad y sin coactividad no habría Derecho) o la de Hart (para que exista Derecho –o un sistema jurídico evolucionado– se necesita contar con dos tipos de normas: primarias y secundarias); y, en fin, la tradición –más

bien positivista- de lo que suele considerarse como conceptos básicos del Derecho también podría calificarse así, puesto que se trata de analizar aquellas nociones – esenciales- presentes en cualquier sistema jurídico. Sino que el esencialismo de Peña supone algo más, a saber, que el rasgo verdaderamente necesario –esencial- del Derecho no radica en la existencia de entidades (sean estas o no normas) creadas por seres humanos, sino en algo ajeno a la voluntad humana y que vendría dado por la “naturaleza”, entendida esta expresión en el sentido antes señalado; o sea, la esencia del Derecho sería la de “constituir una ordenación de la vida de los miembros de una sociedad en tanto en cuanto afecte a la convivencia y con un propósito no contingente, inmutable, indeclinable, que es el bien común” (p. 436).

Ese concepto de Derecho no satisface, por lo tanto, lo que suele considerarse como una de las tesis fundamentales del positivismo jurídico: la llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho o del carácter convencional del mismo (el Derecho es un producto de la voluntad de los seres humanos y, en ese sentido, no se le puede atribuir un carácter necesario, sino contingente: los sistemas jurídicos podrían ser distintos a como son). Para Lorenzo Peña (que asume aquí la definición de iusnaturalismo de Max Weber), hay normas que forman parte del Derecho, que valen, no “por provenir de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes” (p. 25). Su concepción del Derecho es, por tanto, dualista; el Derecho no es solo el Derecho positivo, el Derecho puesto. Y, en tal sentido, entronca con toda la tradición iusnaturalista, empezando por la invocación de la Antígona de Sófocles (para desobedecer lo ordenado por Creonte) a las normas que se sitúan por encima de las de origen humano y que “no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron”.

Según Peña, ese contenido esencial de Derecho natural viene dado fundamentalmente por la “lógica nomológica”, por sus axiomas y sus reglas de inferencia, que están presentes en cualquier ordenamiento jurídico, esto es, valen en todos los sistemas jurídicos y tienen incluso un carácter eterno, puesto que son verdades necesarias. Para dar una idea a quien no haya leído la obra. Las reglas de inferencia son estas dos: la regla de equivalencia que “nos habilita a afectar por el mismo operador deóntico dos hechos que sean necesariamente equivalentes entre sí”; y la regla de presunción de libertad: “mientras no se demuestre la prohibición de una conducta, hay que presumir su licitud” (p. 99). Y entre los axiomas cabe citar: el principio de colicidad: lo que es lícito de manera singular, lo es también de manera conjunta (p. 100); una de las modalidades del principio de la consecuencia jurídica o del *modus ponens* deóntico: “si es obligatorio que sólo se realice A en la medida en que suceda B, entonces sólo es lícito A en tanto en cuanto suceda B” (p. 104); el principio deóntico de subalternación preceptiva: “es preceptivo que, en la medida en que una conducta sea obligatoria, sea lícita” (p. 111); el principio de permisividad: “sólo son obligatorias aquellas conductas que sean permisiblemente obligatorias” y “son lícitas aquellas conductas que sean permisiblemente lícitas”(pp.111-112); el principio de no impedimento o de no vulneración: “en la medida en que una conducta sea lícita, está prohibido impedirla” (pp. 115-116); el principio de la causa lícita: “los efectos causales de conductas lícitas son lícitos” (p. 118); y el fundamental principio del bien común o de la obligatoriedad del bien común (la “clave de bóveda del sistema”), que puede enunciarse de diversos modos, uno de los cuales es este: “es obligatorio que nada suceda salvo en tanto en cuanto se preserve el bien común” (p. 123).

Cualquier lector de este comentario se habrá dado cuenta de que lo anterior guarda cierto parecido con lo que Hart entendió por “contenido mínimo de Derecho natural” si bien, como sabemos, Hart no pretendía que sus principios tuvieran un carácter necesario (había que suponer su existencia sólo si se pensaba en un orden

jurídico con alguna permanencia en el tiempo y mientras los seres humanos poseyeran ciertos rasgos de carácter biológico o psicológico) y los principios poseían, por así decirlo, un mayor contenido empírico que los de Peña. Pero seguramente sean menos los lectores que vinculen los principios lógicos de Peña con una de las obras de García Maynez, de 1953, *Ontología formal del Derecho y su expresión simbólica*, y que podríamos considerar como precursora de esa lógica nomológica. El iusfilósofo mexicano atribuyó a sus principios un carácter puramente formal (no hay en su elenco nada parecido al principio del bien común), pero algunos de ellos vienen incluso a coincidir con los de Peña, y creo que ninguno resulta incompatible con los del iusfilósofo español².

Por lo demás, en la concepción de Lorenzo Peña (y para entender bien su esencialismo jurídico o iusnaturalismo) es fundamental la distinción que traza entre la esencia y la existencia del Derecho, por un lado, y lo que llama iusnaturalismo “sustractivo” y “aditivo”, por el otro.

En relación con lo primero, Peña considera que el Derecho es racional en su esencia (en su función de promover el bien común), pero la esencia puede entrar en contradicción con los ordenamientos jurídicos “realmente existentes”: “en el derecho positivo, esa racionalidad funcional y esencial está a menudo desnaturalizada, alienada, viciada por normas contrarias a la propia esencia del derecho; de ahí la necesidad de reconciliar la existencia del derecho con su esencia” (p. 43). Ahora bien, para llevar a cabo esa reconciliación, Peña distingue dos vías, que serán las del iusnaturalismo sustractivo y el iusnaturalismo aditivo, a las que cabe añadir una más, una combinación de las dos anteriores: “Mi jusnaturalismo es principalmente aditivo, no sustractivo. Es aditivo aquel jusnaturalismo que adiciona a las normas del derecho positivo una norma no promulgada (en mi caso, el imperativo del bien común). Es sustractivo el jusnaturalismo que sustrae de las normas de derecho positivo aquellas que no se ajusten a cierto canon (que podría ser el del bien común). Es mixto aquel jusnaturalismo que es, a la vez, aditivo y sustractivo” (pp. 64-5).

Pues bien, el que sea un iusnaturalismo esencialmente aditivo significa que el Derecho (nuestros Derechos) para Peña tiene(n) un carácter contradictorio: contiene(n) en sí (siempre, necesariamente) un elemento de racionalidad, de idealidad que, sin embargo, no siempre estará plasmado (o no del todo) en las normas establecidas por la autoridad. Ese Derecho natural –nos dice- que agrega a las normas del Derecho positivo las del Derecho natural (y genera –o puede generar- por lo tanto antinomias) “no suprime ni niega la vigencia y validez de la norma positiva jurídicamente defectuosa” sino que, simplemente, “la considera tendencialmente inexecutable” (p. 429). De manera que el propósito político (el mensaje normativo dirigido a los juristas) que alienta en todo el libro de Peña, el de contribuir a mejorar el Derecho, viene a plasmarse en estos dos criterios: “en la medida de lo posible, interpretar siempre la norma positiva de manera que sea compatible con la norma suprapositiva”; “dar prevalencia a la norma suprapositiva cuando la conciencia jurídica lo autorice, o sea, cuando exista un consenso suficiente de los operadores jurídicos” (p. 428). A los que hay que agregar un nuevo criterio que se corresponde con el

² Pueden sintetizarse así: quien tiene un deber tiene el derecho de cumplirlo; lo que siendo derecho es al propio tiempo deber puede jurídicamente hacerse, pero no omitirse; no todo lo que es derecho es al propio tiempo deber; lo que siendo derecho no es al propio tiempo deber, puede libremente hacerse u omitirse; ninguna conducta puede hallarse, al mismo tiempo, prohibida y permitida; todo lo que no está prohibido está permitido; todo lo que está jurídicamente ordenado, está jurídicamente permitido; no todo lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente ordenado; lo que estando jurídicamente permitido no está jurídicamente ordenado, puede libremente hacerse u omitirse; todo derecho que no se agota en la facultad de cumplir un deber propio, puede libremente ejercitarse o no ejercitarse.

carácter “marginamente sustractivo” de su iusnaturalismo. O sea, nuestro autor entiende que una norma (o un conjunto de normas) de Derecho positivo carece de validez (el jurista, por lo tanto, no debería tenerlas en cuenta, no tendría que aplicarlas) frente a uno de estos dos casos: 1) “el legislador incurre en una acumulación ilógica de preceptos conculcando así los axiomas de la lógica nomológica” (p. 256); 2) (un caso que Peña considera mucho más importante que el anterior) “el principio del bien común entr[a] en irreconciliable y frontal colisión, no con una norma o con varias, sino con todo el conjunto de prescripciones o con tantas partes sustanciales del mismo que ese conglomerado ya no [es] susceptible –ni siquiera estirando mucho- de interpretarse como un ordenamiento jurídico encaminado a fines de bien común”(p. 257).

3.

Lo señalado en el anterior apartado permite, sin duda, calificar la concepción de Lorenzo Peña de iusnaturalista. Él atribuye en ocasiones a su iusnaturalismo un carácter “cabal y recio” (p. 52) porque (a diferencia de lo que habrían hecho Finnis o Grisez) él no acepta que la razón práctica sea simplemente “paralela a la teórica e independiente de ella”; así, Peña no suscribe la tesis (asumida por los anteriores autores y que el español viene a considerar algo así como una concesión al positivismo jurídico) de la imposibilidad de derivar consecuencias axiológicas o normativas a partir de premisas fácticas: “La tesis de la presente obra es que, de la naturaleza misma de las relaciones sociales, emana (o emerge) la existencia de estados de cosas deónticos, ante todo la obligatoriedad de actuar para el bien común (...) eso significa que hay un tránsito válido del *es* al *debe*” (p. 390). Pero, por lo que se refiere a sus consecuencias prácticas, el iusnaturalismo de Peña, como hemos visto, es más bien cauto y moderado: no rechaza la posibilidad de hablar de Derecho injusto (normas que no realizan plenamente la esencia de lo jurídico), pero para él sólo el Derecho extraordinariamente injusto (que se apartara completamente del bien común) no sería ya Derecho.

En todo caso, como antes decía, Peña no suscribe la primera de las dos tesis con las que suele caracterizarse el positivismo jurídico (la de las fuentes sociales del Derecho, puesto que él reconoce que hay también un Derecho suprapositivo), y lo que puede resultar extraño es que, sin embargo, sí que acepte (y de manera considerablemente radical) la segunda, la de la separación entre el Derecho y la moral. Así, por poner algún ejemplo de su adhesión a la tesis, al final de la obra, Peña nos aclara que su concepción: “no funda el derecho en la moral. La esencia del derecho es el conjunto de axiomas, necesariamente verdaderos, del bien común, de exclusión de la arbitrariedad y de trabazón racional entre las normas y los hechos; son imperativos separados de la moral” (p. 439). Y algunas páginas antes, al plantearse la dificultad de si existe o no una moralidad objetiva, puede leerse lo siguiente: “En conclusión, fue un avance en la concepción moderna del derecho deslindar escrupulosamente el derecho de la moral. El derecho, lo que puede y debe institucionalizarse e imponerse –en última instancia, si es menester, coercitivamente-, ha de ser independiente de las opiniones morales, sean las de un individuo, las de un grupo o incluso las de la masa de la población. Esas opiniones morales a veces pueden venirle bien al derecho y otras veces venirle mal. Mezclar derecho y moral conduce a aberraciones como la de imponer jurídicamente pensar bien y prohibir opiniones o sentimientos moralmente repugnantes” (p. 314).

He hablado de extrañeza porque, curiosamente, la manera que tiene Peña de entender la relación entre el Derecho y la moral se asemeja mucho a la de uno de los más reconocidos positivistas jurídicos de los últimos tiempos, Luigi Ferrajoli. O sea, y para decirlo de manera muy concisa, para Ferrajoli (a diferencia de Peña) el Derecho

es un fenómeno exclusivamente autoritativo pero, en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, las normas provenientes de la autoridad no son sólo las de carácter legal (e infralegal), sino también las constitucionales (que vendrían a ser lo equivalente al Derecho natural de Peña; Ferrajoli ha llegado a escribir que en el Derecho del Estado constitucional se produce una reconciliación entre las dos ideas de Derecho de las que son portadores Creonte y Antígona). Y eso hace que los dos iusfilósofos crean poder prescindir de la moral a la hora de identificar y de interpretar el Derecho, en mi opinión, básicamente por las mismas razones. Son estas dos. La primera es que ambos son más bien escépticos en cuanto a la posibilidad de hablar de moral objetiva: como resulta del fragmento que se acaba de reproducir, Peña entiende (al igual que Ferrajoli) que las opiniones morales no valen más allá del ámbito del individuo o del grupo que las emita, y por eso, nunca estaría justificado imponerlas a través del Derecho (pues ello podría significar imponerlas a quien no las acepta). Y la segunda, la más importante, es que los dos favorecen lo que podría denominarse como una actitud de “crítica interna” al Derecho: en el caso de Ferrajoli, la función del jurista (el teórico o el dogmático del Derecho) debería ser la de poner de manifiesto las lagunas dejadas por el legislador (al no desarrollar los derechos fundamentales de la Constitución) o las contradicciones en las que incurre (en relación con la normatividad constitucional); y en el de Peña, como hemos visto, el papel de la Constitución lo desempeñan sus axiomas de la lógica nomológica y, sobre todo, el principio del bien común. En ese sentido, cabría decir que la ventaja que Peña ve en su iusnaturalismo aditivo, la posibilidad de una crítica desde dentro del Derecho (“en el interior del terreno de juego” [p. 291]), lo sería en relación con el iusnaturalismo básicamente sustractivo o con cierto tipo de positivismo, pero no con el de un autor como Ferrajoli³. Es más, los paralelismos entre Peña y Ferrajoli podrían seguirse incluso más allá de lo que acabo de indicar: así, la distinción a la que antes se hizo referencia entre vigencia y validez, por un lado, y exequibilidad, por el otro, viene a corresponderse con la que Ferrajoli traza entre validez formal y validez sustantiva de las normas⁴; ambos son críticos en relación con el procedimiento de la ponderación tal y como lo presenta Alexy (p. 270) y renuentes al manejo de nociones valorativas como la de dignidad, que consideran más bien vacías de contenido⁵; los dos autores parecen haber construido una teoría dirigida fundamentalmente al legislador, más que al juez⁶; etcétera.

4.

El parecido entre las concepciones de Peña y de Ferrajoli llega, de todas formas, hasta donde llega. Ambos han construido una concepción dualista del Derecho (el

³ “El jurista de orientación jusnaturalista (al menos aquel que haya abrazado una orientación jusnaturalista acorde con el racionalismo nomológico) no formula tal crítica [al Derecho vigente] desde fuera del derecho, en el curso de una actividad ajena, como pensador político o moralista ni nada por el estilo. Realízala a fuer de jurista. Actúa como lo que es: un operador jurídico. La propia docencia e investigación del derecho también forman parte del quehacer jurídico” (p. 70).

⁴ “Para que una norma jurídico-natural sea exequible (o sea, para que legítimamente sea aplicable por el juez postergando normas positivas) no es menester ni que las normas jurídico-naturales anulen o invaliden a las positivas ni siquiera que posean superioridad jerárquica.

La condición necesaria y suficiente para la exequibilidad judicial de las normas juridiconaturales es que haya prendido la *opinio juris seu necessitatis* a favor de tales normas en la conciencia pública, particularmente en la conciencia de los operadores jurídicos (o de un amplio e influyente sector de los mismos)” (p. 253). Una idea esta última que parece aproximarse mucho a lo que Alf Ross consideraba como una de las fuentes del Derecho: “la tradición de cultura”.

⁵ Según Peña, el sentido en el que se emplea “dignidad” en la Declaración Universal de 1948 es “totalmente antikantiano”, pero además se trata de un vocablo “de contenido semántico... etéreo y escurridizo” (p. 170). En otra ocasión, habla de “latiguillos posiblemente hueros, como los de autonomía y dignidad humana” (p. 244). Y, en fin, antes que de “dignidad humana”, Peña dice preferir “hablar del valor del ser humano” (p. 273, nota).

⁶ “De todos modos, los principios del derecho natural se dirigen más al legislador que al juez, puesto que la actuación legislativa no es un acto escueto de arbitraria voluntad” (p.434)

Derecho está integrado por dos componentes: el suprapositivo y el positivo; el constitucional y el legal) y, en ese sentido, ambos se aproximan al postpositivismo. Pero, en mi opinión, la concepción de Peña es más tendencialmente postpositivista que la de Ferrajoli, porque este último está anclado en el positivismo jurídico de manera firme, quiero decir, Ferrajoli sólo ve el lado autoritativo del Derecho, mientras que Peña reconoce también plenamente su carácter valorativo, si bien en una forma que, en mi opinión, no resulta completamente satisfactoria. Luego me referiré a esto último, pero antes querría decir algo sobre el postpositivismo de Peña. Y es lo siguiente. Su crítica al postpositivismo y el alejamiento que muestra en su obra en relación con esta concepción del Derecho se debe, en mi opinión, a estas dos razones. La primera es que la noción que maneja de postpositivismo resulta, a mi juicio, inadecuada: el postpositivismo no es lo que él piensa que es. Y la segunda razón es la que ya antes he mencionado: que Peña no ha logrado desprenderse completamente del positivismo jurídico, como lo muestra su tesis de la separación entre el Derecho y la moral.

En diversos momentos de la obra, Peña contrapone su concepción a lo que entiende por “postpositivismo” y hace algunas referencias a dos de sus más conspicuos representantes: Alexy y Dworkin, si bien, de manera un tanto sorprendente, los otros dos grandes nombres de esa corriente (al menos en mi opinión), Nino y MacCormick, están completamente ausentes (como, por otro lado, lo está también Ferrajoli). Y aunque no exista una caracterización muy precisa de lo que sería el postpositivismo según Lorenzo Peña, la idea central que él parece tener al respecto es la de que se trata de un nuevo tipo de positivismo, de un “positivismo afinado” (p. 15): “Estas [las corrientes llamadas “postpositivistas”], sin renunciar en absoluto a lo esencial del positivismo jurídico (la tesis de que no hay más derecho que el positivo, o sea, de que la única fuente del derecho es la emanación de una autoridad), a la vez que se mantienen firmísimas en cualquier rechazo a todo lo que sea o parezca un retorno al derecho natural, quieren paliar algunos de los inconvenientes del positivismo estricto mediante un recurso a la moral” (p. 30).

Bueno, las cosas, en mi opinión, no son así. He escrito algunos trabajos tratando de precisar qué es lo que habría que entender por “postpositivismo” (y por qué esa es una corriente que nada –o muy poco- tiene que ver con lo que se acostumbra a llamar “neoconstitucionalismo”: en mi opinión una expresión esta última absolutamente confundente con la que se pretende designar un concepto, simplemente, mal construido: la denotación y la connotación del mismo van por caminos distintos), pero no voy a entrar aquí en esa cuestión. Me limito a señalar que la característica central de esa concepción del Derecho (una característica que se puede formular de diversas maneras) es precisamente la de negar que el Derecho pueda verse exclusivamente como un conjunto de normas emanadas de una autoridad. Para el postpositivismo, el Derecho, fundamentalmente, es una práctica social orientada al logro de ciertos fines y valores. Es una actividad (no un objeto, una cosa) y, por ello, su “esencia”, si se quiere utilizar esa expresión, radica en su función. O sea, la misma idea de Derecho defendida por Peña e introducida en el debate jurídico hace aproximadamente un siglo y medio por Rudolf von Ihering, un autor (positivista) también ausente en el libro de Peña, y al que yo considero como el precursor del postpositivismo. Lo que Peña escribe en el capítulo de *Conclusión* de *Visión lógica del derecho*, recapitulando lo que él considera como “la cuestión básica”, podría haber sido escrito perfectamente por el alemán (aunque este último hablaba de “las condiciones de vida de la sociedad”, en lugar de “el bien común”): “Es la función [el postulado del bien común] sin la cual carece de sentido que haya un ordenamiento. El derecho es esencialmente funcional; igual que les sucede al arte náutico, a la ingeniería, a la medicina, a la arquitectura o al arte bélico” (p.430).

Y, por lo que se refiere a la separación entre el Derecho y la moral, tampoco me es posible entrar aquí a discutir una cuestión tan compleja, de manera que no tengo más remedio que incurrir en cierto dogmatismo y limitarme a hacer algunas afirmaciones abruptas (que, creo, podrían verse atemperadas con la lectura de mi libro *Filosofía del Derecho y transformación social*, en donde he elaborado con cierto detalle lo que aquí voy a decir). Me limito, pues, a afirmar lo siguiente: La moral, para los postpositivistas, está, por un lado, fuera del Derecho (hay instituciones jurídicas injustas, contrarias a la moral; y hay cuestiones de moral personal que no afectan – no deben afectar- al Derecho⁷), pero también hay una moral interna al Derecho, que forma parte del Derecho, y juega un papel esencial en las tareas de identificación e interpretación del mismo: por eso no se puede separar de manera radical –ni desde el punto de vista del contenido ni desde el metodológico- el Derecho de la moral. La existencia de una *continuidad* entre el Derecho y la moral (puesta en cuestión por Peña: p. 312) es un hecho perfectamente explicable: la moral (la moral pública) es también una práctica social⁸, cuyos fines y valores coinciden en parte con los del Derecho: cuando se ve el Derecho como una actividad y no simplemente como un conjunto de normas, se aclara mucho el problema de la separación y de la conexión (que en ambos casos tiene un carácter *necesario*) entre el Derecho y la moral. La existencia, al lado de la moral positiva, de la moral crítica, justificada, es una necesidad para dar cuenta de la práctica del Derecho (por ejemplo, de la práctica de la motivación de sus decisiones por parte de los órganos públicos) y resulta sorprendente que esa objetividad resulte cuestionada por alguien que sí reconoce un valor objetivo (o incluso más que objetivo) al postulado del bien común. Y, en fin, los postpositivistas defienden la unidad de la razón práctica (a la que Peña se opone radicalmente: pp. 332-333), pero no se trata con ello de afirmar que lo correcto (lo bueno) jurídicamente sea equivalente a lo correcto moral o que la corrección jurídica sea un tipo de corrección moral; en mi opinión, como debe entenderse esa tesis es en el sentido de que el razonamiento justificativo de un juez o de un legislador descansa en último término en la moral (aunque la moral, en ocasiones, puede justificar la toma de una decisión no basada en lo que serían “las mejores razones morales consideradas en abstracto”).

5.

Voy a formular ahora un juicio de conjunto de la obra (apoyándome en buena medida en todo lo anterior) que, para facilitar la discusión, articularé en una serie de puntos. Tendré que hacerlo de manera muy escueta, pero espero que lo que sigue resulte comprensible para el lector.

1) El núcleo de la obra de Lorenzo Peña, en mi opinión, no reside en la defensa de un tipo peculiar de iusnaturalismo, sino en haber elaborado una concepción del Derecho que combina elementos del iusnaturalismo, del positivismo jurídico y del postpositivismo.

2) La parte iusnaturalista de la misma (el esencialismo jurídico) supone una crítica que puede considerarse justificada frente a quienes sostienen que el Derecho es puramente producto de la voluntad de seres humanos. Pero esa crítica, a mi juicio, va demasiado lejos, en el sentido de que le lleva a Peña a situar el Derecho no tanto (o no solo) en el terreno de lo social y de lo histórico (en el que, sin duda, hay muchos componentes que no son de carácter voluntario o convencional) sino (o también) en

⁷ Es por ello un error pensar que la idea de que exista una moral objetiva tiene las consecuencias negativas a las que se refiere Peña.

⁸ Pero Peña considera que “Si es jurídicamente vinculante el dictamen de esa “ética pública” –sea lo que fuere-, entonces es derecho natural. Si no es jurídicamente vinculante, si solo constriñe en otro ámbito, trátase de un orden normativo disjuncto del derecho” (p. 317)

el de la metafísica. En este punto, yo diría que la visión del Derecho de Peña (como se sugiere, por otro lado, en el título de su libro) es más bien la de un lógico (que de alguna forma parte de que la lógica y el Derecho pertenecen a una misma región ontológica) que la de un jurista involucrado en la experiencia jurídica. Así, es posible que tenga sentido hablar de “platonismo matemático” y que “no se pued[a] comprender la matemática sin postular esencias eternas, entes supraindividuales transempíricos que descubrimos por la razón”; pero hablar de “platonismo jurídico”, o sea, que sea imposible “habérselas con el derecho sin postular una inmutable esencia transempírica del mismo, a saber: el derecho-en-sí, el cual engloba, además de la finalidad o función del derecho, también las pautas esenciales de su trabazón racional o lógica” (p. 438), me parece, como decía, llevar las cosas demasiado lejos. O, si se quiere decirlo de otra manera, los problemas que tiene que resolver un jurista son de naturaleza muy diferente a los que se enfrentan los matemáticos o los lógicos (aunque, por supuesto, en los problemas jurídicos haya siempre un componente lógico).

3) La llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho me parece justificada si se entiende en el sentido de que el Derecho es un fenómeno social e histórico, o sea, que no es algo natural, sino artificial, parte de la cultura. Pero no es una tesis aceptable si lo que quiere decirse con la misma es que el Derecho es puramente convencional, o sea, que puede reducirse a un conjunto de normas establecidas por la autoridad. Esta última es la interpretación que los positivistas suelen hacer de esa tesis, y a la que se opone Peña en su libro y también los postpositivistas; para estos últimos, como es bien sabido, el Derecho no consiste únicamente en reglas, sino también en principios (que pueden ser explícitos o implícitos), o sea, hay normas que el jurista encuentra dentro del Derecho y que no han sido puestas por ninguna autoridad, aunque ese Derecho implícito tenga un límite en lo establecido por la autoridad (el Derecho implícito tiene que ser coherente con el Derecho explícitamente establecido). La apelación de Peña al Derecho *natural* parece significar, en principio, que él no reconocería ni siquiera ese límite (la referencia a la autoridad parecería serlo a un elemento de artificiosidad que se opondría a la esencia –a la naturaleza- del Derecho), pero ya hemos visto que las consecuencias prácticas del iusnaturalismo fundamentalmente aditivo de Peña no difieren en realidad gran cosa (o no difieren en absoluto) de las que suscribiría un postpositivista. Lo que antes (al final del punto 1) señalaba como criterios normativos dirigidos a los juristas (él sí que hace “exhortaciones” a los juristas, diga lo que diga [vid. p. 333]) es aproximadamente lo mismo que se contiene en la famosa “cláusula de Radbruch”; algo que resulta perfectamente aceptable para un postpositivista (recuérdese que Alexy apoyó su uso por parte de tribunales alemanes en relación con los llamados “tiradores del muro”), pero un recurso que no es necesario utilizar (este punto me parece que es muy importante resaltarlo) en los Derechos del Estado constitucional, puesto que el principio en cuestión (“lo extraordinariamente injusto no es Derecho”) forma simplemente parte de nuestros ordenamientos jurídicos. A mí me gusta señalar el paralelismo que existe entre la frase de Ernst Bloch de que la escuela histórica (una de las primeras direcciones positivistas) “crucificó al Derecho natural en la cruz de la historia” (que aparece en diversos escritos de González Vicén al explicar el paso del Derecho natural al positivismo jurídico) con lo que hoy cabría decir a favor de una concepción postpositivista (y constitucionalista) del Derecho: “el constitucionalismo contemporáneo crucificó al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución”.

4) El haber (relativamente) postergado la naturaleza social e histórica del Derecho tiene algunas consecuencias en la obra de Peña que a mí me parecen negativas. Quiero decir, al fijar la esencia del Derecho en un rasgo que las sociedades humanas comparten con otras especies animales, el foco no se pone en el conflicto social (o en cierto tipo de conflicto social) que es lo que históricamente ha dado lugar a la

existencia de sistemas jurídicos. Pero esto supone, en mi opinión, un error de perspectiva. Y no es que a mí me parezca inaceptable lo que Peña dice sobre los derechos de los animales (en términos generales comparto sus tesis) o que rechace expresiones del tipo de “el bien común de un hormiguero” (p. 384) (puede ser un uso metafórico comprensible de la expresión “bien común”). Soy muy consciente también de que, aunque Peña piensa que “las normas jurídonaturales” no son exclusivas de las sociedades humanas, sin embargo, él no deja de establecer diferencias entre las diversas especies animales y establece una clara jerarquía en favor de la nuestra, de los seres humanos. El problema es que ese cambio de perspectiva supone una visión del Derecho que resulta inaceptable, si es que queremos construir un concepto de Derecho que esté razonablemente próximo a lo que usualmente (los juristas, los científicos sociales, etc.) entienden por Derecho. Y, en ese sentido, creo que puede hablarse de un consenso en la antropología social (o jurídica) que reconoce la existencia de sociedades humanas organizadas en forma no jurídica, o sea, el Derecho, lo que normalmente entendemos por tal, surge en un cierto momento de la evolución de las sociedades, está ligado a cierto tipo de conflicto que no se da en cualquier tipo de sociedad, y ni siquiera en cualquier tipo de sociedad humana. El planteamiento de Peña lleva por ello, yo creo, a una visión idealizada de lo jurídico, precisamente porque desconoce el anclaje histórico y social (humano) del Derecho. El Derecho, en definitiva, no “existe necesariamente mientras exista una sociedad de animales con características como las de los seres humanos”⁹; no es cierto el proverbio romano de que “ubi societas ibi ius”.

5) La visión “excesivamente” lógica que del Derecho tiene Peña le lleva también, en mi opinión, a situarse en ocasiones en un plano demasiado abstracto, lo que ha acarreado el desenfoque de algunas cuestiones.

Por ejemplo, yo creo que él da una importancia excesiva a lo que llama “lógica nomológica” y a sus axiomas a la hora de construir una visión general del Derecho, de la práctica jurídica¹⁰. No digo que carezca de interés para el jurista, pero el manejo de problemas jurídicos exige usualmente contar con principios mucho menos abstractos y que puedan resultar operativos. Es sintomático, yo creo, que cuando (como veíamos antes) Peña se plantea la eventualidad de que un sistema jurídico vulnere alguno de los axiomas de la lógica nomológica, no pueda poner ningún ejemplo tomado de la experiencia jurídica (los suyos son ejemplos imaginarios); y por lo que se refiere a la noción (clave) de bien común, yo creo que la misma necesita de un análisis también en términos menos abstractos y que eso es algo, además, que no puede hacerse sin recurrir a la filosofía moral, o sea, sin cuestionar la separación entre el Derecho y la moral¹¹.

Y me parece que también incurre en un desenfoque de este tipo cuando critica, por innecesaria, la categoría hohfeldiana de “privilege”. Es un tema que sale recurrentemente en el libro y que es abordado en términos yo creo que excesivamente abstractos y que, por ello, no captan el sentido que la categoría tiene en Hohfeld; pues la perspectiva desde la que este último escribe no es para nada la de un lógico, sino la de un jurista que trata de construir categorías adecuadas para habérselas con problemas jurídicos reales. De manera que en lo que Hohfeld estaba pensando no

⁹ “Aunque el derecho positivo de tal o cual sociedad es fruto contingente de la historia y de las circunstancias, el derecho existe necesariamente mientras exista una sociedad de animales con características como las de los seres humanos (cada uno de los cuales tiene su propio entendimiento y su propia voluntad)”.

¹⁰ Y téngase en cuenta que Peña considera –en mi opinión acertadamente– que la teoría o filosofía del Derecho en cierto modo también forma parte del Derecho.

¹¹ Peña considera que “el bien común es mucho más concreto que la justicia” (p. 291), pero yo no veo que eso quede demostrado en su obra.

era en banalidades (a las que tan aficionados son ciertos iusfilósofos analíticos; no, por cierto, Lorenzo Peña) del tipo de que uno es libre de sentarse en un banco de un parque siempre y cuando esté vacío, o cosas por el estilo; de lo que quería dar cuenta Hohfeld era del tipo de relación que se establece, por ejemplo en un interrogatorio cruzado, entre el abogado de una parte y el testigo o el abogado de la otra parte; en la traducción que hizo Carrió de ese texto ponía, como ilustración de la idea, la situación en la que se encuentran dos púgiles en un combate de boxeo: cada uno es *libre* de golpear al otro (respetando ciertas reglas), pero ninguno de los dos boxeadores tiene el *deber* de dejarse golpear o de contribuir a satisfacer el *derecho* del otro. Es un tipo de relación que difiere mucho de la que se entabla, pongamos, entre el individuo que tiene *derecho* a una cierta prestación de salud y el sanitario (o la Administración) que tiene el *deber* de proveérsela; y esa es la razón por la que, en mi opinión, está justificado introducir esa categoría con la que, por lo demás, los juristas de nuestro ámbito no suelen contar.

6) Lo que a mí me parece más cuestionable (en parte, por lo extraño que resulta) de los planteamientos de su libro es el que tiene que ver con la separación tajante que establece entre el Derecho y la moral, y al que ya antes me he referido.

Yo creo que esa es la tesis del positivismo jurídico que resulta más cuestionable (la otra, como antes indicaba, puede ser interpretada en una forma satisfactoria), y quizás también la más característica de esa concepción del Derecho: el empeño por trazar límites estrictos entre las diversas dimensiones del mundo (en nuestro caso, del mundo social), olvidándose de que la realidad está hecha también de continuidades. Y digo que esto resulta particularmente extraño que lo sostenga alguien como Lorenzo Peña que ha construido una lógica gradualista y que concibe además “las relaciones lógicas como relaciones entre las situaciones, o sea, como relaciones ontológicas” (p. 300). Y alguien que, como hemos visto, no niega la posibilidad de pasar lógicamente del ser al deber ser y que entiende (también como los postpositivistas) que “el derecho que es no es independiente del derecho que debe ser” (p. 318). Ya sé que a lo anterior añade: “mas ese *deber* es jurídico no moral”, pero supongo que a cualquier lector ha de resultarle extraño que, si cabe pasar del ser al deber ser, resulte sin embargo imposible el paso de un deber ser a otro deber ser, o sea, que lo que justifica en último término el deber ser jurídico sea el deber ser moral.

Supongo que a lo anterior (a la extrañeza que acabo de mostrar) puede replicarse simplemente recordando la forma como Peña concibe la ética (o la moral: él usa los dos términos como sinónimos): como un conjunto de normas cuya base no es otra que la conciencia personal (la de cada individuo o cada grupo) y que, por tanto, no estaría en condiciones de ofrecer criterios objetivos (claros y vinculantes) de orientación. Pero esto no hace más que llevarnos, en mi opinión, a una nueva extrañeza: ¿Por qué la moral no alcanza para más y, sin embargo, el Derecho natural sí que es capaz de establecer esas normas objetivamente vinculantes?¹² Y la única respuesta que se me ocurre, que podría explicar esa actitud de Peña, es la necesidad de ser coherente con una de las tesis anteriores: la que basa el Derecho (y el Derecho natural) en un rasgo que compartimos con otras especies animales, mientras que la ética sí que sería una realidad exclusivamente humana. Pero si es así, entonces eso

¹² Y no vale tampoco pensar que el Derecho natural viene a ser una parte de la moral (de la moral pública): “si es jurídicamente vinculante el dictamen de esa ‘ética pública’ –sea esta lo que fuere–, entonces es derecho natural. Si no es jurídicamente vinculante, si sólo constriñe en otro ámbito, trátase de un orden normativo disjunto del derecho” (p. 317, nota). O sea, la ética y el Derecho, en opinión de Lorenzo Peña, están condenados a llevar vidas separadas.

constituiría, en mi opinión, una razón más para abandonar el esencialismo jurídico que él defiende.

