



# Facultad de Derecho



Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica

## IDEA IURIS LOGICA

TESIS DOCTORAL

**Lorenzo Peña y Gonzalo**



Bajo la dirección del

**Prof. Dr. D. Liborio Hierro Sánchez-Pescador**

**Madrid, Abril de 2015**





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y FILOSOFÍA JURÍDICA  
PROGRAMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

# IDEA IURIS LOGICA

por **Lorenzo Peña y Gonzalo**

---

Compendio de publicaciones  
propuesto como

TESIS

para optar al grado de Doctor en Derecho

Bajo la dirección del

Prof. Dr. D. Liborio Hierro  
Sánchez-Pescador

---

Madrid, Abril de 2015



*À celle qui a partagé avec moi la vie,  
toute sa vie,  
toute ma vie,  
toute notre vie.*



# ÍNDICE

— Prólogo .....	003
— Introducción .....	015
— I. La paradoja de la prohibición de prohibir y el sueño libertario de 1968. (2008) .....	047
— II. La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos. (2009) .....	075
— III. Normatividad y contingencia. (2009) .....	103
— IV. El derecho a la vida conyugal en la sociedad contemporánea. (2010) ..	139
— V. Derechos de bienestar y servicio público en la tradición socialista. (2010) .....	181
— VI. Derechos y deberes de nuestros hermanos inferiores. (2012) .....	225
— VII. Una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos. (2013) ..	261
— VIII. Razonamiento abductivo y método axiomático en la lógica deóntica. (2014) .....	311
— IX. El derecho de radicación y naturalización: Una perspectiva jusnaturalista. (2015) .....	339
— RESULTADOS Y CONCLUSIONES: Las justas nupcias de la Lógica y el Derecho .....	391



# PRÓLOGO

---

«si hoy tuviera que comenzar de nuevo, lo primero que haría es estudiar Lógica Matemática». (Hans Kelsen, cit. por Ulrich Klug, en H. Kelsen & U. Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid: CEC, 1988, p. 143)

---

## Sumario

1. Conversión de la filosofía al derecho. 2. La recuperación de la axiología de N. Hartmann. 3. Dos factores confluente. 4. Similitudes y diferencias entre la filosofía y el derecho. 5. La vuelta al pupitre. 6. El Programa Doctoral de Derechos Fundamentales de la UAM. 7. La Tesis Doctoral, por fin.

---

## §1.— Conversión de la filosofía al derecho

Para el autor de esta Tesis Doctoral presentarla significa culminar un largo ciclo de conversión al Derecho, que se inició en torno a los años 1994-95 —si bien había empezado a germinar en los últimos años 80, concretamente desde la publicación de mi artículo «Un enfoque no-clásico de varias antinomias deónticas» (1988), justo un decenio antes de inscribirme en el área académica 381 (Filosofía del Derecho).

¡Remontémonos más atrás! Cuando, en julio de 1979, defendí mi tesis doctoral en filosofía, lo que sostuve era fruto de años de duro trabajo intelectual encaminado a elaborar un nuevo sistema de lógica matemática (uno contradictorio —paraconsistente, en la terminología que más adelante habría de imponerse—, a la vez que gradualista). Pero ese sistema no era para mí un ejercicio formal, un fin en sí mismo, sino un instrumento para abordar —y, según mis esperanzas, solucionar satisfactoriamente— un amplísimo cúmulo de problemas filosóficos, que generaban las célebres antinomias de la razón con las que han bregado todos los filósofos de relieve. Viniendo yo de la tradición hegeliana (aunque encontrándome, ya a esas alturas, despegado de los esquemas conceptuales del autor de *Wißenschaft der Logik*), entendía que un rechazo absoluto de la contradicción imposibilitaba hallar salidas a las aporías filosóficas.

La nueva lógica así propuesta —que, en su estructura esencial, era un cálculo cuantificacional de primer orden— aspiraba a convertirse en el eje de una extensa gama de desarrollos en los ámbitos de lo que convencionalmente se llama «lógica intensional»: principalmente, el modal, el temporal, el doxástico y epistémico y el deóntico. Ya en mi tesis de 1979 conteníanse esbozos de todo eso, juntamente con densos argumentos filosóficos para sustentar la viabilidad y fecundidad de tales vías de indagación.

Tan ambicioso era el proyecto que, por más afanosamente que trabajara

---

yo para llevarlo a cabo a lo largo de los tres o cuatro lustros siguientes, el mar de problemas y de tareas seguía pareciendo igual de inmenso.

Según lo acabo de decir, en ese vastísimo y hasta desmesurado proyecto, la lógica deóntica aparecía como una pieza modesta, al compás de la focalización de mis intereses filosóficos, que entonces distaban de orientarse a los temas de la filosofía práctica.

Mi doble herencia hegel-marxista y analítica (en eso podríamos decir, más precisamente, russelliana) me había llevado a una postura anti-cognitivistica en todo lo atinente a las normas, fueran éstas morales o jurídicas; no obstante, ese anti-cognitismo ya estaba un poco en crisis cuando escribí mi tesis doctoral filosófica.

Uno de mis co-directores de tesis, el malogrado Prof. Hubert Hubien, q.e.p.d, era, además de lógico e historiador de la lógica, jurista. Algunas de sus ideas influyeron fuertemente en el desarrollo de las mías; de nuestras conversaciones, recuerdo ahora un tema que surgió ocasionalmente: el derecho ¿es sólo derecho positivo o hay también un derecho natural? Dije la verdad: yo, en ese momento, no opinaba ni que sí ni que no; ya el problema no era del todo ajeno a mis preocupaciones (aun distando muchísimo de ser central en las mismas), mas carecía yo de elementos de juicio que me inclinaran ni en un sentido ni el otro. El Profesor Hubien —propenso siempre al reduccionismo— era, en cambio, un firme juspositivista. Parecíale una entelequia un derecho que no fuera *puesto* por quienquiera que estuviera encargado de ponerlo o edictarlo.

La razón de que mi anticognitismo inicial —por muy zarandeado que estuviera ya en el período al que me estoy refiriendo— me incitara a dedicar tan escasa atención a la ética y al derecho estribaba en que el centro de mi meditación era el binomio de lógica y metafísica (u ontología); más aún, el nexo entre lógica y metafísica: la lógica entendida —siguiendo a Gonsseth y a Russell— como la física del objeto cualquiera y, por consiguiente, como la ontología formalizada (un punto de vista no totalmente exento de afinidad con el de Husserl en una etapa de su evolución).

Si la ética, la moral, el derecho, las normas y los valores en general, eran meros constructos humanos, invenciones, artificios, poco atractivo tenían para quien se consagraba a la temática lógico-metafísica.

---

## §2.— La recuperación de la axiología de N. Hartmann

En el desarrollo posterior de ese sistema metafísico (al que denominé, quizá pomposamente, *la ontofántica*) resurgió otra de mis influencias, que venía de lejos, muy de lejos, del tiempo de mis estudios de licenciatura filosófica en Madrid en los años sesenta: la ontología de Nicolai Hartmann. Y, con su ontología, su axiología.

Así pues, irrumpía en mi filosofar una concepción objetiva y realista de los valores. Lo cual me condujo a abandonar todo resto de anti-cognitismo

ético. Entonces surgió el problema de si los valores, objetivamente existentes, impregnan sólo la esfera de la moral privada o también la de las normas públicas; si, por su vocación, por su tarea, por su esencia, el derecho tiene un cierto contenido axiológico que no viene *puesto* por el legislador, sino más bien *supuesto*.<sup>1</sup>

En ese nuevo período (entre mediados y finales de los ochenta), decantábame yo por un objetivismo axiológico hartmanniano, que, lustros más tarde, va a inspirar ese esencialismo jurídico que se plasma en los ensayos recopilados en el presente compendio.

Persistía, empero, un obstáculo de talla. La lógica que yo había desarrollado era gradualista. Incitábame a no seguir despreocupándome de la ética mi nuevo empeño de rescatar la axiología dentro de la elaboración de un sistema lógico-metafísico (a pesar de que —por el motivo que en seguida voy a mencionar— siempre ha persistido en mí un recelo frente a la filosofía moral). Estaba claro que una ética puede ser gradualista. Pero ¿puede serlo el derecho?

Una conversación que, en el otoño de 1984, tuve en San Sebastián con el llorado Miguel Sánchez-Mazas giró sobre un problema conexo: suponiendo que yo llegara a implementar un sistema de lógica aplicable a las normas éticas, ¿por qué —decía él— no iba a serlo también a las jurídicas, toda vez que comparten lo esencial, ser normas y, por lo tanto, han de regirse por la misma lógica?

Mi escrúpulo estribaba en que yo entendía que, en el plano jurídico, no había grados: o todo o nada; o tal conducta es lícita, plenamente lícita, o, por el contrario, está totalmente prohibida. Y aun de no ser así, resultaría una labor titánica convencer a los juristas de la viabilidad del gradualismo. (Previsión excesivamente pesimista, pienso hoy.)

---

### §3.— Dos factores confluyentes

¿Qué determinó que, a pesar de tales escrúpulos o temores, las preocupaciones nomológicas pasaran a jugar un papel central en mi trabajo intelectual? Fue una conjunción de dos factores, en parte fortuita.

De un lado, según lo he señalado ya más arriba, en mi programa figuraba implementar un sistema de lógica deóntica como una rama del frondoso árbol de las lógicas aplicadas a diferentes dominios. La ocasión para poner manos a la obra vino dada por la invitación que me dirigió Sánchez-Mazas (a raíz de nuestra aludida conversación donostiarra) para participar con un artículo en un proyectado número monográfico de *Theoria* dedicado a la lógica deóntica. Fruto de

---

<sup>1</sup>. Posteriormente, estudiando las obras de Luis Recaséns Siches y de Eduardo García Máynez, pude comprobar el fortísimo influjo que en esos dos preclaros filósofos del derecho tuvo la axiología de Nicolai Hartmann, lo cual constituirá para mí un motivo adicional para sentirme cercano a sus respectivas aportaciones a la filosofía jurídica. Asimismo años más tarde descubrí el impacto de la axiología hartmanniana en la doctrina jurídico-penal finalista de Hans Welzel (y, más en general, la relevancia de los valores —y los desvalores— en la dogmática penalista).

---

lo cual fue ese, ya mencionado, primer ensayo mío, en el cual permanecía yo fiel a la tradición de von Wright (la lógica deóntica estándar), sólo que ahora proponía un sistema sustentado en un cálculo sentencial y cuantificacional no clásico (uno contradictorio y gradualista).

Haberlo escrito me llevó a darle vueltas y más vueltas, persuadiéndome, poco a poco, de que no era un camino correcto; que no eran —como se pretendía— producto de mera confusión las paradojas de la lógica deóntica estándar (las cuales persistían en ese mi primer sistema).

Iniciase poco después mi colaboración intelectual con Txetxu Ausín; juntos recorrimos el sendero que va de esa posición, todavía muy conservadora y deónticamente anodina, a la elaboración de una lógica deóntica radicalmente nueva, que posteriormente hemos llamado «lógica judicial», «lógica jurídica», «lógica jurisprudencial» o (siendo ésta mi denominación actualmente preferida) «lógica nomológica».

¿Cómo saber qué lógica deóntica vale y cuál no? ¿Cómo seleccionar los axiomas y las reglas de inferencia idóneos para el ámbito de las normas? ¿Podrá hacerse sin atender al contenido de esas mismas normas? Tal desconexión colisionaba con mi planteamiento de la lógica, que había rechazado que ésta fuera meramente formal (de ahí mi visión de la lógica como aquella parte de la ontología que habíamos ya logrado formalizar, o sea teorizar en un sistema axiomático).

Si la lógica deóntica por desarrollar no se puede erigir de espaldas al contenido normativo, habría que estudiar ese contenido para atreverse a hacer una lógica de esa índole; estudiarlo, no por encima, no adquiriendo un barniz, sino enfrascándose a fondo.

La segunda circunstancia que se cruzó en ese itinerario fue un congreso de filosofía en Salamanca (creo que fue en noviembre de 1990), en el cual se habló de la filosofía práctica. El Profesor Miguel Ángel Quintanilla Fisac sostuvo que la filosofía ha de tener también aplicaciones; aunque el materialismo dialéctico estaba superado, algo persistía de él: el nexo entre teoría y praxis; esa praxis era la técnica, la aplicación de la ciencia.

En aquel debate otoñal, a una hora tardía, ya tras el anochecer, pronuncié por primera vez en público una idea que venía germinando en mi mente:

Hay otra aplicación igualmente necesaria, que es la racionalización de las normas. Las normas son imprescindibles para la conducta de seres sociales como nosotros; escrito o no, ha de existir un reglamento para que se celebren pruebas deportivas;<sup>2</sup> y, sin unas normas, enunciadas o no, ni siquiera podíamos celebrar un acto como éste; tales normas otorgan a alguien la potestad de conceder el turno de palabra, regulan el desarrollo de la discusión, marcan el comienzo y el fin de las sesiones; sin ellas, sería un

---

<sup>2</sup>. Por aquel entonces era yo aficionadísimo al ciclismo.

caos.<sup>3</sup>

Esa intervención ocasional fue un punto de partida de una atención creciente. Como filósofo ya había producido yo una respetable cantidad de trabajos puramente teóricos. ¿No había llegado la hora de contribuir al bien de la sociedad extrayendo de esas premisas filosóficas unas conclusiones prácticas, a saber: unas pautas de racionalización normativa? ¿No era deber del filósofo pasar de la filosofía puramente teórica a la práctica, cual lo habían hecho Platón, Aristóteles, Séneca, Avicena, Tomás de Aquino, Nicolás de Cusa, Spinoza, Leibniz y Hegel?

Sin embargo, mi propio giro a la filosofía práctica va a centrarse en seguida en la filosofía jurídica, dejando casi completamente de lado la filosofía moral. Aparte ya de mi anticognitismo —a esas alturas ya superado—, el ámbito de la moral seguía siendo para mí el de los dictados de la conciencia, aquel en el cual la valoración de la bondad o maldad de una conducta efectuada se estimaba más por las intenciones que por raseros objetivos. Incidía aquí el influjo de la vieja lectura de las *Provinciales* de Pascal (en el período belga de mi tesis doctoral filosófica, en los años setenta).<sup>4</sup> (Eso sí, como discípulo de Hegel, aunque respondón, yo veía, y sigo viendo, una diferencia entre la moral —subjetiva, íntima, cuestión de conciencia— y la ética pública.)

Si, como filósofo no sólo teórico sino también práctico, iba yo a formular propuestas socialmente útiles y válidas, no sería en el campo subjetivo de la conciencia moral. Deslizarme por esa senda me parecía más propio de predicadores. ¡Nada de sermones! En cambio, el derecho tenía una objetividad. No sólo

---

<sup>3</sup>. Al citar estas palabras mías a un cuarto de siglo de distancia, lo hago sin pretensión de exactitud. Alguna de esas frases sí recuerdo haberla dicho textualmente según la recojo aquí; el sentido de mi intervención fue el que se reproduce en la cita, pero ésta, en su conjunto, no puede aspirar a ser literal.

<sup>4</sup>. Desde los supuestos de su jansenismo, polemiza brillantemente Pascal contra la moral jesuítica que concedía demasiada importancia a la *recta intención*. Es cierto que, en esa controversia, Pascal no respeta cánones elementales de justicia, objetividad y mesura, ridiculizando a sus adversarios con métodos de discusión impropios de un debate doctrinal, hasta el punto de vulgarizar cuestiones teóricas muy difíciles. No se debe, empero, únicamente a su genio de escritor y a su pasión sectaria la fulguración de su encendida diatriba, sino que —más allá de los excesos y las exageraciones de su disputa— hay en sus páginas un gran acierto: mostrar a qué derivas puede conducir la moral de la intención (recordando el viejo refrán de que el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones). Es curioso que la subjetivista moral jesuítica guarde la afinidad que de hecho guarda con la que más adelante construirá Kant, quien da la espalda a la moral eudaimonística que había prevalecido en la Ilustración, de Shaftesbury y Leibniz a Diderot, Helvétius y Bentham.

Desde luego se puede (y se debe) articular una teoría moral que no sea tan subjetivista. (V. mi ensayo «Ubicación del utilitarismo de J. Stuart Mill en el panorama de las doctrinas éticas», prólogo al libro de Íñigo Álvarez Gálvez, *Utilitarismo y derechos humanos: La propuesta de John Stuart Mill*, México: Plaza y Valdés Editores. 2009, ISBN 9788496780835.) Por otro lado, lejos de mis deseos negar que también en el derecho las intenciones cuentan (cuentan, eso sí, sólo cuando, con actos, se ha transgredido la ley).

Sin embargo tengo la impresión de que a los cultores de la moral —aunque, en teoría, profesen una concepción objetivista— cuéstales mucho desprenderse de la tendencia a medir esencialmente las conductas, activas u omisivas, por la intención, hasta el punto de que las malas intenciones se juzgan moralmente vituperables aunque no se plasmen en conducta alguna. Respeto, evidentemente, tales actitudes pero las rehuyo en mi propia labor intelectual como filósofo y como jurista.

---

el derecho según lo que era, sino también según lo que debía ser. No sólo la *lex lata*, sino también la *lex ferenda*. Y es que esa *lex ferenda* es un *ferendum* —o sea, merece ser edictado— en virtud, no de la conciencia moral (tan variable y etérea), sino de imperativos de bien común, demostrables, que escapan a la intuición.

---

#### §4.— Similitudes y diferencias entre la filosofía y el derecho

Hay una similitud entre los motivos que me habían llevado en 1962 a abrazar la vocación de filósofo y aquellos que, siete lustros después, me empujaron a hacerme jurista. No se trata meramente de que en ambos casos concurren —como, desde luego, lo hacen— motivos de interés puramente intelectual: lo intrigante y seductor de las cuestiones abiertas, los desafíos conceptuales y la belleza de las construcciones doctrinales. Tales rasgos, comunes a las dos disciplinas, caracterizan igualmente a muchas otras, quizá a todos o casi todos los campos de la investigación humana, desde la biomedicina hasta la historiografía, desde la física de las partículas hasta la ingeniería de las telecomunicaciones.

Un rasgo peculiar de la filosofía y del derecho es su inevitabilidad, la imposibilidad racional de desentenderse de ellos. Alguien puede optar por no filosofar, por rehuir totalmente las cuestiones filosóficas —tales como la realidad del mundo exterior, las causas últimas de las cosas, la existencia o no de universales, la finitud, los valores, el sentido de la vida. Mas puede hacerlo sólo mientras no dé —ni se dé a sí mismo— razón alguna para tal opción; que, en cuanto enuncie un atisbo de razón, ya está filosofando, ya está haciendo metafilosofía —la cual es una parte integrante (y a veces sustancial) de la propia filosofía.

Igualmente alguien puede decir que no le gusta ni le atrae ni le interesa para nada el derecho. Mas, o bien ese alguien es un ermitaño, o bien entabla con otros relaciones, que tienen que regirse por unas normas; normas que lo facultan para exigir ciertas conductas ajenas, activas u omisivas, con la recíproca condición de ajustar también a reglas su propio comportamiento.

Puesto que todos vivimos en sociedad, a todos nos afecta el sistema de normas que rige y posibilita la vida social; conocerlo y entenderlo es una necesidad insoslayable.

Pero, junto a esa profunda e íntima similitud entre filosofía y derecho, hay una diferencia esencial. Dijo Marx, en sus célebres *Tesis sobre Feuerbach*, que los filósofos se habían limitado a interpretar el mundo, cada uno a su manera; eso era falso, siempre había sido falso. Los más grandes filósofos trataron de inferir de sus sistemas teóricos conclusiones prácticas que sirvieran también para transformar el mundo, para hacerlo mejor, en medida modesta o ambiciosa según los casos. Ahora bien, la construcción doctrinal de la filosofía en sí misma no incide en la praxis; ni siquiera la de los filósofos marxistas: la verdad o falsedad del materialismo dialéctico deja al mundo tal y como estaba sin regular para nada nuestras conductas ni las ajenas.

En cambio, el derecho es un sistema de normas para regular la praxis. El filósofo puro puede pensar que, con sus elaboraciones doctrinales, sienta las bases teóricas para una determinada ética que, indirectamente, acabe incidiendo en el comportamiento humano. El jurista, en cambio, se ocupa directamente de normas que están destinadas a regir ese comportamiento. Incluso el filósofo del derecho teoriza sobre esas normas y enuncia recomendaciones *de lege ferenda*, las cuales, por un lado, tienen una pretensión de justificación intersubjetiva (lo cual no siempre sucede con las construcciones de los filósofos) y, por el otro —y sobre todo—, implican exigencias racionales de modificación del sistema vigente de normas en aras de la realización de los fines de la vida social.

Así pues, el filósofo puede sosegadamente filosofar delegando en otros las tareas de contribuir a mejorar la sociedad humana —otros que acaso estén influidos por sus teorías filosóficas; puede darse que entre esos otros figure él mismo, asumiendo un doble papel.