7) La lectura de las obras de quienes nadan contra corriente puede ser de gran valor porque nos permiten darnos cuenta de aspectos de la realidad (de la realidad del Derecho o de las teorizaciones existentes sobre el Derecho) en las que no habíamos reparado hasta entonces. En ese sentido, es muchísimo lo que uno puede aprender (lo que yo he aprendido) con la lectura reflexiva de este libro. Pero hay también un riesgo en ese tipo de pensamiento: el de tender a exagerar algunos de esos elementos, o a prescindir de algunos datos “incómodos”, como forma de defender una tesis que se sabe heterodoxa. Así, me parece que Peña tiene razón al señalar que hay mucha más continuidad de lo que suele pensarse entre el iusnaturalismo de Tomás de Aquino y de los autores de la escuela española, por un lado, y el llamado “Derecho natural racionalista”, por el otro; pero parece algo exagerado contraponer a Locke, como defensor de la esclavitud (y que se lucró con ella), a Tomás de Aquino, que la habría condenado (p. 166). No sé en qué basa Peña su afirmación, pero lo que yo tengo entendido es que Tomás de Aquino sí que defendió la esclavitud, aunque no considerara que fuera una institución de Derecho natural primario, sino secundario. También me parece inexacta su apreciación de que el fundamento ontológico del Derecho natural que él defiende va en la misma línea que el de Fuller, solo que a este último le habría faltado algo: “Solo le faltaba dar ese paso ulterior de comprender que no basta regular la conducta humana en general, sino que tiene que ser con vistas a un fin” (p. 241). Fuller sí que dio ese paso (está muy bien explicado en el libro que le dedicó Robert Summers) que, por otro lado, ya había dado con mucha anterioridad Ihering. No creo que tenga razón en las apreciaciones negativas que hace (antes me he referido a ellas) en relación con el concepto de dignidad humana (el fundamento, según opinión muy extendida, de los derechos humanos) y dirigidas, claro está, contra la filosofía moral kantiana que usualmente se contrapone a la de raíz tomista. Y, en fin, sorprende su insistencia en considerar que la prohibición de la tortura tiene un carácter absoluto, que incluso una “tortura leve sigue siendo tortura” (p.272)¹³, pero, sin embargo, sí que está dispuesto a aceptar “que la esclavitud antigua estuvo –al menos en alguna medida- justificada por su necesidad para la utilidad pública” (p. 268). ¿Habría que concluir entonces que Espartaco actuó mal al encabezar una rebelión de esclavos? ¿O quizás actuó bien moralmente, pero en contra del Derecho natural (del bien común)? Y, en fin, ¿cómo es posible que la noción de bien común sea, en su opinión, mucho más concreta que la de la justicia cuando existen semejantes disparidades a la hora de interpretar ese concepto?; ¿qué explicación podría dar Lorenzo Peña al hecho de que quienes en nuestros días más reivindicaban el bien común (el iusnaturalismo de raíz tomista) defiendan en la práctica posiciones que se alejan de manera bastante radical de cómo él interpreta el bien común?

8) Finalmente, me gustaría aclarar que la perspectiva desde la que estoy haciendo estas consideraciones es la de un postpositivismo que se sitúa básicamente en la línea abierta por los autores antes mencionados (Dworkin, Alexy, Nino y MacCormick), pero que se aparta algo de ellos en estos cuatro puntos: su concepción de la moral está excesivamente escorada hacia el individualismo y eso plantea dificultades en relación con el peso dado a los derechos sociales; las teorías del Derecho que han construido no toman suficientemente en cuenta el saber social disponible; propenden a una visión un tanto idealizada del Derecho; sus concepciones del Derecho y de la filosofía del Derecho no están adecuadamente orientadas hacia la transformación social. Como varias veces he dicho en las anteriores líneas, la obra

¹³ O sea, que la tortura (causar dolor para obtener una información) nunca podría integrar un caso de legítima defensa o estado de necesidad (por ejemplo, un acto de tortura leve para conseguir salvar la vida de muchos inocentes).

de Lorenzo Peña puede considerarse también que se sitúa tendencialmente en el postpositivismo. Y aporta además elementos que podrían contribuir a desarrollar esa concepción en el sentido que acabo de indicar. A mí me parece, por ejemplo, muy oportuna la clasificación que propone de los derechos humanos en derechos de bienestar y derechos de libertad, ambos basados en la noción de bien común que, en mi opinión, no es otra cosa que una manera de entender la justicia. Y en esa idea de justicia, yo también estoy de acuerdo con él en que, al lado de los valores de imparcialidad y neutralidad (vinculados con el individualismo) (vid. pp. 284-5), habría que poner también (o darle más peso) al elemento social o colectivo: llámesele bien común, intereses generales o como se quiera.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Mariano C. Melero de la Torre

Universidad Autónoma de Madrid

mariano.melero@uam.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4363>

¿A qué podemos aspirar razonablemente? La libertad migratoria según Lorenzo Peña

1. Introducción

Como es sabido, Immanuel Kant resumió los problemas centrales de la filosofía en tres escuetas preguntas: “¿Qué puedo saber?”, “¿qué debo hacer?” y “¿qué puedo esperar?”. La primera hace referencia al uso teórico de la razón en su búsqueda del conocimiento; la segunda cuestión invoca el uso de la razón como guía de la acción a través de los principios morales y políticos. La tercera surge a partir de la suma de ambos usos de la razón: dados los requerimientos que demanda la moralidad, y dado lo que sabemos acerca de cómo puede funcionar la causalidad natural, ¿a qué tipo de “mundo” podemos razonablemente aspirar? Esta tercera cuestión no solo implica preguntarse ¿qué nos cabe razonablemente esperar?, sino ¿hacia dónde cabe razonablemente dirigir nuestros esfuerzos para su consecución? (Kant, 1989, A805-B833).

En este trabajo me gustaría discutir la visión que ofrece el profesor Lorenzo Peña sobre los derechos humanos, tanto en su nuevo libro *Visión lógica del Derecho. Una defensa del racionalismo jurídico* (Peña, 2017), como en la tesis doctoral *Idea Iuris Logica* (Peña, 2015) que le sirve de prolegómeno. El libro consiste, de hecho, en los “resultados y conclusiones” de la tesis (“Las justas nupcias de la lógica y el Derecho”) más una extensa segunda parte donde el autor contesta o trata de solucionar las múltiples cuestiones que ha generado la presentación de esta obra ante algunos de los miembros más representativos de la actual comunidad académica hispana de filosofía del derecho. En ambos trabajos, el autor defiende la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, por oposición a la doctrina del positivismo jurídico que, según él, “no puede en absoluto fundar los derechos humanos” (Peña, 2015, p. 299; 2017, p. 162), puesto que se caracteriza por afirmar la no existencia del derecho natural, es decir, de cualquier “sistema de normas de conducta que fijen comportamientos lícitos e ilícitos sin necesidad de haber sido promulgadas por ningún legislador humano” (Peña, 2015, p. 300).

Según el autor, los derechos humanos son “reclamaciones esenciales para la vida humana que al individuo le es lícito reclamar [...] y que a la sociedad le es ilícito

rehusar” (Peña, 2015, p. 298). En cuanto a la lista específica de derechos humanos, Peña reconoce que dependerá de las circunstancias de cada época, aunque expresa su insatisfacción con la tendencia actual a incrementar el número de derechos (“no todo derecho es un derecho humano”), puesto que se corre el riesgo de “diluir la noción y de esencializar lo accidental” (Peña, 2015, p. 299). Sin embargo, en el monográfico de la tesis se habla de un “derecho de radicación y naturalización” como un derecho humano, y en el libro se elabora una larga lista de prohibiciones ilegítimas de la libertad natural del hombre (“nuestro derecho a ser y vivir libres”), sin que ni aquel derecho ni estas prohibiciones a la libertad (o inmunidades) se encuentren reconocidas en la lista “oficial” de la Declaración Universal de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966. En realidad, la fundamentación iusnaturalista que sostiene Peña de los derechos humanos hace que la positivización (en tratados internacionales, constituciones o leyes ordinarias) no tenga, para él, nada que ver con la vigencia jurídica de estos derechos (Peña, 2015, p. 299-230). Para nuestro autor, el reconocimiento de los derechos es una cuestión de pura lógica deóntica a partir de unas determinadas premisas (o situaciones) fácticas y jurídicas sobre las que cabe esperar una aceptación casi unánime. Las normas del derecho natural son premisas o situaciones jurídicas deducibles, también a través de dicha lógica, del principio jurídico-natural supremo, que el autor identifica con el principio del bien común (Peña, 2017, p. 192).

Mi trabajo se divide en tres partes. Empezaré con una breve descripción de la concepción de los derechos humanos que sostiene el profesor Peña, señalando por qué creo que una concepción basada en el derecho natural no nos ofrece una idea adecuada de hacia dónde deberíamos orientar nuestros anhelos y esfuerzos en la protección y fomento de los derechos humanos. A continuación, elaboro sucintamente algunas de las nociones clave de una concepción “práctica” o “política” de los derechos humanos; al igual que la concepción “iusnaturalista”, una concepción “práctica” no tiene su fundamento en una visión “positivista” del derecho (o “voluntarista” del estado); sin embargo, a diferencia de la concepción de Peña, la concepción “práctica” considera la incorporación de los derechos fundamentales a los sistemas jurídicos (así como la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos) como una condición necesaria, aunque no suficiente, de su vigencia como normas jurídicas. Para terminar, la última parte estará dedicada a la discusión sobre si cabe considerar el “derecho a incorporarse a una población extranjera” como un derecho fundamental que los estados deberían garantizar a todos los individuos sin discriminación alguna por razón de sus condiciones personales o sociales, como son, por ejemplo, el nacimiento o el origen familiar.

2. La idea de Lorenzo Peña de los derechos humanos

Según el autor, el fundamento último de un régimen de libertades (es decir, del gobierno de la mayoría bajo un sistema de protección de derechos individuales básicos) no reside en esas mismas libertades (y en sus valores conexos) tal y como vienen reflejadas en las constituciones y en los tratados internacionales de derechos humanos, sino en un principio aún más fundamental del que procedería la fuerza normativa de los derechos individuales. Este principio último es “el principio jurídico-natural del bien común”, “que emana solo de la esencia misma del derecho y de la naturaleza del ser humano” (Peña, 2017, p. 162). Para el autor, el principio del bien común es la justificación última de la autoridad política y la razón de ser de los sistemas jurídicos. Bajo este enfoque, los derechos humanos se derivan del “precepto de derecho natural” según el cual “todos tienen derecho a participar del bien común y obligación de contribuir al mismo”; este precepto, por ser de derecho natural, está en vigor en cualquier sistema jurídico, “háyalo reconocido el legislador o no” (Peña, 2015, p. 305). De la vigencia jurídica del principio del bien común el autor infiere la vigencia

jurídica de los derechos humanos. Estos derechos son “corolarios del axioma del bien común, puesto que ese bien común solo existe en la medida en que lo posean, colectiva o conjuntamente, todos los miembros de la sociedad y disfruten de él, asimismo, todos ellos” (Peña, 2017, p. 161). Con ello, el autor se sitúa en la órbita de lo que podríamos denominar la tradición filosófica “clásica” del derecho natural, es decir, antes de Kant.

Toda mi argumentación crítica sobre la concepción del profesor Peña partirá de la presunción (que el autor rechaza, véase Peña, 2017, p. 166) según la cual, al menos desde Kant (algunos dirían que desde Rousseau), la razón práctica (donde incluiríamos la ética y el derecho) no se basa en la causalidad natural, sino que se define como la “causalidad de la libertad”, es decir, como la construcción de un orden “racional” (humano de los pies a la cabeza) en un “mundo” que, considerado “en sí mismo”, nos es total y dramáticamente desconocido (la realidad “nouménica” o “lo incondicionado”). Según este enfoque, el derecho (entendido como orden jurídico) forma parte de la razón práctica y, al igual que la moral, no se fundamenta en nuestro conocimiento (empírico o metafísico) de la naturaleza, sino en unos principios regulativos obligatorios que nos permiten orientar nuestra acción personal y colectiva. Bajo esta perspectiva, las normas de los derechos humanos representan los criterios de justificación fundamentales de la acción de los poderes públicos en el trato que reciben los individuos que viven bajo su gobierno. Al igual que los “reclamos del bien común” o los “principios de la justicia”, los derechos humanos no se siguen de nuestro conocimiento del mundo (empírico o metafísico), sino de un compromiso moral con la igualdad de consideración y respeto. Dicho brevemente, la única razón para obedecer a los dictados de la moral es una razón moral; igual que la única razón (genuina) para aceptar la autoridad del derecho es una razón jurídica.

A mi juicio, la supuesta demostración histórica de las raíces iusnaturalistas de los derechos humanos no tiene mayor alcance que evidenciar la idea de que los derechos humanos no cayeron del cielo. Es cierto que la fundamentación conceptual de los derechos humanos en el derecho natural nos demuestra (en el mejor de los casos) que hay buenas razones para defender el disfrute universal de los derechos humanos. Sin embargo, un enfoque iusnaturalista tiende a ignorar lo que podríamos llamar la “responsabilidad institucional”, es decir, el conjunto de razones y circunstancias que deberíamos tener en cuenta para asignar responsabilidades institucionales globalmente sobre los derechos humanos. La pregunta interesante en este terreno es, a mi juicio, hasta qué punto la idea heredada del derecho natural metafísico nos sirve para comprender y mejorar la práctica internacional contemporánea de los derechos humanos. En este sentido, los autores que han defendido una concepción “práctica” o “política” de los derechos humanos (Rawls, 1999; Beitz, 2003; Cohen, 2004; Lafont, 2010; Iglesias, 2017) coinciden en afirmar que tales derechos no equivalen a los derechos naturales que todo ser humano tendría por el mero hecho de serlo y, por tanto, vinculados a un estado preinstitucional del ser humano. Este enfoque “práctico” es el que emplearé al final de este artículo para discutir la existencia de un “derecho humano a incorporarse a una población extranjera”.

La concepción “práctica” comparte con la concepción “racionalista” de Peña un tramo importante: se basa en una visión del derecho no positivista, es decir, no basada en la voluntad o intención del legislador/estado/pueblo. Para la concepción “práctica”, la autoridad jurídica de los derechos humanos no radica exclusivamente en la autorización del órgano y procedimiento por los que fueron incorporados al sistema jurídico (mediante la firma y ratificación de un tratado internacional, o mediante la aprobación de una constitución o de una ley ordinaria de derechos humanos). Sin embargo, la concepción “práctica” sí otorga una importancia decisiva

a la positivización de los derechos humanos. Para esta concepción, los derechos humanos carecen de existencia jurídica con anterioridad a dicha positivización; lo cual no significa presuponer una concepción “positivista” del derecho. Una vez incorporados al sistema jurídico, la autoridad de las normas de derechos humanos no deriva únicamente de este hecho, sino también de su consistencia o compatibilidad con las exigencias morales que traen consigo los derechos fundamentales.

¿Por qué el autor rechaza un fundamento “moral” de los derechos humanos? Según Peña, la fundamentación moral implica la invocación de la conciencia subjetiva, un ámbito en el que reina el mayor de los desacuerdos (“cada quien es dueño de tener unas u otras convicciones hondas e inextricables”), y en donde se incluyen actos de la vida humana relativos a la vida íntima de las personas que poco o nada tienen que ver con el bien común (Peña, 2017, p. 191). Frente al reino de la subjetividad, el autor defiende la presunta objetividad de la lógica deóntica a partir de premisas casi unánimemente aceptadas. Ahora bien, la presunción de objetividad de las exigencias del bien común no puede probarse de manera incontrovertida por medio de la experiencia. Y si esto es así, ¿no deberíamos entender el principio del bien común como un principio de contenido “regulativo”, es decir, un principio de carácter práctico (“actúa siempre para el mayor provecho del bien común”, por ejemplo) que carece de ninguna base empírica que nos permita afirmar su existencia objetiva? A mi modo de ver, esos principios regulativos cuyo contenido específico no cabe determinar empíricamente (más bien al contrario, la experiencia nos daría sobrados ejemplos de su escasa vigencia efectiva) son los compromisos o valores morales con los que orientamos nuestro esfuerzo por ordenar el “mundo”, en la medida en que nos permiten los imponderables (o, como diría Kant, lo “incondicionado”).

El mismo problema se reproduce en la cuestión de las “lagunas” del derecho, cuando nos preguntamos si la interpretación jurídica es “constitutiva” o “cognitiva”. Según Peña, los preceptos jurídicos tienen “su significación propia, incumbiendo al intérprete descubrirla”, por lo que no existirían “lagunas” o indeterminación “objetiva” en el derecho, sino únicamente indeterminación “subjetiva” (Peña, 2017, p. 146). “Qué es el derecho está fijado, pero lo desconocemos; o, aunque lo conozcamos, ese nuestro conocimiento no es un saber científico; o, si es científico, no tiene el rigor, la exactitud, la plena certeza de los asertos de las ciencias duras” (Peña, 2017, p. 147). Pero, entonces, cabe preguntarse qué adelantamos con insistir en que la labor del intérprete del derecho se ciñe a “descubrir” un significado ya fijado en el texto de las normas. ¿No es preferible pensar que la idea de la “respuesta correcta” no es más que un principio “regulativo” que aceptan todos los operadores jurídicos como una de las reglas básicas de la práctica argumentativa del derecho? En realidad, como han puesto de relieve numerosos autores, la interpretación judicial tiene una naturaleza “híbrida”, pues implica combinar la aplicación del derecho existente con el desarrollo de derecho nuevo. En esto consiste lo que Joseph Raz ha llamado “el aspecto jánico de la interpretación jurídica” (Raz, 1998, p. 177): por una parte, la interpretación jurídica es “cognitiva” por cuanto que trata de respetar el marco jurídico dado, asegurando así en lo posible la continuidad y la estabilidad del sistema; pero también es “constitutiva”, por cuanto que va más allá de las cuatro esquinas del texto jurídico en el intento de hacer justicia para las partes conforme a los valores constitucionales que presiden dicho marco jurídico. Esta es la razón por la que la “equidad” (otro principio “regulativo”) tiene un papel tan relevante en la interpretación de las leyes, puesto que ayuda a los jueces a evitar cometer injusticias en la delicada operación de aplicar reglas generales o principios para casos específicos (Kavanagh, 2009, p. 33).

3. Una concepción “práctica” de los derechos humanos



¿Puede servir de concepción “práctica” de los derechos humanos la concepción de los “derechos naturales”? Como ha señalado Joshua Cohen, una concepción “práctica” de los derechos humanos trata de ofrecer

una perspectiva ampliamente compartida a escala global... [o, al menos] un terreno compartido de deliberación sobre los estándares que pueden exigirse a las sociedades políticas con respecto al trato de individuos y grupos; y en correspondencia, el trato que los individuos pueden razonablemente demandar, quizá solicitando ayuda del exterior para lograrlo (Cohen, 2004, p. 194).

En este sentido, la concepción “práctica” de los derechos humanos pretende ser un elemento del ideal de razón pública para la comunidad internacional.

Dicha concepción es consistente con el “minimalismo justificativo” que animó la Declaración de 1948. Como es sabido, esta estrategia permitió el acuerdo sobre unos contenidos comunes a pesar del amplio abanico de perspectivas religiosas, filosóficas, éticas y políticas existentes entre las partes. Una estrategia similar está detrás del giro “político” que Rawls dio a su teoría liberal de la justicia, así como tras su esfuerzo por encontrar un terreno común de justificación de la autoridad política en el derecho internacional (Rawls, 1999). Sin embargo, aunque en la obra de Rawls este “minimalismo justificativo” parece venir asociado con una cierto “minimalismo sustantivo” en cuanto a los principios de justicia global, otros autores han podido desarrollar una concepción “práctica” en sentido rawlsiano sin restringir o acotar la lista completa de los derechos humanos (Beitz, 2003; Cohen, 2004).

Según esta concepción, el consenso sobre los derechos humanos es el consenso sobre el papel práctico de estos derechos como estándares globales de justificación pública, un consenso que permite el desacuerdo sobre el contenido concreto de esos derechos en cada caso, haciendo así posible o fundando una práctica argumentativa dirigida a clarificar y, en el mejor de los casos, reducir los términos del desacuerdo (Cohen, 2004, p. 195). Esta concepción de los derechos humanos ofrece un terreno compartido de deliberación sobre normas justificadas, y no una doctrina determinada y concreta a la espera de su aceptación o rechazo. Esta concepción práctica presenta un conjunto de límites a la soberanía interna, estableciendo las condiciones bajo las que se reconoce la legitimidad de la soberanía interna de un estado.

¿Puede servir de concepción “práctica” de los derechos humanos (es decir, como “razón pública global”) la concepción de los “derechos naturales”? Lo impide, de entrada, el que los derechos naturales sean, por definición, derechos que tendrían todos los seres humanos incluso en un estado de naturaleza preinstitucional. Difícilmente pueden servir de normas de responsabilidad global (en un mundo con estados separados e interdependientes) unos derechos preinstitucionales que supuestamente tienen todos los individuos en virtud de su mera humanidad. Los derechos naturales, en cuanto derechos morales universales, carecen, pues, de la fuerza normativa necesaria para poder desempeñar la función justificativa de los derechos humanos.

La concepción de los derechos humanos que aparece en la Declaración Universal y en los Pactos Internacionales presupone la existencia de una estructura social e institucional desarrollada capaz de garantizar razonablemente su ejercicio. Los derechos humanos son, según esto, razones de justicia en un contexto de interacción institucional en marcha. Más allá de lo que Ferrajoli denomina “inmidades” (la prohibición de la tortura, la esclavitud y la servidumbre, la vida e integridad física), el resto de los derechos requiere para su disfrute y ejercicio de una estructura social e institucional compleja. Así, por ejemplo, se incluyen derechos que

tienen que ver con la legalidad (como el derecho a un juicio justo), los derechos políticos (como el derecho a “participar en el gobierno del país” y a “elecciones periódicas y genuinas”); derechos económicos (“libre elección de empleo”, “remuneración equitativa y satisfactoria” y “seguridad social”); y derechos de comunidades (autodeterminación). Estos derechos se declaran pertenecientes a toda persona sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, así como sin distinción alguna “fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona” (Artículo 2). Esto último nos indica que no son solo los estados los responsables del respeto de los derechos humanos, sino cualquiera que administre de algún modo la autoridad política sobre una determinada población en un territorio concreto.

La lista “oficial” de los derechos humanos no especifica exactamente un modelo concreto de democracia liberal, pero indudablemente tampoco se limita a determinar unas “condiciones mínimas” exigibles para todo ser humano por el mero hecho de serlo. Los derechos de la Declaración y de los Pactos cubren prácticamente todas las dimensiones de la estructura institucional básica de una sociedad, desde la protección contra el abuso del poder del estado hasta los requisitos del proceso político, las políticas de salud y de bienestar, y los niveles de compensación por el trabajo. De ahí que quepa concebir los derechos humanos internacionales como “las condiciones necesarias de la legitimidad política, o incluso de justicia social” (Beitz, 2003, p. 39). Son, por tanto, las normas de responsabilidad global, aquello que es legítimo exigir a un estado moderno, si es necesario mediante la intervención de la comunidad internacional en las cuestiones internas del país.

Una concepción “práctica” de los derechos humanos no puede dejar de ofrecer alguna explicación sobre por qué ciertos derechos son apropiados para el cumplimiento efectivo del papel de los derechos humanos como “razón pública global”. Aquí es donde es necesario aplicar el “minimalismo justificativo”: debemos evitar cualquier razón que invoque una determinada perspectiva religiosa o moral. Por ejemplo, debemos evitar seguir aquí a Kant y decir que los derechos humanos son las precondiciones de una agencia moral autónoma; asimismo, tampoco nos sirve cualquiera de las teorías del derecho natural, incluida la del profesor Peña. No porque deseemos adoptar por prudencia una posición escéptica, pragmática o postmetafísica, sino por un compromiso con la tolerancia y el pluralismo.

Los derechos humanos son normas asociadas con la idea de ciudadanía, es decir, “la idea de afiliación o inclusión en una sociedad política organizada” (Cohen, 2004, p. 197). En este sentido, los derechos humanos son requisitos de integración en una sociedad política, a ser posible en la que hemos nacido y crecido. Los derechos humanos se conciben como nuestros derechos asociativos más amplios, cuya existencia y justificación dependen de una relación e interacción previas. Los derechos humanos son normas de responsabilidad global de los estados basadas en la afiliación de los individuos a sus respectivas comunidades políticas y pretenden garantizar la efectividad de las condiciones mínimas de ciudadanía.

Como señala Beitz (2003, p. 43), si nos centramos en los beneficiarios de los derechos humanos, pondremos el acento en la importancia moral de los derechos humanos en la vida de las personas; pero eso es solo la mitad de la historia (y la parte fácil). Una explicación completa de los derechos humanos tiene que decir también de dónde deben proceder los recursos necesarios para satisfacer el derecho y quién y por qué tiene el deber de garantizarlos. Este segundo orden de cuestiones nos conduce inevitablemente a tener en cuenta las relaciones sociales de las personas.

De este modo, una concepción “práctica” de los derechos humanos implica que estos derechos son una categoría de derechos “especiales”: los derechos que surgen de las relaciones de las personas como participantes en una economía política global. En este punto es donde surge precisamente la disputa de los filósofos de la justicia global: los “estadistas” frente a los “cosmopolitas”. Según los autores que defienden esta última visión, como Cristina Lafont y Marisa Iglesias, una visión estatista de las normas de inclusión restringe de manera inapropiada el papel justificativo de los derechos humanos. Según estas autoras, las actuales circunstancias de interdependencia e interacción a escala global, así como su emergente materialización en instituciones de gobernanza global, requieren una concepción de los derechos humanos que no se restrinja a la inclusión en una sociedad política concreta, sino que considere los derechos como requisitos de inclusión en la comunidad internacional.

Sin embargo, un estatismo bien entendido no está reñido con una concepción cooperativa de los derechos humanos en el plano internacional. Se trata, eso sí, de abandonar la visión “voluntarista” del derecho por la que la única fuente de autoridad de los tratados de derechos humanos es la firma y ratificación por parte de los estados. A mi juicio, una vez aceptado esto, puede sostenerse una visión estatista perfectamente apta para un mundo globalizado, incluso más apropiada que la visión cosmopolita que pretende sustituirla. La visión estatista no niega que pueda haber otros agentes responsables de la protección de los derechos a parte de los estados; lo que afirma es que dicha responsabilidad es secundaria. Los sistemas regionales de derechos humanos, por ejemplo, no asumen la responsabilidad directa del disfrute de los derechos humanos, sino que actúan subsidiariamente para garantizar que los estados miembros asumen dicha responsabilidad y actúan en consecuencia. Aunque la visión estatista no es, obviamente, cosmopolita, tampoco se basa en una visión westfaliana de la comunidad internacional, como suelen alegar sus críticos.

La perspectiva estatista simplemente interpreta que la obligación de cooperar requiere que la comunidad internacional contribuya de diversas maneras a que todos los gobiernos respeten los derechos humanos de su población ya sea monitoreando su comportamiento, brindándoles asistencia o aplicándoles sanciones progresivas cuando sea necesario (Montero, 2013, p. 467).

A mi modo de ver, bajo esta visión cosmopolita la concepción “práctica” de los derechos humanos equivale estrictamente a la idea de “derechos naturales”, derechos que disfruta todo ser humano por el mero hecho de serlo. La autoridad de los “derechos cosmopolitas” o derechos de “justicia relacional global” procede de nuestra afiliación más básica, la que nos vincula a la comunidad de la humanidad. A mi juicio, sin embargo, situar la comunidad internacional en el mismo plano de responsabilidad que las comunidades nacionales o plurinacionales en materia de protección de derechos humanos, perdiendo así la perspectiva estatista, implica abandonar el enfoque adecuado para captar el papel práctico de estos derechos. Dicho enfoque, recordemos, exige poner atención, no solo en las razones del disfrute universal de los derechos, sino también en la responsabilidad institucional de su protección y promoción efectivas. Dejaré esta cuestión para otro momento; mi intención ahora es recuperar la concepción del profesor Peña y acometer el final de este trabajo discutiendo su concepción del “derecho a incorporarse a una población extranjera”.

4. La idea de Lorenzo Peña de la libre radicación y naturalización

La concepción “racionalista” de Peña establece una lista de “restricciones injustificadas de la libertad”, en donde el autor enuncia lo que en su opinión son unos

“cercenamientos de nuestro derecho a ser y vivir libres” que no vienen “en absoluto exigidos por imperativos o exigencias del bien común” (Peña, 2017, p. 182). Entre ellos, figuran el control estatal sobre la compraventa de medicamentos, el cultivo, venta y consumo de drogas, el tránsito por estaciones o intercambiadores, la entrada o salida de edificios públicos, la eutanasia, etc. En la mayoría de los casos, el autor no parece negar la necesidad de algún tipo de control estatal, pero denuncia un uso abusivo de estos controles más allá de lo permitido por el principio supremo del bien común.

En lo que sigue, me centraré en la prohibición de la “libre migración”, que el autor enuncia así:

Que no seamos libres de cruzar las fronteras viajando a cualquier país del planeta Tierra para radicarnos y naturalizarnos en él cumpliendo, a tal efecto, la condición de un período residencial probatorio que nos acredite para, con la adquisición de la nacionalidad, tener acceso a los servicios sociales (Peña, 2017, p. 183)

En el caso de la libertad migratoria, la libertad cercenada no es el genérico “derecho a ser y vivir libres”, sino un derecho específico a emigrar que el autor define en los siguientes términos:

[Derecho] para incorporarse a una comunidad humana diversa de aquella donde uno nació, o sea: viajar del propio país a uno extranjero para fijar en él su residencia, para buscar allí una vida mejor para sí mismo y para los suyos y, al cabo de un proceso de incorporación, ser un miembro más de esa comunidad nueva (nueva para él); esa vida mejor la buscará a través del trabajo, o sea de la contribución remunerada al bien común de la sociedad de acogida, como parte que es de la amplia familia humana (Peña, 2015, p. 342).

Se trata, por tanto, según el autor, de un derecho doble: el derecho a radicarse y el derecho a naturalizarse en el país de acogida. El primero representa un derecho natural que no puede sujetarse a ninguna condición; exigiría, por tanto, una política migratoria de “puertas abiertas”, donde los estados simplemente deberían no interferir en las opciones vitales de los individuos: “impone a las sociedades de destino solo un deber negativo de dejar hacer (de dejar inmigrar)”. Por el lado del individuo, en cambio, el derecho a inmigrar entraña un deber positivo: “el de buscar seriamente un trabajo que desempeñar en la sociedad de acogida para el bien común de la misma” (Peña, 2015, p. 342). En cuanto al segundo derecho, el de “incorporación a la comunidad de habitantes preexistente” o “naturalización”, conlleva obligaciones positivas para el Estado receptor, aunque a cambio éste puede legítimamente regular el ejercicio individual del derecho sujetándolo a controles y limitaciones.

Según Peña, el derecho de “incorporación” o “ingreso” pertenece a todos los seres humanos como uno de sus derechos naturales (“meramente por pertenecer a la especie humana”), de modo que “a ninguna comunidad nacional le es lícito excluir a ningún extranjero (salvo casos individualmente justificados de exclusión, cuyos motivos de legitimidad han de ponderarse con el principio de no discriminación”. Por parte del individuo que ejerce este derecho, a cambio, existe la condición de cumplir con aquellos deberes que acrediten “la seriedad, la firmeza y la viabilidad razonable de su solicitud” (Peña, 2015, p. 344).

Hasta aquí la concepción de Peña sobre la libertad migratoria. Lo primero que quisiera discutir es la división que hace el autor entre los derechos de entrada e incorporación basándose en la separación de deberes negativo y positivo. A mi juicio, el derecho a la libre inmigración también exige deberes positivos. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, firme defensor de la doctrina de la no

discriminación como *ius cogens*, los estados están obligados a “adoptar una acción afirmativa con objeto de revertir o modificar las situaciones discriminatorias que existen en sus sociedades para el detrimento de un específico grupo de personas” (CtIDH, 2003, párr. 104). Concretamente, en el caso de las relaciones laborales entre partes privadas, el requisito de no discriminación se aplica entre el empleador y el empleado, porque “de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)” (párr. 140). De esta manera,

los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias de jure y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores (párr. 149, énfasis añadido).

Ahora bien, si la dualidad de la libertad migratoria no se basa en el carácter de los deberes del estado, ¿tiene acaso su asidero en la distinta legitimidad del estado para discriminar entre individuos cuando se trata de distintos tipos de políticas regulatorias? ¿Es cierto que las razones que sustentan la autoridad de los estados para regular la nacionalización de los emigrantes no sirven también para justificar el control de los flujos migratorios? En mi opinión, no hay ninguna razón significativa para aceptar la capacidad regulatoria del estado en un caso y rechazarlo en el otro. Tanto la entrada como la posterior naturalización son partes de la política migratoria de un país, y no podemos confundir en ninguno de los dos casos las discriminaciones ilícitas basadas en la raza o el género con la multitud de diferenciaciones que establecen los estados en su legislación de extranjería. De hecho, la Declaración Universal reconoce “el derecho a circular libremente y a elegir residencia” únicamente “en el territorio de un Estado” (Artículo 13).

Por último, la cuestión que quisiera discutir para terminar es: ¿resulta apropiado incluir entre los derechos humanos la “libertad de inmigración e incorporación”? ¿Tiene sentido este derecho como norma de responsabilidad global? En mi opinión, no es apropiado porque no pretende ser únicamente un requisito de integración (“todos somos nosotros”), dirigido a garantizar la ciudadanía a todas las personas que viven en el territorio y están sujetas al gobierno político del estado, sino que más bien aspira a ser un requisito de apertura (“nosotros somos todos”) por el que los estados deberían responsabilizarse de garantizar la ciudadanía a toda persona que así lo desee, tenga relación o no con la sociedad política en la que desea integrarse, e independientemente de la razón, motivo o fuerza que haya provocado este deseo. De hecho, Peña denomina el debate “estatismo-cosmopolitismo” como una batalla dialéctica entre “clausuristas” y “aperturistas” (Peña, 2015, pp. 344-345).

Tampoco creo que debiéramos incluir entre los derechos humanos el derecho a emigrar. Aunque el Artículo 13.2 de la Declaración Universal habla del “derecho a salir de cualquier país, incluso el propio”, los estados no pueden presentar como ejercicio o disfrute del derecho a emigrar la salida “voluntaria” de los que se oponen al gobierno o sufren las consecuencias de una política errada o injusta (“si no le gusta cómo están las cosas, siempre puede ejercer su derecho a emigrar”). Por tanto, como señala Rawls en el diseño de su “posición originaria”, “aunque los principios adoptados permitirán sin duda la emigración (sujeta a adecuadas condiciones), prohibirán cualquier arreglo que solo pueda considerarse justo si se permitiese la emigración” (Rawls, 1993, p. 277). Para entender por qué la “salida” o “abandono” del propio país no puede reconocerse fácilmente como una exigencia moral de carácter

universal, basta recordar lo que escribió Rawls sobre lo que implica normalmente la emigración en la vida de las personas:

Normalmente, abandonar el propio territorio es dar un paso muy grave: significa dejar atrás la sociedad y la cultura en las que hemos crecido, la sociedad y la cultura cuya lengua usamos al hablar y al pensar para expresarnos y entendernos a nosotros mismos, a nuestros objetivos, nuestras metas y nuestros valores; la sociedad y la cultura de cuya historia, de cuyas costumbres y convenciones dependemos para encontrar nuestro lugar en el mundo social [...] Los apegos a personas y lugares, a asociaciones y comunidades, así como los lazos culturales, normalmente son demasiado fuertes como para abandonarlos, y este es un hecho que no es de lamentar (Rawls, 1993, pp. 222, 277).

No es necesario ser un seguidor de Kymlicka para darse cuenta de la importancia que tiene la pertenencia cultural a una determinada comunidad política, algo que parece olvidar Peña cuando somete a la misma exigencia de justicia relacional la comunidad nacional o plurinacional con la comunidad humana. El autor defiende una concepción “sinalagmática y panhumanista de los deberes y derechos humanos” según la cual la comunidad con relación a la cual los individuos establecen un vínculo de reciprocidad fundamental no solo es el estado al que pertenecen, sino también la “comunidad” de los seres humanos. “De ahí que el individuo esté obligado a contribuir al bien común de la humanidad y, recíprocamente, tenga derecho a reclamar beneficiarse de ese bien común, a través de una doble serie de derechos concretos, los unos de libertad y los otros de bienestar” (Peña, 2015, p. 342).

Esta visión cosmopolita no se compadece con el hecho de que las normas de los derechos humanos presuponen que los individuos tienen una afiliación cultural relativamente “fija”. Como señala Rawls al hablar de las partes de la posición original (al efecto de desarrollar una teoría de la justicia),

esta presunción refleja el hecho de que nacemos en nuestra sociedad y dentro de su marco realizamos una de las posibles formas de nuestra persona; la cuestión de nuestra entrada en otra sociedad no se plantea. La tarea de las partes, por tanto, es acordar principios para la estructura básica de la sociedad en la que se supone que conducirán sus vidas. Aunque los principios adoptados permitirán sin duda la emigración (sujeta a adecuadas condiciones), no permitirán arreglos que solo serían justos si se permitiese la emigración [...] De ahí que el derecho a emigrar no afecta a lo que cuenta como una estructura básica justa, porque esta estructura ha de ser vista como un esquema en el que las personas nacen y se espera que lleven una vida completa (Rawls, 1993, p. 277).

Lo mismo cabría decir, a mi juicio, cuando hablamos de una concepción “práctica” de los derechos humanos: se presupone que todos los individuos tienen una afiliación a una comunidad política nacional o plurinacional. Las normas de responsabilidad global se basan en la idea de que cada comunidad política (y, más en concreto, quien administra la autoridad política en dicha comunidad) es la principal responsable de los derechos humanos de las personas que viven en su territorio, precisamente porque se presupone un vínculo especial entre esa comunidad y los seres humanos que la integran. El derecho a emigrar se permite, pero no es una exigencia de justicia.

¿Y el derecho a inmigrar? Rawls no considera este derecho puesto que parte de una idea “cerrada” de sociedad. ¿Cuál sería la respuesta según la concepción “práctica”? Dependerá, en mi opinión, de si adoptamos una visión estatista (centrada principalmente en las comunidades nacionales o plurinacionales donde los individuos conducen sus vidas completas) o cosmopolita (enfocada primordialmente en la comunidad humana a la que todos los seres humanos están afiliados por el mero hecho de serlo). Bajo esta última visión (que en mi opinión es una especie de derecho

natural contemporáneo), parece lógico aceptar el derecho de todos los seres humanos a radicarse y naturalizarse en el país de su elección, puesto que la comunidad nacional o plurinacional ha dejado de ser el *locus* preferente en materia de derechos humanos. Si adoptamos, por el contrario, la visión estatista, no se reconocerá el derecho a la libre radicación y naturalización de los seres humanos, aunque tampoco se prohíba; simplemente es un derecho que ha de reconocer un estado distinto al que pertenecen los individuos por nacimiento y vinculación cultural, y al que se debe reconocer un “margen de apreciación” o discrecionalidad a la hora de regular los términos de entrada y nacionalización de los ciudadanos de otros estados.

Cosa distinta es cómo le está yendo a la práctica internacional contemporánea de derechos humanos. En este sentido, creo que el panorama es indiscutiblemente sombrío, en especial si ponemos en relación la supuesta “libertad migratoria” con los derechos que Peña denomina “del bienestar”. El modelo de Estado constitucional que ha predominado entre los países de la Unión Europea después de la Segunda Guerra Mundial es precisamente el modelo de los derechos sociales, económicos y culturales (el “Estado democrático y social de derecho” del artículo primero de la Constitución española). El problema es que, en las circunstancias de una desigualdad estructural profunda dentro de la comunidad internacional, la globalización ha venido acompañada de un incremento constante de flujos migratorios desde los “países pobres” (tres cuartas partes del planeta habitado, más o menos) a los “países ricos”. De este modo, se está produciendo un aumento exponencial de la oferta de mano de obra barata, haciendo que las recetas de la socialdemocracia resulten ineficaces. El modelo socialdemócrata europeo, al igual que los principios rawlsianos de justicia, presuponen un mundo formado por comunidades políticas relativamente estables y fijas, donde los ciudadanos completan su vida entera, y no un mundo con una población transfronteriza flotante de millones de personas demandando empleo, educación y una vida digna. Lo que significa, a mi juicio, en términos del profesor Peña, que cuanto mayor sea la “liberalización” de las fronteras (con el aumento consiguiente de los “derechos de libertad”) mayor será la dificultad en el mantenimiento del estado del bienestar (con el consiguiente ajuste en los “derechos de bienestar”). Un nudo gordiano del que solo es posible salir acortando gradualmente el desequilibrio estructural de la riqueza a escala global.

Bibliografía

- BEITZ, C. (2003), “What human rights mean”, *Daedalus*, 132, pp. 36-46.
- COHEN, J. (2004), “Minimalism about human rights: The most we can hope for?”, *Journal of Political Philosophy*, 12(2), pp. 190-213.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión consultiva OC-18/03*, disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1> (fecha de consulta: 21 de agosto de 2018).
- IGLESIAS, M. (2017), “Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights”, *International Journal of Constitutional Law*, 15(2), pp. 393-413.
- KANT, I. (1989), *Crítica de la razón pura* (trad. Pedro Rivas), Alfaguara, Madrid.
- KAVANAGH, A. (2009), *Constitutional review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge.

- LAFONT, C. (2010): “Responsabilidad, inclusión y gobernanza global: una crítica de la concepción estatista de los derechos humanos”, *Isegoría*, 43, pp. 407-434.
- MONTERO, J. (2013), “Derechos humanos: estatistas, no cosmopolitas”, *Isegoría*, 49, pp. 459-480).
- PEÑA, L. (2015), *Idea iuris logica* (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Madrid, disponible en la siguiente dirección electrónica:
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/667139/pena_gonzalo_lorenzo.PDF?sequence=1 (fecha de consulta: 21 de agosto de 2018).
- PEÑA, L. (2017), *Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico*, Plaza y Valdés, Madrid.
- RAWLS, J. (1993), *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York.
- RAWLS, J. (1999), *The Law of Peoples*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- RAZ, J. (1998), “On the authority and interpretation of constitutions: Some preliminaries”. En: ALEXANDER, L. (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge University Press, Cambridge, pp. 152-193.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Alfonso García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha
alfonsoj.gfigueroa@uclm.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4364>

El jusnaturalismo lógico y biológico de Lorenzo Peña

El veterano filósofo Lorenzo Peña desembarcó en la filosofía jurídica hace algo más de dos décadas desde la filosofía *tout court*. El profesor Peña podría haber consumado su “viraje jurídico” (como él mismo lo llama en p. 55, nota 17), desplazando su mirada y sin moverse del sitio; es decir, limitándose a ser un “filósofo-jurista” más entre tantos entretenidos en trasplantar o confirmar en el Derecho su propio sistema filosófico. Sin embargo, Peña no obró así. No se limitó a cambiar de objeto de estudio. Además se transformó existencialmente, en el sentido de que quiso también convertirse en jurista. Por recurrir una vez más a la célebre dicotomía bobbiana, estos años Peña ha procurado convertirse en un genuino “jurista-filósofo” comprometido con la tradición jurídica. En ese empeño, el abogado Lorenzo Peña se ha colegiado en Madrid y aun se ha doctorado en Derecho, bajo la supervisión de Liborio Hierro tras someter su tesis doctoral “*Idea Iuris Logica*” al juicio de un tribunal integrado por jusfilósofos tan distinguidos como Juan Antonio García Amado, Marina Gascón, Francisco Laporta, Juan Ruiz Manero y Alfonso Ruiz Miguel (p. 23). Luego, aquella tesis doctoral fue revisada por el propio autor y publicada bajo el título que aquí se reseña. Dado que la Universidad es lugar propicio para *egos* hipertrofiados y últimamente ha caído en desgracia a causa de corruptelas nada edificantes, resulta casi conmovedor que un académico de su talla y experiencia se haya sometido a estos *rites de passage* con tal honestidad intelectual.

Mas consigno estas consideraciones sobre los orígenes y la evolución del pensamiento jurídico de Lorenzo Peña más bien para advertir al lector de que no habrá de esperar una obra de filosofía jurídica al uso. Peña cuestiona muy libremente (i.e. saludablemente) actitudes, intuiciones y teorías fuertemente arraigadas en el pensamiento jusfilosófico contemporáneo de nuestro país. Así, Peña no duda en criticar los prejuicios gremiales que buscan aislar en “archidiócesis académicas” (p. 28) el pensamiento jusfilosófico del filósofo *tout court*. Sin ambages se autocalifica como jusnaturalista (también como esencialista, p. 25) muy consciente de la carga negativa que la escuela del Derecho natural soporta en España desde el tardofranquismo. Formula una crítica al positivismo jurídico apartándose irreverente de los cauces trazados por la jusfilosofía anglófila dominante. Comparte *en passant* esporádicas opiniones políticas antipaternalistas, libertarias y aun anarquistas (puede

consultarse el catálogo de diecinueve de ellas en pp. 182 y ss.). Rechaza la lógica estándar clásica y la lógica deóntica de cuño vonwrighteano para defender lógicas alternativas paraconsistentes y materiales (pp. 395 y ss.). Rechaza la distinción entre normas y proposiciones normativas. Rechaza la distinción entre permisos débiles y fuertes. Rechaza el principio de prohibición. Rechaza la oportunidad del dilema de Jørgensen (pp. 342 y ss.). Fundamenta el Derecho sobre bases biológicas al tiempo que rechaza la distinción fuerte entre juicios descriptivos y prescriptivos basada en el “prejuicio” (p. 51) o “dogma” (p. 281) de “Hume-Moore”. Sostiene audaz que el Derecho está presente en comunidades animales e incluso que “la democracia no es un invento humano” (p. 56, nota 19) —algo que quizá sirva de explicación, si se me consiente la broma, a su afirmación de que Suiza es “el único país democrático del mundo” (p. 250)—. Éstos son sólo algunos ejemplos del tono provocativo de *Visión lógica del derecho*. En esta obra su autor se expone, “remando contra una corriente impetuosa, torrencial y arrolladora” (p. 39), al riesgo de incurrir en un *malditismo* intelectual, que quizá no le desagrade del todo.

Desde un punto de vista formal, la estructura del libro sigue a trechos las maneras escolásticas de formular *seriatim* ciertas *quaestiones disputatae* (p. 18, nota 2) y darles su *respondeo* una a una. Este proceder le lleva a incurrir en alguna reiteración que el lector, después de todo, no habrá de lamentar, pues ello contribuye a entender mejor el pensamiento del autor y las relaciones sistemáticas entre sus tesis. El estilo de Peña es directo, conciso y claro. También es muy personal y reconocible, como se advierte en el uso invariable de pronombres enclíticos, que reviste el texto con un aire arcaizante. El empleo de tecnicismos lógicos no oscurece la lectura más allá de lo razonable y Peña ilustra muchos problemas lógicos con escenas o casos, que sirven, oportunos, para comprender mejor los problemas lógicos involucrados. Pensemos, por ejemplo, en el recurso a la pintoresca prohibición a las mujeres del uso del pantalón en Francia, vigente hasta fechas no tan lejanas (pp. 157 y ss.).

Para examinar las tesis fundamentales de Peña, haremos bien en buscarlas en su apartado natural, el de las conclusiones (pp. 431 y ss.). Allí el autor deshace ciertas incógnitas que quizá hayan ido asaltando al lector durante la lectura. El propósito fundamental de este libro consiste nada menos que en rehabilitar para el mundo hispano (p. 440) la tradición jusnaturalista de Tomás de Aquino, Vitoria, Grocio, Leibniz y Wolff (p. 22) y para ello sostiene una concepción racionalista del Derecho en que el Derecho positivo se halla vinculado conceptualmente al Derecho natural. Peña se declara además esencialista (p. 61) y defiende la existencia de una metafísica jurídica; pero al mismo tiempo sostiene hegeliana o heraclíteamente (p. 47) un concepto de Derecho que no exige el ajuste pleno de la realidad del Derecho a todos los rasgos identificados como parte de su esencia (*Recht an sich*). Del mismo modo que “la definición de agua como H₂O es idealizante o estilizante” (p. 204), porque el agua que bebemos contiene otras cosas (impurezas, sales minerales, etc.); así los ordenamientos jurídicos existentes son *racionales* hasta cierto punto, pero siempre existe margen para su *racionalización* porque aquéllos se hallan parcialmente “alienado(s), polucionado(s), mancillado(s), desnaturalizado(s)” (p. 44). Tal racionalización busca, por tanto, “la reconciliación de la existencia del derecho con su esencia” (pp. 45, 67 ss.). El Derecho natural es entendido por Peña como aquel orden normativo orientado a la búsqueda del bien común (cuyo requerimiento es para Peña, por tanto, “la auténtica *Grundnorm*”, p. 85). En su metaética consecuencialista entre tomista y utilitarista (p. 291, concretamente utilitarista de las reglas, p. 311, nota 7; pp. 323 y s.), recuerda la visión del Derecho de Peña, con los debidos matices (pp. 124 y s.), a esa *ordinatio ad bonum commune* de Tomás de Aquino. La idea de bien común es para Peña una realidad natural y objetiva que podemos hallar no sólo en

comunidades humanas, sino en cualquier comunidad animal organizada con fines de autoconservación.

Este vínculo del Derecho con la naturaleza a través del bien común establece un elemento esencial de todo Derecho y también sirve para deslindar el Derecho de la moral, puesto que en la visión lógica del Derecho que Peña desarrolla, la moral es algo claramente diferenciable del Derecho natural. La moral pertenece, en opinión de Peña, al dominio de la conciencia individual (“de ahí que no pueda fundar ninguna reclamación en el ámbito jurídico”, p. 194). Aunque Peña base su parecer en una tradición venerable, su concepción de la moral o la moralidad podría resultar demasiado estrecha y desfasada porque presupone un doble dualismo cuestionable. El primero es el dualismo moral social/moral crítica. Da la impresión de que la moral a la que alude Lorenzo Peña es una moral esclarecida, ilustrada y pura en que no hay interferencia posible de la moral social. En segundo lugar, Peña sostiene una moral crítica solipsista que se circunscribe a la conciencia del individuo, lo cual también podría resultar cuestionable. A mí me parece que teorías tan influyentes como las de Habermas y Rawls son lo suficientemente persuasivas para llevarnos al menos a interrogarnos sobre la división rígida y absoluta de moral social y moral crítica y también de moral social y conciencia individual. Una vez cuestionado este divisionismo estricto, es más fácil reconocer una vinculación conceptual de la práctica jurídica con la moralidad, entendida a la manera del constructivismo ético. Desde este punto de vista, en cuanto práctica social, el Derecho representa un conjunto de actos de habla que se inscriben en ese conjunto más amplio de actos de habla regulativos regidos por una pretensión de corrección. Sin embargo, este planteamiento alexiano presupone la idea de la unidad de la razón práctica y Peña rechaza esta idea (p. 332) y la rechaza, si lo he entendido bien, porque para él “los valores son entes, tienen existencia” (p. 363) y por tanto no están sometidos a una racionalidad específicamente práctica.

Creo, por cierto, que en este orden de cosas, Lorenzo Peña no hace justicia a un jusfilósofo tan influyente como Robert Alexy, con quien Peña manifiesta en una discreta nota a pie (p. 65, nota 33) cierta sintonía, excepción hecha de al menos dos elementos aquí relevantes: su autocalificación “no-positivista” (“¡púdica y anodina autodenominación!” —apunta un indignado Peña—) y su carácter “posmetafísico”. Pues bien, por más que podamos cuestionar la adecuación de la autodenominación “no-positivista” —que a mí no me parece tan mal—; de lo que no tengo duda es que afirmar, como hace Peña, que Alexy defiende una teoría “posmetafísica”, no es justo. Y no es justo, porque Robert Alexy ha escrito un artículo precisamente para oponerse a las posiciones postmetafísicas de Jürgen Habermas, Günther Patzig y John Rawls (Alexy 2004). Cuestión aparte es si esa posición de Alexy sea coherente —que a mí no me lo parece (García Figueroa 2011)—; pero Alexy es un claro defensor de la filosofía del Derecho como parte de la *metaphysica generalis sive ontologia* (Alexy, 2010, p. 19). Después de todo, bien puede ser que Peña se halle más cerca del pensamiento alexiano de lo que él mismo cree, por más que se desmarque de ciertos aspectos concretos de su teoría (pp. 270 y ss.; p. 306).

El Derecho natural (que no la moral, como vemos) al que queda vinculado el Derecho positivo en la teoría de Lorenzo Peña se orienta esencialmente al bien común de una comunidad animal, sea humana o no. Se trata, claro está, de una tesis arriesgada y el propio Peña es bien consciente de ello cuando escribe lo siguiente: “Me hago cargo de que para muchos (posiblemente la inmensa mayoría) sonará muy duro hablar de derecho —y quizá incluso de normas— para sociedades de elefantes, macacos, gibones, delfines, bonobos, gorilas, bóvidos, pingüinos, cuervos, etc.” (p. 58). Personalmente, creo que la idea de un Derecho natural que quiera ser no ya *jus gentium*, sino *jus animalium*, resulta en principio exagerada. No porque crea que en

nuestras “sociedades interespecificas” (p. 125) los animales no deban tener *derechos* (que creo se los debemos reconocer); sino porque creo que no pueden tener *Derechos* (con mayúscula, en el sentido de Derecho objetivo). Para tener Derechos, ordenamientos jurídicos, prácticas jurídicas complejas, necesitamos ser capaces de participar en juegos de lenguaje profundamente humanos y los animales son ajenos a ellos (como nosotros somos ajenos a los suyos). Vale recordar aquí la célebre opinión de Wittgenstein de que “si un león pudiera hablar, no le podríamos entender”. En otras palabras, creo que muy difícilmente pueden los animales participar en los juegos de lenguaje que integran lo que denominamos habitualmente “Derecho” y que conforman un producto intrínsecamente cultural. Menos razonable aún parece tratar de rastrear en otras especies el Derecho natural que pudiera guiar al legislador humano. Después de todo y como el propio Peña acaba por reconocer, “las hormigas van a lo suyo” (p. 221). En realidad, puestos a imaginar, me parece que la participación en prácticas jurídicas será más probable en futuros androides (o *ginoides*), convenientemente adaptados a nuestros juegos de lenguaje, que en animales (salvo que tales animales sean intervenidos hasta crear las disposiciones necesarias en su cerebro). Sin embargo, todo esto no son más que especulaciones que lanzo sin ninguna pretensión de rigor. Lo que sí me parece cabe sostener más sólidamente es una fundamentación antropocéntrica de nuestros derechos. Fuera de ella, se hallan propuestas que desembocan fácilmente en conclusiones francamente inaceptables, como cuando el finés Pentti Linkola, preguntado por los atentados de Atocha en Madrid en 2004, respondió, según indicaba su propia página web: «Every act, which disrupts the progress of Earth's life destroying Western culture is positive»¹.

Por otra parte, a juicio de Peña, el imperativo del bien común y la existencia de una autoridad son elementos metafísicamente necesarios en cualquier especie social existente o imaginable. Por tanto, también será Derecho natural aquello que regirá en otros mundos posibles la convivencia de “duendes, gnomos, ángeles, cíclopes, dioses o incluso diablos” (pp. 58, 240). Esta tesis me parece más plausible que la del Derecho natural de los animales y, de hecho, me recuerda vivamente la opinión de Thomas Nagel de que, en ausencia de toda criatura inteligente, ciertos métodos básicos de razonamiento subsistirían, en cuanto que “pertenecen a una categoría de *mente* más general. Las mentes humanas son ahora un ejemplo de ella, pero esos mismos métodos y argumentos tendrán que encontrarse entre las capacidades de cualquier especie que hubiera evolucionado hasta llegar al nivel del pensamiento, aun si no existieran los vertebrados y la Tierra estuviera gobernada por una civilización de moluscos y artrópodos” (Nagel, 2000, p. 152).

En cualquier caso, pareciera que el recurso a la idea de bien común y su universalización humana y animal sólo fuera posible mediante el vaciamiento de su contenido. Como reconoce Peña, “[e]l bien común de un hormiguero no es el mismo que el de una manada de elefantes ni que el de un poblado de neandertalenses ni que el de uno de hombres de Cromañón de hace cinco mil generaciones...” (p. 384). Para los vándalos de Genserico el bien común es el botín, pero también la gloria del ejército, etc. (p. 225). Y esa pluralidad se explica porque “(e)s bien común de una sociedad de animales de cierta especie, en un determinado entorno material y temporal, lo que redunde en la prosperidad del conjunto y en el bienestar distribuido, en que la colonia (o la manada, o, más en general la comunidad) vaya a más...” (p. 384). La amplitud de lo que por bien común se entiende podría hacernos sospechar que nos hallamos ante una tautología (e.g. si sustituimos “prosperidad” por bien en la definición de “bien común”), pero Peña sostiene, en fin, que es el calificativo “común” lo que impide que “bien común” se reduzca a mera tautología. El bien común es

¹ http://www.penttilinkola.com/pentti_linkola/ecofascism_writings/time_to_quiet_down/ (fecha de consulta: 27 de febrero de 2016).

incompatible con el individualismo (pp. 284 y s.), puesto que el Derecho natural emerge de la naturaleza social y cooperativa de las especies.

Peña califica su jusnaturalismo como *aditivo*, i.e. no *sustractivo* (aunque relativizará esta distinción más adelante: p. 428). Es decir, el jusnaturalismo de Peña se caracteriza por *añadir* al Derecho positivo la normatividad del Derecho natural (p. 65). Consecuentemente, no sería *sustractivo* como es el caso de la conocida opinión de Agustín de Hipona (“*nam lex mihi esse non videtur, quae justa non fuerit*”). Desde esta perspectiva, el jusnaturalismo del jurista Peña quiere ser muy respetuoso con el Derecho positivo (“no afirmo que las normas de derecho natural posean jerarquía superior al derecho positivo”, dice en pp. 252 y ss. y similarmente en p. 290); aunque reconoce limitaciones que pueden surgir de la idea de Derecho, del bien común, pero nunca de la moral (por ejemplo, cuando sostiene que el esclavismo de la Antigüedad clásica sí estuvo justificado, pero no así el del colonialismo más reciente, p. 268; o cuando considera que el senilicidio podría estar justificado en una tribu hambrienta, pp. 258 s.). No es de extrañar (y es tranquilizador, dado que uno ya tiene una edad) que “la doctrina expuesta en la Parte I (...) no acarre[e] ninguna obligación de obedecer el derecho” (p. 278).

Pero este jusnaturalismo aditivo de Peña no es sólo biológico (cientifista, p. 310), sino sobre todo lógico. A juicio de Peña, el Derecho no se rige por una lógica estándar, sino por una nomología material y paraconsistente. Material, porque no se trata de una lógica meramente formal y acoge entre sus axiomas principios sustantivos (singularmente “la obligatoriedad del bien común”, pp. 123 y 432) y paraconsistente, porque admite la existencia de contradicciones. El vínculo de la lógica con el Derecho natural en Peña se explica porque “la lógica nomológica (es) la parte del derecho natural que, hoy por hoy, podemos formalizar” (p. 432). En este contexto, el blanco de crítica predilecto de Peña es el tan influyente proyecto de Alchourrón y Bulygin al que dedica el anejo núm. 2 (pp. 407 y ss.), así como una contundente conclusión: “Alchourrón y Bulygin han hecho un ciclópeo esfuerzo que merece nuestro reconocimiento. Mas las construcciones de los cíclopes acabaron hundiéndose por falta de argamasa y sólidos cimientos” (p. 414). Así que en defensa de este jusnaturalismo de cariz lógico, Peña dedica buena parte de sus energías (pp. 140 y ss.) a defender frente a Alchourrón y Bulygin el “principio de permisión” (o “de prohibición”, Alchourrón y Bulygin 1975, pp. 177 y ss., al que llamaremos en todo caso “PP”, por brevedad y por salvar la discrepancia nominal entre Peña y los autores argentinos). Como es sabido, el PP sostiene que todo lo que no está prohibido, está permitido (lo cual, así leído, hará de la elección de estas siglas algo muy cuestionable). Es decir, todo está o bien prohibido, o bien permitido. En cierto modo, todo jusnaturalista se halla comprometido con el PP porque el Derecho natural supone una omniregulación y, por si fuera poco, el PP habría formado parte de los presupuestos que los juristas han aceptado secularmente. Sin embargo, Alchourrón y Bulygin han demostrado (a mí me parece que convincentemente) que el PP no es un principio lógico de los sistemas normativos. Si “permitido” (débil) significa “no prohibido por alguna norma del sistema”, entonces PP reza así en una primera versión, PP1: Todo lo que no está prohibido, no está prohibido (por alguna norma del sistema). Es decir PP1 es trivial. Pero si “permitido” en PP significa, en sentido fuerte, “permitido (explícitamente o implícitamente) por alguna norma del sistema”, entonces tenemos PP2: Todo lo que no está prohibido, está (explícita o implícitamente) permitido por alguna norma del sistema, lo cual no es cierto. Por tanto, el PP es o bien trivial (PP1) o bien falso (PP2). Esto significa a su vez que el PP no es un principio necesario de los sistemas normativos, sino tan sólo un principio contingente que rige exclusivamente cuando ha sido adoptado por el sistema. Es decir, basta con que el sistema normativo lo enuncie, para que entonces rija en ese sistema; pero no es consustancial a los sistemas normativos. De hecho, el empeño con que Peña ilustra

la vigencia del principio en tantos países y momentos de la historia (pp. 351 y ss.) puede resultarle en este sentido contraproducente, si bien se apresura a sostener que sería una simpleza que el legislador se limitara a registrar una tautología (p. 356). Lorenzo Peña cree que la distinción entre permisos fuertes y débiles es improcedente y también cree que el PP sí es un principio lógico. Sin embargo, él lo cree así porque su *nomología* es material y no formal; esto es, porque incluye axiomas sustantivos. No todos los lógicos están dispuestos a admitir lógicas materiales, pero ésta es una cuestión sobre la que no puedo opinar de manera competente. Aun a riesgo de ilustrar dolorosamente con mi posición el “fenómeno hispano (...) (del) deslizamiento subrepticio de la doctrina del derecho natural, nominalmente abrazada, a un jusnaturalismo anodino, acomplejado, reticente, presto, con alacridad, a concesiones de principio al positivismo jurídico —incluso al neopositivismo radical y extremo inaugurado por Alchourrón, con su rechazo del principio de permisión” (p. 156), me temo que no tengo otro remedio que expresar mi adhesión intuitiva a la opinión de Alchourrón y Bulygin (que, no lo olvidemos, reconstruyen sistemas normativos más allá del Derecho). A renglón seguido, debo entonces subrayar que en los actuales sistemas jurídicos constitucionalizados el PP rige ante todo porque ha sido incorporado a nuestras Constituciones merced a la existencia de un amplio catálogo de principios jusfundamentales que tienden a expandirse a tal punto que no dejan resquicios libres de regulación jurídica. Me aventuraría a decir, en fin, que el PP puede ser una exigencia pragmática del Derecho (pragmático-trascendental, si se quiere), pero no es una necesidad lógica de cualquier sistema normativo (que es lo que, al fin y al cabo, reconstruyen Alchourrón y Bulygin). Quizá nos hallemos ante una falsa discrepancia, si en relación con la validez del PP, Alchourrón y Bulygin están pensando en cualquier sistema normativo posible y Peña en el Derecho tal y como lo conocemos actualmente.

Para terminar, desearía formular un apunte metaético. Otro principio importante que cuestiona Lorenzo Peña es, en sus palabras, el “prejuicio Hume-Moore” y aquí desearía simplemente apuntar que quizá sea una forma algo ambigua de enunciar un conjunto de tesis diferenciables. Con ello quiero recordar que, según algunos intérpretes autorizados, la falacia naturalista de Moore no alude tanto al problema de la imposibilidad de *derivar* normas de hechos (no olvidemos que el autor de *Principia Ethica* las hace derivar de *hechos* no naturales), sino más bien a la imposibilidad de *definir* “bueno”. Mary Warnock (1968, p.33) lo expresó certeramente: “La auténtica falacia es el intento de definir lo indefinible” y no tanto que lo bueno se haga derivar o no de enunciados acerca de hechos, naturales o no.

A modo de conclusión, ninguna objeción podrá oscurecer el juicio general que merece este libro, una obra estimulante y ambiciosa que a buen seguro agitará los presupuestos más asentados de muchos. No podemos sino darle la bienvenida como justamente merecen todos aquellos libros que nos ponen en guardia frente a las tentaciones biempensantes del pensamiento único en cualquier aspecto del saber y de la vida.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C.E y BULYGIN, E (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- ALEXEY, A. (2004), “Menschenrechte ohne Metaphysik?“, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52, pp. 15-24.



- ALEXY, A. (2010), "Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years", paper presentado en Law, Democracy and Legal Argumentation. A Seminar Dedicated to the Thinking of Professor Robert Alexy, Tampere, 9/2/2010.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2011), "Derecho, metafísica y naturaleza. Alexy en la región de las verdades eternas", en C. Bernal (ed.), *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra, Lima, pp. 245-275.
- NAGEL, Th. (2000), *La última palabra*, trad. P. Bargallo & al., Gedisa, Barcelona.
- WARNOCK, M. (1968), *Ética contemporánea*, trad. Conchita López-Noguera de Muguerza, Labor, Barcelona.

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

Marcelo Vásconez Carrasco

Universidad de Cuenca

marcelo.vasconez@ucuenca.edu.ec

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4365>

La crítica de Lorenzo Peña a la ética y su supuesta objetividad

El Capítulo VII de *Visión lógica del derecho* de Lorenzo Peña gira en torno a la cuestión de si: “¿Existe una moral objetiva que no sea derecho natural?”. El propósito de la presente contribución es el de examinar en concreto la 4ª Dificultad, sobre la moralidad objetiva, problemática que se extiende al Anejo, titulado “La separación entre derecho y moral”, con el que termina dicho capítulo. Advierto al lector que, aunque tal separación efectivamente se desprende de la diferencia radical (Peña 2016, p. 20) entre ambas disciplinas, sin embargo, en la presente colaboración, dicha temática será abordada sólo instrumentalmente en la medida en que contribuya a dilucidar el problema de la objetividad de la ética. Por ello, téngase presente que, al delimitar el ámbito de la ética, muy a menudo se lo hará tácitamente en contraste con el del derecho.

De entrada cabe señalar que nuestro autor, por lo general, no distingue entre ética y moral; da a conocer de pasada (p. 193, nota 160), sin ninguna elaboración, que admite una diferencia entre moral subjetiva y ética objetiva. Al parecer, a Peña no le interesa tanto explotar la distinción entre ética y moral (p. 318); por lo cual, aquí, en principio, se asumirá que son equivalentes, como de hecho lo hace el autor en otros lugares (Peña 2017a, y 2018). Como es de esperarse, la preferencia de Peña va por la moral.

La desacreditación de la ética o moral que hace el autor es una pieza dentro del mecanismo desplegado por él para impedir que el juspositivista recurra a ella en su intento de cubrir la vacante abierta por el desalojado derecho natural al momento de subsanar las deficiencias del derecho positivo. Si, como sostiene el positivismo jurídico, no existe el derecho natural, ¿qué marco de referencia queda para criticar, encarar o constreñir de algún modo el derecho positivo? Según la tendencia doctrinal que Peña llama jusmoralismo, una variedad dentro del juspositivismo, la plataforma desde la cual se puede enjuiciar el derecho positivo sería la moral, de suyo exterior al derecho, pero que puede servir para parcialmente delimitar su contenido. Es esta apelación a la moral por parte del jusmoralista lo que desea bloquear Peña, lo cual facilita el camino al derecho natural para que cumpla su cometido de fundar y servir de base al derecho positivo. Baste esta pequeña llamada de atención para

contextualizar el tratamiento que viene a continuación. Por lo tanto, el lector hará bien en tener presente a lo largo de estas páginas que el marco específico que aloja la discusión por venir es la disputa entre jusmoralismo y jusnaturalismo. Como no sorprenderá a nadie, menciono que la llamada ética pública tampoco se salva de los dardos críticos de Peña, y en este punto me sumo a él.

Pues bien, si nuestro problema es el de la objetividad de la ética o la moral, necesariamente corresponde en primer lugar analizar qué concepción de ética maneja Peña, pues de ella depende en parte la respuesta a nuestro problema. A pesar de que en tres escritos (Peña 2017a, 2017d, y 2018), el autor caracteriza la ética presentando una enumeración de cuatro rasgos distintivos, en realidad no siempre figuran las mismas características si comparamos las listas unas con otras; por lo cual delinear el perfil de la ética o moral resulta un poco más complicado de lo que podría parecer a primera vista. El esbozo que a continuación se presenta es pues un desglose de lo que se ha podido encontrar en varios escritos de Peña desde el 2015.

Avanzando en esta primera tarea aclaradora de la noción de ética, y para delimitar aún más nuestro objeto de estudio, merece tenerse en cuenta la distinción entre ética entendida como una reflexión o ejercicio intelectual que utiliza el método filosófico, y la ética considerada como una teoría o conjunto de proposiciones. Se trata de una dualidad semejante a la de forma y contenido; por un lado, la práctica del pensamiento filosófico crítico en torno a problemas morales; y, por otra parte, la ética como un sistema de principios morales a los que tendría que ajustarse nuestra vida. Nos concentraremos en la segunda comprensión de la ética, en tanto que los cultivadores de esta pretenden haber descubierto cuáles son los principios que regularían nuestra conducta.

Para develar la concepción que Peña tiene de la moral y sintetizar en una sola frase la corriente dentro de la cual se inscribe, mencionemos ya que la moral es el ámbito de la conciencia subjetiva. Las notas definitorias que desarrollan esta visión pueden verse como una explicación de este su núcleo significativo. Como espero quedará patente más adelante, esta imagen de la moral inclina la balanza hacia un lado.

Continuemos. Dentro de la filosofía analítica y dejando en un segundo plano la ética de la virtud, las corrientes éticas más populares en nuestros tiempos comparten el punto de partida de que las dos nociones más importantes de la ética son las del bien y del deber. Presuponiendo que esto es así, Peña añade sus particularidades.

La ética no estudia todo tipo de bien, sino sólo el bien en general; concretamente, Peña quiere dejar fuera de su campo de investigación el valor del bien común, que sería objeto exclusivo para la filosofía del derecho. En realidad, si un ético discurre sobre el bien común, lo hará desde su propia perspectiva filosófica particular, sin ninguna pretensión de que su doctrina sea asumida por el legislador. Por ello, Peña declara que hay dos bienes comunes, uno ético y otro jurídico (p. 323, n. 15). Similarmente, el adjetivo “bueno” es ambiguo (p. 320, n. 13); sería posible que, en lo jurídico, asertos sobre lo bueno tengan un valor de verdad, mientras que, en ética, asertos acerca de lo bueno no sean ni verdaderos ni falsos, o viceversa. Además, el alcance de la ética es mucho más amplio que el del derecho, pues ella también rige acciones que no están relacionadas con el bien común. Y finalmente, el bien del individuo va más allá de las exigencias del bien común, requiriendo que la acción se adecúe con pautas de lo correcto.

Pasemos al segundo objeto de estudio de la ética, el criterio de la acción correcta, o las teorías del deber. El problema aquí es el de determinar aquello que hace que una acción sea (moralmente) obligatoria, prohibida o meramente lícita. ¿Qué es lo que marca la diferencia entre uno u otro de estos calificativos deónticos? Hay básicamente tres corrientes éticas que tratan de responder la pregunta planteada: antecedentalismo, intrinsecismo y consecuencialismo; la diferencia entre ellas radica en el aspecto en donde ubican el factor que convierte a la acción en merecedora de una evaluación u otra; simplificando, en las intenciones, en la acción misma, o en sus resultados, respectivamente.