Por el contrario (e incluyendo entre los juristas a los filósofos del derecho) el jurista ejercita, sin mediación alguna, una labor intelectual que repercute directamente en la regulación de la praxis colectiva, aunque sólo sea al elevar una reclamación de cambios legislativos, no en nombre de sus particulares concepciones del bien y del mal, sino en el de cánones o imperativos que implícitamente están ya contenidos o presupuestos en el propio derecho —o no sería derecho.

Más gráficamente (y para ceñirme a mi propia trayectoria individual): el filósofo puede esperar ser escuchado por los políticos o emprender él mismo una actividad política, a lo mejor revolucionaria. El jurista tiene más fe en el derecho que en la política, revolucionaria o reformista; cree encontrar en la esencia del propio derecho postulados prácticos desde los cuales cabe esperar y reivindicar el ulterior perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.

Mi corrimiento de la filosofía al derecho se acompasó a una evolución de mis ideas acerca de cómo mejorar la vida humana. Mi juvenil fervor filosófico se había ensamblado con mi fe en la revolución (una revolución inspirada por concepciones filosóficas). Mi tardía profesión de jurista empalma con mi convicción de que —sin ignorar el impacto de la política ni, en particular, el de la fuerza— las mejoras de la vida humana se van consiguiendo, principalmente, por la evolución del derecho, en tanto en cuanto éste (en parte como consecuencia de las racionalizaciones de los propios jurisconsultos) va desalienándose: su ser va haciéndose más conforme con su esencia y va deshaciéndose de las escorias anti-jurídicas que lo contaminaban.

El resquebrajamiento de las viejas esperanzas o ilusiones revolucionarias en los años setenta y ochenta condujo a muchos a una rehabilitación de la moral (lo cual, a menudo, significaba, en rigor, pasar de una moral utilitarista de actos a una moral de las intenciones, de inspiración más o menos kantiana). El autor de estas páginas siguió otra senda: lo ahora rehabilitado o enaltecido no era la moral, sino el derecho.

### §5.— La vuelta al pupitre

Mi artículo de 1991 «El problema de los dilemas morales en la filosofía analítica» marcó un paso en ese acercamiento al ámbito de la filosofía práctica; pero en él no se trataba de enunciar propuestas en el ámbito de la moral, sino de poner de manifiesto la inevitabilidad de las antinomias. (Posiblemente mi único *excursus* hacia la filosofía moral fue uno de los capítulos de mi libro de 1992 *Hallazgos filosóficos*, aunque en él la abordé con el peculiar vocablo de «agatología».)

La confluencia de las dos vías más arriba aludidas<sup>5</sup> me llevó a dedicar cada vez mayor esfuerzo a la lógica deóntica, esa nueva lógica deóntica entonces en ciernes. De ser una ocupación periférica pasó a ser central.

Por aplicación del principio de no formalidad de la lógica, di el paso ulterior: estudiar el derecho. La decisión la tomé en 1997 (el año en que se publicó mi primer artículo de filosofía jurídica, «El bien común, principio básico de la ley natural»)<sup>6</sup>. No lo hice —según me aconsejaron buenos amigos con la mejor intención— cursando algún *master* (de los *masters* de entonces, en la época pre-boloñesa) que me familiarizara —así fuera por encima— con algo de la técnica jurídica, sino estudiándolo desde los cimientos, siguiendo toda la carrera.

Hícelo por la UNED, con el viejo plan (ligeramente alterado) de 1953. Veinticinco asignaturas, veinticinco mil páginas, una buena parte de las cuales hubo que memorizar, y no sólo entender para abordar razonadamente, con buen juicio, los casos prácticos. Dediqué siete años a ese menester, pues, evidentemente, no podía desatender mis otras obligaciones como investigador científico del CSIC. Fueron años de intensísimo esfuerzo pero también de abrazo pasional, saboreando insospechadas dulzuras intelectuales en el derecho de las obligaciones, en el marítimo, en el mercantil, en el tributario, en el administrativo, en el constitucional; realmente en todas las disciplinas jurídicas (en unas más, en otras menos). Difícilmente concebiría mi trabajo posterior de filósofo del derecho

---

<sup>5</sup>. O sea: por un lado, (1ª) la que (como efecto convergente de una focalización de mis intereses puramente intelectuales y de una necesidad pragmática de abarcar menos para apretar más) me lleva a —dentro del amplio espectro de la lógica, la filosofía de la lógica y la del lenguaje— concentrar mi interés en la lógica de las normas (y las cuestiones lógico-filosóficas y lingüístico-filosóficas relacionadas con ella), para lo cual me veo impelido a conocer la materia a la cual se va a aplicar esa lógica; y, por otro lado, (2ª) la convicción de que el filósofo también ha de hacer una aportación práctica, que la filosofía no puede ni debe quedarse en lo teórico, y que —sin menospreciar otras empresas intelectuales guiadas por el mismo propósito— una, particularmente atractiva (y en la cual yo más podía aportar), era la filosófico-jurídica.

<sup>6</sup>. Cuando escribí ese artículo (que se presenta con un debate póstumo con el positivismo jurídico de Manuel Sacristán Luzón) no había leído yo a Lon Fuller. Sin embargo salta a la vista la estrechísima similitud entre mi hipótesis y la figura de Rex en el capítulo II de *The Morality of Law*, 2ª ed., Yale University Press, 1969, pp 33ss. La diferencia estriba en que Rex es un reformador legislativo ignorante pero imbuido de la mejor intención, sólo que carente de toda guía, mientras que mi propia hipótesis es la de un soberano cuyo canon es preciso: tratase de prohibir sólo todo lo que era lícito bajo el poder de su predecesor. Objetóseme que tal monarca sería un loco. Loco o no, sería, por hipótesis, el titular del poder legislativo y, por lo tanto, sus mandamientos serían derecho según el criterio positivista.

sin haberme zambullido en el proceloso mar del derecho, incluso tragando agua, como cualquier aprendiz de nadador.

*Jacta alea erat.* Ya era total mi conversión a lo jurídico. No había dejado de ser filósofo. Serlo es, más que un oficio, un sacramento, que imprime carácter irrenunciablemente y de por vida. Quien ha vivido la filosofía con tanta intensidad como yo sigue siendo un filósofo, dedíquese a lo que se dedique.

Mas a esa identidad venía ahora a superponerse otra; ensamblábanse ambas y a veces se confundían. Sentía una profunda vocación de jurista.<sup>7</sup> La síntesis fue, claro, la filosofía del derecho; mas una filosofía del derecho que yo quería hacer, no como un filósofo que *también* se ocupa del derecho, sino como un jurista-filósofo. La filosofía del derecho que yo pretendía desarrollar tal vez no sería una filosofía del derecho de filósofos; quizá nunca conseguiría del todo que llegara a ser una filosofía del derecho de los juristas; al menos era mi aspiración que fuera ambas cosas; y, en lo que de mí dependiera, esforzarme lo más posible por hacerla desde el derecho, desde un conocimiento amplio y profundo del ordenamiento jurídico y de la problemática jurídica.

No podemos tener varias vidas. Llegaba tarde en mi recorrido la consagración a lo jurídico como para ocurrírseme, ni aun de pasada, dedicarme a la praxis jurídica. No por falta de vocación, sino, sencillamente, porque cada empuño tiene su *καίρως*, su sazón.

---

## §6.— El Programa Doctoral de Derechos Fundamentales de la UAM

Tras completar la licenciatura —marcado un paréntesis por vicisitudes personales—, quise adentrarme más en lo jurídico. Eso me llevó a optar por el Programa Doctoral de Derechos Fundamentales de la Universidad Autónoma de Madrid. Lejos de mí deseo alguno de ofender o desdeñar a ninguna otra Universidad de la zona geográfica circundante, pero creo, sé, que mi opción estuvo sobradamente justificada.

Merecen un vivísimo elogio la calidad, la hondura, la valía y el rigor de las enseñanzas del Diploma de Estudios Avanzados que (en el bienio 2005-07) tuve la fortuna de recibir en esta Universidad. Si no lo expreso más efusivamente, es para que no sea un halago. Su impronta viene marcada en todo lo que he escrito y publicado desde que me beneficié de esos maravillosos cursos del DEA.

Lo mucho que aprendí no se limitaba a aquello que, obviamente, más afinidad tenía con mi propio bagaje filosófico, sino también derecho positivo puro

---

<sup>7</sup>. Plásmase tal vocación —en mi caso podríamos decir que platónica— en el hecho de que mi libro de 2009 *Estudios Republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica* viniera dedicado a la memoria del que fuera Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (y antes Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), D. Ángel Ossorio y Gallardo —el autor de ese imprescindible *Kempis* del abogado, *El alma de la toga* (vuelto a publicar en 2008 por la Editorial Reus). Concluye la dedicatoria recordando una frase del ilustre jurista republicano: «No se puede ser juez, fiscal ni abogado sin el orgullo de estar desempeñando las funciones más nobles y más importantes para la humanidad».

y duro, en los ámbitos de la regulación de la libertad de pensamiento, el derecho de extranjería, el penal, el sanitario, el internacional público y el de la Unión Europea. Lo así aprendido se ha plasmado en varios de mis trabajos posteriores, unos ya publicados, otros en vías de publicación y otros inéditos o en proceso de elaboración.

Obtenido el DEA en noviembre de 2007, el Profesor Liborio Hierro tuvo la enorme amabilidad para conmigo de aceptar dirigirme una tesis doctoral sobre la racionalización del derecho, *Idea Iuris Logica*. Inscribióse mi proyecto de Tesis Doctoral el 29 de noviembre de 2007. Planeaba escribirla en un par de años.

Estrelláronse mis propósitos con un desbordamiento de tareas. Acababa de ascender en el CSIC a la categoría de Profesor de Investigación; a la sazón era responsable del Grupo de Estudios Lógico-jurídicos, JuriLog. No se vio el CSIC tan convulsionado como la Universidad española por las nuevas ópticas prevalentes en las alturas con relación a la vida académica, pero no escapó a esa vorágine. Multiplicáronse los planes de actuación y estratégicos, las memorias, los informes de resultados, los escritos de alegaciones, las frecuentes rendiciones de cuentas, las reuniones preparatorias y las de control, seguimiento y balance.

Incrementáronse febrilmente las actividades de nuestro grupo JuriLog, el cual se impuso una cargadísima agenda: simposios, seminarios y publicaciones. Agréguese ese sinfín de tareas múltiples: impartir conferencias, atendiendo a imprevistas invitaciones; arbitrar —a título de relator— proyectos y artículos; guiar el aprendizaje investigativo de un número de jóvenes beneficiarios de las estivales Becas JAE de iniciación a la investigación; participar en tribunales; en fin, todo eso que nos dispersa, que sin duda también nos enriquece, que, en todo caso, hemos de desempeñar —formando parte de nuestra obligación como académicos al servicio de la sociedad—, pero que, a la postre, nos sume, no sólo en la sensación —cada día más intensa— de que el tiempo no ha dado de sí lo que esperábamos, sino también, a menudo, en sentimientos de frustración, fatiga e incluso ansiedad. Con el frecuente resultado de la procrastinación.

¡Adiós tesis doctoral! Incapaz de renunciar a ella, siempre la iba dejando para mañana.

---

### §7.— La Tesis Doctoral, por fin

En el otoño de 2014 condujéronme finalmente las vicisitudes de mi vida académica (jubilación forzosa) a plantearme seriamente esa tarea, tan lamentablemente postergada hasta ese momento.

Entonces tomé conciencia de una nueva situación jurídica por la que me había despreocupado entre tanto: agotábanse los plazos. El Real Decreto 99/2011 había impuesto la fecha límite del 11 de febrero de 2016 para la termina-

ción de los doctorados iniciados según ordenaciones precedentes.

Ahora bien, en aplicación conjunta de ese mismo precepto (en su Disposición transitoria 1ª) y del Acuerdo de 2012-02-03 del Consejo de Gobierno de la Universidad Autónoma de Madrid, a los doctorandos de los viejos planes concédeseles —igual que a los de los nuevos— la opción de presentar su Tesis Doctoral como un compendio de publicaciones, siempre que se reúnan determinadas condiciones —en cuyo análisis no voy a entrar—, supeditándose el ejercicio de tal facultad a la autorización del Director de Tesis y de la comisión académica encargada del respectivo programa de doctorado.

Comprobada la concurrencia de las condiciones preceptivas y recabada la autorización correspondiente, quedaba la tarea de seleccionar las publicaciones compendiadas. He aquí los criterios que he seguido (siempre con la amable autorización de mi Director de Tesis Doctoral, el Doctor D. Liborio Hierro):

- Las publicaciones compendiadas se han escrito y publicado en el período de realización de la Tesis Doctoral, entre enero de 2008 y comienzos de 2015.
- He descartado las publicaciones escritas en co-autoría.
- No he incluido publicación alguna a menos que desarrolle —en uno u otro sector de la investigación filosófico-jurídica— la idea de la racionalidad y la racionalización del derecho.
- Por su volumen queda excluido el libro *Estudios republicanos*, aunque no deja de ser (al menos en su contenido medular) una propuesta de racionalización jurídico-constitucional; su inclusión descompensaría el compendio.
- Asimismo he omitido ensayos en vías de publicación.

Para concluir este Prólogo, quédame manifestar mi inmensa gratitud al Prof. Dr. D. Liborio Hierro, maestro de maestros, suma, a la vez, de virtudes humanas y académicas y de méritos jurídicos, dechado de cultura, afecto, finura intelectual y (lo cual para mí ha sido todavía más importante) de espíritu de aceptación de posturas discrepantes, siempre que estén seriamente argumentadas.

A pesar de lo muchísimo que su autor debe no sólo a las enseñanzas del Dr. D. Liborio Hierro y a las conversaciones con él a lo largo de estos años, sino también a la lectura de sus obras, las opciones doctrinales que sirven de hilo conductor a la presente Tesis Doctoral no coinciden con aquellas que presiden los libros y ensayos que, en el panorama de nuestra doctrina jurídica, han hecho merecidamente famoso a tan ilustre Catedrático. Su indulgencia, su tolerancia, han determinado que, sin embargo, el Profesor Hierro haya tenido a bien auspiciar y alentar generosamente mi trabajo.

---

No puedo, por último, callar mi gratitud para los demás profesores del ahora extinto Programa Doctoral en Derechos Fundamentales. El intercambio con ellos constituyó uno de los episodios más gratos y estimulantes de todo mi historial académico.<sup>8</sup>

---

Tres Cantos. Domingo 22 de febrero de 2015

---

<sup>8</sup>. Tengo también un enorme deber de gratitud para con el Profesor Marcelo Vásquez Carrasco, Máster en Artes por la Universidad de Pittsburgh y Doctor en Filosofía por la de Lovaina, quien dirige el grupo de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Cuenca (República del Ecuador), en la cual es Catedrático (Profesor Principal). Es inabarcable esa deuda porque no comprende sólo las muchas observaciones y sugerencias que me ha aportado para mejorar las partes nuevas (escritas en 2015) de esta Tesis Doctoral (el Prólogo, la Introducción y las Conclusiones), sino infinitamente más que eso: su constante ayuda —a lo largo de siete lustros de colaboración intelectual— materializada en un sinfín de valiosos consejos y estimulantes críticas e interpelaciones. El influjo de sus comentarios y del fértil diálogo con él está presente en todos y cada uno de los nueve trabajos compendiados en esta Tesis Doctoral.

Muchísimo agradezco también —como siempre— a Txetxu Ausín, no sólo haber compartido conmigo (desde que tuve la dicha de conocerlo en la ciudad de Jaime Balmes hace 8550 días) el itinerario de la vieja lógica deontológica a la nueva lógica nomológica, no sólo el estrecho compañerismo de tantos años y los desvelos comunes por poner en marcha (y mantener a flote) el Grupo de Estudios Lógico-Jurídicos, JuriLog (del cual es actualmente responsable), sino, en particular, sus comentarios y sugerencias para la presente Tesis Doctoral.

# INTRODUCCIÓN

---

## *Sumario*

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

---

## **§1.— El derecho en su esencia y en su existencia**

La presente Tesis Doctoral tiene como hilo conductor la doble idea de la racionalidad y de la racionalización del derecho.

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

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

En términos hegelianos, podemos decir que el derecho racional es el derecho en sí (*das Recht an sich*).<sup>1</sup> Mas lo en-sí es pura esencia y, a fuer de tal, una mera

---

<sup>1</sup>. La impronta de la filosofía de Hegel viene, en los párrafos que siguen, clarísimamente exhibida; no, empero, la de su filosofía jurídica, sino la de su Lógica (o sea, metafísica) mestizada con la *Fenomenología del espíritu*.

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

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

potencia, activa ciertamente, dinámica, pero que, ensimismada, carece aún de realidad concreta.

Esa realidad concreta sólo vendrá alcanzada una vez que ese derecho en-sí pase por una ordalía: la de la seriedad, la paciencia, el trabajo y el dolor de lo negativo.<sup>2</sup> Para eso, el derecho se plasma en un ser fuera-de-sí (*außer sich*), parcialmente alienado, polucionado, mancillado, desnaturalizado.

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

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

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

Tal tarea es la racionalización, la eliminación de escorias, la depuración; en suma, la reconciliación de la existencia del derecho con su esencia. El resultado, la síntesis, es el derecho en y para sí (*das Recht an und für sich*); derecho realizado, objetivado en un ordenamiento vigente, exequible y eficaz,<sup>3</sup> pero a la vez tal que su existencia es plenamente concorde con su esencia; un derecho sin ninguna arbitra-

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

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

Dando un traspasé, Hegel coloca, empero, el derecho, *abstrakte Recht*, como el primer momento y la moral como el segundo. Esa desubicación es un síntoma de que Hegel no sabe bien cómo habérselas con el derecho. Su prodigiosa y apabullante erudición no parece abrazar una familiarización con la técnica jurídica ni un dominio profundo de las cuestiones nomológicas. Hegel nunca fue un jurista —como lo había sido Leibniz, p.ej.— ni parece haber consagrado al estudio del derecho la pasión que desplegó en el de la matemática, la historia, el arte e incluso la ciencia natural de su época. (Al estudio de la teoría constitucional que se perfila en esa obra de Hegel ha dedicado un trabajo inédito el autor de la presente Tesis Doctoral; no obstante necesitará todavía una reelaboración a fondo.)

<sup>2</sup>. G.W.F.Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (1807), ed. por W. Bonsiepen & R. Heede, Hamburg 1980.

<sup>3</sup>. V. Liborio Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, 2003.

riedad, en el cual cada norma estaría convenientemente justificada. Un derecho cada una de cuyas normas sería —como la ley para Santo Tomás— una ordenación de la razón para el bien común promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad.<sup>4</sup>

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

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

En la filosofía aristotélica, una sustancia tiene una esencia<sup>5</sup> que es soporte de accidentes, sin que jamás pueda ocurrir que los accidentes contradigan a la esencia; los accidentes ni quitan ni añaden, simplemente acciden, acaecen, sobrevienen; la sustancia es incólume y plenamente la que es y lo que es mientras exista. Ni cabe tampoco —dentro del aristotelismo— que se dé contradicción alguna entre esencia y existencia. Una esencia podrá existir o no, pero no puede existir alienada, desnaturalizada, extrañada, ya que, en tal supuesto, lo que estaría existiendo no es la esencia en cuestión sino otra.

Lo opuesto a ese enfoque aristotélico es el punto de vista contradictorial que

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

<sup>5</sup>. Aunque en la tradición aristotélico-tomista algunos filósofos (p.ej. Santiago Ramírez, O.P.) opinan que hay una diferencia entre sustancia y esencia —y, con apoyo textual, así interpretan a Santo Tomás—, hay que señalar, no obstante, que, si tal lectura está fundada, en eso el Aquinate se aparta de su maestro Aristóteles, quien expresaba lo que indistintamente traducimos como «sustancia» y como «esencia» con el mismo vocablo griego, οὐσία; de cuyo es un sustantivo verbal del verbo εἶναι, «ser», sustantivo que habría podido también significar «existencia».

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

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

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

ha guiado todo el itinerario intelectual del autor de estas páginas, inspirado en la filosofía de Heráclito; una filosofía de la antinomia, que entiende que no todo es como es, que algunas cosas son como no son, porque en la realidad se dan hibridaciones: mezcla de ser y no-ser, de bien y de mal, de ser así y ser de otro modo. (El propio Aristóteles a veces tuvo al menos que reconocer que hay sustancias en las que inhiere accidentes mutuamente opuestos.<sup>6</sup>)

El enfoque heraclítico o hegeliano por el que hemos optado nos provee de un utillaje conceptual inaccesible al aristotélico. Permítenos comprender los desgarramientos, los *es-no-es*, las impurezas, las desfiguraciones, las adulteraciones. Aristotélicamente nada está nunca adulterado, bastardeado, corrupto o alterado; sencillamente es otra cosa. La leche aguada o desnatada no es leche; es otra sustancia.

La lógica aristotélica no tolera la contradicción. No es ya que afirme el principio de no-contradicción, sino que profesa una regla, la *regula uitandæ contradictio-nis*, que consiste en proscribir que un sistema pueda contener dos asertos mutuamente contradictorios. Según lo he mostrado en mis escritos lógico-filosóficos,<sup>7</sup> la diferencia entre el principio de no-contradicción y la regla del rechazo de la contradicción es una diferencia entre asertos y reglas de inferencia.