Teniendo en cuenta esta triple división, en el período de tiempo que estamos considerando (2015-2018), Peña insiste en que, en verdad, no hay una triple opción, sino solo una: toda doctrina ética valoraría una conducta según el criterio de las intenciones, o predominantemente por ellas; incluso para los consecuencialistas, la intención pesaría más que cualquier rasgo objetivo (Peña, 2017b). Es decir, en estos últimos años, Peña pasa a adoptar una especie de antecedentalismo, pero advierte que se desvanecen las tres alternativas anunciadas, pues la obligatoriedad de una acción estaría condicionada a que la conciencia del agente la vea como tal (Peña, 2018); si la propia conciencia no juzga una acción como obligatoria, nadie puede considerarse obligado a realizarla. Y esto sería así independientemente de cuál sea la teoría ética a la que uno se adhiera, valiendo incluso para los utilitaristas.

Resumiendo, para nuestro autor, en la ética, las cualidades de obligatoria, prohibida o lícita para ser adscritas a una acción tienen que someterse a la aprobación de la conciencia subjetiva; es esta a fin de cuentas la que produce la imperatividad de una acción. Consecuentemente, el criterio que sirve para juzgar la conducta es la conciencia individual; la valoración moral de las acciones es pues subjetiva, basándose en las convicciones de cada persona. Y, en efecto, estas pueden ser adoptadas en circunstancias que no necesariamente son racionales, ya que adquirimos muchas de nuestras creencias sin que hayan intervenido procesos argumentativos. De esta subjetividad de la moral se sigue que sus contenidos no pueden ser coercibles ni peor sancionables por el poder público.

Sin embargo, me parece que el borrar la diferencia entre antecedentalismo y consecuencialismo que hace Peña es *contra naturam*, pues desvirtúa la rivalidad entre dichas tendencias. Recorro a cuatro fuentes para mostrar que las intenciones no juegan ningún papel en una teoría consecuencialista. Revisemos dos entradas en *La Enciclopedia Stanford de Filosofía*. El artículo sobre el consecuencialismo hace la siguiente precisión para evitar la vaguedad y fijar su significación esencial. “Una tesis es claramente necesaria. Cualquier teoría consecuencialista debe aceptar la tesis de que... ciertas propiedades normativas dependen únicamente de las consecuencias. Si tal tesis es dejada de lado, la teoría deja de ser consecuencialista” (Sinnott-Armstrong, 2015a, § 2). Nuevamente,

el consecuencialismo acerca de la corrección moral de los actos ... sostiene que el que un acto sea o no moralmente correcto depende únicamente de las consecuencias de aquel acto o de algo relacionado con aquel acto, como el motivo detrás del acto o una regla general que requiera actos del mismo tipo. (Sinnott-Armstrong, 2015a, Preámbulo)

Entendamos bien lo que se quiere decir; parece claro que el sentido de la frase es que lo que determina la corrección de una acción es solamente las consecuencias, y que estas pueden ser o bien consecuencias del acto, o bien consecuencias de su intención, o consecuencias de la regla bajo la cual cae la acción.

Consultemos ahora el artículo sobre el consecuencialismo de la regla; este coincide en que el criterio de corrección de una acción es solo las consecuencias, aunque ahora sean consecuencias de la regla correspondiente. En efecto: “El consecuencialismo de reglas es esencialmente la conjunción de dos tesis: (1) que las reglas han de ser seleccionadas únicamente en función de sus consecuencias y (2) que estas reglas determinan qué tipos de actos son moralmente malos” (Hooker, 2016, § 8).

En tercer lugar, permítaseme citar un estudio que contrasta una ética intencionalista con otra centrada en los hechos.

Dado que las intenciones son un *sine qua non* para la evaluación moral, es imposible caracterizar la bondad o maldad de las acciones independientemente de las intenciones que ellas materializan. Pero esto es precisamente lo que hace el utilitarismo, apelando... al dolor y sufrimiento -bienes no morales- independientemente de su origen. (King, 1995, p. 20)

Desde la perspectiva intencionalista, podríamos pensar que el utilitarismo está errado al abandonar las intenciones para evaluar moralmente las acciones, abandono que no sería posible. La crítica puede ser certera, estando el utilitarismo equivocado; sin embargo, aun suponiendo que el utilitarismo sea falso, su supuesta falsedad no elimina el hecho de que esta teoría mantiene que las intenciones son irrelevantes para valorar los actos.

Añado una cuarta fuente que corrobora lo anotado. Según el utilitarismo: “Si bien es injusto matar, no lo es porque haya algo intrínsecamente malo en el hecho de matar, sino porque el matar produce una disminución de la felicidad humana. ... Por estas consecuencias malas dominantes, el utilitario condena el asesinato” (Hospers, 1979, pp. 300-301). La maldad o bondad de los actos no residen en ellos mismos sino en aquello a lo que conducen. “El utilitario nunca puede decir coherentemente que deberíamos decir la verdad, ser honrados, *cualesquiera que sean* los resultados, porque son precisamente estos resultados los que proporcionan el criterio para saber si la acción en cuestión es justa o no” (Hospers, 1979, p. 308). Sin embargo, la última frase de la cita no es del todo exacta y merece ser enmendada, puesto que la mayoría de los utilitaristas clásicos y contemporáneos no proponen las consecuencias como un procedimiento de decisión, sino como el criterio que distingue lo que es debido de lo que no lo es.

Finalmente, concedo que sí hay un sentido en el que es adecuado enunciar que el consecuencialismo sea subjetivo, ya que las consecuencias que un sujeto pueda prever o racionalmente esperar que sucedan dependen de la información que esté disponible a dicho sujeto; pero esto no convierte al consecuencialismo en subjetivo en el sentido de hacer depender el criterio de obligatoriedad de algún contenido en la mente del sujeto (Sinnott-Armstrong, 2015a, § 4).

La evidencia presentada apunta a que hay un rasgo necesario para definir el consecuencialismo, el sostener que el criterio de corrección u obligatoriedad de una acción está dado por las consecuencias; si las intenciones entran en el cálculo, no serán por ellas mismas, sino por sus consecuencias. Luego, parece que Peña rompe las casillas al querer introducir dentro de la misma categoría teorías realmente antagónicas deformando su naturaleza. No toda teoría ética privilegia las intenciones.

Y sin embargo, incluso él mismo reconoce que “se puede (y se debe) articular una teoría moral que no sea tan subjetivista”, como lo es la moral de intenciones (Peña, 2015, p. 7, n. 4). Y recordemos que en la obra que es objeto de este *Book Forum*, Peña declara que acepta que hay una moral subjetiva y una ética objetiva

(Peña, 2017d, p. 193, n. 160). ¿Cómo resolver esta tensión en su *Visión lógica del derecho*? No tengo otra salida que la de tomar las afirmaciones a favor de un objetivismo ético *cum grano salis*, ya que su modo de ver el debate en torno al derecho natural le mueve en la dirección opuesta.

Para proseguir con la caracterización que Peña hace de la ética hay que hacer una matización. Hemos dicho que, según su opinión, la ética evalúa las acciones, clasificándolas como (moralmente) lícitas, ilícitas u obligatorias; y para determinar su calificación deóntica necesita un criterio, que es la conciencia, la cual es subjetiva; de ahí que la ética misma sea subjetiva, dependiendo sus valoraciones de las convicciones personales de cada individuo. El resultado general de la valoración de [tipos de] actos serán normas (es decir, según Peña, un hecho o estado de cosas afectado por un calificativo deóntico); la ética sería, por lo tanto, un sistema de normas. El problema es que no todos los cultivadores de la ética la conciben de ese modo, como bien aclara Peña; para autores emotivistas, tales como Alfred J. Ayer, Charles L. Stevenson, o Richard M. Hare, o para el ficcionalista hermenéutico Mark E. Kalderon, o para el representante del sentimentalismo Jesse Prinz, la ética no contendría deberes ni prohibiciones, ni tampoco sería un sistema de normas. Todos estos autores son no cognitivistas, esto es, sostienen que los juicios éticos no son aseveraciones, no atribuyen una propiedad moral a un sujeto; por lo tanto, no designan hechos morales, ni pueden pues tener un valor de verdad.

Lorenzo Peña constata la existencia de esta concepción anticognitivista de la ética y se aprovecha de tal situación para tener una razón más para separar la moral del derecho, el cual sí es un sistema normativo y además una institución social. A pesar de este reconocimiento, Peña rechaza la tendencia no cognitivista en ética, aduciendo que, si los juicios morales no expresaran creencias, que pudiesen ser verdaderas o falsas, entonces no se explicarían adecuadamente las discusiones morales; los asertos morales del tipo que sean solamente son posibles si se puede predicar una cualidad deóntica de un sujeto cualquiera, y tal predicación requiere una ontología que contenga dichas propiedades morales. Mas, recuérdese que, para nuestro autor, no es lo mismo lo lícito ético que lo lícito jurídico. Cuando Peña habla de las cualidades deónticas, lo hace en el contexto del derecho natural, y aquí sí se refiere a una ontología, como aquel universo que abarca propiedades tales como la obligatoriedad, licitud e ilicitud, pero estas son jurídicas.

En cambio, Peña nunca explicita que se compromete ontológicamente con la existencia de cualidades morales; no obstante, ese compromiso ontológico con propiedades éticas viene exigido por su adhesión al cognitivismo ético. La actitud que manifiesta Peña con respecto a propiedades deónticas que estén correlacionadas con normas éticas es una recelosa admisión de su pretendido lugar dentro de un inventario ontológico, debida a una inseguridad o incertidumbre en cuanto a las perspectivas de éxito en la empresa de justificar a carta cabal la precaria realidad de las propiedades en cuestión. Así, la resistencia que exhibe Peña es más epistémica que metafísica. Hay por lo tanto un componente de escepticismo moral dentro de su posición. Siendo más específicos y presuponiendo la taxonomía elaborada por Walter Sinnott-Armstrong (2015b, § 1), diré que el escepticismo de Peña es epistemológico pirrónico, pues no niega, sino que duda de que se pueda satisfactoriamente justificar una creencia moral, en concreto aquella sobre la existencia de las propiedades morales. Consecuentemente, su desafío al cognitivismo ético deja a salvo la tesis de la realidad de tales propiedades, pero cuestiona más bien la factibilidad de una justificación apropiada de la creencia correspondiente. Las creencias morales son o verdaderas o falsas, mas resulta difícil probar qué valor de verdad tienen.

Finalmente, ¿tiene la ética una función? En *Visión lógica del derecho*, Peña indica que el fin de la ética es el clásico del perfeccionamiento personal. En (2017c), responde que la ética no necesariamente tiene una función; puesto a buscar una, encuentra que es el mejoramiento de las relaciones entre los miembros de la sociedad, lo cual de manera indirecta contribuye así a la armonización del tejido social.

Una vez delimitado el campo de la ética, pasemos a la cuestión sobre su objetividad o no. Tal como cabe esperar, la respuesta de Peña es un rotundo no. Veamos su modo de argumentación.

Peña se hace la pregunta por la objetividad de la moral teniendo como marco de referencia tres características de la objetividad del derecho natural. Los dos primeros aspectos constituyentes de la objetividad del derecho natural tratan de responder a dos preguntas: de dónde se extraen sus principios, y con qué método; a los cuales se añade, como tercera característica de la objetividad jusnatural, la exigencia de que el legislador incorpore dichos principios jusnaturales en el derecho positivo. Así, Peña sostiene que el punto de partida que constituye el *ubi* de los principios jusnaturales es el ordenamiento jurídico, el cual ya contiene tales principios, que corresponde al filósofo del derecho desentrañar utilizando el método de la abducción, o inferencia a la mejor explicación; es decir, dado el *corpus* jurídico –positivamente vigente como un sistema de normas que regula a la vez la conducta de los miembros de una sociedad y la tarea de sus autoridades políticas, así como la función de los legisladores y la actuación de los jueces–, el jusfilósofo se pregunta qué principios deben postularse a modo de condiciones de posibilidad para la existencia de tal sistema normativo, y de esta manera, llega a descubrir los axiomas del derecho natural. El método de la abducción es lógico, y es semejante al uso que de él hace el científico, sólo que su empleo en la filosofía del derecho tiene menor certeza que en el campo de las ciencias. Finalmente, una vez abducidos los principios jusnaturales, es decir los axiomas del derecho natural, hay que conceder que los mismos son portadores de una imperatividad de positivización. Entonces, en el caso jurídico, tenemos tres aspectos que determinan la objetividad del derecho natural: su base, el método empleado para acceder a sus principios, y el requerimiento de que el derecho positivo ajuste el contenido de su normativa a las exigencias de tal derecho natural.

Ahora, según Peña, la ética no cumple ninguno de estos tres rasgos de objetividad presentes en el derecho natural. En efecto, en primer lugar, no sabemos a dónde habría que acudir para encontrar los principios éticos; no hay un *corpus* definido, o sistema normativo claramente identificable que rija las conductas, e incluso intenciones y deseos de las personas, en el que puedan hallarse los principios morales; un sistema de normas que sean públicamente accesibles, intersubjetivamente constatables. Aquí nos topáramos con una primera indeterminación, consistente en que ni siquiera contamos con un punto de arranque que sea la materia prima desde la cual tratar de averiguar cuáles son los principios éticos, puesto que no hay una ética de mínimos, estando absolutamente todo principio moral sometido a gran discusión, como de hecho sucede. La carencia de unanimidad en el campo moral sería indicio de su subjetividad. Considerando la gran diversidad de opiniones éticas, tales como las de un aristotélico, un kantiano, un utilitarista, un particularista, un emotivista, etc, difícilmente podríamos aspirar a una convergencia sobre los principios éticos. Si esto afirma Peña, asumo que lo que nos quiere decir es que la falta de consenso en cuestiones morales, incluso básicas o fundamentales, mostraría la imposibilidad de llegar a un acuerdo universal en ética y, por lo tanto, esta carecería del primer rasgo de la objetividad.

En segundo lugar, Peña sostiene que tampoco hay un método válido para descubrir o confirmar los principios éticos. Los sentimientos morales y la intuición serían netamente subjetivos. ¿Y el razonamiento? Peña (2017d, p. 311) también lo descalifica aduciendo su dependencia de una visión del mundo, del hombre y los valores; es decir, no habría un tribunal neutral que se halle por encima de las discrepancias y que sirva de apelación de última instancia para dirimir la disputa.

Por último, no cumpliendo la moral las dos primeras notas de la objetividad (que exhibe el derecho natural), sucede lo mismo con la tercera, puesto que no se ve en qué podría basarse la demanda de que el ordenamiento jurídico se adecúe al sistema moral, siendo este inexistente.

¿Qué pensar acerca de esta argumentación en contra de la objetividad de la ética? Desempeñando el papel de abogado en favor de la ética, podemos encontrar algunos elementos en la propia obra de Lorenzo Peña que apuntan en la dirección opuesta a la que acaba de presentarse.

Primeramente, frente a la acusación de una falta de un punto de arranque que permita sentar las bases para un ulterior descubrimiento de los principios éticos, se puede replicar lo que el mismo Peña (2017d, pp. 87, 275) responde ante la dificultad lanzada reiteradamente en contra del derecho natural, a saber, que la controversia acerca de un principio no entraña su inexistencia; ni tampoco la polémica entre distintos puntos de vista en una disciplina acarrea el descrédito de esta; la discusión entre los cultivadores de una misma ciencia no significa que esta no verse sobre objetos reales ni que carezca de verdad objetiva; lo único que sí es legítimo inferir a partir de la discrepancia sobre un principio es que no podemos tener certeza absoluta sobre él.

Pero, de ser posible un conjunto de principios éticos con respecto a los cuales sea razonable aspirar a un consenso casi universal, ¿cuáles serían tales principios?; ¿en dónde los encontraríamos? Un inicio de respuesta lo podemos buscar en los axiomas de la lógica nomológica (Peña, 2017d, p. 195), con la única excepción quizás del axioma del bien común. Recientemente, (Peña, 2017c) sugiere que, de ser la ética un sistema de normas –como es deseable–, las relaciones lógicas que harían de ellas un verdadero sistema serían el conjunto de las reglas de inferencia de la lógica deóntica, las cuales serían casi iguales a aquellas de la lógica jurídica. Es decir, tendríamos una lógica de la ética, que formalizaría y axiomatizaría las normas éticas, y que no sería tan diferente de la lógica nomológica. Ahora bien, si los axiomas de la lógica nomológica son la esencia del derecho natural, ¿por qué no considerar los axiomas de la lógica deóntica como el núcleo eterno e inmutable de la teoría ética? La ética tendría un conjunto de principios objetivos, universales; así debería ser. Sin embargo, ¿por qué Peña no aceptó esta consecuencia en *Visión lógica del derecho*?

De hecho, la posibilidad de elaborar una lógica deóntica que sirva tanto para las normas éticas así como para las jurídicas le fue planteada a Peña en 1984 por Miguel Sánchez Mazas, quien veía que ambos tipos de normas compartían lo esencial, su ser normas. De ser esta una propuesta válida, tendríamos, primero, un nivel más abstracto y general, el de la lógica deóntica en sentido amplio, compuesto por principios aplicables a toda norma; y luego, en su interior, a modo de especies, la subdivisión entre lógica de las normas éticas en sentido estrecho, y la lógica nomológica, compartiendo ambas sublógicas un núcleo común, aquellos axiomas y reglas de inferencia de la lógica deóntica en sentido lato. No puedo abordar en la presente contribución la diferencia entre ambos tipos de sublógicas, diferencia que refleja sistemas normativos distintos. Baste con señalar que, de aceptar Peña que la ética posee una lógica formal y axiomatizable, él tendría que aceptar la existencia

objetiva de principios éticos que estructuran el sistema normativo ético. Esta admisión abriría las puertas para una fructífera indagación sobre la base de tales principios éticos y el método con el que llegamos a conocerlos; la tarea estaría por realizarse, pero ya no tendríamos de entrada el bloqueo que impedía iniciar dicha tarea.

Y, por lo que respecta al tercer rasgo de la objetividad, el requerimiento de que el ordenamiento jurídico se adecúe a la ética, no veo por qué la ética, para ser objetiva, debería cumplir este requisito del derecho natural. O alternativamente, podríamos decir que la ética sí lo cumple si ella tiene su propia lógica.

La revisión de algunas de las primeras publicaciones de Peña en el campo de la fundamentación filosófica de la lógica deóntica nos revela un pequeño cambio de perspectiva; mientras que (Peña, 1987-1988) y (Peña, 1991) están escritos con miras a una aplicación de la lógica gradualista y paraconsistente a la ética o la moral – asimilando la modalidad de posibilidad a la de licitud–, el nuevo sistema lógico deóntico introducido en (Peña y Ausín, 1995) está construido para abordar tanto las proposiciones deónticas como las jurídicas. Es decir, en los dos primeros artículos mencionados, nuestro autor entiende “lógica deóntica” en sentido estrecho, como aquella lógica que se aplica al ámbito de la ética o la moral; pero en el tercer artículo referido, “lógica deóntica” está tomada en sentido amplio, como un sistema más general aplicable a dos ámbitos emparentados, el de lo ético y el de lo jurídico. En los dos primeros trabajos aludidos, Peña presupone que la expresión “lógica deóntica” puede legítimamente ser usada en su sentido estrecho, según el cual hay una lógica que sistematiza las normas éticas; y en el tercer trabajo, no vislumbra ningún problema en la utilización de un mismo sistema de lógica para racionalizar las normas éticas, por un lado, y las normas jurídicas, por otro lado, compartiendo ambas el ser tratadas con el mismo instrumental lógico. Tanto las normas éticas como las jurídicas serían lógicas en el mismo sentido, siendo subsumibles bajo las mismas reglas de inferencia. Entonces, no solo las normas jurídicas gozan de ese prestigio que les brinda la lógica deóntica en sentido laxo ya que también las normas éticas pueden acceder a ese mismo tratamiento formal y riguroso, revistiéndose de racionalidad. En cualquier caso, sea que entendamos “lógica deóntica” en sentido amplio o en sentido estrecho, la ética estaría respaldada por ella, y por lo tanto podría tener títulos para reclamar para sí el estatuto de objetividad.

¿Qué podría replicar Peña para rechazar esta consecuencia? Tengo la impresión de que una posible salida suya podría ser la de apelar al dualismo, distinguiendo entre dos tipos diferentes de lógica deóntica: una para la ética y otra para el derecho. Puesto que el sentido de “lícito”, y por lo tanto, de “obligatorio” cambiaría según estemos en la ética o en el derecho, asimismo, los axiomas y las reglas de inferencia lógicas que sistematizan las respectivas normas en esas dos áreas tendrían que exhibir distintos sentidos, por más que simbólicamente tengan la misma forma.

Independientemente de qué solución adopte nuestro autor, uno se pregunta de dónde le viene la desconfianza en desmedro de la ética.

Aquí, su biografía intelectual puede servir para explicar su resistencia frente a la ética, ya que, por su pasado marxista y la influencia de Bertrand Russell, siempre sintió un recelo hacia la filosofía moral (Peña, 2015, p. 5). Recordemos que para la teoría del materialismo histórico, en el capitalismo, tanto la ética como el derecho, perteneciendo ambos a la superestructura, tienen la función de servir a los intereses de la clase dominante, por lo cual sería injustificado defender una ética que pretendidamente fuese universal, ubicándose más allá de la lucha de clases. Y por lo que respecta a Russell, a pesar de sus titubeos, este filósofo desarrolló una versión

de lo que vino a ser la teoría emotivista, negando que los juicios éticos hagan asertos sobre hechos morales, y por lo tanto, aquellos carecen de un valor de verdad. Con este doble trasfondo intelectual en el pasado de Peña, resulta difícil que uno se empeñe en querer rescatar la objetividad de la ética.

Además, sabemos que, alrededor del año 1975, abrazó el objetivismo de los valores gracias a la influencia de Nicolai Hartmann, pudiendo la axiología formar parte de su ontología. Sin embargo, mi sospecha es que al final los únicos valores plenamente admitidos o reconocidos en el universo de Peña son los jurídicos, quedando los valores éticos en suspenso hasta pasar un examen más riguroso.

Para cerrar este análisis acerca de la crítica que hace Peña a la ética y su presunta objetividad, quisiera comentar acerca de la relación entre una ética consecuencialista y el derecho natural, conexión que se aborda en un par de pasajes en *Visión lógica del derecho* (pp. 291, 331). Nuestro autor menciona que, por una parte, el axioma de la obligatoriedad del bien común –que forma parte de la lógica nomológica, esencia del derecho natural– exige, gracias a un principio consecuencialista, que las leyes diseñadas y aprobadas por la legislatura sean aquellas que maximicen el bienestar colectivo, y, por otra parte, que la prohibición de la tortura –que es un teorema del derecho natural– se justifica nuevamente apelando a un principio consecuencialista. Es decir, que al momento de establecer o determinar las reglas que regirán las relaciones sociales, el criterio que nos guía para escoger o elaborar las normas idóneas es consecuencialista; las reglas a las que someteremos nuestra conducta social son aquellas que tienen buenos resultados, o los mejores, en función de los valores que deseemos proteger en el ordenamiento jurídico.

Pero, si tanto el axioma del bien común como la prohibición de la tortura se justifican por el consecuencialismo, y este es considerado típicamente como una doctrina de la ética, resultaría que el derecho natural dependería fundamentalmente de la ética. No obstante, es esta precisamente una de las ideas que desea evitar Peña. Adelantándome a una posible respuesta suya, podría yo prever que una estrategia para restaurar la consistencia de su sistema podría ser la de acudir una vez más al dualismo, distinguiendo, en esta ocasión, dos tipos de consecuencialismo, uno ético y otro jurídico.

Personalmente, creo que esta hipótesis mía es conforme con la tendencia que Peña adopta en varios sitios del Capítulo VII del libro, en el cual opta por un dualismo, en varios aspectos. En efecto, su argumentación está dirigida a distinguir nítidamente los campos de la ética y del derecho por lo que respecta a sus fines, los valores, el bien, el bien común, lo bueno, los deberes, la ley natural, la razón práctica; a lo cual añadiría yo –como lo he tratado de mostrar–, la lógica deóntica y el consecuencialismo de reglas. Al interior de cada uno de ellos, hay una dualidad; es decir, cualquiera de estos diez aspectos visto en el contexto de la ética es diferente de ese mismo aspecto visto en el contexto del derecho. No obstante, llevado el dualismo hasta estos extremos, quizás resulta un poco desmesurado, teniendo en cuenta un precepto occamiano de no multiplicar las entidades más allá de lo conveniente. Por lo cual, me atrevo a decir que, llegados a este punto, parecería que es razonable matizar la separación entre ética y derecho, otorgando cierta objetividad a la ética.

Ahora sí termino. Sería una ilusión de mi parte pretender que Lorenzo Peña presenta un talón de Aquiles dentro de su bien trabado armazón. Sin embargo, no me cabe duda de que, con las dificultades aquí expuestas, nuestro autor sabrá dar una respuesta que aplacará las inquietudes aquí vertidas, expandiendo así nuestro diálogo enriquecedor. Muchas gracias por darme la oportunidad de formar parte del mismo.

Bibliografía

- HOSPERS, J. (1979). *La conducta humana*. (J. Cerón, Trad.). Madrid, España: Tecnos. (Trabajo original publicado en 1961).
- HOOKER, B. (2016). Rule Consequentialism. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Ed.). Recuperado de:
<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/consequentialism-rule/>
- KING, P. Abelard's Intentionalist Ethics. Recuperado de:
http://individual.utoronto.ca/pking/articles/Abelard_on_Ethics.pdf
- PEÑA, L. (1987-1988). Un enfoque no clásico de varias antinomias deónticas. *Theoria - Segunda Época* 7-8, pp. 67-94.
- PEÑA, L. (1991). El problema de los dilemas morales en la filosofía analítica. *Isegoría* 3, pp. 43-79.
- PEÑA, L. (1995). Quantificational entitlements and relevantoid deontic logic. *Logique et Analyse* 150-151-152, pp. 209-238.
- PEÑA, L. (2015). Prólogo. En L. Peña, *Idea Iuris Logica* (Tesis doctoral, pp. 3-14). Recuperado de:
http://digital.csic.es/bitstream/10261/117264/1/IdealurisLogica_LPyG.pdf
- PEÑA, L. (2016). El lugar de la filosofía jurídica en el conjunto de los estudios filosóficos. Recuperado de:
<http://digital.csic.es/bitstream/10261/134637/1/lugar5.pdf>
- PEÑA, L. (2017a). 59 Tesis del racionalismo jurídico. Recuperado de:
<http://digital.csic.es/bitstream/10261/156978/1/59tesis.pdf>
- PEÑA, L. (2017b). A propósito de mis recientes "59 tesis sobre el racionalismo jurídico". Recuperado de:
<https://jurilog.blogspot.com/2017/11/a-proposito-de-mis-recientes-59-tesis.html>
- PEÑA, L. (2017c). Ética y derecho: Invitación al debate. Recuperado de:
<https://jurilog.blogspot.com/2017/11/etica-y-derecho-invitation-al-debate.html>
- PEÑA, L. (2017d). *Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico*. Madrid, España: Plaza y Valdés.
- PEÑA, L. (2018). Juicio moral y juicio jurídico-penal. Consideraciones sobre la sentencia de La Manada. Recuperado de:
<https://jurilog.blogspot.com/2018/08/juicio-moral-y-juicio-juridico-penal.html>
- SINNOTT-ARMSTRONG, W. (2015a). Consequentialism. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2015 Ed.). Recuperado de:
<https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/consequentialism/>
- SINNOTT-ARMSTRONG, W. (2015b). Moral Skepticism. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Ed.). Recuperado de:
<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/skepticism-moral/>

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

(2017) Plaza y Valdés, Madrid. 446 pp.

J. J. Moreso

Universitat Pompeu Fabra

josejuan.moreso@upf.edu

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4366>

Acerca de la Logica Iuris de Lorenzo Peña

In logic there are no morals. Everyone is at liberty to build his own logic, i.e. his own language, as he wishes.

All that is required of him is that, if he wishes to discuss it, he must state his methods clearly, and give syntactical rules instead of philosophical arguments.
(Carnap 1937: §17).

1. Introducción

Lorenzo Peña es un lógico y un filósofo reconocido, con una larga lista de contribuciones a la lógica y a la ontología, que en tiempos recientes ha prestado su atención a los problemas filosóficos suscitados por el derecho. Para ello, con su inmensa curiosidad intelectual y capacidad de trabajo, estudió derecho y escribió una tesis doctoral jurídica. Si se me permite decirlo de este modo: la filosofía –analítica para más señas-¹ fue un amor de juventud, que no ha abandonado, mientras el derecho es fruto de un amor de madurez.

El libro que suscita estos comentarios (Peña, 2017) es una revisión y ampliación de su tesis doctoral jurídica, defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en 2015. En su obra, Peña vierte toda su concepción filosófica al servicio de una concepción del derecho original y heterodoxa.

Reclama ser una concepción deudora del iusnaturalismo *racionalista*, en estos tiempos de post-positivismo, en donde en el paisaje actual el iusnaturalismo más reclamado, por una minoría, es el iusnaturalismo clásico de la tradición tomista.² Hasta el punto que el título, que el del libro evoca, de su tesis doctoral jurídica fue

¹ Su tesis doctoral filosófica, pronto hará cuarenta años, la elaboró en Lieja bajo la supervisión de Paul Gochet, un filósofo *quineano* que, es de suponer, le transmitió la devoción por el gran lógico y filósofo norteamericano.

² De la mano, sobre todo, de Finnis (1980).

Idea Iuris Logica, tomado de la obra de un jurista alemán de dicha tradición, Hermann Vultejus, digamos que no el más conocido de los iusnaturalistas racionalistas.

Y este creo que es otro rasgo del autor, que presupone obviamente una gran erudición: un amor por autores y corrientes menos conocidas y, sobre todo, *heterodoxas*. En el talante filosófico de Lorenzo parece traslucirse un cierto extremismo, filosófico es claro, una atracción por posiciones radicales y minoritarias. Yo, por mi parte –debo confesarlo–, no comparto esa actitud, filosóficamente al menos, mi actitud es más *ecuménica*, presiento que puede haber parte de verdad en muchas posiciones y me resulta hartamente más difícil que a Lorenzo apartarme de las doctrinas más asentadas, me temo que desde este punto de vista soy más conservador que Lorenzo.

En el libro hay una presentación de los fundamentos lógicos del derecho y del razonamiento jurídico que están inextricablemente ligados a la doctrina del derecho natural defendida por el autor. Hasta el punto de que Peña (2017, p. 432) sostiene que hay un “estrecho vínculo entre lógica nomológica y derecho natural. Ese íntimo conexo consiste en que es lógica nomológica aquella parte del derecho natural que, hoy por hoy, podemos formalizar, o sea, ajustar a los parámetros de regimentación inferencial reconocidos en las ciencias exactas de nuestro tiempo”. Hay algo que no alcanzo a comprender de esta idea: la lógica sólo se ocupa de la dimensión formal de nuestras inferencias, nada dice del contenido, de hecho es compatible con cualquier contenido. Bien, sólo excluye algunos contenidos: aquellos que no son lógicamente posibles. En este sentido, no comprendo bien como la lógica nomológica puede ser parte del derecho natural, sino es en el trivial sentido conforme al cual las verdades lógicas son implicadas por cualquier proposición.

Por esta razón, entre otras, será mejor ir por partes. Dividiré mi comentario en cuatro apartados: en el primero me referiré a lo que podemos denominar las concepciones de la lógica, en el segundo a la sintaxis de la lógica nomológica de Peña, en la tercera a la semántica de dicha lógica, con algunas cuestiones pragmáticas y, en cuarto y último lugar, a la singular tesis de Peña según la cual el derecho natural es un ámbito distinto y autónomo en relación con la moralidad.

2. Concepciones de la lógica

El gran lógico norteamericano, ahora algo olvidado lamentablemente, R. M. Martin cuenta (Martin, 1974, p. 75) que cuando su maestro A. N. Whitehead supo de las lógicas trivalentes de Lukasiewicz, dado que no tenía gran simpatía por las lógicas alternativas, dijo que sólo hay ‘*One God, one country, one logic*’. No es que yo comparta este también radical punto de vista. Pero tampoco comparto el punto de vista extremadamente liberal al que Carnap parece que se adhería, al menos en el texto que encabeza esta contribución. Me muevo más bien en una posición cercana a Quine, del que Peña se separa en este caso,³ según el cual las revisiones de la lógica clásica deben ser acogidas con mucha precaución, de acuerdo con lo que denominó *la máxima de la mutilación mínima* (Quine, 1970, p. 100).

Tradicionalmente, la lógica deóntica se considera una variación de alguna de las lógicas modales que, a su vez, son comprendidas como extensiones de la lógica clásica, normalmente de la lógica clásica proposicional, es decir, en la lógica deóntica son válidos todos los axiomas y teoremas de la lógica proposicional clásica.

³ Véase Peña (2017: 55 y nota 17) para la posición de Peña acerca de la concepción de Quine.

Como es sabido, la lógica modal en su versión más débil,⁴ el sistema **K**, (aludiendo a Saul Kripke) surge de añadir los dos siguientes principios a la lógica proposicional:

Regla de necesidad: Si A es un teorema de **K**, entonces también lo es $\Box A$.

(en donde el símbolo \Box está en el lugar de la expresión ‘es necesario que’, al que se añade el símbolo \Diamond , que se lee ‘es posible que’ y se define como $\neg\Box\neg$).

Axioma de distribución: $\Box(A \rightarrow B) \rightarrow (\Box A \rightarrow \Box B)$.

El sistema **K**, sin embargo, es muy débil para dar cuenta de las peculiaridades de lo necesario y lo posible, por dicha razón se acepta ampliamente un nuevo axioma (M) que configura el llamado sistema **T**:

(M) $\Box A \rightarrow A$.

Más controvertida es la aceptación de los axiomas (que se refieren a la iteración de operadores de necesidad y de posibilidad) y que dan lugar a los sistemas, denominados por razones obvias, **S4** y **S5**:

(4) $\Box A \rightarrow \Box \Box A$.

(5) $\Diamond A \rightarrow \Box \Diamond A$.

Pues bien, la lógica deóntica nace como una extensión de la lógica modal, en la que el operador O , por ‘es obligatorio que’, se comporta como \Box , ‘es necesario que’, y ‘P’, por ‘está permitido que’, se comporta como \Diamond , ‘es posible que’. Los axiomas de las diversas lógicas deónticas corren en paralelo a los de las lógicas modales, con una excepción: obviamente aquí no es aceptable el axioma (M) puesto de que A sea obligatorio, no se obtiene que A , dado que la lógica deóntica debe reconstruir la intuición común de acuerdo con la cual nuestras obligaciones pueden ser violadas. Hay que sustituir el axioma (M) por un axioma como (D), que parece conforme a nuestras intuiciones, lo que es obligatorio está también permitido:⁵

(D) $O p \rightarrow P p$.

No es irrazonable creer que una estrategia como esta podría reconstruir *la lógica del derecho*, es decir la lógica que subyace a la estructura del derecho y al razonamiento de los juristas. Así, por ejemplo, en una obra crucial en esta tradición, Alchourrón-Bulygin 1971, con una lógica deóntica que es una extensión de la lógica proposicional. O bien, más recientemente, y con argumentos a los que es sensible Peña, añadiendo la lógica de predicados de primer orden, la descomunal Ferrajoli 2007, también una extensión de la lógica clásica con la lógica modal y la lógica deóntica.

Sin embargo, esta no es la vía de Lorenzo Peña. Peña había demostrado en muchos de sus trabajos de lógica el rechazo de partes centrales de la lógica clásica. Fundamentalmente, según creo, Peña rechaza de la lógica clásica dos consecuencias importantes. En primer lugar, la idea de que de una contradicción se sigue cualquier consecuencia, *ex falso quodlibet*, también llamada *principio de explosión*. Una

⁴ Vd., por ejemplo Garson 2016.

⁵ Esto es lo que hace el pionero y seminal Von Wright 1951. Véase también McNamara 2014.

consecuencia que fue elegantemente mostrada por C.I. Lewis y C.H. Langford (Lewis-Langford, 1932, p. 252) del siguiente modo:

1. $p \wedge \neg p$	Premisa
2. p	Eliminación de la conjunción 1
3. $p \vee q$	Introducción de la disyunción 2
4. $\neg p$	Eliminación de la conjunción 1
5. q	Silogismo disyuntivo en 3,4.