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

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

Pero justamente el pensador heraclítico o hegeliano puede afirmar, y de hecho lo hace, verdades mutuamente contradictorias. Para determinados «p>s, afirma «p»

<sup>6</sup> V. Lorenzo Peña, «The Coexistence of Contradictory Properties in the Same Subject According to Aristotle», *Apeiron* 32/3 (Academic Printing and Publishing, University of Alberta, Edmonton, Canadá), 1999, pp. 203-30. ISSN 0003-6390.

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

<sup>7</sup> V., p.ej., «La defendibilidad lógico-filosófica de teorías contradictorias», en *Antología de la Lógica en América Latina*, comp. por Francisco Miró & Roque Carrión. Madrid: Fundación del Banco Exterior, 1988, pp. 643-76. ISBN 8486884551.

y afirma «no-p». Para esos mismos «p»s, por idéntica razón, afirma «p-y-no-p» y «No: p-y-no-p».

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

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

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

Tal es la regla de Cornubia (a veces llamada «regla de Escoto» o «regla de pseudo-Escoto»). Justamente son paraconsistentes las lógicas en las que no vale esa regla. Son muchas lógicas, muy variadas y diversamente clasificadas.<sup>8</sup> Son lógicas fecundas, con las cuales se pueden deducir muchas cosas, con fuerte potencial demostrativo, sin necesidad de esa molesta regla (a la que podríamos considerar, en cierto sentido, espuria y alcahueta, toda vez que nos mete de rondón conclusiones indeseables a partir de dos premisas que —por contradictorias que sean entre sí— pueden ser, ambas por separado [*singillatim*], muy razonables).

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

---

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

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

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

---

<sup>8</sup>. V. Lorenzo Peña, *Rudimentos de lógica matemática*. Madrid: Editorial CSIC, 1991. ISBN 8400071565. Más técnica y detalladamente (aunque ciñéndome a algunos puntos) en «C<sub>1</sub>-Compatible Transitive Extensions of System CT», *Logique et Analyse* (ISSN 0024-5836), N° 161-162-163 (1998), pp. 135-143.

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

La naturaleza humana era la premisa fundante en la tradición del viejo jusnaturalismo, que forma un *continuum*, en el que se ubican igualmente Avicena, Santo Tomás, Cayetano, Soto, Vitoria, Mariana, Grocio, Cumberland, Juan Bautista Vico,<sup>9</sup> Leibniz, Wolff y Burlamaqui.<sup>10</sup> Frente a ese proceder esgrimióse el canon de indeducibilidad de Hume (posteriormente reformulado como el rechazo de la «falacia naturalista» de Moore): de premisas fácticas no cabe inferir consecuencias axiológicas o normativas.

En muchos trabajos del autor de esta Tesis (entre ellos varios en ella compendiados, particularmente el tercero) se ha tratado de refutar el canon de Hume y, con él, el rechazo a la «falacia naturalista». Ni siquiera es correcta una versión atenuada de ese canon, según la cual de un conjunto de premisas, todas ellas fácticas, no es posible inferir, válidamente, una consecuencia normativa.

No es así porque, en una adecuada lógica nomológica o axiológica, puede haber correctas reglas de inferencia que avalen tal inferencia.<sup>11</sup> Hay vida, vida

---

<sup>9</sup>. Con su obra *De universi juris uno principio et fine uno*, Nápoles, 1720 y 1721.

<sup>10</sup>. No vale oponer —según lo hacen, nada convincentemente, los neoescolásticos— el jusnaturalismo modesto de la tradición aristotélico-escolástica, la cual se ceñiría a postular unos poquísimos principios jurídico-naturales, al jusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, que pretendería erigir, frente al ordenamiento jurídico positivo, todo un ordenamiento jurídico-natural completo. Desmentir esa visión dicotómica cae fuera del ámbito de la presente introducción.

<sup>11</sup>. Así, p.ej., puede adoptarse una regla de inferencia que, de la premisa «Obrar así o así causa perjuicio al bien común» infiera (sin necesidad de premisa adicional alguna) «Está prohibido obrar así o así». Otra regla similar: de la premisa «Una actuación X es contraria al contenido prescrito por un mandamiento del poder legislativo» quepa inferir «Está prohibida la actuación X».

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

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

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

El holismo de Quine no desprecia completamente una cierta dualidad entre enunciados analíticos y sintéticos (existiendo, reconocidamente —aunque el asunto encierra más complicaciones, en las que no cabe entrar aquí—, una estrecha solidaridad entre que sea analíticamente verdadero el enunciado «X implica Z» y la validez de la regla de

lógica, fuera del erial donde domina, asolándolo todo, la paupérrima, pueril, esquelética y puritana lógica clásica, la del «sí» entendido como «totalmente sí» y el «no» entendido como «no en absoluto».

Víctimas de ese prejuicio de Hume-Moore, han optado por otra vía los adalides del «nuevo derecho natural», Germain Grisez y John Finnis.<sup>12</sup> Admitiendo sin pestañear ese prejuicio como una inconcusa evidencia, entienden que la razón práctica es paralela a la teórica e independiente de ella. Aquello de que ha de partir un derecho racional (sólo con reticencias lo llaman «natural»), para desembocar en conclusiones normativas, es un conjunto de premisas asimismo normativas, los primeros principios de la razón práctica, como la deseabilidad de los bienes básicos, cuyo catálogo está sujeto a debate pero que, en todo caso, vendrían tomados axiomáticamente, por evidencias intuitivas de la razón práctica.

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

---

inferencia:  $X \vdash Z$ ). La tesis que propone Quine (a la cual se adhirió —y sigue adherido— el autor de estas páginas desde hace decenios) es que la diferencia es de grado, rigiéndose la adopción de nuestras teorías por un canon holístico: enfréntase la teoría, como un todo, a la experiencia para verse corroborada o falsada; sólo que, ante recalcitrantes experiencias que pongan en un aprieto a la teoría, no toda ella, cual compacta falange, es igualmente susceptible de venir sacrificada, sino, escalonadamente: primero los asertos periféricos y luego, por incisión en los círculos concéntricos, los componentes menos expuestos de la teoría hasta llegar a su núcleo duro, último en claudicar. La adopción de una concepción del mundo que sea un conjunto de axiomas y de reglas de inferencia se adopta como hipótesis, sometándose a la experiencia. Las confrontaciones llevan a rectificaciones localizadas.

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

Me quedo con el optimismo metafísico leibniziano.

<sup>12</sup>. Sin que, para nada, haya que achicar sus reconocidos méritos, el estrellato académico de John Finnis puede que en parte se deba a una enérgica campaña publicitaria de quienes —doctrinalmente acorralados por su profesión jusnaturalista en un ambiente hostil— han promovido, cual tabla de salvación, el neo-jusnaturalismo tomistoide del catedrático australiano. Su notoriedad ha eclipsado, empero, el aporte de Germain Grisez, el genuino iniciador de esa corriente doctrinal. V. su artículo «The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiæ*, 1-2, Question 94, Article 2», *The American Journal of Jurisprudence*, 10/1 (1965), pp. 168-201, y también su ensayo «A Contemporary Natural-law Ethics», [http://www.mccc.edu/~howarthk/Grisez\\_Ethical\\_Theory.docx](http://www.mccc.edu/~howarthk/Grisez_Ethical_Theory.docx), acc. en 2015-02-09

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

El derecho es un sistema de normas. No cualquier sistema de normas. Lon Fuller adujo,<sup>13</sup> muy persuasivamente, que un sistema de normas ha de ajustarse a ocho parámetros o criterios para que podamos ver en el algo que merezca llamarse «derecho».<sup>14</sup> La hipótesis de Rex queriendo imponer al buen tuntún sus mandamientos, sin atenerse a parámetro alguno, lo conduce a la frustración. En un sentido cabe decir que el irrespeto de tales cánones resulta prácticamente imposible.

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

Su segundo axioma —quizá más relevante en este contexto— es el de que sólo es derecho un sistema de normas que sirva para regular la conducta humana. Implícitamente se está aquí introduciendo la premisa de una naturaleza humana con unas aptitudes y unas ineptitudes en virtud de las cuales ciertas regulaciones son practicables y otras no.<sup>15</sup>

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

---

<sup>13</sup>. V. Fuller, *op.cit.*, pp. 33ss.

<sup>14</sup>. Como es bien sabido, tales parámetros son los de regularidad, publicidad, claridad, factibilidad, irretroactividad, mutua compatibilidad, estabilidad y congruencia entre las normas edictadas y la aplicación de las mismas por las autoridades.

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

<sup>15</sup>. V. W. J. Witteveen & Wibren van der Burg (eds), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, 1999, ISBN 9789053563878; Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1998, ISBN 9780521480413; Peter Cane (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Bloomsbury Publishing, 2010, ISBN 9781847315656. Y también: Stephanie Paton, «Inner Morality of Law: An Analysis of Lon L. Fuller's Theory», *The Glasgow University Law Society Law Review*, Oct. 2014. <http://www.gulawreview.org/entries/legal-theory/the-%E2%80%99inner-morality-of-law%E2%80%99-an-analysis-of-lon-l-fuller%E2%80%99s-theory>, cons. 2015-02-12.

la estatura de 1,8 metros.<sup>16</sup>

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

Lo que nos choca e irrita en esos imaginarios ordenamientos es lo arbitrario, lo inmotivado de tales prescripciones. No hay razón alguna para que se someta a esclavitud a los varones capricornios ni para que se prohíba contraer matrimonio a los muy altos.

La arbitrariedad que les reprochamos equivale a lo caprichoso de tales preceptos. Fuller iba en pos de las funestas y frustrantes consecuencias de una legislación despótica y antojadiza, en la cual el tirano edictaba sus prescripciones sin ton ni son, por pura fantasía (aun en el supuesto de que obrara con buena intención). No tenemos que, para el caso, da igual (digámoslo hobbesianamente) que el tirano sea un individuo investido de poder absoluto, una asamblea o incluso la masa congregada de toda la población (convocada, p.ej., mediante plebiscito). Los caprichos de la muchedumbre o los de una élite podrían desembocar en el mismo caos que los de Rex.