La segunda idea que rechaza Peña es el principio de bivalencia, según el cual toda proposición es o bien verdadera o bien falsa. Esta es una tesis no del sistema de la lógica proposicional, sino acerca de él. Quiero decir que en el sistema de la lógica proposicional se puede probar que la fórmula

$$p \vee \neg p,$$

puede obtenerse sin premisas del siguiente modo:

1. $\neg(p \vee \neg p)$	Introducción de premisa 1
2. p	Introducción de premisa 2
3. $p \vee \neg p$	Introducción de la disyunción 2
4. $(p \vee \neg p) \wedge \neg(p \vee \neg p)$	Introducción de conjunción 1,3
5. $\neg p$	Regla del absurdo 2,4.
6. $p \vee \neg p$	Introducción de la disyunción 5
7. $(p \vee \neg p) \wedge \neg(p \vee \neg p)$	Introducción de conjunción 1,6
8. $\neg\neg(p \vee \neg p)$	Regla del absurdo 1,7
9. $p \vee \neg p$	Doble negación 8

Es decir, el tercero excluido es un teorema de la lógica proposicional. Ahora bien, esto no es todavía la ley de la bivalencia, para ello debemos aceptar la definición de verdad aristotélico-tarskiana, según la cual “p’ es verdadera si y sólo si p’ y ‘p’ es falsa si y sólo si $\neg p$ ’. Ahora con las definiciones de verdad y falsedad y el tercero excluido puede probarse la bivalencia del siguiente modo:

(V) ‘p’ es V $\leftrightarrow p$	Definición de verdad
(F) ‘p’ es F $\leftrightarrow \neg p$	Definición de falsedad
(TE) $p \vee \neg p$	Tercero excluido
(BIV) ‘p’ es V \vee ‘p’ es F	Bivalencia, por equivalencia de los bicondicionales

A nuestro autor ambos principios, el principio de explosión y el de bivalencia, le parecen rechazables. El rechazo del principio de explosión da lugar a lo que se conoce como lógicas *paraconsistentes*.⁶ Esta posición, que comporta que la paraconsistencia es una propiedad de la relación de consecuencia lógica, no ha de confundirse con el denominado *dialeteísmo*, una posición acerca de la verdad, que comporta que hay contradicciones que son verdaderas.⁷ Peña presenta claramente esta distinción (Peña, 2017, pp. 47-48) y se inclina por alguna lógica paraconsistente. Parece que esta inclinación surge de profundas convicciones filosóficas que alinean al autor, frente a Aristóteles, con filósofos como Heráclito o Hegel. En sus propias palabras (Peña, 2017, pp. 46-47):

⁶ El nombre se debe al filósofo peruano Francisco Miró Quesada que lo acuñó en el III Simposio latinoamericano de lógica matemática en 1976. Véase, por ejemplo, Priest-Tanaka-Weber 2018.

⁷ Vd. Priest-Tanaka-Weber 2018 y Priest-Berto-Weber 2018.

Lo opuesto a ese enfoque aristotélico es el punto de vista contradictorio que ha guiado todo el itinerario intelectual del autor de estas páginas, inspirado en la filosofía de Heráclito; una filosofía de la antinomia, que entiende que no todo es como es, que algunas cosas son como no son, porque en realidad se dan hibridaciones: mezcla de ser y no-ser, de bien y de mal, de ser así y ser de otro modo.

Y este último aspecto de este enfoque permite (Peña, 2017, p. 47) “comprender los desgarramientos, los *es-no-es*, las impurezas, las desfiguraciones, las adulteraciones”. Permite comprender que la realidad es gradual y que los objetos tienen o no algunas propiedades no de sopetón sino gradualmente. Ello supone el rechazo del principio de bivalencia: la pregunta no es si *a es P* o no es *P*, sino en qué grado *a es P*.

Por ello, la lógica deóntica que subyace al libro es una lógica paraconsistente, relevante y gradualista o borrosa, una lógica que es una extensión de la lógica relevante y que halla su presentación, por ejemplo, en Ausín-Peña 2012.

Antes de comentar estos aspectos que subyacen a la presentación de las tesis de lógica deóntica del autor, permítaseme decir que en virtud de las ideas del autor que serán tenidas en cuenta en el cuarto epígrafe de este trabajo, las prescripciones son verdaderas o falsas, es más, todas las prescripciones emitidas por una autoridad son verdaderas, lo dice con estas palabras (Peña, 2017, p. 346): “Aquello que hace verdadera la proclama deóntica edictiva es la propia existencia de esa misma proclama, la cual es así autofundante”. Siendo así, me temo, y dado que cualquier oración puede ser proferida por una autoridad, la posición de Peña, de tomarnos en serio esta afirmación, hace de su lógica no una lógica paraconsistente ni dialéctica, sino una lógica *trivial*, dado que todas las normas (también las contradictorias entre sí) emitidas por una autoridad son verdaderas, que es la tesis del *trivialismo* (Priest-Tanaka-Weber 2018).

Es cierto que las preocupaciones que llevan a Peña a abrazar estas lógicas alternativas son filosóficamente relevantes. Por ejemplo, es más que posible que entre algunas de nuestras creencias y lo que es implicado por otras de nuestras creencias haya alguna contradicción. Aceptar el principio de explosión significaría que, si soy racional, creo que todas las proposiciones son verdaderas y que todas son falsas. Por lo tanto, necesitamos algún modo de poner freno a dicho principio. También es más que atendible el hecho de que muchos de nuestros predicados son graduales y que la bivalencia es una regimentación imposible de nuestro lenguaje ordinario. Ambas cosas son importantes en el derecho: es posible que las múltiples autoridades jurídicas dicten normas incompatibles y sería grave considerar que por eso cualquier norma forma parte de determinado conjunto de regulaciones, y también es difícil sostener que cualquier comportamiento de los genitores o bien está de acuerdo con la diligencia de un buen padre de familia o no lo está, puede estarlo en algún grado. Sin embargo, según creo, ninguna de ambas preocupaciones tiene que llevarnos a apartarnos en la medida que el autor lo hace de la lógica clásica. Caben estrategias más *conservadoras*.

Voy a señalar dos de ellas que he ensayado en algunos trabajos en el pasado. La primera consiste en distinguir entre las consecuencias lógicas de un conjunto de normas aquellas que son relevantes de aquellas *irrelevantes* y dejar de este modo que sólo las relevantes sean aptas para la justificación de las decisiones normativas en determinado ámbito (Moreso 1996, 1998). Con ello, no precisamos cambiar nuestra noción clásica de consecuencia lógica. Basta con tomar la noción de consecuencia lógica relevante de Schurz (1991) según la cual

Asumamos que $\{P\} \vdash C$. Entonces: C es una conclusión relevante de $\{P\}$ si y sólo si ninguna variable proposicional en C es sustituible en alguna de sus ocurrencias por cualquier otra variable proposicional, salva *validitate* de $\{P\} \vdash C$. En cualquier otro caso, C es una conclusión irrelevante de $\{P\}$.

Ello hace, para lo que ahora nos importa, que cualquier conjunto de proposiciones que contenga una contradicción carece de consecuencias relevantes, puesto que todas ellas pueden ser sustituidas por cualquier otra. Así bloquea el principio de explosión para las consecuencias relevantes, aunque no para las consecuencias válidas lógicamente. En Moreso (1996) se extiende esta noción a la lógica deóntica y se muestran algunas interesantes consecuencias de distinguir entre las consecuencias normativas lógicamente válidas, las relevantes de las irrelevantes.

Algo semejante ocurre con la gradualidad. Entre las diversas estrategias que se han desarrollado para dar cuenta de la vaguedad de nuestros lenguajes, hay una que a mí me parece adecuada para aplicarla a los problemas del derecho (vd. Moreso 2002, 2015), la estrategia del *supervaluacionismo*.⁸ Supongamos que tenemos dudas sobre si Julia Roberts, que mide 1,75 m., es o no alta. Por otro lado, no hay duda que el baloncestista Pau Gasol, 2.13 m., es alto y que el actor Danny de Vito, 1,47m., no es alto. Hay algunas precisiones del predicado 'alto' que son admisibles y otras que no. En todas las precisiones admisibles 'Pau Gasol' es alto es verdadera y 'Danny de Vito es alto' es falsa, ahora bien en algunas precisiones admisibles 'Julia Roberts es alta' es verdadera y en otras falsa. Diremos entonces que si una proposición es verdadera en todas las precisiones admisibles es *superverdadera*, si es falsa en todas las precisiones admisibles es *superfalsa*, si es verdadera en algunas y falsa en otras, entonces no es ni verdadera ni falsa. Tratar así la gradualidad no está exento de problemas, pero permite mantener la verdad de todos los teoremas de la lógica clásica, puesto que por ejemplo, $p \vee \neg p$ es verdadero en todas las precisiones admisibles y $p \wedge \neg p$ es falso en todas las precisiones admisibles. En cambio, si el gradualismo nos lleva, como a Peña, a las lógicas borrosas, a las lógicas polivalentes, entonces si p carece de valor de verdad, también carecen de valor de verdad $p \vee \neg p$ y $p \wedge \neg p$. Lo cual es extraño puesto que parece que la verdad lógica depende sólo de la estructura de las fórmulas lógicas y no de su contenido. Por otro lado, en Moreso (2015) se halla un modo de aplicar el supervaluacionismo tanto a las antinomias como a las lagunas normativas, que no puede ser desarrollado aquí.

2. Cuestiones de sintaxis

Hay muchas cosas que podrían decirse de las reglas y axiomas de la lógica de Peña. Pero me referiré a una sola que guarda relación con una *vexata quaestio* de la lógica deóntica: la representación de las normas condicionales. Si yo le digo a mi hija Júlia, 'si sales de casa, ponte el abrigo', esta expresión tiene al menos dos candidatos, siendo p 'que Júlia salga de casa' y q 'que Julia se ponga el abrigo':

(1) $O(p \rightarrow q)$

(2) $p \rightarrow Oq$,

la primera suele conocerse como la concepción insular y la segunda como la concepción puente. En el primer caso, parece que Júlia está obligada o bien a quedarse en casa o bien a ponerse el abrigo, en el segundo sólo está obligada a ponerse el abrigo si sale de casa, lo que resulta aparentemente en lo mismo. Sin

⁸ Entre la abundante literatura, véase el pionero Fine 1975 y, sobre todo, Keefe 2000.

embargo, el *modus ponens* parece funcionar de modo distinto en ambos casos, en (1) funciona el *modus ponens deóntico*, algo como

$$(MPD) (O(p \rightarrow q) \wedge Op) \rightarrow Oq$$

y, en cambio, en (2) opera el *modus ponens fáctico*:

$$(MPF) (p \rightarrow Oq \wedge p) \rightarrow Oq.$$

No es lo mismo, y ambas representaciones producen sus paradojas. En el caso de (1), supongamos que alguna amiga llama a mi hija porque necesita contarle algo urgentemente, entonces sucede que p deviene obligatorio, que Op , y así también Oq . Supongamos que por lo que fuere mi hija no va al encuentro de su amiga, aun así ¿es obligatorio que se ponga el abrigo como requiere el *modus ponens* deóntico?. Y en el caso de (2), supongamos que su madre le autoriza, tal vez ha cambiado el tiempo, que salga sin el abrigo, $\neg Oq$, entonces, por la aplicación del *modus tollens* obtenemos que $\neg p$, una conclusión fáctica, que no sale de casa.⁹

En la lógica deóntica estándar, tal vez aceptando la traducción deóntica del axioma de distribución, se acepta la concepción insular y el *modus ponens* deóntico, al aceptar que

$$O(p \rightarrow q) \rightarrow (Op \rightarrow Oq).$$

Sin embargo, Alchourrón (1996) considera que las normas jurídicas condicionales están mejor representadas por la concepción insular y el *modus ponens* fáctico.¹⁰ Tal vez (es una sugerencia que se halla en Greenspan 1975), la concepción insular sea apta para representar las normas condicionales en los que la acción descrita en el antecedente esté en las manos del destinatario de la norma, la verdad de la prótasis sea alterable por el destinatario. Algunas normas jurídicas son de este tipo, por ejemplo: 'Si alguien circula a más de 120 km/h por una autopista, debe pagar una multa de 100 euros'. En cambio, cuando la verdad de la prótasis es inalterable para el sujeto normativo, 'si el semáforo está en rojo, debes detenerte', entonces es más apta la concepción puente. No es posible, al parecer, hacer compatibles ambas intuiciones.

Sin embargo, y es algo que no logro entender bien, Peña (2017, pp. 408-409) rechaza taxativamente el axioma deóntico de distribución, por un lado, y por otro acepta el siguiente *modus ponens* (2017, pp. 104-105 y nota 54) puesto que acepta que (en su vocabulario):

$$o(A \rightarrow B) \rightarrow (A \rightarrow oB).$$

Esto es, la concepción insular implica la concepción puente. No entiendo que ganamos con esta maniobra, entonces mejor quedarse con la concepción puente. Sin embargo, si tenemos en cuenta que, según Peña (2017, p. 409), "resulta problemática la mezcla, en una misma oración compuesta, de una cláusula aseverativa (y, por lo

⁹ La idea de estos dos tipos de *modus ponens*, de *detachment*, en Greenspan 1975 y Alchourrón 1996. Discutimos los problemas en Moreso-Rodríguez 2010.

¹⁰ Contrariamente a los primeros trabajos de lógica deóntica de Alchourrón (1969), en donde una expresión como $p \rightarrow Oq$ ni siquiera era una expresión bien formada del cálculo. Aunque en el apéndice de Alchourrón-Bulygin (1971) se dice que la lógica subyacente a *Normative Systems*, es la lógica de Alchourrón 1969, la idea de que una norma jurídica correlaciona un caso genérico con una solución normativa presupone la concepción puente (lo que queda confirmado por el uso de algunas expresiones de este tipo en el apéndice). No sé cómo pueda resolverse dicha tensión de *Normative Systems*.

tanto, portadora de valor veritativo) y otra dizque prescriptiva y, a fuer de tal, carente de tal valor; no está clara la naturaleza del resultado de este acoplamiento”, no sé cómo debemos interpretar la apódosis del axioma de distribución.

3. Cuestiones de semántica

La legitimidad de la lógica clásica procede de la noción de consecuencia lógica: La proposición A es una consecuencia lógica del conjunto de proposiciones {B} si y sólo si no es posible que las proposiciones de {B} sean verdaderas y A sea falsa. Cuando tratamos de aplicar esta idea a las normas nos hallamos ante lo que se conoce como dilema de Jørgensen (Jørgensen, 1938): si la lógica se ocupa de las relación de consecuencia entre entidades aptas para la verdad y la falsedad y las normas no son ni verdaderas ni falsas, entonces no hay una lógica para las normas. El único modo de superar el dilema (el nombre se lo puso Ross 1941) es o bien aceptar que las normas son verdaderas o falsas o asumir que la lógica va más allá de la verdad.

Ha habido muchos intentos de encontrar un correlato a la verdad de las oraciones asertivas para aplicarlo a las normas. Tal vez el más exitoso el que trata de construir una noción de *eficacia* para las normas paralela a la verdad de las proposiciones. Algo como, dicho aquí muy resumidamente, Op es eficaz si y sólo si p es siempre verdadero durante la historia de la norma y Pp es eficaz si es alguna vez verdadero en la historia de la norma (si alguna vez se hace uso de la permisión). Dado que las expresiones adverbiales ‘siempre’ y ‘alguna vez’ se comportan en un modo paralelo a como se comportan ‘es necesario que’ y ‘es posible que’ y, también, ‘es obligatorio que’ y ‘está permitido que’, entonces tal vez podemos tener esperanzas en una vía como esta.¹¹

Sin embargo, Peña intenta mostrar que las normas son aptas para la verdad. En Peña (2017, pp. 336-347), apoyado en las ideas de la filosofía del lenguaje sobre los performativos, oraciones como ‘declaro inaugurado el curso académico’ que mediante el decir unas palabras generan determinados hechos institucionales, Peña sostiene dos atrevidas tesis: 1) por un lado, que las normas jurídicas son performativos (*jusivos* los llama) y 2) por otro lado, que las autoridades hacen verdaderos dichos enunciados al proferirlos, “al proferir, edictivamente, esta frase, el legislador la hace verdadera, creando la obligación”.

No deseo discutir aquí la primera tesis, puesto que es verdad –según creo– que cuando las autoridades dictan una prescripción en determinadas circunstancias entonces dicho acto lingüístico tiene dos dimensiones: la de ordenar y la de añadir un hecho institucional al mundo, una norma válida. Explicar cómo es ello posible nos llevaría demasiado lejos.

No obstante, la segunda asunción me parece mucho más cuestionable. En primer lugar, no siempre que alguien profiere ‘declaro inaugurado el curso académico’ inaugura algo. Si yo lo digo en 2018, aún ante los miembros de mi universidad, no inauguro nada. Cuando lo dije en 2008 (fui rector de la Universitat Pompeu Fabra entre 2005 y 2013), en el acto solemne de inicio del curso, sí alcancé a inaugurar el curso. Por ello, no es el decir determinadas palabras lo que cambia el mundo, sino hacerlo en determinadas condiciones, a veces llamadas de felicidad, es decir adecuadas para conseguirlo. Decir ‘declaro inaugurado el curso académico’ no es ni verdadero ni falso, lo que ocurre es que en determinadas condiciones de felicidad, decirlo hace verdadero el hecho de la inauguración.

¹¹ Un desarrollo de esta idea y un intento de generar una semántica formal para las normas en Moreso-Navarro 1996.

Por dicha razón, me parece contrariamente a Peña, que la distinción entre normas y proposiciones normativas, que él rechaza, sigue teniendo todo el sentido. La proposición normativa sostiene que ese acto lingüístico de una autoridad vale, en ese contexto, como una norma jurídica. La proposición normativa es o bien verdadera o bien falsa, verdadera cuando se refiere a mi inauguración del curso el año 2008, falsa cuando se refiere a mi inauguración del curso el año 2018. Mis actos lingüísticos, en cambio, no son ni verdaderos ni falsos, son sólo felices o infelices.

Dos cuestiones más que guardan relación con el rechazo de la lógica deóntica estándar por parte de Peña y que, tal vez, conllevan algunas cuestiones de pragmática.

En primer lugar la paradoja de Ross (1941) según la cual, si hubiera relaciones lógicas estándar entre normas entonces de la norma 'Lleva la carta al correo' podría inferirse 'Lleva la carta o quémala'. A Peña (2017, p. 400-1), le parece una objeción relevante, porque según dice, alguien cumpliría con la norma en este caso quemando la carta. Bien, en primer lugar, cumpliría con la norma derivada, pero no con la norma formulada, que quedaría sin cumplir. El destinatario de esta norma sólo tiene un modo de cumplir con las obligaciones que se derivan de lo que se le ha ordenado, llevando la carta al correo, otros modos de cumplir con obligaciones derivadas si vulneran esa obligación explícita son modos inadecuados de realizar lo ordenado. La idea de relevancia a la que me refería en el epígrafe segundo puede sernos de utilidad aquí (la idea de relevancia es fundamentalmente pragmática), $O p \vee q$ es una conclusión *irrelevante* de $O p$, porque la variable proposicional q puede ser sustituida por cualquier otra *salva validitate*. Entonces no es útil para justificar la acción, como vimos. Todos los casos de la paradoja de Ross pueden ser así solucionados.

Más sorprendente es el rechazo de lo que Peña (2017, pp. 396-398) denomina el principio de simplificación, y que es ampliamente aceptado en la literatura de la lógica deóntica, según el cual

$$O(p \wedge q) \rightarrow Oq.$$

Veamos el ejemplo del autor (2017, p. 396): "Conrado es un profesor que tiene la obligación de corregir los exámenes de sus alumnos y entregar las calificaciones en secretaría antes del 15 de junio. Incumple el deber de corregir. Sin embargo, en virtud del principio de simplificación, está obligado a entregar las calificaciones en secretaría, aunque sean de pura fantasía". Creo que, en este caso, la cuestión es realmente pragmática: la orden presupone que la entrega de las calificaciones es de las calificaciones obtenidas de una corrección imparcial. Supongamos que Conrado ordena a un becario realizar dicha función y que el becario la realiza a conciencia, entonces Conrado efectivamente cumple con la segunda obligación e incumple la primera, porque se trata de una obligación que debe cumplir aquí personalmente. Si hace lo que dice Peña, en realidad, incumple las dos obligaciones. Creo que el argumento de Peña no es válido para desacreditar la validez del principio.

4. Cuestiones de ética

A un lector contemporáneo de la obra de Peña, tal vez lo que le resulte más chocante es que un defensor como él del Derecho natural racionalista, sostenga a la vez una separación radical entre el derecho y la moral, entre los deberes morales y los deberes jurídicos. Estamos habituados (al menos desde Hart 1958) a tomar la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral como la manera de distinguir entre iuspositivistas, que la aceptan, y iusnaturalistas que la rechazan.

Creo, sin embargo, que hay una parte de disputa verbal en esta posición de Peña. Peña (2017, p. 191) dice enfáticamente: “El ámbito de la moral es el de la conciencia subjetiva, el de las convicciones íntimas”. Esta posición de Peña (véase por ejemplo Peña, 2017, pp. 308-334) apela a dos ideas centrales de su contribución:

- I. En el derecho, por diferencia a la moral, es irrelevante la subjetividad de los agentes, su fuero interno.
- II. En la moral estamos en el ámbito del pluralismo de razones y de opiniones, que debemos tolerar; el ámbito del derecho en cambio es el ámbito del bien público, de las razones que justifican el uso de la coerción de las autoridades.

Ambas tesis, bien comprendidas, son atendibles, pero –como trataré de mostrar– no conducen a la separación del derecho y la moralidad. La primera tesis es una contribución del iusnaturalismo racionalista (de Pufendorf y Thomasius, por ejemplo) a la modernidad. Distinguir entre un ámbito, el de la ética privada, en el cual el derecho no debe intervenir (la libertad de pensamiento, por ejemplo) y el ámbito del bien común, en donde sí debe intervenir. Ahora bien, en primer lugar, necesitamos algún criterio para realizar dicha distinción, y creo que debemos aceptar que este es un criterio ético o moral, porque sólo la moral, por así decirlo, goza de una jurisdicción universal. En segundo lugar, la subjetividad de los agentes no es siempre irrelevante para el derecho, no es cierto que el ámbito de las intenciones sea el ámbito de la moral y el ámbito de las obras, el ámbito del derecho. También es más reprobable desde el punto de vista moral la madre que, cansada y agobiada por el llanto de su bebé, la ahoga en la bañera que la madre que desea hacerlo, pero al final se reprime. Y es más reprobable jurídicamente la madre que intencionalmente ahoga al bebé en la bañera, que la madre a la que el bebé se le ahoga por su falta de diligencia, pero sin pretenderlo.

La segunda tesis es claramente aceptable, el hecho del pluralismo define las sociedades contemporáneas de un modo crucial. Sin embargo, no veo como generar una concepción del bien común, de lo que nos debemos unos a otros, de la reciprocidad en sociedad, sin la aceptación de alguna concepción de la justicia, la primera virtud, como quiere Rawls (1971: 3), de las instituciones públicas. No entiendo bien por qué a Peña le parece posible articular una concepción del bien común a partir de la experiencia y la práctica jurídica de las sociedades humanas, que cristalice en un conjunto de principios jurídicos aptos para justificar la doctrina de los derechos humanos y, en cambio, le parece que nuestra moralidad común (que no debemos dañar a los demás, que debemos cumplir las promesas, que debemos decir la verdad, por ejemplo) no es suficiente para generar un territorio de principios intermedios que ninguna persona racional rechazaría. Que esa concepción sea denominada moralidad pública o derecho natural me parece, realmente, irrelevante. Una triste, aunque ancestral, disputa verbal. En realidad el derecho aspira a ser, como quiere el último Dworkin (2011, cap. 19), nuestra moralidad pública institucionalizada.

5. Para seguir debatiendo

Es claro que aquí sólo he escogido, de un modo algo *impresionista*, algunos aspectos de la obra de Lorenzo. Aspectos en los que tenía dudas, o bien directamente discrepancias, y que me parecía que valía la pena poner de manifiesto.

Sin embargo, es mucho lo que uno aprende leyendo la obra de Lorenzo, no cabe duda alguna. Combina, con afortunada sutileza, un profundo conocimiento de la lógica con un más que envidiable conocimiento de los filósofos clásicos y

contemporáneos. Es una suerte que durante los últimos años haya decidido dedicarse a la filosofía jurídica, porque nos ha permitido sentirlo más cercano, trabajando codo a codo con nosotros.

Tal vez, para regresar al principio, nuestras discrepancias sean poco más que las que hay entre su actitud, más radical y heterodoxa en filosofía desde siempre, y la mía, me temo que más ecuménica y, lo reitero, filosóficamente más conservadora. Sea como fuere, mi contribución ha de ser leída únicamente como un peldaño más en la ancha escalera que el debate con su obra tan sobradamente merece.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos E. (1969): 'Logic of Norms and Logic of Normative Propositions', *Logique et Analyse*, 12: 242-268.
- (1996): 'Detachment and Defeasibility in Deontic Logic', *Studia Logica*, 57:5-18.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio (1971): *Normative Systems*, (Wien-New York: Springer).
- AUSÍN, Txetxu; PEÑA, Lorenzo (2012): 'Soft Deontic Logic' en Seising R., Sanz González V. (eds.) *Soft Computing in Humanities and Social Sciences. Studies in Fuzziness and Soft Computing*, (Berlin-Heidelberg: Springer), 157-172.
- CARNAP, Rudolf (1937): *Logical Syntax of Language*, (London:Routledge).
- DWORKIN, Ronald (2011): *Justice for Hedgehogs*, (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- FERRAJOLI, Luigi (2007): *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols. (Roma-Bari: Laterza).
- FINE, Kite (1975): 'Vagueness, Truth and Logic', *Synthese*, 30: 265-300.
- FINNIS, John (1980): *Natural Law and Natural Rights*, (Oxford: Oxford University Press).
- GARSON, James (2016): 'Modal Logic', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/logic-modal/>>.
- GREENSPAN, P.S. (1975): 'Conditional Oughts and Hypothetical Imperatives' *Journal of Philosophy* 72: 259-276.
- HART, H.L.A. (1958): 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review* 71: 593-629.
- JØRGENSEN, Jørgen (1938): 'Imperatives and logic', *Erkenntnis* 7: 288-98.
- KEEFE, Rosanna (2000): *Theories of Vagueness* (Cambridge: Cambridge University Press).
- LEWIS, C.I.; LANGFORD, C.H. (1932): *Symbolic Logic*, (New York: Dover).
- MARTIN, Richard M. (1974): 'On Abstractive Hierarchies' en R.M. Martin, *Whitehead's Categorical Scheme and Other Papers*, (The Hague: Martinus Nijhoff), 66-75.
- MCNAMARA, Paul (2014), 'Deontic Logic', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/logic-deontic/>>.
- MORESO, J.J. (1996): 'On Relevance and Justification of Legal Decisions'. *Erkenntnis: an international journal of analytic philosophy*, 44: 76 – 100.
- (1998): *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, (Dordrecht: Kluwer).
- (2002): 'Superevaluaciones y determinación normativa'. En J.J. Moreso, P.E. Navarro, M.C. Redondo, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. (México: Fontamara, 2002), 69 – 94.
- (2015): 'Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias', *Anuario de Filosofía del derecho*, XXXI: 55-72.

- MORESO, J.J.; NAVARRO, P.E. (1996): 'Verdad y eficacia'. *Theoria: revista de teoría, historia y fundamentos de la ciencia* (1996): 105 – 124
- MORESO, J.J.; RODRÍGUEZ, J.L. (2010): 'Estudio introductorio: Carlos E. Alchourrón y la máxima de la mutilación mínima'. Alchourrón, C.E. *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. (España: Marcial Pons), 11 – 38.
- PEÑA, Lorenzo (2017): *Visión lógica del derecho*, (Madrid: Plaza y Valdés).
- QUINE, Willard v.O. (1970): *Philosophy of Logic*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- PRIEST, Graham, TANAKA, Koji and WEBER, Zach (2018): 'Paraconsistent Logic', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/logic-paraconsistent/>>.
- PRIEST, Graham, BERTO, Francesco and WEBER, Zach (2018): 'Dialetheism', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/dialetheism/>>.
- RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice*, (Cambridge, Mass: Harvard University Press).
- ROSS, Alf (1941): 'Imperatives and Logic', *Theoria* 7: 53–71.
- SCHURZ, Gerhard (1991): 'Relevant Deduction. From Solving Paradoxes towards a General Theory', *Erkenntnis*, 35: 391-437.
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1951): 'Deontic Logic', *Mind*, 60: 1-15.

El bien común, esencia y función del Derecho

Lorenzo Peña y Gonzalo
Instituto de Filosofía del CSIC
lorenzo.pena@csic.es

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4367>

Agradezco efusivamente los estimulantes comentarios que consagran a mi libro, *Visión lógica del Derecho* —en lo sucesivo VLD—, los profesores Julia Barragán, Andrés Ollero, Manuel Atienza, Mariano Melero, Alfonso García Figuerola, Marcelo Vásconez y José Juan Moreso.

No pudiendo venir meticulosamente abordados en esta respuesta global sus minuciosos análisis, me disculpo por soslayar, en las páginas que siguen, muchos de los problemas contenidos en sus comentarios.

* * *

Justicia y bien común

Antes de entrar en la lectura desglosada de los comentarios, desearía hacer unas consideraciones sobre un problema recurrente: *bien común* frente a *justicia*. (V. Peña, 2016.)

Desde diversas perspectivas se me objeta que, si —en la fundamentación del Derecho— invocar el bien común no equivale a invocar la justicia, entonces no es acertado mi planteamiento, pues el valor supremo del Derecho es, precisamente, la justicia, sin que pueda venir ocupado ese sitio por otro valor (si es que es verdaderamente otro).

De modo general, mi reacción es que, mientras que la justicia es formal, el bien común es material. El bien común es un contenido, un bien. Una normativa en aras de la realización de un *qué* —concretamente el bien, cierto bien, el bien común— difiere de una normativa que sólo se proponga la realización de un *cómo*, o sea: que aquello que venga realizado se lleve a cabo de una determinada manera —a saber: con justicia—.

Es bien sabido que Kant diferenció la normativa en aras del bien de aquella que se hace en aras de la rectitud. Para el filósofo de Königsberg el bien es asunto privado y empírico, un fin que cae fuera de la racionalidad jurídica. Ésta sólo regularía la manera como se relacionen los actos voluntarios de un sujeto con los de los demás (buscando cada uno los fines que desee), y esa manera es la regla de ejercitar la propia libertad de tal suerte que se armonice con la libertad de los demás según una ley universal.

En nuestro tiempo, Rawls ha retomado esa idea de Kant, dándole un nuevo perfil. Pienso que una magistral respuesta a su enfoque la brinda Michael Sandel

(Sandel, 1998), especialmente en el apartado «Contesting the priority of the right over the good». Falla la pretensión de erigir a la justicia o la rectitud como lo único socialmente vinculante en la esfera pública, dejando a la privada de cada cual entender como quiera los fines de la vida (lo que para cada ciudadano particular sea el bien). Falla por varios motivos, entre otros que las reglas de rectitud sólo cobran sentido y motivación cuando se comparten algunos fines comunes, un bien común (además de que los particulares pueden y suelen tener igualmente concepciones muy diversas de la rectitud o justicia; de hecho es verosímil que la mayoría de nosotros discrepemos de la concepción rawlsiana).

La justicia es un canon de paridad o de proporcionalidad. Ha solido enunciarse como la máxima de tratar igual los casos iguales y de modo desigual los casos desiguales. Es atinada la discusión que de ese canon ofrece H.L.A. Hart (Hart, 1961) en el apartado «Principles of justice». Perfilase con nitidez en esas páginas de su obra cómo la justicia es esencialmente formal, deslindándose, escrupulosamente, la justicia de la ley y la justicia en la aplicación de la ley. La segunda está erizada de menos dificultades (no es que no presente ninguna), pero es un enigma en qué consista la justicia de la ley. En efecto: «tratar igual los casos iguales» es claramente un sintagma elíptico, sobreentendiéndose el adverbio «relevantemente». Y ¿qué es lo relevante? V.g. existía en Francia un impuesto sobre la fortuna (v. *infra*, el último apartado de este ensayo); en la actual presidencia ha venido reemplazado por uno sobre la fortuna inmobiliaria. ¿Vulnera la justicia tal cambio legislativo? Puede pensarse que sí, porque lo relevante es la capacidad económica del obligado tributario, esté invertida en lo que esté; puede creerse que no, porque en el nuevo impuesto lo relevante es el patrimonio inmobiliario, no el valor monetario de lo que uno tenga.

Asimismo, el actual impuesto español de la renta personal separa la renta llamada «del ahorro» de la del trabajo o actividad profesional; ésta sufre mayor progresividad y tipos impositivos más elevados. ¿Se están tratando de manera igual los casos relevantemente iguales?

Y ¿qué decir del trato desigual de los desiguales? Si el tipo máximo del recién mencionado impuesto es del 45%, se aplica igual a dos rentas una de las cuales multiplica por mil o un millón a la otra. ¿Son relevantemente iguales o desiguales esas dos rentas para quedar sujetas al mismo tipo impositivo?

Dudo mucho que nos pueda sacar de dudas la mera aceptación del canon de justicia según lo he enunciado (o su sucedáneo de «dar a cada uno lo suyo»). Pero además, en esa célebre y añeja formulación falta tomar en cuenta la proporcionalidad. ¿Es justo que sustraer cierta suma esté penado con una privación de libertad de seis meses pero sustraer un euro más determine un salto de tipo, acarreando prisión de dos años? ¿Es justo que sea lícita la relación sexual con una persona pero —sin cambiar ninguna otra circunstancia— esté penalmente castigada con varios años de reclusión la relación con otra nacida 24 horas antes?

No sé cuál será el sentimiento del lector, pero el mío es que, aunque en esos ejemplos se están tratando de modo igual los iguales y desigual los desiguales, se comete injusticia, al infringirse el canon de proporcionalidad: se tratan de manera absolutamente diversa supuestos de hecho casi iguales. Conque tal vez podríamos preferir una definición diversa de la clásica: lo justo es tratar de manera similar los casos (relevantemente) similares.

Claro que quedan sin despejar varias incógnitas. A menudo va a ser difícil o imposible atenerse a tal principio. ¿Cómo regirse por el criterio de proporcionalidad

cuando tengamos un constreñimiento del *numerus clausus*? Además, ¿qué rasgos son relevantes? ¿El grado de menesterosidad, el tiempo que se lleve en la cola, los méritos del beneficiario?

¿Qué regla de proporcionalidad habrá de escoger la ley para ser justa? P.ej., robar un millón de euros ¿habrá de estar penado con la mitad de reclusión que robar dos millones? ¿Cómo demostrar que el homicidio merece una pena tres veces mayor que el secuestro —o cualquier otra proporción que escoja el legislador penal?

La respuesta que sugiero a todas esas inquietudes es partir del bien común, llamando «justicia» al canon de atenerse, tanto en la legislación cuanto en la aplicación de la ley, a reglas de proporcionalidad acordes con el objetivo del bien común. La justicia pasa a ser así, en esencia, no arbitrariedad (cualquier desproporción implica un salto arbitrario).

Sin embargo, el bien común puede demandar que —en aras de otros valores asimismo requeridos por el bien común—, no siempre prevalezca ese canon. (Me remito de nuevo a Hart, pero también a I. Berlin, quien supo ver, mejor que nadie, la conflictividad entre diversos valores y derechos fundamentales.) Según mi concepción del Derecho Natural, centrada en el valor del bien común, puede ser válido edictar leyes injustas por mor de la concordia (de la paz social), o de la seguridad jurídica o de un mayor bienestar general.

Eso sucedió con la ley 46/1977 de 15 de octubre concediendo la amnistía. Una ley hoy muy atacada, olvidándose que, sin ella, no habríamos disfrutado del grado de convivencia en la diversidad que ha hecho posible una discusión académica como la que estamos ahora teniendo. Adúcese en su contra que vulnera la justicia. El diputado D. Antonio Carro pronunció en el Congreso un discurso opuesto al proyecto legislativo: «Operar con el concepto de amnistía, que borra el delito, para hechos atroces de muerte a sangre fría, implacables [...] puede resultar socialmente intolerable y gravemente pernicioso». Y agregó: «Frente a los ataques a la democracia no es buena medicina la amnistía. La única medicina que aplican las democracias más genuinas y consolidadas es una estricta aplicación de la ley». (La ley se aprobó por 296 a favor, dos en contra, 18 abstenciones y uno nulo.)

Suele asociarse la exaltación de la justicia como valor supremo del Derecho (cuando no único) a la idea de que el ordenamiento jurídico sólo se ocupa de regular la convivencia entre los miembros de la sociedad de tal modo que se eviten los conflictos o, cuando surjan, se solventen con arreglo a pautas no arbitrarias. En su versión más radical, esa concepción lleva al Estado mínimo (policía más justicia penal).

Frente a eso está la realidad. Ningún Estado se ha limitado a las funciones mínimas que le reconocen los libertarios. Todos los Estados históricamente existentes se han encargado de dirigir el esfuerzo mancomunado de los miembros del cuerpo político para tareas encaminadas a la defensa, al servicio público y al fomento de la riqueza colectiva (v.g. las obras públicas, el abastecimiento de las poblaciones, el patrimonio arquitectónico público, etc.).

Por otro lado, esa concepción del Estado y del poder judicial, meros guardianes de la justicia, suele llevar aparejada una visión achatada del Derecho, como se echa de ver en los ejemplos de la mayoría de los jusfilósofos, generalmente ceñidos a las jurisdicciones penal y civil, desdeñando la contencioso-administrativa (hoy numéricamente preponderante). Desvanécese en ese enfoque la función del Derecho como normativa que implica obligaciones de los ciudadanos para con la

comunidad y, correlativamente, derechos frente a esa comunidad. La mera palabra «convivencia» se entiende como coexistencia. (En verdad, sólo se convive si se hacen cosas juntos, si se tienen bienes en común.)

Sin bienes comunes difícilmente puede darse un bien común, el cual no es una suma de los bienes particulares. Una pluralidad de individuos en la cual todo fuera privado sería una mera yuxtaposición de átomos que espontáneamente entrarían en relaciones puramente particulares. Perdería así legitimidad (o nunca la adquiriría) la autoridad instituida para evitar o zanjar los conflictos, siendo entonces preferible un planteamiento acrático como el de Hans-Hermann Hoppe.

Los enfoques que estoy criticando parten de que la sociedad no tiene ningún fin (como no sea el puramente negativo de no agredirnos). Si la sociedad tiene un fin, éste ha de ser el bien común. Y el Derecho, la normativa reguladora de la sociedad, no puede perseguir un fin diverso del de la propia sociedad.

Vamos a concebir un país asiático donde, un tiempo atrás —como consecuencia, en parte, de su política legislativa—, la población vivía en la miseria, aunque disfrutando, eso sí, de una considerable dosis de igualdad social —y, por lo tanto, de justicia social. Ya sé que para algunos autores —de inclinaciones más o menos libertarias— la justicia social no es justicia, porque la justicia, a secas, es igualdad ante la ley, al paso que la justicia social es una cierta igualdad de resultado que, precisamente, entraña una desigualdad ante la ley. A ese punto de vista cabe replicar que las necesidades humanas constituyen uno de los factores relevantes —no el único— en la aplicación de los principios de tratar igual los iguales, o tratar similarmente los casos similares. En esa consideración se funda el Estado del bienestar que, mal que bien —y a pesar de los asaltos que sufre—, es una pauta parcialmente asumida por casi todas las legislaciones del mundo.

Volvamos a ese país asiático. Tras decenios de igual penuria, cambió su legislación, gracias a lo cual se ha fomentado la riqueza nacional, pero muy mal repartida. Imaginemos que ni siquiera se ha respetado el principio de diferencia de Rawls (p.ej. el 5% más pobre no ha visto mejorada su suerte, a diferencia del 95% restante). No sólo eso, sino que, dentro de ese 95%, se han agravado considerablemente las desigualdades, lo cual ha elevado muchísimo los índices GINI tanto de riqueza cuanto de consumo y de renta.

Podríamos pensar que tales desigualdades no son injustas, porque ya se nos ha dicho que es justo tratar de modo igual los iguales y desigual los desiguales; incluso si alteramos tal concepto para tener en cuenta la proporcionalidad, quizá persiste el hecho de que los factores subyacentes se han diversificado, por lo cual sería justa la mayor desigualdad resultante. ¿Cuáles son esos factores subyacentes? ¿A qué ha de corresponder la renta? ¿A la capacitación, al esfuerzo, al mérito, a la necesidad, a la utilidad que reporta uno con su labor? Desde luego las necesidades de la gente no han sufrido esa variación. Incluso si se han producido acusadas diversificaciones de utilidad económica, muchos seguiríamos creyendo que las disparidades de bienestar derivadas implican mayor injusticia.

Pese a tal injusticia, casi todos viven mejor; no pocos, muchísimo mejor. La comunidad en su conjunto tiene un bienestar agregado muy superior al que tenía antes de las reformas: mejoría en la salud pública, mayor y mejor esperanza de vida, más prosperidad, mejores infraestructuras, mayores logros del país, más influencia en los asuntos mundiales. Existe, pues, un mayor bien común. Por consiguiente según el Derecho Natural —conforme con mi propuesta— la nueva legislación es preferible a la vieja.

Eso sí, para aumentar el bien común, serán menester ulteriores reformas que redistribuyan la riqueza ya conseguida, porque, *cæteris paribus*, es preferible una sociedad con menores disparidades de bienestar (como lo supo ver y expresar admirablemente John Stuart Mill). Lleva razón Peter Turchin (el teórico de la *ultrasociedad* y de la evolución cultural) al sostener cuán vulnerables y frágiles son las sociedades muy inigualitarias: no sólo desmoralizan a los desfavorecidos —socavando así la solidaridad social y la acción colectiva—, sino que, además, agudizan las rivalidades, incluso entre los privilegiados (Turchin, 2018). Turchin reconoce que hay ciclos históricos de nivelación y desnivelación; en ciertos períodos, el incremento del bien común acarrea mayor desigualdad; sólo que tal tendencia tiene que invertirse al alcanzarse cierto umbral, so pena de entrar en fase de involución, dañando ese mismo bien común.

Es compleja y sinuosa la relación entre el bienestar agregado de la población y la distribución igualitaria (justa), habiendo que distinguir la percepción individual de la decisión colectiva. Pensemos en la parábola de los jornaleros del Evangelio de San Mateo, 20, 1-16: el dueño de la hacienda paga igual a los braceros que han soportado la carga y el calor de toda la jornada que a aquellos que, contratados al caer la tarde, apenas han trabajado pocas horas. Indignanse los primeros por tal injusticia (se tratan de manera igual los desiguales). El dueño replica que ha respetado su palabra y que no deben ser envidiosos. (Podría ofrecerse otro argumento: si los contratados más tarde han holgado durante la mayor parte del día, no ha sido por culpa suya.)

Cualquiera que sea nuestra opinión sobre esa paradójica parábola, es lo cierto que somos envidiosos y que nuestra espontánea reacción suele preferir que se nos trate justamente (en la visión que tengamos de lo que eso supone) antes que ver incrementado nuestro bienestar (o, peor, el bienestar común). Hay estudios que así lo demuestran. Cito los datos recopilados en Solnick & Hemenway, 1998. Según una encuesta recogida en ese artículo, más de la mitad de los estudiantes renunciarían a ganar más si el incremento salarial estuviera condicionado a un descenso relativo en la escala retributiva dentro del establecimiento para el que trabajaran (o sea, si implicara un mayor aumento para sus compañeros de empleo).

Sólo que la racionalidad jurídica no es la suma de las preferencias desagregadas de los sujetos. (Recordemos la paradoja de la votación de Arrow.) Por eso la preceptividad del bien común no emana de que nuestra conciencia singular intuya su fuerza de obligar. Su vigencia es objetiva, no subjetivamente construida.

* * *

Paso ahora a hilvanar algunas reflexiones sobre los diversos comentarios.

Está impregnado de incitaciones intelectuales el que gentilmente dedica a mi obra Julia Barragán. Con su amplio conocimiento de temas relacionados con la teoría de la decisión racional, me interpela desde consideraciones epistemológicas de gran rigor, pero que —lamentablemente para mí— caen por entero fuera de mis campos de competencia. Ni la génesis del principio de incertidumbre de Heisenberg ni sus varias interpretaciones, ni su alcance ontológico ni sus consecuencias lógicas ni el recurso a una teoría de la probabilidad bayesiana son, para nada, temas en los cuales pueda yo emitir una opinión solvente. Me congratula ver que mi trabajo suscita cuestionamientos desde esos ángulos disciplinares.

Confieso, empero, cierto escepticismo con relación a una noción tan imprescindible como escurridiza: la probabilidad. Verdaderamente ¿ha demostrado alguien que se ajusta al teorema de Bayes el —vago y maleable— concepto de

probabilidad que solemos manejar? (Un concepto cargado de paradojas, como lo supo analizar, años atrás, Andrés Rivadulla.) Personalmente prefiero usar adjetivos menos comprometidos con una teorización tan estricta, como «plausible» o «verosímil» —sin ignorar que no parecen haber tenido mucho éxito los intentos de N. Rescher y de Karl Popper de formalizar sendos conceptos.

Hasta donde alcanzo a ver, el problema de la verosimilitud se les plantea a los jueces a la hora de formarse una opinión sobre los supuestos de hecho, sin que tenga yo claro que también sea apropiado para saber qué norma es aplicable (salvo en tanto en cuanto ello dependa de cuáles sean los supuestos fácticos). No desconozco que en el Derecho los hechos entran jurídicamente calificados (para venir adecuadamente subsumidos en supuestos fácticos de las normas) y que la calificación jurídica es una operación diversa de determinar la consecuencia jurídica. Me resisto, no obstante, a aceptar la visión que nos propone Julia de la decisión judicial, que sería un acto de voluntad, no de entendimiento, aunque de una voluntad racionalmente orientada por una interactiva consideración de normas y pruebas fácticas (testimonios, documentos, etc.). Confieso que en esa descripción no hallo pauta alguna para aclararme sobre qué deben hacer los jueces.

En mi propio planteamiento están deslindadas cinco operaciones. 1ª Averiguar los hechos, p.ej. que se ha dado tal relación sexual entre A y B en tales circunstancias. 2ª Calificarlos jurídicamente (si ha sido estupro, violación o relación libremente consentida). 3ª Indagar otras circunstancias fácticas, como eximentes, atenuantes y agravantes, que vendrían a integrarse en el supuesto de hecho jurídicamente calificado (así como, eventualmente, causas de impunidad o de prescripción). 4ª Interpretar los preceptos legislativos aplicables (en este caso el Código Penal). Y 5ª Derivar la consecuencia jurídica, aplicando un principio de la lógica nomológica (el de la consecuencia jurídica) más la legislación vigente. Si la probabilidad o verosimilitud interviene en las tres primeras operaciones, dudo que esté presente en la cuarta.

Para mí, la actuación judicial es cognoscitiva, por mucho que se llame «decisión». Es verdad que el juez profiere «Debo condenar y condeno» o «Debo absolver y absuelvo»; trátase, empero, de fórmulas estereotipadas de la jerga forense, pragmáticamente sustituibles por otras sin verbos performativos («el acusado debe ser condenado y cumplir tal pena», p.ej.)

No se me escapan las dificultades de mi abordaje cognoscitivista de la decisión judicial. En particular, ¿cómo tildar de cognoscitivo el fallo por el cual el juez obliga al ofensor a pagar al agraviado una suma de 7500 euros en concepto de reparación por daños morales? ¿O incluso aquel en que determina que el perpetrador del delito purgará una pena de siete años de reclusión —en lugar de seis u ocho? En definitiva ¿qué se hace el arbitrio judicial? Tema para un libro. (V. Nieto, 2000.) Limitome aquí a decir que, en todos esos casos, el juez aplica un concepto de probabilidad sobre el supuesto de hecho (con todas sus circunstancias); a lo así (en parte) conjeturado corresponde —en virtud de la Ley— determinada consecuencia jurídica que el juez enuncia (o pronuncia).

Por consiguiente, la sentencia puede ser acertada o errónea. Ciertamente mi gradualismo me lleva a oponerme a la tesis de Dworkin de la única solución posible, averiguable por el Juez Hércules —y en eso coincido plenamente con Julia. A menudo los hechos son jurídicamente calificables *así*, en vez de *asá*, en algún grado, pero también viceversa, habiendo, por ello, dos normas aplicables, en mutuo conflicto. Habrá que estar a los grados de aplicabilidad respectivos —y también a los grados de vigencia— para determinar qué norma es exequible. Pero las no exequibles no dejan por ello de ser jurídicamente válidas.

Esta descripción coincide en parte con la de Julia, pero deslindando las cinco operaciones efectuadas por el juez y haciendo estribar en la gradualidad la ausencia de una solución única.

También con relación al bien común coincido con Julia en que, por sí solo, no puede zanjar los dilemas. En mi libro me adhiero al pluralismo axiológico de I. Berlin, porque, siendo el bien común plurifacético, esas facetas pueden y suelen entrar en conflicto. No es fácil saber cuál es el mayor bien común, cuenta habida de todo (si costear el tratamiento terapéutico experimental o reservar los escasos recursos sanitarios para dolencias que sufren la mayoría de los pacientes). Sin duda también interviene aquí la probabilidad. Afirmo rotundamente en mi obra: son corolarios del bien común los derechos de libertad y los de bienestar, pero muchas veces colisionan.

Más que ahondar en la noción del bien común (tarea que he preferido dejarle a la filosofía política), me he atenido a una noción genérica, con unos pocos rasgos que ya he ido perfilando más arriba. Rara vez aducirá el juez directamente, en sus fundamentos jurídicos, el axioma del bien común (sobre todo porque las constituciones modernas no suelen mencionarlo). Hay casos, no obstante, en los que puede y debe hacerlo (siempre que la conciencia jurídica le sea propicia); p.ej. pronunciamientos jurisprudenciales *contra legem* por el principio del bien común. De hecho no es raro que así operen los jueces, aunque enunciándolo con otras palabras —y no siempre con acierto.

* * *

Es muy acertado, a mi modo de ver, el enfoque dado a su texto por Andrés Ollero: cotejar y contrastar dos jusnaturalismos, el suyo y el mío, indagando las convergencias y las divergencias. Una confrontación tanto más provechosa cuanto que ambos nos hallamos en una minoría dentro de una minoría. Primero nos ubicamos ambos en el jusnaturalismo —aunque Andrés con reservas y alguna reticencia, mientras que yo con entusiasmo y sin restricciones—; mas el jusnaturalismo es muy minoritario, hoy por hoy, en el área de la filosofía jurídica académica de habla hispana. Dentro de esa minoría, hay líneas con más seguidores (como pueden serlo el tomismo heredado y el neotomismo de Finnis), líneas que no seguimos ninguno de los dos, formando así el exiguo club de los calificables como «otros jusnaturalistas» —entre los cuales también figura A.E. Pérez Luño.

Pues bien, el jusnaturalismo independiente que Ollero colaciona con el mío empieza expresando su vacilación en cuanto a la autocalificación: «a estas alturas no sé si yo mismo puedo considerarme iusnaturalista». Mi opinión es que sí, como lo demuestra el texto sobre el cual estoy reflexionando. Sólo que se trata de un jusnaturalismo tan flexible y circunspecto que, a la postre, parece asimilable por un positivista no cerril. En cambio me ufanaría yo en la convicción de que el mío no hallará puertas abiertas en ninguna morada juspositivista, sino, a lo sumo, un cortés saludo desde la ventana. Y no es que abrace yo un jusnaturalismo de rompe y rasga, un enfoque deliberadamente iconoclasta o rupturista. Ollero señala oportunamente la cautela y moderación a las cuales suelen conducir las argumentaciones de mi libro, según se van desarrollando y matizando (más allá de frases sueltas que, en aislamiento, podrían resultar altisonantes). Pero mi jusnaturalismo (preponderantemente) aditivo afirma la vigencia jurídica de normas perpetuamente válidas anteriores a los promulgamientos del legislador. Esa tesis jamás podría ingresar en la sala de visitas de una casa positivista que se precie.

En lugar de esas normas, el profesor sevillano perfila sutilmente en su comentario una visión diversa del Derecho Natural. Primero, al aseverar que no está

formado por normas, sino por principios, piezas del Derecho con valor orientativo y programático. Segundo, al entenderlo «como el motor del Derecho positivo, tanto en el momento legislativo como —aún más— en el judicial». Y tercero, al decir que el Derecho Natural «sólo existe [...] dentro del Derecho positivo». Esa triple dimensión del jusnaturalismo del Profesor Ollero inspira la perspectiva desde la cual va comentando diferentes aspectos de mi obra.

Es quizá decisiva la tercera dimensión (aunque inseparable de las otras dos). Yo no creo que el Derecho Natural exista sólo dentro del Derecho positivo. En rigor no existe nunca dentro del Derecho positivo. Existe dentro de un ordenamiento jurídico integrado por dos componentes (como, al analizar mi concepción, acertadamente lo percibe el Profesor Atienza [*vide infra*], señalando que es una visión dualista): el Derecho Natural y el positivo, que se combinan y que pueden colisionar. Sin Derecho Natural no hay Derecho positivo (porque lo único que otorga validez jurídica a los preceptos del legislador es la norma jurídico-natural del bien común más la circunstancia de que es ése el legislador adecuado, en tal sociedad, estando las cosas como están).

Pero sin Derecho positivo sí hay Derecho Natural. No son tan infrecuentes casos en los cuales se hallan una pluralidad de seres humanos desligados —transitoriamente al menos— de sus habituales encuadramientos institucionales, viéndose así compelidos a constituir una sociedad original. ¿Hay alguna norma que rija esa sociedad de náufragos? Dos ejemplos espectaculares nos vienen a la mente. Uno es el estrellamiento, el 13 de octubre de 1972, de un avión uruguayo en un risco de la cordillera de los Andes, con 27 supervivientes que tardaron 72 días en ser rescatados. El otro ejemplo es el de los 33 mineros sepultados en la mina San José, región de Atacama, el 5 de agosto de 2010, durante 69 días. No se me oculta que esas sociedades no disuelven los vínculos jurídicos de los náufragos, pero sí los suspenden. De momento, hay que sobrevivir, ateniéndose, no a las leyes positivas, sino a normas de Derecho Natural. Ha de erigirse una autoridad, no por un regular funcionamiento de mecanismos, sino por un hecho de mayor carisma (primer tipo de legitimidad weberiana). En esas sociedades provisionales rige la regla jurídico-natural de que quien asuma la tarea de velar por el bien común edicte los preceptos adecuados para dicho fin —que, en esas circunstancias de emergencia, no es otro que la supervivencia colectiva e individual. (Huelga recordar aquí detalles ampliamente conocidos, que fueron sensacionales.)

En el siglo XXI tales situaciones están destinadas a durar muy poco, pero en tiempos pretéritos podían prolongarse de manera imprevisible. Recordemos el caso de los ochenta esclavos malgaches que sobrevivieron, inicialmente, al naufragio del 31 de julio de 1761 en el islote Tromelin. La desventura se prolongó quince años (al final sólo quedaban siete mujeres y un niño). No conocemos cómo se organizaron pero está claro que no se regían por ningún Derecho positivo.

Precisamente porque Ollero no entiende el Derecho Natural como un conjunto de normas sino como principios motores destinados principalmente a los jueces, le asigna la doble función de; (1) filtrar las leyes injustas —legislación negativa, si bien únicamente para aquellos tribunales a los cuales haya confiado esa tarea el Derecho positivo; y (2) servir de pauta hermenéutica. Es ésta segunda, creo, la función principal para Ollero. Por eso no me queda claro —según lo leo— que el legislador esté obligado a legislar para el bien común. (En especial colijo que para Andrés el poder constituyente no está subordinado al Derecho Natural ni, por lo tanto, tiene el deber de estatuir para el bien común.)

Con eso está dicho lo esencial. Mi propia obra ve las cosas de otro modo, no siendo de extrañar que el académico sevillano note la diferencia. Para mí las normas de Derecho Natural (incluyendo los axiomas de la lógica nomológica) poseen vigencia *erga omnes*; también para el legislador. (Es más, sobre todo para el legislador. Y asimismo para el pueblo soberano, pues, como lo supo ver Juan Bodino, si los súbditos están sujetos a los mandamientos del soberano, éste lo está a la Ley Natural.) El propio Hobbes impone al soberano obligaciones en aras del bien común —al menos según algunas lecturas (v. Lloyd, 2009).

En ocasiones Ollero ha afirmado que los derechos humanos son jurídicos —incluso (creí entender) donde no han venido positivizados. Pero entonces es que son preceptivos para el legislador. Leyendo hoy su comentario a mi libro me pregunto si mantiene la misma postura; si, a su modo de ver, el poder constituyente tiene deberes jurídicos.

Para Ollero el juez carece de potestad para suplantar al legislador legítimo. Pienso yo, por el contrario, que puede, suele y debe hacerlo —siempre que estén dadas las condiciones idóneas. Cuando el legislador ha legislado mal, el juez está habilitado por el Derecho Natural a enmendarle la plana (actuando, eso sí, con pies de plomo y muy atento al estado de la conciencia jurídica).

Uno de mis ejemplos favoritos es la jurisprudencia del *Conseil d'État* francés, el tribunal supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa, el cual, a partir de la Liberación (1944), ha venido pronunciando nuevos principios generales del Derecho que, en rigor, constituyen genuinas edicciones con valor legislativo. Así: el derecho a que se respete el principio de confianza legítima —lo cual exige que toda norma con efecto retroactivo incluya disposiciones transitorias; el derecho al recurso; el derecho a una norma lo menos onerosa posible que resulte compatible con los legítimos fines de la administración; el derecho, en los expedientes administrativos, a ser oído y a defender los propios intereses; el derecho de los servidores públicos a la reclasificación profesional; el derecho al respeto personal después de la muerte.

Ya antes la jurisprudencia francesa había edictado la prohibición del abuso del derecho (prohibición que colisionaba con todas las leyes que habían establecido derechos sin someterlos, para nada, a tal restricción).

No es que los tribunales estén llenando vacío legal alguno. Cuando sientan tal jurisprudencia con sus pronunciamientos, crean situaciones jurídicas generales (normas) que entran en contradicción con las previamente creadas por el legislador. Es verdad que el legislador puede edictar posteriormente leyes que anulen esos pronunciamientos jurisprudenciales (el sistema reconocido de fuentes sitúa las leyes por encima de los principios generales del Derecho). Pero raras veces se ha atrevido a hacerlo.

También los tribunales constitucionales han desbordado, desde hace tiempo, la misión de meros guardianes de la constitución en el doble sentido de legislación negativa y potestad hermenéutica. En (Figueruelo Burrieza, 1993) detállanse varios procedimientos por los cuales nuestro Tribunal Constitucional se ha visto llevado a lo que —ateniéndose estrictamente a los textos legislativos— sería una extralimitación. P.ej., las recomendaciones al legislador para subsanar sus omisiones y las sentencias aditivas o constructivas, las cuales —en palabras de la autora recién citada— son «una técnica de decisión cuyo fin es la transformación del significado de una ley sometida a control, antes que su eliminación o interpretación conforme a la Constitución» y «suponen una función positiva o integradora». ¿De qué fuerza vinculante están revestidas? Sobre tal cuestión tiene la palabra el propio magistrado

Andrés Ollero, quien no es, como yo, mero espectador, sino un calificado agente jurídico, precisamente al máximo nivel.

Es Bélgica el país donde el poder judicial ha sido más audaz en sancionar al legislativo. El 28 de septiembre del 2006 la Corte de casación (tribunal supremo) sentencia que los tribunales judiciales tienen la potestad de controlar si el poder legislativo ha legislado de manera adecuada o suficiente para permitir al Estado respetar sus obligaciones derivadas de una norma superior, v.g. un convenio internacional. En otra sentencia el mismo tribunal condena al Estado belga a indemnizar a un justiciable que, a causa de la no dotación de suficientes recursos presupuestarios, vio frustrado su derecho a un proceso sin dilaciones; lo que se sanciona es una omisión del poder legislativo. (V. Ergec, 2002)

Un último desacuerdo que me parece hallar entre las tesis del Profesor Ollero y las mías es el carácter del ordenamiento jurídico. En rigor entiendo que para Andrés no existe el ordenamiento jurídico. Hay, sí, normas emanadas por el legislador más una pauta de justicia, con valor jurídico-natural, completadas por el trabajo de la jurisprudencia. Por el contrario lo que yo sostengo es que sí existe el sistema jurídico, aunque no exento de antinomias. Ollero cita mi aserto de que «mi propuesta marca unas pautas de sistematización racional que [...] no ignoran la enorme complejidad de los actuales ordenamientos (en buena medida, es verdad, desordenados)» (final de la respuesta a la 4ª dificultad del capítulo VI).

La clave de mi enfoque está en la locución «en buena medida». No es cuestión de todo o nada. El gradualismo contradictorial inspira mi propuesta jusfilosófica — igual que antes había dado aliento a mis aportaciones a otros campos de la filosofía. Tenemos un ordenamiento parcialmente desordenado. El orden existe, es imprescindible; sin él la praxis jurídica sería un caos. Pero, lejos de ser perfecto ese orden en nuestros modernos Estados de Derecho, sucede al revés: la multiplicación de las fuentes y la hipertrofia de leyes (con pluralidad de legisladores, cuyos ámbitos no siempre están claramente deslindados) así como también de convenios internacionales (entre otras fuentes) han arruinado los ideales arquitectónicos del legalismo decimonónico. Todo es mucho más complicado. Ya no valen, o no bastan, los cánones de la *derogatio* por los cuales el legalismo soñó con soslayar las antinomias.

* * *

Muchísimo me agradan las afables indicaciones de Manuel Atienza sobre las coincidencias entre mi pensamiento jusfilosófico y el de grandes maestros como García Máynez, Hart, Ferrajoli, Radbruch, MacCormick, Nino y, sobre todo, el propio Atienza; así como, más lejos, Ihering. Yo no puedo ni siquiera soñar con un conocimiento tan hondo y solvente de esos jusfilósofos como el que posee el profesor asturalicantino. No ha sido en momento alguno intención mía ufanarme de novedad u originalidad. Sobre que no creo necesitarla, tales jactancias son ridículas. Conque, en la medida en que se dan esas convergencias, las asumo de óptimo grado, contentándome con la, ya de suyo, honrosa tarea de reformular —con un sesgo y un estilo que me vienen de mi vocación lógica— un acervo de ideas que no encajan ni en el positivismo ni tampoco en ciertas formas de jusnaturalismo, concretamente en el jusnaturalismo sustractivo.

Aquí, empero, he de pronunciar una dolorida autocrítica. A varios de los jusfilósofos recién mencionados no los he traído a colación en mi libro, ora por estar poco familiarizado con ellos, ora por tenerlos un tanto olvidados (v.g. Ihering y Radbruch).

Confieso, en cambio, mi desasosiego por haber omitido a Eduardo García Máynez, cuyas obras fueron, durante años, mi lectura diaria de cabecera, justamente en los albores de mi nueva etapa intelectual como filósofo del Derecho (en la segunda mitad de los noventa). A ningún otro autor —de nuestro idioma o de cualquier otro— he dedicado tan afanoso y esmerado empeño como los que puse en el estudio de las obras del profesor mexicano. Ciertamente, mi propia construcción comparte con la de García Máynez su espíritu, no pocas de sus fuentes (p.ej. Platón y N. Hartmann), su esencial orientación racionalista, su método y, en buena medida, sus conclusiones. Efectivamente mis principios de lógica nomológica guardan acusada similitud con los del mexicano. (También se dan diferencias; posiblemente éstas, en parte, se deben más a la fecha de escritura que a una discrepancia de raíz.) No negaré que aquel estudio me queda, a estas alturas, un poco lejos, pues, en años más recientes, apenas he repasado ese tesoro, por lo cual, sepultado en mi memoria —mas habiendo impactado y orientado decisivamente mi formación y mis opciones—, no he reactualizado ese legado —que, desde hace varios lustros, se incorporó plenamente a mi aportación.

Atienza considera que mi propuesta es muy similar a su propio pospositivismo. Confieso (y lamento) no haber leído todavía *Filosofía del Derecho y transformación social*. Es verosímil que mi tratamiento de las nuevas tendencias jusfilosóficas (un poco en tropel) incurra en una descuidada amalgama, en un *totum revolutum*, sin deslindar un pospositivismo peculiar, como el de Atienza, del neoconstitucionalismo —ya de suyo un heteróclito conglomerado de posturas diversas. Quizá en lo que sigue acierte a enunciar un problema —para mí fundamental— con relación al cual temo que estemos en desacuerdo. Un desacuerdo que justificaría mi apreciación de que ese pospositivismo no se aparta del todo del positivismo. ¡Ojalá consigamos acercarnos más!

En cuestión de «ismos» sucede como con las marcas o los títulos. Ni Platón ni Aristóteles ni Leibniz acuñaron denominación distintiva para sus filosofías; otros lo hicieron por ellos. Tal vez la pretensión de usar un membrete llamativo sea una práctica académicamente inadecuada que se asemeja a una operación de *marketing*, un ánimo de diferenciar más que de converger en la busca de la verdad. Así y todo no deja de parecerme que una etiqueta como «pospositivismo» no ayuda a saber, a simple vista, de qué se trata. Y confieso que me recuerda demasiado la moda de los «pos» (posestructuralismo, posmarxismo, poscolonialismo, posmodernismo, posmetafísica y hasta posverdad), tan característica de la *French Theory*. ¿No es mejor definirse por lo que uno propone que por lo que deja atrás? Los destinatarios lo agradecerán y, creo, habrá mayor claridad en el debate.

Hay dos discrepancias entre la propuesta de Atienza —según él mismo nos la recuerda y esboza en su contribución— y la que he sostenido en VLD. Una de ellas es, verosímilmente, superable y acaso terminológica. La otra creo que no.

Empiezo por la segunda. Atienza mira con mucho recelo mi naturalismo jurídico (un naturalismo que me aparta —como él lúcidamente lo ve— de los otros jusnaturalistas, como no sea Ulpiano), o sea ver al hombre como una especie social, igual que otras, haciendo radicar la normatividad en una exigencia de la naturaleza de los seres sociales, ateniéndonos al adagio *ubi societas, ibi jus*. Él objeta que el Derecho es social e histórico y, por lo tanto, no natural. No cabría hablar de Derecho en sociedades no humanas (ni siquiera en sentido lato), porque tampoco habría Derecho en toda sociedad humana. Alega, a este respecto, los hallazgos de la etnografía. Sólo determinadas sociedades, como resultado de un previo devenir histórico, habrían generado Derecho.

Ahora bien, esa tesis puede entenderse de dos modos. En un modo terminológico, sería una estipulación semántica de llamar «Derecho» sólo a un sistema de normas (o de prácticas) como las que conocemos en sociedades históricamente descritas o en algunas de ellas; un sistema con reglas hartianas de reconocimiento, legisladores, tribunales, interposición de recursos, leyes, tratados, contratos, jerarquía normativa y fuerza de la cosa juzgada; rasgos que, mal que bien, podríamos reconocer (a grandes trazos) desde Hamurabí para acá, pero seguramente no entre los esquimales, los mapuches o los pigmeos de Ruanda.

En otro modo, la tesis que estoy considerando sobre el origen del Derecho afirmarí que entre un sistema así y un conjunto de normas sin tales características no habría nada compartido que hiciera interesante subsumirlos bajo una común denominación.

Entiendo perfectamente el modo semántico de abordar esa dicotomía desde el enfoque atenciano, para el cual el Derecho no es un cúmulo de normas sino uno de prácticas. Tales prácticas no se dan en sociedades de las que solemos llamar «primitivas» —siendo dudoso si se dieron en sociedades humanas anteriores a las que conocemos por huellas escritas.

Que llamemos «Derecho» a un sistema de normas o a un conjunto de prácticas no carece, sin duda, de relevancia para nuestro tratamiento teórico de lo jurídico. Confieso mi preferencia por la primera opción porque me parece más acorde con el uso del vocablo. Cuando decimos «según el Derecho, los menores de 18 años no pueden votar» o «los tribunales sólo están sujetos a la ley y al Derecho» o «el juez no ha aplicado correctamente el Derecho» (más en general, cuando los estudios de política judicial cuestionan en qué medida las decisiones judiciales vienen determinadas por el Derecho); cuando hablamos así, está claro que nos referimos a las normas vigentes, no a las prácticas. Similarmente, decimos que, al concluir la carrera en la Facultad, se conoce Derecho, pero no se puede ejercer una profesión jurídica, porque falta aún familiarizarse con las prácticas jurídicas (p.ej. es menester una pasantía para ser abogado). Dudo que sea inocua esa divergencia terminológica (generalmente las opciones de nomenclatura no lo son). Pero, de momento, lo dejo aquí.

La razón por la que no comparto la dicotomía atenciana entre sociedades con y sin Derecho es que no veo motivo suficiente para rechazar la juridicidad de sistemas de normas menos alambicados, pero que funcionan y a partir de cuya evolución surgieron los nuestros.

Me resulta similar esa dualidad a la que tantos autores han querido establecer entre sociedades con y sin Estado. Engels sostuvo (en 1884) que el Estado surgió en el siglo VIII aEC (ateníase, claro, a los conocimientos de su tiempo, pero no parece haberlos ponderado adecuadamente —ni probablemente estaba muy al día). Para Alain Soupiot el Estado surge al final de la Edad Media (no habrían sido Estados los imperios chino, egipcio, asirio, cartaginés, persa, bizantino ni los reinos de la India ni el poder incaico). Idea central en la teoría política de Marcel Gauchet es la división de las sociedades entre las que tienen Estado y las que carecen de él (sin por eso dejar de ser políticas).

Resúltanme arbitrarios tales cortes. Dudo que, situando el presunto salto en un momento, X, sean muy distintas las sociedades del año precedente a X de las del año siguiente. *Idem* con los respectivos sistemas normativos. Coincido, antes bien, con Santi Romano (justo ahora, cuando se cumplen cien años de la publicación de *// ordinamento giuridico*). Ciertamente el institucionalismo del profesor palermitano tiene

una cercanía con la visión atieniana del Derecho como conjunto de prácticas, no de reglas de acción.

Pero hay otra faceta de su aportación que la caracteriza todavía más: la de que cualquier sociedad, legal o ilegal, tiene una normativa que constituye un Derecho interno, incluso cuando se trata de organizaciones clandestinas que actúan contra el poder del Estado y desacatan su legislación. Aunque el jusfilósofo siciliano pensaba en bandas criminales que se erigen en Estado dentro del Estado, con mayor razón podríamos aplicar esa idea a asociaciones subversivas que no reconocen la legitimidad del régimen establecido. Sólo pueden existir si en ellas se adopta alguna normativa, expresa o tácita; y, según se desarrollan, suelen ir perfeccionando esa normativa, dotándola de algunos rasgos no tan distantes de los que adscribimos al Derecho propiamente dicho —o sea el de nuestras sociedades actuales.

En mi respuesta a los comentarios de A. Ollero, más arriba, hablé de sociedades de emergencia cuyo surgimiento se ha debido a imprevisibles acaecimientos calamitosos. Ahora acabo de referirme a sociedades clandestinas voluntariamente creadas por individuos hostiles al ordenamiento jurídico-político existente: ora (a) por motivos crapulosos; ora (b) por causas ideológicas o similares. (Abundan los casos mixtos.) Topámonos también, empero, con sociedades mucho más estables, derivadas de las subversivas, sean del tipo (a), sean del tipo (b) o mixtas.