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

No cualquier sistema de reglas practicable es un genuino ordenamiento jurídico. Ni quizá siquiera no genuino. Lo que nos tenemos que preguntar es por qué el gobernante o legislador ha de regular conductas humanas; qué sentido tiene, qué papel incumbe al gobernante, en virtud de lo cual en la sociedad que él gobierna se han institucionalizado unas *reglas de reconocimiento* que le otorgan la potestad de edictar prescripciones, con una razonable expectativa de amplio acatamiento (o sea de eficacia de las prescripciones, al menos *grosso modo*).<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup>. Los ejemplos de L. Hierro son éstos (en su artículo «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, 25, pp. 263-302; la cita es de la p. 286): «un sistema jurídico que satisfaga esos ocho requisitos puede incluir una ley que someta a la esclavitud a todos los varones blancos, que expulse del territorio a todas las mujeres negras o que prive del derecho de sufragio a todos los adultos ateos, eso sí: cuidando de hacerlo con claridad y a partir de la fecha de su publicación.» (Hierro cita aquí a Hart.)

<sup>17</sup>. Por su enorme utilidad conceptual, más de una vez acudo en esta introducción a la noción hartiana de *reglas de reconocimiento*. (V. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 1961.) Al emplear el concepto, no estoy asumiendo con ello ni la dicotomía hartiana entre reglas primarias y secundarias ni ninguno de sus otros distinguos conceptuales. Opónese a aceptar los distinguos hartianos mi orientación reduccionista.

Estriba ésta en mi adhesión a lo que Quine llamó «economía ideológica», en su famoso artículo de 1951 «Ontology and Ideology», *Philosophical Studies* 2/1, pp. 11-15 (con una reelaboración más afinada 32 años después, en «Ontology and Ideology Revisited», *Journal of Philosophy*, 80/9, pp. 499-502). Quienes hayan seguido algo mi trayectoria filosófica en el período anterior al viraje jurídico conocen mi enorme apego a Quine, a pesar de que fui un discípulo disidente del gran filósofo norteamericano, flexibilizando su extensionalismo para reconciliarlo con el realismo

### §5.— El bien común, única función del derecho

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

Unas sociedades animales pueden quizá existir sin prescripciones, sin normas: sociedades de insectos que actúan por instinto.<sup>18</sup> Mas las sociedad de animales más evolucionados necesitan una autoridad que prescriba cómo actuar. Tal autoridad será difusa o concentrada.<sup>19</sup>

---

modal y abandonando una de las premisas en que se basa su argumentación a favor de la indeterminación de la traducción, la relatividad ontológica y la inescrutabilidad de la referencia. Por el contrario he adoptado —y sigo adoptando— varias de sus tesis fundamentales, como la ontología conjuntista (si bien yo he preferido hablar de *cúmulos* más que de *conjuntos* para emanciparme de las axiomáticas estándar) y su disposición a aceptar más entes a cambio de asumir menos conceptos. Dicho de otro modo: frente al machete de Occam, el machete de Quine. Occam nunca enunció la frase que se le suele atribuir, «*Entia non sunt multiplicanda præter necessitatem*», pero sí otra que, en la lectura usual, es equivalente: «*Non sunt ponenda pluria ubi pauciora sufficiunt*». Mas el *pluria* y el *pauciora* pueden entenderse de dos maneras: (1ª) más o menos entes; (2ª) más o menos distingos conceptuales.

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

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

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

<sup>19</sup>. La democracia no es un invento humano. En muchas sociedades animales, a la hora de optar por un camino en una encrucijada, se toma la decisión por mayoría, expresada en actos, no en palabras: el colectivo irá por aquel sendero en cuyo arranque se hayan congregado más miembros.

En la evolución biológica, ¿para cumplir qué función se ha instituido, en sociedad de animales superiores o más complejos, la jerarquía de mando? No ha sido para que la actividad de la manada, del colectivo, de la sociedad en suma se regule de un modo u otro; ni siquiera ha sido para que se regule de un modo no caótico. Ciertamente el orden es necesario; pero no basta. La función es la *Ma'at*, para decirlo en egipcio antiguo. *Ma'at* significa: verdad, (buen) orden, justicia, rectitud, racionalidad, predictibilidad, en suma que las cosas sean como deben ser, que sean de veras lo que son o están destinadas a ser. Las cosas y los hombres y sus conductas.<sup>20</sup>

Condensaríamos seguramente mucho mejor esta idea diciendo que la autoridad está instituida para el bien común de la sociedad; y sus potestades de edictar normas están otorgadas (por las reglas de reconocimiento social) para ese fin. No meramente el de regular conductas humanas, ni sólo el de evitar el caos o el desorden,<sup>21</sup> o sea el de adjudicarle a cada quien un abanico de opciones, excluyendo las demás; sino hacerlo con discernimiento, con un porqué, con una **razón suficiente** en cada caso; razón que sólo puede ser, en última instancia, el bien común de la comunidad (un bien que conjunta, indisolublemente, los bienes dispersos de los miembros con aquellos que son indivisibles: la prosperidad colectiva, la pervivencia y seguridad, el florecimiento social).

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

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

---

<sup>20</sup>. V. Russ VerSteege, *Law in Ancient Egypt*, Carolina Academic Press, 2002. ISBN 978-0-89089-978-6.

<sup>21</sup>. En contra de la opinión de Ortega y Gasset (acorde con todo su vitalismo) de que la justicia no debe ser un valor para el derecho, porque, lejos de mejorarlo, lo empeora, infundiéndole inestabilidad y quebrantando la adhesión de los súbditos. V. su obra de 1948-49 *Una interpretación de la historia universal* (una crítica a la teoría de la historia de Arnold Toynbee), donde asevera que los romanos tuvieron derecho, y buen derecho, hasta que los jurisconsultos se dejaron influir por el racionalismo y el humanismo de la escuela estoica. Ese buen derecho estribaría sólo en la fijeza, en la fijación, en el saber a qué atenerse de una vez para siempre. Su único valor sería la seguridad jurídica. (En otros escritos, sin embargo, también al compás de su filosofía vitalista, recalca la mutabilidad del derecho, pues todo lo humano está, y debe estar, en perpetuo flujo.)

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

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

Sucede, empero, que no es en absoluto un rasgo único de la especie humana, sino común a todas las especies de seres sociales; tanto a las existentes en este mundo cuanto a las existentes en otros mundos posibles; por consiguiente, también a sociedades de duendes, gnomos, ángeles, cíclopes, dioses o incluso diablos. Para quienes no comparten el realismo modal —ni en la versión del autor de esta Tesis<sup>22</sup> ni en la, mucho más difundida, de David Lewis—<sup>23</sup> aduzco que son rasgos esenciales de muchas otras especies sociales de animales superiores tanto el imperativo de bien común cuanto la necesidad de una autoridad que vele por él y lo regule. (V. a este respecto la sexta de las aportaciones compiladas en la presente Tesis Doctoral.)

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

Particularmente quienes venimos de la escuela analítica —cuya marca fue el giro lingüístico— hémonos acostumbrado a concebir el derecho desde el lenguaje jurídico. Algunos llevan la reducción al extremo de concebir las normas jurídicas como enunciados, y, más concretamente, como enunciados-muestra, no como enunciados-tipo (pues para hablar de tipos ya hay que introducir entes que no cuadran en las concepciones más estrictas de la primera filosofía analítica, como el empirismo lógico y el verificacionismo). Está erizada de fuertes dificultades esa reducción extrema.<sup>24</sup> Claro que podrían también concebirse las normas como enunciados-muestra, siempre que no nos ciñamos a los enunciados del mundo actual (el de la experiencia cotidiana, nuestro mundo), sino que agreguemos también enunciados posibles. Mas tal añadido desborda la parca y magra ontología motivadora de la reducción.

Los filósofos del derecho deudores de la tradición analítica y del giro lingüístico han tenido que hacer ajustes (si no encajes de bolillos) para dar cabida a las

---

<sup>22</sup>. V. «Grados de posibilidad metafísica», *Revista de filosofía*, 1993, vol VI, Nº 9 (Madrid: Editorial Complutense), pp. 15-57. ISSN 0214-4921.

<sup>23</sup>. David Lewis, *On the Plurality of Worlds*, Blackwell, 1986.

<sup>24</sup>. Entre nosotros protagonizada por Rafael Hernández Marín, quien ha derrochado inteligencia, capacidad argumentativa, rigor y perseverancia en la defensa de un enfoque que, llevado a ese punto, encuentra pocos adeptos —o quizá ninguno salvo él. Pugnar por una idea audaz remando contra la corriente constituye un mérito intelectual, desgraciadamente poco común en el medio académico de hoy, que tiende, más bien, a generar conformismos y actitudes de medias tintas.

normas consuetudinarias. Tales normas podían casi pasar desapercibidas en la época de auge del juspositivismo en su versión legalista (el normativismo kelseniano, p.ej.), pues en ese período el derecho público internacional estaba eclipsado —o, si no, se tendía a limitar al convencional— y prevalecía la ilusión de un único legislador, un único órgano legislativo que monopolizaría la edicción de normas jurídicas.

La realidad jurídica es mucho más compleja. Resulta imposible entender los sistemas jurídicos de la *common law* sin el derecho consuetudinario (hasta el punto de que en el Reino Unido incluso el derecho constitucional es, esencialmente, consuetudinario). En el derecho internacional, no se produce el esperado arrinconamiento de las normas consuetudinarias, llegándose a dar que las normas convencionales y las emanadas de autoridades creadas por tratados interestatales suelen venir modificadas, alteradas y hasta derogadas por normas consuetudinarias. Por último, vuelve a irrumpir con nueva fuerza y pujanza el derecho consuetudinario en ramas del derecho de las cuales el ideal codificador había soñado con desterrarlo; p.ej. en el derecho mercantil internacional (de importancia decisiva en la era de la mundialización). Y, por más que se empeñe en afirmar el art. 1.3 de nuestro Código Civil «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada», ese mismo precepto carece de fuerza para sobreponerse a la costumbre *contra legem*, que de hecho lo ha derogado (lo cual prueba que la costumbre, al menos la jurisprudencial, tiene más fuerza de obligar que la propia ley).<sup>25</sup>

Por mi parte, propuse años atrás una visión diferente de las normas.<sup>26</sup> Éstas son situaciones jurídicas generales (o a veces particulares). Una situación jurídica es la afectación de una situación fáctica por un operador deóntico de obligación o de

---

<sup>25</sup>. Son numerosas las prescripciones del Código Civil derogadas por la costumbre y, sobre todo (aunque no únicamente) por la jurisprudencia. p.ej. —y eso bien que lo deploro— el art. 1902 sobre la responsabilidad extracontractual; arrancando con una equivocada Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 1936 —e imitando la deriva jurisprudencial que ya había empezado allende los Pirineos— se ha suprimido de la prótasis (supuesto de hecho) la condición de culpa o negligencia, lo cual, dígase lo que se diga, viene a significar que se asigna responsabilidad a quien causa un daño por caso fortuito o fuerza mayor, derogándose así los arts. 1105 y 1905 CC. (He criticado esa transmutación *contra legem* del art 1902 CC en lo tocante al ejercicio de la medicina en «La responsabilidad penal del personal sanitario: Causas de justificación» [ensayo en vías de publicación en el volumen colectivo *Entre vida y muerte*, coord. por Rosana Triviño & David Rodríguez-Arias, Madrid: Plaza y Valdés, 2015]; similares argumentos valen para los demás ámbitos.)