Atienza menciona (*v. infra*) la insurrección de Espartaco (73-71 aEC). ¿Cómo olvidar que ésa y las dos grandes sublevaciones de esclavos que la precedieron —y que la superaron con creces en envergadura— (ambas en Sicilia: la de Euno, 135-132 aEC, y la de Atenión y Trifón, 104-100 aEC) instituyeron sus propias sociedades rebeldes a Roma, lo cual requería asumir unas reglas de reconocimiento (expresas o tácitas) así como unas autoridades a cuyo cuidado quedara la comunidad (generalmente un jefe, a veces proclamado rey)? Tuvieron que inventar su propio Derecho positivo, pero su única guía para hacerlo era el Derecho Natural.

Mucho más extenso y arraigado fue el fenómeno del cimarronaje en las Américas de los siglos XVI al XIX, donde los negros que se alzaban o escapaban de la esclavitud constituyeron sociedades rebeldes: las unas, efímeras, meras bandas de fugitivos; las otras, duraderas, verdaderos micro-Estados, los palenques o quilombos, como el de Palmares en el Brasil, con una población de quince mil habitantes, que se mantuvo indómito durante casi un siglo. (V. Price, 1996).

Más recientemente tenemos las sociedades rebeldes en los países afroasiáticos sometidos al yugo colonial. Para muchos indígenas el infierno de la dominación europea no era, en absoluto, un legítimo ordenamiento jurídico, sino una invasión extranjera —aun mucho tiempo después de la conquista, como en la India—. Cuando no eran fulminantemente sofocadas, tales insurrecciones conducían a menudo a la creación de «zonas liberadas» donde emergía un Derecho rebelde, el cual, para brotar, necesitaba una semilla, proporcionándola el Derecho Natural: un principio de bien común más unas pautas mínimas de racionalidad normativa.

Por otro lado, está la piratería, floreciente y masiva desde la Antigüedad, no pocas veces en confluencia con rebeliones de esclavos u otras. Podrían multiplicarse los ejemplos de sociedades irregulares.

Los etnógrafos están en lo suyo cuando se empeñan en trazar un cuadro muy diferenciador de las sociedades que ellos estudian —esas que ya hoy no podemos llamar «primitivas» (sin saber qué adjetivo políticamente correcto es el idóneo para

denominarlas). Pero, sin negar que los Gadabas de Andhra Pradesh verosíblemente carecen de las estructuras con las que está familiarizado cualquier estudiante de Derecho, me resulta infundado rehusarles su propia juridicidad, distinta de la nuestra, sin duda más rudimentaria.

Necesito, para aceptar esa dicotomía entre sociedades con y sin Derecho, que se me aclaren varias incógnitas. Primera, ¿por qué es menester adoptar esa dualidad si no es un mero postulado de significación? Segunda, ¿qué rasgos concretos marcan la diferencia? Tercera, ¿hay algún tránsito paulatino de la carencia de Derecho a su existencia, o se da un salto? Cuarta, ¿qué factores determinan esa mutación —abrupta o progresiva—? ¿Trátase de un acto bruto de voluntad? ¿Trátase de una mejora de pautas ya previamente institucionalizadas? ¿Es resultado de la evolución de las necesidades de una vida social más compleja?

Cualesquiera que sean las respuestas idóneas a sendas inquietudes, personalmente me inclino más a una concepción amplia del Derecho como un conjunto de normas con cierto orden que sirven para regular la convivencia de los miembros de una sociedad y su cooperación en aras del bien común. ¿Hay ontológicamente una diferencia sustancial entre una normativa así, acaso tosca, y la de un Estado moderno? Porque el desacuerdo no se refiere a si hay diferencia, sino a si es tal que no cabe subsumir ambas normativas bajo un común denominador.

Es ese común denominador lo que a mí me interesa, aquello que creo que incorpora, por necesidad natural, unos axiomas de ordenación para el bien común, tengan o no conciencia de ello los miembros de la sociedad o sus jefes.

A mi juicio ha sido gradual el paso de normativas rudas y exentas de refinamiento a otras inteligentemente elaboradas; no se ha producido por una decisión deliberada, sino por reflejo de las necesidades de la vida social.

Así pues, reconociendo, ciertamente, que el Derecho es una realidad social y que está sujeta al devenir histórico, no creo que sea un producto de la historia ni, menos aún, un producto de la voluntad humana, de los hombres de una determinada sociedad a los que súbitamente se les ocurre instituir un nuevo haz de prácticas, las que reconoceríamos como jurídicas. (Sería, digamos, el pacto social de Grocio, Hobbes, Locke o Rousseau, ridiculizado en 1741 por David Hume y más tarde por Adam Smith y J. Bentham.) Pienso que si, contrafácticamente, suponemos una decisión innovadora de adoptar instituciones jurídicas, ese acto instituyente requiere ser legítimo, en virtud de normas preexistentes. (¿Quién ha preceptuado *pacta sunt servanda*?) Lo cual nos retrotrae a la normativa anterior, más rudimentaria, pero adaptada a la sociedad de su época. ¿Por qué no verla como un ordenamiento jurídico primitivo?

Imaginando, alternativamente, que los hombres fueron inventando el Derecho poco a poco, sin darse cuenta, de manera espontánea, a cada paso en esa progresión le aplico el mismo razonamiento. En esta hipótesis no hay salto, de suerte que las instituciones normativas del año X apenas difieren de las del año X+1, por lo cual encuentro arbitrario el brusco corte que da el teórico al fijar una línea o un punto tal que a un lado está el Derecho y al otro el no-Derecho.

Por otro lado dudo que los antropólogos estén todos de acuerdo en sostener que las sociedades —digamos— indígenas carecen de una normativa que quepa llamar «Derecho». En (Freeman & Napier, 2009), los coordinadores del volumen afirman (pp. 2-3):

Even in the twentieth century anthropologists using a folk rather than an analytic concept of law have been inclined to deny that simpler societies had law. [...] Bronisław Malinowski was critical of that type of ethnocentrism. It was wrong, he claimed, to define the forces of law in terms of 'central authority, codes, courts and constables' [...] Malinowski's 'minimal definition' of law was intended to have universal application.

Los dos autores anglosajones reseñan desarrollos más recientes de la antropología jurídica, que manejan conceptos del Derecho diversos del de Malinowski pero coinciden en reconocer que las sociedades que llamamos «primitivas» tienen Derecho —*otro* Derecho—, un Derecho esencialmente consuetudinario, en parte ritual, reglado (aunque no verbalmente enunciado), que no carece de sanciones institucionalizadas. También se han estudiado sociedades primarias donde existen —bajo modalidades diferentes de las nuestras— juicios y órganos decisorios —v.g. consejos tribales. (Reconozco, sin embargo, que no faltan etnógrafos para quienes son intraducibles los conceptos de organización social de esas poblaciones, por lo cual se estaría haciendo violencia semántica al calificarlas de jurídicas o protojurídicas.)

Desde luego Atienza puede considerar que todos mis ejemplos se refieren a sociedades carentes de Derecho. Quizá hablamos de cosas distintas. Mi filosofía del Derecho es una filosofía aplicable a los sistemas normativos instituidos en sociedades humanas y revestidos de fuerza coercitiva; a todos, no sólo a algunos. Pienso que el profesor asturiano entiende su misión como la de brindar una filosofía jurídica apropiada a nuestro tiempo, a un Estado social y democrático de Derecho.

La otra discrepancia entre la propuesta atenciana y la mía me parece verosímilmente superable. A Manuel Atienza le duele mi radical separación entre ética y Derecho. Insiste en que se da una moral interna del Derecho, diversa de la moral de los individuos y los grupos, si bien entre la una y la otra hay continuidad. A este respecto se extraña de que yo, tan gradualista, adopte en este punto un enfoque estrictamente discontinuista o dicotómico.

Mi distingo entre Derecho y moral lo he formulado en mi libro con tal énfasis e hincapié que puedo haber llevado, sin quererlo, a que no sólo Atienza, sino cualquier lector culto infiera que para mí la moral es un producto de la subjetividad de los individuos.

Es cierto que yo no me pronuncio claramente ni a favor ni en contra del cognitivismo moral, pero soy cognitivista. (Pragmáticamente me resulta difícil no serlo.) Sólo que, ¿cómo investigar las verdades morales o éticas? Para los intuicionistas está claro cómo hacerlo, pero yo carezco de intuiciones. En cualquier caso pienso que hay dos escalas axiológicas diferentes: la ética y la nomológica. La primera: (1) su fin es la perfección personal (no sólo una vida moralmente buena sino una personalidad, un modo de ser moralmente loable); (2) con relación a ella el criterio de que disponemos es nuestra propia conciencia moral; (3) posee un ámbito muy amplio, que no sólo abarca las conductas que afectan al bien público, sino igualmente las de la vida privada; y (4) exige, para considerar moralmente valioso un comportamiento, que se haya efectuado por motivos moralmente buenos.

¿Existe una moral interna del Derecho? ¡Sea! ¿En qué difiere de lo que yo llamo «Derecho Natural»? Si se me concede que esa moral interna del Derecho tiene su propia escala axiológica, separada de la moral subjetiva (o sea la caracterizada por los cuatro rasgos que le he atribuido), estaría dispuesto a aceptar esa denominación. Y aun eso no incondicionalmente, sino siempre y cuando a esa moral interna se le asigne la cualidad que yo atribuyo del Derecho Natural, o sea: poseer vigencia jurídica —quíralo el legislador o no— y, por consiguiente, potencial

exequibilidad cuando las condiciones sean propicias. Esa vigencia se impone al legislador y al poder constituyente. Además, el Derecho Natural es eterno, aunque surta efectos diversos según van variando las circunstancias histórico-sociales.

Persiste el problema de si en la realidad hay una o dos escalas axiológicas. A favor de mi dualismo aduzco los frecuentes conflictos que, creo, todos hemos experimentado. No es menester adherirse a la visión de Maquiavelo para reconocer que los imperativos del orden jurídico muchas veces colisionan con la moral. La posibilidad de un *continuum* que establezca una transición de una escala a la otra la dejo como una cuestión abierta. (Soy, sí, continuista, más no creo que entre cualesquiera dos realidades haya continuidad, ni siquiera si se dan solapamientos y similitudes entre ellas.)

Antes de concluir este apartado me gustaría abordar, someramente, dos cuestiones un poco incidentales del comentario de M. Atienza. El primero es su intento de salvar al menos alguno de los distinguos de Hohfeld aduciendo un ejemplo interesante y no banal: el pugilato. No sé si le ha pasado al lector, pero a mí, cuando estudié el art. 20.7 del Código Penal de 1995, me surgieron muchos cuestionamientos tanto sobre su alcance cuanto sobre su posible solapamiento con otras eximentes: «cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un deber, oficio o cargo». Los manuales traían —creo que todos— el ejemplo del pugilato (u otros deportes de lucha). Atienza nos dice que a un boxeador le es lícito golpear a su adversario sin que éste tenga deber de soportar los golpes. (Es un caso totalmente distinto del de deportes de competición, porque el primer ciclista que cruza la línea de meta no impide nada a sus rivales.) Reconozco que da mucho hilo ese tema. ¿Es una causa de exculpación o de justificación? Si es de justificación, ¿cómo así es lícito impedir por la fuerza una conducta también lícita? Me inclino a pensar que, si bien a cada púgil le es lícito, valiéndose de sus puños, tratar de impedir el golpe del adversario, tiene, así y todo, obligación jurídica de soportar tales golpes cuando no haya logrado esquivarlos con una maniobra pugilística. En general no tenemos obligación jurídica de soportar golpes, pero quien voluntariamente se dedica a ese deporte asume con ello ciertos deberes (nos estamos refiriendo, claro, a golpes asestados dentro de las reglas del juego —y no por debajo la cintura).

Mi segunda y última cuestión incidental es el esencialismo jurídico. Atienza aduce que una concepción como la que propongo no puede reclamarse distintivamente esencialista porque también, p.ej., Kelsen creía en una esencia del Derecho, caracterizada por la normatividad y la coactividad. Así es. Está claro que mi esencialismo se refiere a la función y al contenido del Derecho (a un contenido indeclinable, aunque —dado el carácter aditivo y no sustractivo de mi jusnaturalismo— el legislador puede agregar los contenidos que tenga por conveniente). Sólo que me pregunto qué pasaría, para Kelsen, si el legislador, Superrex, edictara una ley por la cual en lo sucesivo las normas carecerán de fuerza coactiva (lo cual para Kelsen implica perder también fuerza normativa).

Cerraré mi reflexión sobre el comentario de Manuel Atienza con sus interesantes consideraciones sobre la tortura y la esclavitud. ¿Cómo es posible que yo sea tan absolutista sobre la primera —afirmando su prohibición desde el Derecho Natural, aun en el supuesto de que aplicándola pudieran salvarse vidas de muchos inocentes— mientras que, por el contrario, emito la hipótesis de que acaso la esclavitud antigua fuera compatible con el bien común, por un imperativo de eficacia económica en aquel estadio de desarrollo de las fuerzas productivas?

El dualismo jurídico que caracteriza mi enfoque y que Atienza ha analizado con insuperable claridad me lleva a sostener que la tortura puede ser jurídicamente

lícita; lo ha sido durante milenios. A la vez, el Derecho Natural impera la total abstención de la tortura. Tenemos una antinomia jurídica. Las normas jurídico-positivas opuestas al Derecho Natural son potencialmente inexecutable, mas esa inexecutable requiere que concurren circunstancias social e históricamente determinadas.

Mi absolutismo en este asunto es una respuesta a la inquietud emitida por los adversarios de la ponderación (aunque mi propio enfoque de la ponderación sea — como lo recuerda Atienza— diverso del de Dworkin y Alexy). Tal inquietud esgrime la posibilidad de que, si cualquier norma es ponderable, no hay líneas rojas. Evidentemente podemos fijar otras líneas rojas diferentes de la práctica de la tortura; v.g. un determinado grado de sufrimiento. Me temo que eso sería arbitrario e ilusorio, porque ni estaría justificado el salto ni disponemos de medidores vivenciales (al menos hoy por hoy). En cambio sí existe una razón para fijar la línea roja en la tortura: es lo más degradante para el ser humano, lo que todos —o casi todos— tememos más, mucho más que la muerte. Degrada al torturado y al torturador. Los priva de dignidad, si es que «dignidad» significa algo.

Admitirla por motivos de utilidad social corrompe esa misma utilidad social. Los inocentes salvados dejan de ser inocentes: salvar sus vidas ha costado rebajar la sociedad humana al rango de la diabólica. Además, sin lugar a dudas, surge el problema de la pendiente resbaladiza: se practicará si se tiene un grado G de certeza de que el torturado es culpable y de que torturándolo se salvarán al menos M número de inocentes. (Vuelvo a preguntarme en virtud de qué criterio se da un tajazo en G y en M .) Y luego se pasa a un grado $G' < G$ y a un número $M' < M$ y así sucesivamente. Todo eso me resulta tan espeluznante, tan destructor de lo que entendemos por «bien común», que deduzco que lo único racional es una proscripción absoluta, sin excepción alguna.

Asimismo hay que sopesar las consecuencias indirectas de practicar la tortura. Dejemos de lado los demás problemas jurídicos que rodean al presidio de sospechosos de Guantánamo. Al margen de otras graves tachas jurídicas de tales encarcelamientos, ¿cuáles han sido los resultados de practicar la tortura en ese antro y en otros gestionados por agencias gubernamentales del Occidente —o por sus subrogados y delegatarios de países vasallos? Los efectos han sido: la exacerbación del odio, la llamarada del fanatismo y la infamia, no sólo de los gobiernos perpetradores y sus aliados, sino de los sistemas político-jurídicos y hasta de las poblaciones que, con su voto, han llevado al poder a esos gobernantes y legisladores. Los atentados terroristas se han aureolado así de una espuria legitimidad. Si es que alguna vida se ha salvado (lo cual está por probar), muchísimas, a cambio, han venido sacrificadas —vidas de quienes no tenían arte ni parte en tales enfrentamientos. Ahora bien, uno de los axiomas de la lógica nomológica (recapitulados por Atienza) establece que una conducta es lícita sólo en tanto en cuanto también lo son sus consecuencias causales.

Lo que dije sobre la esclavitud antigua fue a título de hipótesis. Pero entonces, objeta Atienza, ¿estaba injustificada la rebelión de Espartaco? Podría parecer que sí: por el principio de no impedimento, en la medida en que sea lícita una conducta A (la esclavitud en este caso), estará prohibido impedir A por la fuerza (sublevándose, p.ej.).

Si mi hipótesis es certera, estamos ante un caso más de antinomia jurídica. La esclavitud nunca pudo ser *totalmente* lícita, pues es contraria al Derecho Natural. Por ello combatirla no puede ser totalmente ilícito, ya que los insurrectos estaban amparados por el derecho natural a la libertad. Cuando tenemos una antinomia

jurídica hay desobediencias a la ley (a una ley) que son jurídicamente lícitas. Sin llegar a casos tan extremos pienso que existen leyes absurdas, contrarias al bien común, que, en alguna medida, puede ser jurídicamente lícito desobedecer (de hecho algunas normas son prácticamente incumplibles).

* * *

Centrándose la aportación de Mariano Melero en el doble derecho de radicación y naturalización, hay que decir que, si bien ese tema sólo viene muy de pasada abordado en VLD (como un *obiter dictum*), a él se consagraba el capítulo IX de mi tesis doctoral *Idea Iuris Logica* (2015), de cuya metamorfosis proviene el libro ahora discutido. Además, Mariano percibe claramente cómo ese derecho está fortísimamente enraizado en toda mi visión de los Derechos Naturales del Hombre, la cual —aunque temáticamente defendida en un ensayo anterior (Peña, 2013) —, es un componente esencialísimo de la filosofía jurídica propuesta en VLD.

Atinadamente observa Mariano que mi visión es prekantiana, toda vez que mi jusnaturalismo sigue la estela de la tradición filosófica clásica del Derecho Natural, la anterior a Kant. ¡Cierto! Una amplia y abigarrada tradición, que abarca, desde los estoicos hasta el materialismo ateo de Diderot y el vago deísmo de los hombres de las revoluciones americana y francesa de fines del siglo XVIII. A lo cual opone Mariano la filosofía crítica de Kant, la «causalidad de la libertad», donde el orden jurídico forma parte de una razón práctica basada en postulados regulativos, no en verdades sobre la realidad, quedando ésta allende nuestra capacidad cognoscitiva.

Dudo que sea éste el lugar apropiado para discutir a fondo sobre el criticismo kantiano. Mi objeción esencial a ese planteamiento es que ignoro por qué hemos de compartir el idealismo de Kant, por qué hay que ser kantiano o poskantiano. Aún en vida del filósofo de Königsberg, varios de sus epígonos volvieron —sin reconocerlo expresamente— a un enfoque prekantiano, restaurando la metafísica como un saber —sólo que con una nueva terminología (así, Schelling y Hegel). Muchos filósofos posteriores son prekantianos: Trendelenburg, Gioberti, Rosmini, Bolzano, Brentano, N. Hartmann, Frege, B. Croce, M. Blondel, É. Gilson, Bradley, Russell, Moore y casi toda la filosofía analítica. Son los argumentos y no el orden cronológico lo que ha de determinar nuestras opciones filosóficas.

Kant (1724-1804) había venido después de Grocio, Leibniz, Wolff, William Blackstone, J.J. Burlamaqui, Montesquieu, los enciclopedistas y los pensadores de la revolución (coetáneos suyos, pero cuya producción no recibió el más mínimo impacto de la segunda Crítica kantiana, la *Kritik der praktischen Vernunft*, Riga, 1788). Kant es semicontemporáneo de Jeremías Bentham (1748-1832), fundador del positivismo jurídico, pero también continuador del eudemonismo de la Ilustración, ajeno a esa presunta revolución copernicana del criticismo kantiano. Según lo he demostrado en VLD, Kant no influyó para nada en las Declaraciones de Derechos Naturales del Hombre de 1789, 1791, 1793, 1795, 1848 (la *Seconde République*), las españolas de 1869 y 1873, etc. En realidad, tampoco en la de 1948.

Los filósofos políticos que interesan a Mariano —especialmente Rawls— sí le deben mucho a Kant, pero no ha venido de su mano ningún avance en el reconocimiento jurídico-positivo de los Derechos del Hombre. En cambio, a pesar de lo que afirma Mariano, la Declaración de 1948 sí le debe mucho al jusnaturalismo, aun renunciando a contener una introducción justificativa. Según lo he indagado en (Peña, 2013), los principales redactores del texto estaban inspirados por corrientes de filosofía jurídica afines al jusnaturalismo; sólo que ni hubieran concordado en las

formulaciones ni, sobre todo, podían esperar con ellas el relativo consenso (no unánime) que logró el articulado de la Declaración.

Aduce Mariano a favor de su visión de los Derechos Humanos —basada en consideraciones de racionalidad práctica y, principalmente, de pacto político— el hecho de que los textos jurídicamente vinculantes son actos legislativos, que carecerían de validez sin la voluntad del legislador, o sea sin la *responsabilidad institucional*. Sólo que los preponderantes instrumentos de Derecho internacional al respecto, los dos Pactos de 1966, no dejan de ser traslaciones al *jus cogens* de la Declaración de 1948, la cual *reconoce* esos derechos, no los crea, no los instituye, no los edicta; afirma que todos los seres humanos los tienen, no se los adjudica.

El jusnaturalismo —sin ser tan indiferente a la positivación de los derechos como lo da a entender Mariano— asevera que, con o sin positivación, los Derechos Naturales del Hombre están revestidos de vigencia jurídica, que es precisamente la tesis que rechaza Mariano.

Ahora bien, Mariano tampoco acepta el positivismo jurídico. De ahí que tenga que asumir *algo*, alguna exigencia suprapositiva o extrapositiva que reclame la positivación de los Derechos Humanos. La encuentra en postulados regulativos de la razón práctica (nada sorprendente en un kantiano). Sólo que, además de que algunos o muchos no creemos en esas construcciones de Kant (cuya plena inteligibilidad podría cuestionarse), ¿de qué valor jurídico están revestidos esos postulados? Si están privados de todo valor jurídico, son interpelaciones al ordenamiento normativo desde perspectivas externas y ajenas, careciendo de fuerza vinculante. Menos fuerza tienen para los descreídos, que no tenemos fe ninguna en nada de todo eso —recordando, por cierto, que en el Prefacio de la segunda edición de la *Kritik der reinen Vernunft*, Kant se propone suprimir el saber para hacerle sitio a la fe [*Ich mußte das Wissen aufheben, um zum Glauben Platz zu bekommen*]. Precisó Kant en ese lugar que la moralidad era opuesta a la falta de fe, a la increencia (al descreimiento), cuya fuente sería la metafísica dogmática.

Desde luego Mariano dista de seguir en todo a Kant, de quien se distancia expresamente al afirmar: «debemos evitar seguir aquí a Kant y decir que los Derechos Humanos son las precondiciones de una agencia moral autónoma». Y es que, con todas sus peculiaridades, Kant no deja de ser un jusnaturalista, mientras que Mariano no lo es. Mas, ¿qué requerimientos o demandas o postulados de racionalidad práctica atraen, como imanes, a la positivación de los Derechos Humanos, aun careciendo de suyo de fuerza normativa? Mariano cita aquí a Joshua Cohen, quien *ofrece una perspectiva* o un terreno de deliberación sobre estándares que pueden exigirse a las sociedades políticas, lo cual resume como un ideal de razón pública. Ignoro por qué hay que atenerse a ese ideal. Para mí, carece de méritos —y, todavía más, de eficacia— ese ofrecimiento de perspectiva deliberativa. En la realidad las positivaciones de Derechos Humanos se han llevado a cabo con escasa deliberación, salvo de minorías. ¿Cuántos españoles deliberaron sobre los derechos que se iban a reconocer en la vigente Constitución de 1978?

Toda la argumentación de Mariano contra el derecho de emigración e inmigración se desprende de la visión —que él abraza, siguiendo a Cohen— de que los Derechos Humanos son normas asociadas con la idea de ciudadanía, e.d. la afiliación o inclusión en una sociedad política organizada.

De ser así, efectivamente, no hay derecho de inmigración. Pero me pregunto si existe un derecho de procreación, pues los nuevos habitantes que provengan del engendramiento no habrán suscrito el pacto político, al cual se incorporarán sin

mediar la aquiescencia de los demás socios, los demás ciudadanos. Si el pacto social contiene una cláusula autorizando a procrear, ¿por qué va a carecer de otra permitiendo acoger a extranjeros que se quieran incorporar? En cuanto al derecho de emigración, veo bastante frágil su rechazo incluso desde los supuestos rawlsianos. Si entiendo bien, lo que argumenta Rawls es que el pacto social no ha de contener una cláusula por la cual la única opción a un trato injusto sea marcharse; o sea, no ha de organizarse la sociedad de manera que, en la práctica, se constriña a un socio a salir. Mas ¿por qué ha de rehusársele el derecho de abandonar la sociedad en pos de mejores oportunidades en otros países? (En suma, un derecho viejo como el mundo, el de sustraerse al pacto social emigrando, del cual trató Platón en el *Critón*; v. Kirkpatrick, 2014.) Sólo encuentro —entre las citas directas o indirectas de Mariano— el argumento de que se sufre mucho emigrando, al tener que cambiar de lengua, cultura, vínculos, conexiones y valores; quien esto escribe vivió 18 años de exilio, durante parte de los cuales, efectivamente, mudó de lengua en su hablar, escribir, pensar e incluso soñar, sin que aparentemente eso lo haya dejado aplanado o empobrecido; al revés, creo que me enriquecí mucho.

Dudo que sea atinado acercar mi enfoque al de los cosmopolitistas con los cuales debate Mariano, quienes «sitúa[n] la comunidad internacional en el mismo plano [que los Estados] de responsabilidad institucional de [...] protección y promoción efectivas [de los Derechos Humanos]». Dudo haberme llamado nunca «cosmopolitista», pero, en cualquier caso, abjuro de esa etiqueta. Al revés, soy estatista, westfaliano. Creo que la protección y el amparo de los Derechos Humanos está en el Estado, al cual debemos la seguridad social, los instrumentos de redistribución, los tribunales, las obras públicas, los múltiples y variados servicios públicos. Ni siquiera miro con benevolencia los entes supranacionales (desdeño fuertemente las integraciones que no se basen en una lengua y una historia política compartidas) ni albergo esperanzas sobre los organismos internacionales, que han resultado tan decepcionantes.

Sólo que el Estado-Nación tiene obligaciones, no sólo para con sus habitantes, sino también para con los demás miembros de la familia humana, sin que ésta esté constituida como entidad política (o estándolo muy mal), ya que lo que funda los derechos y los deberes de la comunidad hacia los individuos y viceversa es una preceptividad natural del bien común; un bien común que demanda la apertura, en tanto en cuanto el bien común de los habitantes circunstanciales de un territorio no puede hacerse en detrimento del bien común de la familia humana (la *res Publica totius humani generis* de Fray Francisco de Vitoria, O.P.)

Por eso, efectivamente, soy aperturista, como lo recuerda Mariano, sin avalar para nada instituciones transnacionales o internacionales encargadas de velar por los Derechos Humanos, cuyo balance es poco halagüeño. Cada ser humano tiene deberes y derechos *erga omnes*; por lo tanto, también con relación a Estados extranjeros —incluyendo el derecho de radicación y naturalización, sujeto a las posibles colisiones con otros derechos, por lo cual no es absoluto.

Omito aquí el detalle de las objeciones que me dirige Mariano en lo atinente a esos derechos, puesto que nuestras discrepancias se infieren de los desacuerdos ya examinados en los párrafos precedentes. Si sólo hay Derechos Humanos en la medida en que están normativamente positivados en el seno de una comunidad política territorialmente demarcada y únicamente para sus habitantes, entonces no puede haber ningún derecho fundamental a inmigrar.

No se olvide, empero, que *one man's modus ponens is another man's modus tollens*. El derecho migratorio lo han practicado y ejercido los humanos durante

centenares de miles de años; su denegación ha empezado a raíz de la I Guerra Mundial. (Recordemos cómo, en *El mundo de ayer*, Stefan Zweig añora la libertad migratoria, sin necesidad de pasaportes ni visados, hasta 1914.) Una teoría que avale esa denegación me resulta, ya por eso, carente de atractivo y de verosimilitud.

Únicamente voy a agregar un *obiter dictum* significativo e importante. Mariano cita una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cual, además de imponer la práctica de la acción afirmativa (que yo condeno), estipula que no podrá incurrirse en discriminaciones por condición migratoria. Pues bien, justamente, en el capítulo IX de *Idea Iuris Logica* abogo por esa discriminación, inevitable contrapartida de la libertad inmigratoria. Quienes voluntariamente vengan, ¡que lo hagan! No se les cierra el paso. Tendrán que ponerse en la cola y, tras pasar un plurienio de noviciado, cumplir determinados requisitos para naturalizarse, adquiriendo así todos los derechos (mejor dicho, habilitándose así para exigirlos frente a la nueva comunidad a la que optan libremente por incorporarse).

Está claro que un cambio jurídico como el reconocimiento de la libertad migratoria ha de llevar aparejada una rectificación de las tablas de derechos, que han sido diseñadas de suerte que tan sólo resulten viables bajo la condición de rehusar a los extranjeros el derecho a inmigrar.

* * *

Resultaríame arduo mejorar la sucinta exposición de mis ideas que hace Alfonso García Figueroa, cuyos elogios desbordan mis méritos. Hay dos puntos en los cuales son acertadas las críticas que me dirige Alfonso.

En primer lugar, lo atinente a la presunta tesis «Hume-Moore» de la indeducibilidad de lo normativo (o lo deóntico, o lo axiológico) a partir de premisas fácticas. En verdad esa tesis es un invento, una amalgama esgrimida en las polémicas para desacreditar a cuantos incurran en la dizque falacia naturalista. Sin investigar en qué medida fuera genuinamente atribuible a esos dos filósofos británicos la tesis que vulgarmente se les adscribe, yo me he limitado a ubicarme en el campo de quienes la rechazan; un vastísimo campo, en el cual me hallo en la grata compañía de toda la *philosophia perennis* (*ens et bonum convertuntur*), Leibniz, los racionalistas de la Ilustración, Hegel, N. Hartmann y, más cerca de nosotros, Searle —lo cual ya es suficiente. Pero es que, como certeramente lo señala Alfonso, Moore no abrazó la tesis que se le atribuye. Mi reciente relectura de las obras de Hume me ha convencido de que tampoco el gran pensador escocés sostuvo lo que se le suele asignar en este particular. Cuando escribí VLD no ignoraba yo las lecturas revisionistas de esos autores y el consiguiente descrédito, entre los eruditos anglosajones, de la existencia de la tesis de marras. No obstante, mi propósito era tan sólo el de defender mi propio enfoque de metafísica jurídica, el cual, en pos de la tradición racionalista, vincula el *deber-ser* al *ser*.

También es, sin duda, acertada la crítica que me dirige Alfonso por mi sumario tratamiento de Alexy, con cuya obra (que siempre me ha producido enorme respeto) disto de estar, ni remotamente, tan familiarizado como lo está Alfonso. Por las otras citas que aporta (de textos del profesor alemán que no he leído), resulta que Alexy y yo hemos caminado en un sentido bastante convergente, al menos en algunas cuestiones fundamentales de filosofía jurídica. Lo cual me congratula, pues las rarezas de mi propuesta (que Alfonso se deleita en enumerar) no dejan de producirme algún desasosiego, en tanto en cuanto podrían ser indicios de extravagancia. Claro que tales convergencias se circunscriben a algunas cuestiones. La metafísica jurídica de VLD dudo que sea del agrado del catedrático de Kiel.

El comentario de Alfonso, en su conjunto, tiene puntos de coincidencia con otros recogidos en este *Book Forum*, la mayoría de los cuales cuestionan mi radical separación entre Derecho y moral, lo cual podría darle al lector la equivocada impresión de que a mi propuesta se enfrentan, más que nada, los jusmoralistas (cuantos tratan de colocar pasarelas entre ética y Derecho), como si la mayor oposición no viniera de los positivistas puros, aquellos que, si bien coinciden conmigo en esa separación, rechazan la existencia de normas jurídicas no promulgadas.

Con relación a la ética, Alfonso tiene «la impresión de que la moral a la que alude Lorenzo Peña es una moral esclarecida, ilustrada y pura en que no hay interferencia posible de la moral social». Si he dado esa impresión, es que no me he expresado correctamente. Mi concepto de «moral» viene, a grandes rasgos, dilucidado por varias notas, agrupadas en un racimo que, lejos de formar un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, se limita a bosquejar un contorno difuso y elástico. En esa caracterización, desprovista de pretensiones de exactitud, no se presupone ni la conexión de la moral individual con la social ni su desconexión. Sea como fuere, algo en lo que insisto —y se ve también en mi respuesta a la mayoría de mis gentiles interlocutores en este *Forum*— es la vinculación entre conciencia y deber moral. Qué factores estén detrás o delante de esa conciencia no es tema que yo estudie.

Si he observado dos puntos de la crítica de Alfonso en los cuales le doy la razón, subsisten, empero, tres divergencias entre nuestros respectivos enfoques. La primera es que, según lo entiende él, el Derecho es un conjunto de actos de habla regulativos regidos por una pretensión de corrección, actos de habla que forman parte de juegos de lenguaje profundamente humanos. Esa visión me parece claramente inspirada en la pragmática trascendental de Apel y en la filosofía lingüística oxoniense originada por el Wittgenstein tardío. Desde luego ese punto de vista es opuesto al que yo defiendo, según el cual el Derecho está constituido por normas, e.d. por situaciones jurídicas (generales), siendo una situación jurídica la afectación de un estado de cosas por una cualidad normativa. Algunas situaciones jurídicas resultan de actos de habla (como lo recalco en el capítulo VIII de VLD), a saber: proclaciones edictivas; otras, no. Cae fuera de los límites de este intercambio adentrarme en las razones a favor de mi propia propuesta y en contra de la concepción lingüística. Bastante me extiendo sobre eso, no ya a lo largo de los sucesivos capítulos de VLD, sino igualmente en una serie de ensayos de los últimos lustros.

Esa discrepancia está en la base de otra que al lector le resultará muy saliente: nuestro desacuerdo sobre el principio de permisión, PP, o sea aquel que, de la no-deducibilidad, en un sistema normativo, de la prohibición de una conducta, nos faculta a inferir la licitud de tal conducta en ese sistema. Alfonso se adhiere a la tesis de Alchourrón y Bulygin, por mí criticada en el capítulo VIII de VLD, tesis que introduce un distingo entre permisos débiles y fuertes. Según lo enuncia Alfonso, el PP significaría —en la versión no tautológica, que es la que yo defiendo— que lo no prohibido por norma alguna del sistema estaría, explícita o implícitamente, autorizado por una norma del sistema. Afirma Alfonso que no es así, que no tiene por qué ser así. Sólo será así —nos dice— en aquellos sistemas que hayan incorporado ese principio, siendo lógicamente posible un sistema normativo sin PP.

Ahora bien, en mi tratamiento PP es una regla de inferencia primitiva de la lógica nomológica —aplicable a cualquier sistema normativo. Su ausencia denota que el conglomerado de prescripciones que se esté considerando no es un sistema normativo. ¿Estoy equivocando al postular esa regla de inferencia y al ver en ella un rasgo esencial de la sistematicidad normativa? Es posible; no basta, empero, para

refutarme constatar la concebibilidad de conjuntos de normas sin PP. Y es que, para cualquier axioma lógico, para cualquier regla de inferencia lógica, son concebibles conjuntos exentos de ese axioma o de esa regla de inferencia. Así, ¿refutaron Heyting y Brouwer el principio de tercio excluso, «A o no-A»? Ciertamente diseñaron la lógica intuicionista sin ese principio; tal lógica funciona, sólo que es más débil que la lógica clásica; con el intuicionismo perdemos muchas deducciones interesantes en matemáticas y en el discurso corriente. Hay lógicas conexivistas donde no se acepta el principio de simplificación alética, «Si A&B, entonces A». Hay incluso lógicas sin principio de identidad, «A=A» —esgrimidas por algunos teóricos de la física como modo de afrontar ciertas paradojas de algunas partículas elementales. En realidad, no hay ni un solo axioma, ni una sola regla de inferencia comunes a todos los sistemas lógicos.

Los axiomas y las reglas de inferencia de la lógica deóntica se postulan por alguna razón. Yo brindo en mi libro una razón: son aquellos que permiten hacer razonamientos que, vinculando hechos y situaciones normativas, sirvan al fin de la sociedad. Los descubrimos por abducción. Entre ellos figura el PP. Alfonso acepta que tal principio es una exigencia pragmático-transcendental del Derecho y que tiene vigencia en todos los modernos ordenamientos jurídicos. No sólo eso, sino que, además, Alfonso reconoce que «por si fuera poco, el PP habría formado parte de los presupuestos que los juristas han aceptado secularmente». Me hace dudar el uso del modo potencial; no sé si su frase ha de leerse afirmativamente («formó parte») o adscriptivamente («según Lorenzo Peña, formó parte»). Pero en VLD aporté datos al respecto. Justamente por eso los adeptos del distingo inventado por Alchourrón y Bulygin lo ven como una novedad, que choca con cuanto había sostenido siempre la doctrina —positivista o no— (y que han seguido sosteniendo hoy positivistas como Raz). Siendo así, parece que siempre se interpretaron los sistemas normativos de tal manera que —aun sin enunciarlo con las palabras de hoy— se sobrentendiera la vigencia del PP. Luego su validez no es ninguna novedad de los sistemas normativos modernos.

Claro que, si el Derecho fuera un mero juego del lenguaje, un conglomerado de actos de habla, desligado de su función al servicio de la consecución de los fines de la sociedad, entonces ¿por qué no? Habría, o podría haber, juegos con cualesquiera axiomas o reglas de inferencia caprichosamente elegidos e incluso sacados al azar. Si una norma no es una situación jurídica, sino un acto de habla, entonces de la ausencia de actos de habla que entrañen cierta conclusión no se seguirá la existencia de un acto de habla que entrañe la negación de esa conclusión. La lógica nomológica propuesta en VLD no es una lógica diseñada para conjuntos de actos de habla, sino una lógica de las situaciones jurídicas.

La tercera y última discrepancia concierne al bien común. Alfonso cuestiona la utilidad del axioma del bien común dada la elasticidad que yo atribuyo a ese concepto y su variable modulabilidad en diversas circunstancias histórico-sociales, lo cual le hace sospechar que caigo en un «vaciamiento de su contenido». Dudo que sea así. El mismo cuestionamiento podría aplicarse a otras nociones afines, como «utilidad social», «interés general», «bienestar» y «felicidad». He precisado algunas veces que el bien común puede cifrarse en la cantidad y calidad de vida, colectiva y distributivamente (social e individual). A los más puntillosos tampoco eso los convencerá, ya que no dejan de ser elásticas las nociones de vida, calidad, cantidad, socialidad e individualidad. Los astrofísicos que especulan sobre la posibilidad de vida en planetas de otros sistemas estelares tienen muchas dudas sobre qué es aquello cuya existencia o inexistencia se plantea, porque no hay una definición precisa y concluyente de «vida».

Hay una réplica pragmática al cuestionamiento de la utilidad de la noción de bien común en virtud de su indeterminación y elasticidad: tal noción viene, simultáneamente, rechazada por quienes ven en ella un peligro para el individualismo, un principio colectivista incompatible con una sociedad liberal. Espero haber argumentado en VLD lo suficiente para mostrar que el principio del bien común ni es vacuo ni tampoco es necesariamente antagónico con el liberalismo —siempre que sea un liberalismo respetuoso de los fines esenciales de la sociedad.

* * *

Certera es la reconstrucción que hace Marcelo Vásconez de mi enfoque sobre la dicotomía entre ética (o moral) y Derecho, que gira en torno a la separación entre ética y Derecho Natural. Ha logrado formular mi planteamiento en términos más claros y compactos que los que se hallan en mis propios escritos, siendo iluminadores su exploración de mi itinerario intelectual y su diagnóstico sobre mi pirronismo ético.

Como lo expresa Marcelo, siempre se ubica en el campo de la filosofía jurídica mi discusión de la ética (salvo en escritos puntuales y ya un poco añejos). Significa eso que, en mi producción intelectual, rarísimas veces he abordado una investigación filosófica autónoma sobre la ética; si, en estos últimos años, he desarrollado varias reflexiones sobre temas morales o metaéticos, ha sido únicamente en el sentido y con el propósito que capta Marcelo, como objeciones al jusmoralismo. Vienen perfilados en el texto de Marcelo los motivos intelectuales de esa autolimitación.

Estando de acuerdo con Marcelo en la mayoría de sus consideraciones, voy a ceñir mi respuesta a dos asuntos que me suscitan dudas en su trabajo.

El primero es la propuesta de una esencia objetiva de la ética que vendría, en parte, suministrada por los axiomas de una lógica deóntica correcta, en paralelo a cómo los axiomas de la lógica nomológica constituyen el núcleo del Derecho Natural. Estriba, a mi entender, la diferencia en que, en la lógica nomológica, tenemos el axioma central, la obligación de que se realice el bien común. Un axioma material, no formal. (Los demás axiomas tampoco son formales, pero su materialidad resulta menos obvia.) ¿Qué axioma o axiomas de la lógica deóntica jugarán ese papel en ética? ¿El de que es moralmente preceptivo hacer el bien y abstenerse del mal (principio de sindéresis de la tradición aristotélico-escolástica)? Se le ha reprochado su presunta vaguedad al concepto de bien común, pero ¿no nos brinda, al menos, algunas pistas hermenéuticas el adjetivo «común»? Pistas de las cuales está ayuno el principio de sindéresis.

Alternativamente podríamos buscar un catálogo axiológico, en la línea de N. Hartmann y M. Scheler, junto con unas reglas de prelación. Percátase Marcelo de que ésa sería mi preferencia, si es que osara dedicarme a proponer una ética. Es más: en la contrafáctica hipótesis de que yo renunciara a mi tesis de la separación entre ética y Derecho Natural —o, al menos, la atenuara—, seguiría verosímilmente los pasos del maestro Eduardo García Máynez, un gran estudioso de la axiología hartmanniana, que supo aplicar a su filosofía jurídica. Sin embargo, como lo apunta Marcelo, albergo dudas acerca de la factibilidad de ese proyecto —y, sobre todo, acerca de su justificación epistémica. Podemos construir una ética con esos instrumentos, pero ¿cómo probar que es verdadera? Sin demostrar que lo es, ¿cómo exigir a los demás ajustar sus pensamientos y sus hechos a esa ética, en lugar de otra? No se me conteste que quien elabora una ética no impone nada de los demás, sólo propone. Sí, evidentemente, propone; y no se dirige al poder público exhortando a que éste use la coerción legítima al servicio de la normativa ética así propuesta. Pero, sin lugar a

dudas, quien enuncia una ética se siente, explícita o implícitamente, (moralmente) autorizado a reprochar conductas que la conculquen y a loar aquellas que la cumplan.

En el campo jurídico hay un argumento transcendental a favor de la lógica nomológica, incluido el axioma del bien común. Quienes promuevan ordenamientos normativos que se aparten de esos principios destruyen o socavan su propia empresa. (Razono según el modelo de Lon Fuller con relación a la hipótesis del caprichoso legislador Rex.) En la teoría ética, el proyecto más ambicioso de racionalismo moral es —en mi opinión— el de Alan Gewirth. Reconociendo su atractivo, confieso mi perplejidad al respecto. Es una temática fascinante, pero no es la mía. Ciertamente que he aspirado a ofrecer un nuevo sistema filosófico, pero no sin lagunas. (¿Qué sistema más acabado y exhaustivo que el de Hegel? Aun así, el filósofo del idealismo absoluto no publicó ningún tratado de ética y sí uno de filosofía jurídica. Mis pretensiones son mucho más modestas que las de Hegel.)

No se les planteaba a N. Hartmann ni a M. Scheler el problema de la prueba de verdad de sus estimaciones éticas, porque apelaban a la intuición emocional de los valores. Yo he reiterado mi total escepticismo sobre cualquier tipo de intuición. Mi experiencia vivencial no me ha permitido nunca intuir nada. Conque quienes disfruten de ese privilegio epistémico de poder intuir, si son filósofos, parece que algo deberían hacer para que los demás creamos en la verdad de sus intuiciones.

En la elaboración de la lógica nomológica el principio del bien común no sirve sólo como axioma central del sistema, sino también como pauta heurística para la abducción de todos los axiomas y todas las reglas de inferencia. Tomamos los argumentos de la praxis jurídica; los filtramos por un cedazo, que es el de quedarnos sólo con aquellos cuya utilización sirva al bien común. Mientras no tengamos unos axiomas materiales esenciales para una lógica deóntico-ética, carecemos de una pauta heurística general.

Como lo ha percibido Marcelo, en uno de mis más recientes ensayos he rectificado, en parte, mi tesis de que la ética busca el perfeccionamiento personal. Cito lo que él dice: «puesto a buscar una [función de la ética], encuentra que es el mejoramiento de las relaciones entre los miembros de la sociedad, lo cual de manera indirecta contribuye así a la armonización del tejido social».

Tal vez esa somera indicación de pasada podría darnos una pauta. Si el Derecho es la normativa de la vida pública, o sea de la sociedad (de la Sociedad con mayúsculas, del cuerpo político), quizá la ética es la normativa de la vida privada, de las microsociedades —o, más correctamente, de la vida personal e interpersonal—: de las familias, de las agrupaciones de amigos o cualesquiera otras, sin fuerza coercitiva, pero con sanción reprobatoria; o, mejor dicho: es aquella normativa de las microsociedades que no apela a la normativa pública. Esa normativa consuetudinaria, las *costumbres*, constituiría la materia prima, a partir de la cual, por abducción, podríamos inferir principios fundamentales requeridos para que, en esas múltiples células del tejido social, reinen armónicas relaciones. No se trataría de tomar, sin más, los juicios de alabanza o vituperio que vienen asumidos por la gente en una particular sociedad, porque, si la ética verdadera se halla reverberada en la moral social, también suele estar en ella adulterada y alienada. No hay que olvidar que también existe un Derecho interno de las colectividades —las asociaciones, las múltiples figuras societarias y organizativas privadas; precisamente por eso —y a fin de deslindar los campos— entiendo el campo de la ética, no como el de las relaciones privadas en general, sino, en particular, como el de los vínculos interpersonales.

Paso al segundo problema. Marcelo es muy cuidadoso y preciso en citar sus fuentes sobre el utilitarismo, en particular, y el consecuencialismo, en general; pero en su propia exposición surge una dificultad. Aceptemos que es verdad lo que voy a llamar «el principio evaluativo del consecuencialismo», **PEC**, a saber: que la evaluación moral de las conductas ha de hacerse exclusivamente por sus consecuencias causales. (Personalmente —y a pesar de las citas aducidas por Marcelo— dudo que el PEC haya sido asumido por Sidgwick, Bentham, J.S. Mill, J.J.C. Smart, Peter Singer y tantos otros consecuencialistas, al menos bajo una enunciación tan contundente. Algunas de las citas que parecen corroborar el PEC vienen de adversarios del consecuencialismo —sobre todo adeptos de la mal llamada «ética deontológica», un intencionalismo de raigambre kantiana.)

Marcelo mismo puntualiza que «hay un sentido en el que es adecuado enunciar que el consecuencialismo sea subjetivo», no siendo irrelevantes «las consecuencias que un sujeto pueda prever o racionalmente esperar», si bien estima —siguiendo a Sinnott-Armstrong— que eso no hace «depender el criterio de obligatoriedad de algún contenido en la mente del sujeto». ¿No? ¡Vamos a ver! O bien son moralmente relevantes las previsiones y las expectativas del agente o no lo son. Si lo son, ¿cómo no lo van a ser para fijar el criterio de obligatoriedad en función de contenidos en la mente del sujeto? Es justamente esa relevancia de la previsibilidad de los resultados lo que, a mi juicio, zarandea el PEC.

Cabe causar un daño por caso fortuito, por imprudencia, por indiferencia o adrede. Si el agente previó el daño, lo ha hecho adrede (dolo directo). Si le traía sin cuidado que se produjera o no, ha actuado con indiferencia (dolo eventual). Si podía preverlo, pero no prestó atención, ha obrado imprudentemente. Si era imposible preverlo o evitarlo, se ha tratado de caso fortuito. Son distingos del Derecho penal, pertinentes para la ética.

Siendo así, me resulta inverosímil que el consecuencialismo esté prescindiendo de las intenciones, decretando moralmente irrelevantes las previsiones del agente; y, por lo tanto, sus intenciones. Tampoco el Derecho prescinde de ellas. Sólo que el Derecho únicamente las toma en cuenta en la medida en que, en las conductas, se ha violado la ley. La valoración moral no puede, en cambio, circunscribirse a los casos en que se haya transgredido la norma ética, sino que ha de abarcar también aquellos en que se ha observado dicha norma.

Una vez que el consecuencialista modula el PEC introduciendo la previsibilidad de los resultados —bajo una enunciación que requiere precisarse—, surge automáticamente la pregunta de si, para él, la valoración moral ha de centrarse en las consecuencias reales o en las previstas (dejando de lado la hipótesis de un problemático adscribir la misma importancia a las unas y las otras). Si elige la primera opción, debemos cuestionar (como lo han hecho sus adversarios) que se trate, en realidad, de una teoría ética o moral, porque no serviría como regla de conducta; sólo se aplicaría en tercera persona, como criterio externo de valoración (una dicotomía que Marcelo recoge en su exposición). Si se elige la segunda opción, creo que, entonces, reincidimos —en este punto al menos— en lo que yo me he esforzado por argumentar en VLD: la ética atiende preferentemente a la intención de los agentes (aunque, a su vez, se calibre ésta con el criterio de la previsión o previsibilidad de los resultados, descontándose la «buena intención» de quien obra a ciegas, pase lo que pase —o sea de quien siga la máxima «¡Haz el bien y no mires a quién!» o alguna similar); y su campo es el de toda la conducta humana. Por el contrario el Derecho tiene un campo más limitado, escudriñando la intención únicamente en el caso de actuaciones antijurídicas.

Insisto en que el problema aquí no estriba en saber si «el utilitarismo [está] equivocado», sino en que una «teoría [que] mantiene que las intenciones son irrelevantes para valorar los actos» no puede ser una teoría ética ni moral (ni siquiera jurídicamente admisible —como no sea en ordenamientos arcaicos que el progreso de las ideas normativas superó hace miles de años).

Dudo que tenga éxito la objeción final que me dirige Marcelo: «si [...] el axioma del bien común [...] se justifica[...] por el consecuencialismo, y ésta es considerada típicamente como una doctrina de la ética, resultaría que el Derecho Natural dependería fundamentalmente de la ética». La respuesta la ha previsto él mismo: «acudir una vez más al dualismo, distinguiendo, en esta ocasión, dos tipos de consecuencialismo, uno ético y otro jurídico». A lo cual replica: «llevado el dualismo hasta sus extremos, quizás resulta un poco desmesurado».

No veo en qué o por qué es desmesurado. Ya hemos visto que, si el consecuencialismo ético quiere ser una teoría moral, ha de tomar en cuenta las intenciones; también lo hace el Derecho, pero más limitadamente. Y las consecuencias relevantes no son las mismas. En el Derecho sólo se tienen en cuenta consecuencias atinentes al bien común, a la cantidad y calidad de vida, colectiva e individual, de una sociedad. No me incumbe discurrir aquí sobre cuándo son éticamente relevantes las consecuencias de nuestros actos, pero juzgo que forman un ámbito mucho menos circunscrito (y, verosímilmente, más orientado a las relaciones interpersonales).

Marcelo nos ha ofrecido un brillante análisis sobre la teoría ética, pero no ha conseguido aportar auxilio alguno al jusmoralismo. Lo último que querría éste sería reputar relevante para el Derecho una presunta ética como el consecuencialismo según Sinnott-Armstrong, para el cual el criterio de obligatoriedad no depende en absoluto de ningún contenido en la mente del sujeto (una indiferencia a las intenciones mucho más radical que la del propio ordenamiento jurídico).

Las objeciones de Marcelo han suscitado en mí una inquietud sobre la posibilidad de una investigación ética objetiva (reflejada unos párrafos más atrás), sin quebrantar, empero, mi convicción de que Derecho y moral son normativas disjuntas e independientes entre sí.

* * *

Es una suerte poder contar con el prolijo y cuidadoso texto de José Juan Moreso, quien tiene la amabilidad de recordar facetas de mi previa trayectoria, en los campos de la lógica y la metafísica, vinculándolas a la obra ahora discutida, VLD, para lo cual despliega su acreditado dominio de la filosofía de la lógica y del lenguaje, dos disciplinas que suelen caer fuera del ámbito de competencia de los filósofos del Derecho.

Repróchame el profesor catalán mi tesis de la suficiencia de la edición legislativa para hacer existente una obligación (o una prohibición o un permiso). Cita mi aserto: «Aquello que hace verdadera la prolación deóntica edictiva es la propia existencia de esa misma prolación, la cual es así autofundante». Llamemos a mi afirmación «Principio de Omnipotencia del Legislador», POL. Moreso objeta a POL:

Siendo así, me temo, y dado que cualquier oración puede ser proferida por una autoridad, la posición de Peña, de tomarnos en serio tal afirmación, hace de su lógica, no una lógica paraconsistente ni dialéctica, sino una lógica *trivial*, dado que todas las normas (también las contradictorias entre sí) emitidas por una autoridad son verdaderas, que es la tesis del *trivialismo*.

El párrafo recién citado del comentario de Moreso lo denominaré **AT** (*acusación de trivialismo*). AT se presta a dos lecturas:

- (1ª lectura) POL entraña que todas las fórmulas sintácticamente bien formadas, «A», sean tales que «A» resulte afirmado como verdad. Tal entrañamiento será una trivialidad general.
- (2ª lectura) POL entraña que todas las fórmulas sintácticamente bien formadas, «A», sean tales que «oA» resulte verdadero en el sistema jurídico de referencia. Tal entrañamiento será una trivialidad deóntica.

Con relación a la 1ª lectura, hay que distinguir entre proferir una oración y proferirla edictivamente —o sea, hacer con ella un acto performativo de índole edictiva. Para proferir edictivamente una oración son menester dos requisitos esenciales:

- (1º) Que la oración así proferida sea deóntica, e.d. que la oración entera caiga bajo el alcance de un operador deóntico —sea el de obligación, sea el de licitud, sea el de prohibición. (Son también deónticas aquellas oraciones que resulten de prefijar a una fórmula deóntica un cuantificador universal.)
- (2º) Que el proferente esté en condiciones pragmáticamente idóneas para, al enunciar esa oración deóntica, hacer un acto de habla que sea una prolocución edictiva; o sea: que esté revestido de autoridad suficiente y profiera la oración según determinadas formalidades socialmente convenidas (reglas hartianas de reconocimiento). (Hace falta, pues, un entorno de elocución adecuado.)

El primer requisito refuta la 1ª lectura de AT, puesto que, por mucho que el legislador profiera un enunciado no deóntico, esa prolocución no es edictiva (ni, por consiguiente, cae en el ámbito de aplicación de POL).

Así lo confirma, acertadamente, el Consejo Constitucional francés, en fecha de 21 de abril de 2005, declarando contraria a la Constitución una disposición legislativa «desprovista de alcance normativo», fundándose en el art. 6 de la Declaración de los derechos del hombre de 1789 y en otras normas de valor constitucional relativas al objeto de la ley. (Eso anula pseudoleyes como la del 29 de enero de 2001, cuyo art. 1 reza: «Francia reconoce públicamente el genocidio armenio de 1915».) Al hacer ese pronunciamiento el alto tribunal francés lleva razón frente a Kelsen, para quien «una ley adoptada de manera perfectamente constitucional» puede «tener un contenido que no representa una norma de ningún tipo», «sino que, p.ej., expresa una teoría religiosa o política» (Kelsen, 1972, p. 71).

Refutada así la 1ª lectura, sólo queda, como posible interpretación de AT, la 2ª lectura. ¿Acarrea POL la trivialidad deóntica del sistema jurídico? ¡No, en absoluto! La acarrearía si la lógica deóntica adoptada fuera una LDE (lógica deóntica estándar), como las de Alchourrón y Bulygin y aquellas en que ha trabajado el propio Moreso. En esas lógicas las consecuencias lógicas de contenidos obligatorios son también obligatorias (regla de cierre lógico). Conque, si el legislador edicta «oA» y —quizá en otra ocasión— «o¬A», entonces, al tener esas lógicas como su cálculo sentencial subyacente el clásico —donde vale la regla de Cornubia (según la cual de un par de premisas, una de ellas negación de la otra, se deduce cualquier conclusión)—, en esas lógicas estándar se seguirá «oB», para cualquier «B»; será un sistema afectado por trivialidad deóntica.

Mas, como lo acabo de decir, la lógica nomológica propuesta en VLD no acepta la regla de cierre lógico, o sea: de «oA» y $\vdash A \rightarrow B$ no se deduce «oB». En la lógica nomológica las consecuencias lógicas de contenidos obligatorios pueden y suelen no ser obligatorias.

Ciertamente la lógica nomológica posee sus propios axiomas y reglas de inferencia —estudiados en el capítulo II de VLD y recapitulados en la p. 195. Así pues, también con la lógica nomológica comprométese el legislador, con sus promulgamientos explícitos, a la vigencia de normas derivadas que él no ha promulgado (ni quizá previsto). Sin embargo, el potencial deductivo de la lógica nomológica, totalmente diverso del de la LDE, resulta —habida cuenta de todo— muchísimo más débil. Para nuestro propósito lo esencial es que con la lógica nomológica jamás se produce ninguna explosión inferencial; quedan muy acotadas las consecuencias lógico-nomológicas.

El ordenamiento jurídico puede y suele contener antinomias, «oA» y «o~A» (siendo «~» la negación débil, el mero «no») e incluso puede contener antinomias fuertes, «oA» y «o¬A» —siendo «¬» la negación fuerte, el «no... en absoluto». Nótese que en la lógica nomológica «o~A» implica «~oA», pero, en cambio, de «o¬A» no se sigue «¬oA». O sea, el principio de subalternación deóntica no vale para la negación fuerte. Por otro lado el cálculo sentencial subyacente es la lógica gradualista (una lógica paraconsistente para la negación débil, «~»), o sea: para esa negación no vale la regla de Cornubia). (Si el principio de subalternación deóntica valiera para la negación fuerte, un sistema con antinomias fuertes acarrearía la trivialidad general.)

De ahí que, según mi propuesta nomológica, para que, en un ordenamiento jurídico, se produzca una trivialidad deóntica —e.d. para que sean verdaderos *todos* los asertos del tipo «oA»— será menester que el legislador haya ido edictándolos todos, uno por uno. Sería un legislador no humano, claro está; nótese, en efecto, el distingo entre: (1º) que cualquier enunciado deóntico pueda venir edictado por el legislador; y (2º) que el legislador pueda edictar todos los enunciados deónticos. Lo segundo cae fuera del ámbito de las posibilidades humanas.

Afortunadamente mi propuesta en VLD pone una barrera a la desmesura legislativa que causaría un estafalario legislador al que se le ocurriera ponerse a amontonar preceptos y más preceptos sin ton ni son; consiste esa barrera en el principio jurídico-natural de que, cuando un cúmulo de normas ya no sirve, ni siquiera laxamente, para regular la sociedad en aras del bien común, deja de ser un ordenamiento jurídico, perdiendo así el legislador la aptitud para edictar normas (pues, en verdad, cesa de ser legislador).

Eso marca uno de los dos límites a POL. El segundo límite es que hay ediciones nulas en virtud de constreñimientos de lógica nomológica. En tales casos, la edición es jurídicamente inexistente (o, como mínimo, írrita). En mi libro detallo algunos casos. (Atienza señala que son imaginarios.)

Notemos que —a pesar de esas dos limitaciones— POL es una tesis que mi propuesta toma del positivismo jurídico, justamente por rechazar el jusnaturalismo sustractivo. Para éste último la edición legislativa no es condición suficiente de vigencia jurídica. Para mí sí —con esas dos limitaciones. En la medida en que no sean transgredidos esos dos límites, toda proclama edictiva del legislador crea Derecho. Abrazando POL, estoy (en eso) en la línea de Kelsen (aunque restringiendo su principio de indiferencia del contenido por la exigencia de que sea un contenido deóntico y no de otro tipo). (De ahí que Atienza pueda decir, no sin fundamento, que mi propuesta es una síntesis peculiar de jusnaturalismo y positivismo.)

También objeta Moreso a POL que no basta la prolación edictiva para que se cree una situación jurídica, sino que la misma requiere que se satisfagan ciertas condiciones. No hay desacuerdo alguno entre nosotros sobre ese punto. Lo que pasa es que, si no se dan esas condiciones, no hay tal prolación edictiva. Para que con un performativo se haga una prolación performativamente calificable, es menester que sea apropiado el contexto de elocución. Vale eso para performativos como «preguntar», «mandar», «prometer», «jurar». Y, obviamente, para «edictar». Una edicción tendrá que venir hecha por el legislador según determinadas formalidades y en determinado entorno; si no, no hay edicción.

En relación con eso, Moreso cita mi objeción a Alchourrón y Bulygin en la cual digo: «resulta problemática la mezcla, en una misma oración compuesta, de una cláusula aseverativa (y, por lo tanto, portadora de valor veritativo) y otra dizque prescriptiva y, a fuer de tal, carente de tal valor; no está clara la naturaleza del resultado de ese acoplamiento». Lo trae a colación del *modus ponens* deóntico (*vide infra*). Bien, pero yo no acepto que haya cláusulas prescriptivas carentes de valor veritativo. Es una tesis de Alchourrón y Bulygin, con los cuales estoy discutiendo en ese fragmento de mi obra (en el capítulo VIII). En mi propio tratamiento la oraciones deónticas son verdaderas o falsas, no habiendo entonces problema en mezclarlas con oraciones que enuncien supuestos de hecho. (Justamente así escapo al dilema de Jørgensen que menciona Moreso.)

Creo que, a este respecto, hay que despejar un equívoco. Moreso dice que, en mi tratamiento, «las normas jurídicas son performativos (*iusivos* los llama)». ¡Precisemos! Una norma jurídica emanada por el legislador es la fuerza ilocucionaria de un *iusivo* (de un performativo de edicción o promulgación). Pero hay que distinguir entre la fuerza ilocucionaria de una prolación performativa y aquello que significa esa prolación.

Para ser más exactos, aquello que sostengo es que el legislador tiene dos opciones: instituir la norma por una prolación performativa de la forma «Preceptúo que A» o instituir la por una declaración deóntica —con valor también edictivo— de que su contenido es obligatorio (o sea declarar, edictivamente, «Es obligatorio que A»). La primera opción se plasma en un acto de habla cuya fuerza ilocucionaria es el surgimiento de la obligación; sin embargo lo significado por la oración proferida en tal acto de habla no es eso, sino el hecho de que el legislador está preceptuando que A. En cambio, con la segunda opción coinciden la fuerza ilocucionaria y el significado —o sea, el contenido locucionario.

Pasando ahora a otra cuestión diferente, objeta Moreso mi rechazo del principio de simplificación deóntica, o sea aquel que permite —en la LDE— inferir «oB» de «o(A&B)». Alega que no vale uno de los muchos contraejemplos que yo aduzco en contra del mismo. No quiero discutir ese contraejemplo en particular; pero hay miles de contraejemplos. Uno de ellos es que, si Ángel, al terminar su jornada laboral, tiene que salvaguardar las operaciones del día en un disco duro externo y apagar la computadora, no por ello tiene que apagar la computadora (si no ha salvaguardado los datos). En su empresa le han marcado esa doble obligación por varios motivos: que no se pierda la huella de las operaciones y, a la vez, no se someta la máquina a inútil desgaste. Pero, puesto a no cumplir el primer conyunto, A, es mejor no cumplir tampoco el segundo conyunto, B, porque así, al día siguiente, el operario que se incorpore a las 8 de la mañana podrá proceder a la salvaguarda.

Lejos de que sea una extravagancia mía rechazar ese principio de simplificación, es un tema muy discutido en la filosofía moral analítica, que opone a los posibilistas y a los actualistas y que se suscitó en torno a (Jackson & Pargetter,

1986). El Profesor Procrastinador se ha comprometido a lo siguiente para el 1 de junio: leer tal libro y entregar a la revista una reseña del mismo. Supongamos que, tras haberlo ido dejando para mañana, el 31 de mayo se ve azorado y en apuros; para salvar las apariencias, improvisa una reseña y la manda. Sin haber leído el libro. ¿No hubiera sido mejor, ya que no lo ha leído, que no cumpliera la presunta obligación derivada de reseñarlo?

Moreso puede replicar que Procrastinador no está cumpliendo el segundo conyunto, enviar una reseña, pues pragmáticamente se sobreentendía que tenía que ser una reseña emanada de una previa y atenta lectura del libro. Bien, pragmáticamente es posible (tendríamos una implicatura conversacional —en la terminología de H.P. Grice), pero, en estricta lógica, su obligación era doble: leer y escribir. No sabemos si su reseña fue laudatoria, pero juzgamos verosímil que una reseña inventada sea peor que una omisión de reseñar (quizá el libro merecía una zurra). De rechazar Moreso éste y todos mis demás contraejemplos, me pregunto para qué sirve entonces el principio de simplificación, si es que en la práctica siempre vamos a sobreentender la obligación de contenido conyuntivo de tal manera que tengamos un bloque inescindible.

Antes de cerrar esta respuesta a Moreso haré una breve discusión del **modus ponens deóntico**, MPD, a saber: « $(o(A \rightarrow B) \& A) \rightarrow oB$ ». O sea: en tanto en cuanto suceda A, siendo, a la vez, obligatorio que de A se siga B, resultará obligatorio B. (Dicho con otras palabras: Dadas la ocurrencia de A más la obligatoriedad de que A implique B, es preceptivo B.)

Moreso me objeta: «No veo qué ganamos con esa maniobra, entonces mejor quedarse con la concepción puente». En la jerga lógico-deóntica la concepción puente es aquella que coloca el operador de obligación delante de la fórmula implicativa « $A \rightarrow B$ », mientras que la concepción insular lo coloca delante de la apódosis, «B». O sea, la concepción puente representa una obligación condicional o implicativa como « $(o(A \rightarrow B))$ », al paso que la concepción insular la representa como « $A \rightarrow oB$ ».

Sí, efectivamente, las obligaciones condicionales o implicativas sólo son correctamente enunciadas con la concepción puente. Por tres razones.

- (1ª) Con la concepción insular sería un hecho implicativo —y no una obligación— aquello que, al edictar un precepto, estaría enunciando el legislador. Ahora bien, un hecho implicativo no puede ser edictado. Como ya lo hemos visto párrafos atrás (a propósito de la sentencia del *Conseil constitutionnel* de 2005-04-21), un acto de habla performativo de edictar sólo tiene sentido (sólo es un acto de esa índole) cuando lo proferido es una oración deóntica, o sea una que cae bajo el alcance de un operador de obligación, prohibición o licitud, al cual generalmente viene prefijado un cuantificador universal.
- (2ª) La obligación preceptuada por el legislador, enunciada correctamente con la concepción puente, da una opción a cada destinatario del precepto; sea abstenerse de A (en aquellos casos en los que está en su mano), sea realizar B. Son dos maneras alternativas de cumplir la obligación. Eso en cambio no es posible con la concepción insular.
- (3ª) Si aceptamos la concepción insular, perderemos la imprescindible diferencia entre el hecho deóntico de que sea preceptivo que, en la medida en que A, se realice B y el hecho fáctico de que, en la medida en que se dé el estado de cosas A, sea preceptivo B.

Ahora bien, es totalmente necesaria la diferencia enunciada en la tercera razón. Veámoslo con un ejemplo. Hasta la reforma tributaria del presidente Macron de 2018, el Derecho francés establecía la obligación de que los hogares fiscales dueños de un patrimonio que excediera cierto umbral pagaran un impuesto sobre la fortuna. Tal umbral fue variando; para simplificar digamos que estaba en un millón de euros. La única representación adecuada de tal deber es mediante la formulación puente (con un cuantificador prefijado).

Lo prueba el hecho siguiente. Imaginemos que todo francés con dinero en paraísos fiscales es dueño de un patrimonio superior a un millón de euros. ¿Concluimos que en Francia es obligatorio que quienes tengan dinero en paraísos fiscales paguen el impuesto sobre la fortuna? ¡No! Aunque de hecho en Francia resulta que quienes tienen dinero en paraísos fiscales están obligados a pagar impuesto sobre la fortuna, no es verdad que en Francia sea obligatorio que quienes tengan dinero en paraísos fiscales estén sujetos a ese tributo. Por lo tanto se precisa la diferencia entre lo que es normativo (la formulación puente) y lo que es un hecho derivado, la formulación insular.

Por consiguiente, sí, es cierto: hay que abrazar la concepción puente, no la insular. Pero entonces surge una dificultad. Quitando el cuantificador (por mor de la simplificación) y aplicando la regla de instanciación, admitimos, en virtud del precepto legislativo que $\forall(A \rightarrow B)$, donde «A» significa «Lucas es dueño de más de un millón de euros» y «B» significa «Lucas paga impuesto sobre la fortuna». Y supongamos que, de hecho, se cumple A, o sea es un hecho (un bruto dato fáctico) que Lucas es dueño de más de un millón de euros. Tócanos inferir que está obligado a pagar el impuesto sobre la fortuna. ¿Cómo extraemos tal conclusión?

Justamente es el MPD lo único que nos permite extraer, de la obligación preceptuada por el legislador más el hecho bruto de que Lucas es dueño de más de un millón de euros, la conclusión deóntica de que Lucas debe pagar impuesto sobre la fortuna.

Abrazando la concepción puente (única aceptable por las tres razones recién aducidas), dado el precepto tributario del legislador y dado también el cumplimiento fáctico de la prótasis, ¿cómo, sin MPD, piensa Moreso extraer la conclusión de que Lucas debe pagar el impuesto?

Concluyo mi respuesta expresando el placer que me ha producido este intercambio, debatiendo entre académicos que compartimos referencias comunes, un utillaje conceptual y una metodología analítica y lógica.

Bibliografía

- ERGEC, R. (2002). «La responsabilité du fait de la carence législative», en *Mélanges Philippe Gérard*, Bruselas: Bruylant, p. 287.
- HART, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Law Series
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á. (1993). «La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo». *Revista de estudios políticos*, N° 81, pp. 47-72
- FREEMAN, M. & NAPIER, A. (2009). *Law and anthropology*. Oxford U. P. (Serie *Current legal issues*, N° 12.)
- JACKSON, F. & PARGETTER, R. (1986). «Oughts, options, and actualism», *Philosophical Review* 95/2, pp. 233-255

- KELSEN, H. (1972). *La théorie pure du droit*, Paris: Dalloz
- KIRKPATRICK, J. (2014). «Exit out of Athens? Migration and Obligation in Plato's Crito», *Political Theory* 43/3. DOI 10.1177/0090591714541875, cons. 2018-08-21
- LLOYD, S. A. (2009). *Morality in the Philosophy of Thomas Hobbes: Cases in the Law of Nature*. Cambridge U. P.
- NIETO, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Ariel
- PEÑA, L. (2013). «Una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos», *Bajo Palabra*, II Época, Nº 8, pp. 47-84. ISSN 1576-3935
- (2016). «El bien público, más allá de la justicia», en *Justicia ¿para todos? Perspectivas filosóficas*, ed. por D. Rodríguez-Arias, J. Maiso & C. Heeney. Madrid: Plaza y Valdés, pp. 31-40
- PRICE, R. (ed.) (1996). *Maroon Societies: Rebel Slave Communities in the Americas*. John Hopkins U.P. ISBN 9780801854965
- SANDEL, M. (1998). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge U.P., 2ª ed.
- SOLNICK, S. & HEMENWAY, D. (1998). «Is more always better?: A survey on positional concerns», *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol. 37, pp. 373-383
- TURCHIN, P. (2013). «History tells us where the wealth gap leads», *Aeon*, disp. en <https://aeon.co/essays/history-tells-us-where-the-wealth-gap-leads>, acc. 2018-08-08.