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

<sup>26</sup>. V. «Imperativos, preceptos y normas», *Logos*, 2006, vol. 39, pp. 111-142. ISSN 1575-6866.

licitud.<sup>27</sup> (Esta concepción viene parcialmente desarrollada, defendida frente a objeciones antirreduccionistas y aplicada a la solución de varias dificultades jusfilosóficas en las aportaciones 1ª, 2ª y 3ª de las compendiadas en la presente Tesis Doctoral.) Las normas difieren de los preceptos. Un precepto es un enunciado que expresa una norma proferido en un acto de habla *sui generis*, que es el promulgativo. (En el citado artículo se consideran diversas complicaciones.)

Nada impide que animales de especies sociales carentes de lenguaje posean —y de hecho lo hacen— normas consuetudinarias, no expresadas en preceptos. Por otro lado, muchas de las especies referidas se comunican por sistemas de signos que, sin ser lenguajes (en el sentido del lenguaje humano, caracterizado por la doble articulación),<sup>28</sup> son lenguajes en un sentido analógico. Y la etología animal pone de manifiesto que, a través de tales sistemas semióticos, imparten sus mandamientos —creando así situaciones normativas— los individuos revestidos de autoridad (el macho alfa o la matriarca).

Lo que determina, pues, que todo sistema de normas contenga —sin necesidad de que venga promulgado— un núcleo inamovible y necesario —un imperativo de bien común y una obligación de que las demás normas se ajusten a ese imperativo— no es, por consiguiente, un rasgo específico de la naturaleza humana; ni siquiera de la naturaleza de un amplio género animal del cual formamos parte. No lo es porque también tendrían vigencia tales imperativos en otras sociedades de seres dotados de entendimiento y de voluntad, aunque no fueran animales (seres de otras galaxias o de otros mundos posibles).

La raíz de tales imperativos es la esencia misma del ordenamiento normativo, la función por y para la cual existe. Por ello, quizá mejor que hablar de un derecho natural o de jusnaturalismo (como lo hago repetitivamente en las aportaciones compendiadas en la presente Tesis Doctoral) sería hablar de *esencialismo jurídico*. El derecho tiene una esencia. Esa esencia —ya lo he dicho— puede estar en contradicción con la existencia (hasta cierto punto solamente). Esa esencia implica que contenga un imperativo supremo de bien común.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup>. Para ser más exactos, también son situaciones jurídicas: las conyunciones y disyunciones de situaciones jurídicas y las cuantificaciones de situaciones jurídicas. Lo expresado por el enunciado «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica» es una situación jurídica general, o sea una norma. (Es patente que en el lenguaje llano «X debe hacer» se expresa a veces como «X hará».)

<sup>28</sup>. V. André Martinet, *Eléments de linguistique générale*, París: Armand Colin, 1970.

<sup>29</sup>. En mi ensayo —en vías de publicación en una compilación en honor del Prof. Andrés Ollero— «Fundamentos metafísicos del Derecho Natural» sigo la doctrina del institucionalismo de Santi Romano: «siempre que se tenga un organismo social de cualquier grado de complejidad, por ligera que sea, instáurase en su interior una disciplina, que contiene todo un ordenamiento de autoridades, poderes, normas, sanciones...», de suerte que ese sistema normativo interno es un ordenamiento jurídico al cual han de aplicarse también la lógica jurídica y el derecho natural. Lo sabe el autor de esta Tesis Doctoral, no sólo por reflexión intelectual, sino por práctica vital, toda vez que pasó años de su juventud sometido al sistema normativo de una organización clandestina que no participaba en las reglas de reconocimiento por las cuales muchos españoles estimaban jurídicamente vinculantes los mandamientos del régimen establecido.

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

Por el contrario, el derecho natural de los romanos (a pesar de su inspiración estoica) sí señalaba ese compartir los humanos con los demás animales los imperativos vitales del *Jus naturale*. Es celeberrima la definición de Ulpiano (recogida en las Instituciones de Justiniano, D. 1.1.1.3): «Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, auium quoque commune est. Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio; hinc educatio: uidemus etenim cætera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censerit».<sup>30</sup>

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

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

Mas nada de todo eso tiene cosa alguna que ver con el derecho natural, entendido como lo hace el esencialismo jurídico. El derecho natural no impone, de

---

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

<sup>30</sup>. V. Alejandro Valiño «Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, coord. por Josefina Alventosa del Río y Rosa María Moliner Navarro, Vol. 2, 2008 (Volumen II), ISBN 9788437071770, pp. 1689-1704.

suyo, un cierto tipo de matrimonio. (V. Las aportaciones 4ª y 7ª de la presente Tesis Doctoral, en particular el §12 de ésta última.) Eso sí, un jusnaturalista podrá argumentar que el bien común sólo queda convenientemente salvaguardado en una sociedad con matrimonio monogámico heterosexual. Mas otros jusnaturalistas pueden sostener lo contrario, sin faltar quienes estiman que el matrimonio, opuesto al amor libre, es incompatible con el bien común y, por ende, con el derecho natural.<sup>31</sup> (Piénsese en los proyectos utópicos de Platón, Tomás Moro, Campanella, Morelly; de un parecer próximo era Diderot, autor de un artículo «Droit naturel» en la *Enciclopedia* a cuya coordinación consagró lo mejor de su vida.)

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

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

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

---

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

¿Por qué la adopción del jusnaturalismo (en la versión del mismo defendida en esta Tesis Doctoral, especialmente en las aportaciones 7ª y 9ª) necesita una lógica paraconsistente (lógica que subyace a los axiomas de lógica deóntica presentados en las aportaciones 3ª y 8ª, a su vez implícitos —cuando no explícitamente adu-

---

<sup>31</sup>. Tales ideas han hallado, y siguen hallando, una amplia acogida en círculos doctrinales de signo libertario —tanto los comunistas libertarios del siglo XIX y comienzos del XX cuanto los anarco-capitalistas de estos últimos decenios. Por el contrario, la mayoría de los jusnaturalistas decimonónicos (panteístas, ateos o teístas) consideraban imperativo, por una exigencia jurídico-natural, que el matrimonio fuera monogámico, heterosexual y vitalicio.

cidos— en los argumentos de las aportaciones 1ª, 2ª, 4ª, 5ª y 6ª)?

La razón es la siguiente. Mi jusnaturalismo es principalmente aditivo, no sustractivo.<sup>32</sup> Es **aditivo** aquel jusnaturalismo que adiciona a las normas del derecho positivo una norma no promulgada (en mi caso, el imperativo del bien común).<sup>33</sup> Es **sustractivo** el jusnaturalismo que sustrae de las normas de derecho positivo aquellas que no se ajusten a cierto canon (que podría ser el del bien común). Es **mixto** aquel jusnaturalismo que es, a la vez, aditivo y sustractivo.

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

Otro asunto es cómo se arbitre la exequibilidad de una u otra de las normas

<sup>32</sup>. Digo principalmente porque es también marginalmente sustractivo. En efecto: la lógica nomológica dilucidada en la aportación 3ª conlleva este resultado. Imaginemos una norma, N, en virtud de la cual el supuesto de hecho X implica la consecuencia jurídica Z; imaginemos que se cumple ese supuesto de hecho. E imaginemos que el legislador concede el derecho de no realización de Z (en absoluto). Eso colisiona con el principio de consecuencia jurídica. Tenemos que entender que, o bien al autorizar no-Z, el legislador está derogando N, o bien esa autorización es nula; nula por lógica deóntica y, consiguientemente, por derecho natural.

<sup>33</sup>. Aunque mi jusnaturalismo es principalmente aditivo, resulta perfectamente verosímil una versión atenuada y matizada del jusnaturalismo sustractivo: un sistema de normas muchas de las cuales sean atentatorias al bien común deja de ser un sistema jurídico —en la medida en que así suceda, pues aquí, como en casi todo, hay grados—. Y aun dentro de un sistema jurídico una norma clamorosa y gravísimamente atentatoria al bien común deja —en esa medida— de ser una norma válida. A pesar de esta concesión, el núcleo de mi jusnaturalismo es el aditivo.

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

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

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

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

en conflicto. No forzosamente tiene el jusnaturalista que sostener que ha de ser exequible el imperativo del bien común por delante de la ley promulgada que le sea contraria.

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

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

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

---

### §8.— El principio nomológico de razón suficiente

Voy a resumir las ideas hasta aquí expuestas y que justifican el título y el contenido de la Tesis Doctoral. La *idea juris logica* que propongo es la de que el derecho, por esencia, por su función social, tiene siempre (por mezclado que esté con impurezas) un contenido racional, que es su razón de ser, su venir enderezado a un fin, el bien común de la sociedad. Ese contenido, ese imperativo de bien común, es, no sólo una parte esencial e ineliminable del derecho,<sup>34</sup> sino la **razón suficiente** para que exista una autoridad que edicte normas conducentes a ese bien común. Las extralimitaciones son no sólo posibles sino muy corrientes y algunas de ellas tal vez inevitables; pero el sistema normativo en su conjunto halla sólo su razón de ser en contener ese imperativo y en hacer de él el canon supremo y el criterio general de validez jurídica.

El derecho siempre es, pues, racional, al menos en su esencia. La ciencia del derecho y la dogmática jurídica son normativas, no meramente descriptivas, como la sociología jurídica. El jurista, el jurisconsulto, el jurisperito dilucidan e interpretan

---

<sup>34</sup>. He dicho que mi jusnaturalismo es principalmente aditivo y no sustractivo, pero he matizado ese aserto; es un jusnaturalismo mixto, aunque predominantemente aditivo. Imaginemos que un legislador edicta una ley por la cual queda abolida cualquier norma, promulgada o no, que haga imperativa la busca del bien común. Podemos discutir si tal ley es nula o sólo inexecutable. Mi opinión es que es nula e írrita.

las normas jurídicas según un criterio de bien común; la mirada del jurista es idealizadora, no realista. No cierra los ojos el jurista ante todas las múltiples escorias y aun aberraciones; reconócelas y las lamenta, pero aun éstas trata de, en la medida de lo posible, mitigarlas reconduciéndolas, por un método hermenéutico, a la vía recta del derecho, al servicio del bien común.

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

---

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

El título de la presente Tesis Doctoral calca el de uno de los tres tratados publicados en 1586 por el jurista de Hesse Hermann Vultejus (1555-1634), doctor por la Universidad de Basilea en 1580 y después profesor de Griego y de Derecho así como Síndico, Rector y Vicecanciller de la Universidad de Marburgo y asesor del Tribunal de la Corte. A pesar de su fe protestante, fue ennoblecido por el Emperador en 1631, en plena guerra de los treinta años, siendo elevado a la dignidad de Consejero Imperial. Su obra influirá en Vico y en Leibniz.<sup>35</sup>

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

Están claras las similitudes entre la empresa intelectual de Vultejus y aquella que se plasma en la presente Tesis Doctoral.

No menos llamativas son tres diferencias:

- 1<sup>a</sup>) Trátase para Vultejus de demostrar que el derecho es racional, que cada norma del ordenamiento jurídico está justificada por una razón suficiente (o sea, que ninguna es arbitraria). En cambio, desde la perspectiva del autor de estas páginas, el derecho es racional *an sich*, en su esencia; esa esencia es su razón de ser, la que lo justifica, la que le da sentido y aquella a la que incumbe al legislador orientar sus promulgamientos. Mas no todo el ordenamiento

---

<sup>35</sup>. V. G. W. Leibniz, *Des cas perplexes en droit (De casibus perplexis in jure)*, ed. por Pol Boucher, París: Vrin, 2009, pp. 298-299.

jurídico es racional en su existencia efectiva; ni, por lo tanto, es posible formalizarlo en un sistema riguroso, pues abundan en él las prescripciones arbitrarias y las antinomias (incluso antinomias fuertes, **supercontradicciones**,<sup>36</sup> o sea pares de mandamientos tales que el cumplimiento del uno impide *completamente* la observancia del otro).<sup>37</sup>

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

---

<sup>36</sup>. La diferencia conceptual entre contradicciones y supercontradicciones es una de las peculiaridades del sistema de lógica paraconsistente gradualista propuesto por el autor de esta Tesis Doctoral a lo largo de sus años dedicados a la lógica matemática y la filosofía de la lógica. Una contradicción es una fórmula del tipo «p y no p». Una supercontradicción es una fórmula del tipo «p y no-p en absoluto». Está en juego la diferencia entre las dos negaciones, fuerte y débil: el mero «no» y el «totalmente no». Tal distingo lo he hallado en todos los idiomas que he estudiado y seguramente existe en todos los lenguajes humanos.

<sup>37</sup>. Aplicando una lógica paraconsistente como las elaboradas por el autor de esta Tesis Doctoral (las lógicas transitivas), podemos tener, dentro de una misma teoría, dos asertos mutuamente contradictorios, A y  $\sim A$ , sin que se derrumbe la teoría (ya que no vale la regla  $\{A, \sim A\} \vdash B$ ). En cambio, representando la negación fuerte como « $\rightarrow$ » (leída «no...en absoluto»), si tuviéramos, a la vez, A y  $\rightarrow A$ , sí se derribaría la construcción, porque en esas lógicas la regla de Cornubia vale para la negación fuerte.

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

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

No ocurre así porque —según lo he analizado en diferentes trabajos de lógica deóntica, varios de ellos compendiados en esta Tesis Doctoral— una cosa son los grados de obligatoriedad y otra los de realización de lo obligatorio; puede ser en altísima medida obligado realizar un poco cierta conducta y puede también ser un poco obligatorio —nada más que un poco— realizarla cabalmente.

Por otro lado, la lógica nomológica se originó justamente por el abandono de la regla de cierre lógico de la lógica deóntica estándar, o sea: la regla que estipula que las consecuencias lógicas de conductas obligatorias son también obligatorias. En uno de los ensayos compilados en esta Tesis Doctoral, «Normatividad y contingencia», se explica detenidamente por qué es errónea esa regla. Si valiera, ciertamente de oA y o $\rightarrow$ A se seguiría oB, para cualquier «B». (En la lógica nomológica ni siquiera vale el principio de agregación, o sea «oA» y «oB» no entrañan «o(A&B)»; por mucho que emanen de la misma fuente jurídica, las obligaciones separadas no se conjuntan.)

## §10.— Exposición sucinta del contenido de las nueve aportaciones de la presente Tesis Doctoral

Los nueve ensayos que integran esta Tesis Doctoral obedecen a las motivaciones expuestas en la parte precedente de esta Introducción, abordando aspectos y facetas particulares que confluyen en esa doble tarea de desentrañar la racionalidad esencial del derecho y de contribuir, *de lege ferenda*, a su racionalización existencial.

### 10.1.— Primera aportación

En la primera de las nueve aportaciones, «La paradoja de la prohibición de prohibir y el sueño libertario de 1968» (2008), muestro —mediante un razonamiento lógico-jurídico— cuán axiológicamente inadmisibles serían las consecuencias de un principio, o metaprincipio, según el cual estaría prohibido prohibir; ese principio o metaprincipio vendría a expresar un anhelo libertario, el canon de máxima libertad, a cuyo tenor, no es que de hecho todo esté permitido, sino que, más bien, *todo* debería estarlo —o sea, cualquier conducta habría de ser lícita, sin que cortapisa alguna coartara o cercenara el campo de lo factible.<sup>38</sup>

Mi análisis nomológico demuestra la imposibilidad de esa aspiración libertaria y, por consiguiente, la necesidad racional de un orden normativo con obligaciones y prohibiciones.

Ahora bien, ofrezco una alternativa que, sin caer en esa desmesura libertaria, concede lo más posible a la aspiración de que la libertad nunca venga sacrificada en aras de otros valores. Tal alternativa consiste en el criterio meta-jurídico —liberal en su orientación y motivación, pero dentro del horizonte de intelección de una axiología pluralista y gradualista— de que el valor de la libertad no venga nunca subordinado a ningún otro valor.

Hay que notar, empero, que la libertad como valor se materializa, se concreta, se despliega, ora en un determinado conjunto de libertades, ora en otro, al compás de variaciones histórico-sociales.

En esa concreción surgen conflictos no sólo entre esas diversas libertades, sino también entre el propio valor de la libertad y otros valores. Y es que todo lo que hemos postulado es que el valor de la libertad no se subordine a otros, mas no que los otros se subordinen a la libertad. Es posible que en algunos aspectos prime la libertad y en otros primen otros valores, p.ej. el bienestar, la igualdad, la hermandad, la prosperidad, la paz, la seguridad.

El rechazo de subordinar la libertad sólo significa que —así a secas y sin indicación de ningún aspecto particular— no es nunca afirmable con verdad que la li-

---

<sup>38</sup>. Al calificar de «libertario» ese canon de máxima libertad, no me estoy comprometiendo a sostener que los libertarios de carne y hueso lo asumen efectivamente. (Solemos considerar a Nozick como el paradigma de filósofo libertario, pero tal preeminencia le viene disputada por otros.) Seguramente cualquier libertario admitirá que la libertad de cada quien está limitada (sólo) por la libertad de los demás. En todo caso, mi argumentación jusfilosófica vale independientemente de que haya o no interlocutores o adversarios ideológicos con quienes sea prácticamente pertinente la discusión.

bertad esté por debajo de otro valor; lo cual dista de entrañar la tesis de Rawls de que la libertad goza de primacía en un orden lexicográfico, o sea que ningún otro valor es invocable más que subordinado a la primacía de la libertad.

### 10.2.— Segunda aportación

En la segunda aportación, «La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos» (2009), indago los fundamentos y la manera de articular, lógico-deónticamente, la opinión —común entre los juristas y también entre el público— de que la permisibilidad de un hecho es correlativa con el deber de ciertas acciones u omisiones ajenas.

Esa opinión está hoy muy zarandeada por varias corrientes doctrinales. Una de ellas es la que —procedente de Hohfeld, pero desplegada en posturas diversas— introduce distingos (a mi juicio artificiales, oscuros e innecesarios) entre derechos débiles (sin correlativos deberes ajenos de acción o de omisión) y derechos fuertes.

Otra es el rechazo, en la escuela de lógica deóntica de Alchourrón y Bulygin, del principio de permisión (según el cual lo que no está prohibido está permitido); rechazo que ha desbordado los cauces (angostos en sí) de tal escuela para expandirse entre un número de filósofos del derecho que no profesan esa lógica deóntica —o no la practican o quizá ni siquiera están muy familiarizados con ella. El desbordamiento ha ido más allá, alcanzando a algunos operadores jurídicos, que rechazan la tesis de Hobbes, Leibniz y Bentham según la cual el silencio del legislador implica el otorgamiento tácito de un permiso y, por lo tanto, equivale a conceder un derecho.<sup>39</sup>

Frente a todos ellos, aplicando argumentos de lógica nomológica y un principio metodológico de reducción conceptual, sustento la opinión común —no sólo el principio de permisión, sino la tesis de la correlación entre derechos y deberes—, de tal modo que hago ver cómo en verdad esa correlación constituye un principio esencial del derecho (y de cualquier sistema de normas en general), hasta el punto de que un conjunto de prescripciones carente de tal correlación no sería un ordenamiento normativo, sino un ilógico conglomerado de preceptos que no podría ordenar la convivencia social en aras del bien común.

### 10.3.— Tercera aportación

En la tercera aportación, «Normatividad y contingencia» (acaso la más importante de las nueve) investigo la relación entre la contingencia y los operadores deónticos de obligación y de licitud.

La indagación se desarrolla en dos estadios consecutivos. En el primero de ellos examino la génesis de la lógica nomológica, haciendo un seguimiento del itinerario intelectual del propio autor; expongo ahí, de manera más rigurosa, algunas facetas de autobiografía intelectual que, superficialmente, vinieron ya mencionadas en el

---

<sup>39</sup>. Algunos llegan incluso a abrazar la tesis, de suyo más propia de un sistema totalitario, de que, cuando no se demuestra la licitud de una conducta, ésta está prohibida.

Prólogo de la presente Tesis Doctoral.

En el segundo estadio extraigo las consecuencias lógicas del fracaso inicial, motivado por una ciega adhesión a la concepción de lo normativo inherente a la lógica deóntica estándar inaugurada por von Wright en 1951 (y casi unánimemente seguida por todos los lógicos deónticos desde entonces, aunque cada uno proponga sus propios epíclidos o parches para esquivar las dificultades). Hay que decir que tal adhesión sólo había sido implícita y que, por otro lado, pugnaba con los intentos desarrollados, ya en esa fase, de superar el repudio de la «falacia naturalista». El descubrimiento del cual arranca la construcción de la nueva lógica nomológica es la constatación de que las modalidades deónticas difieren radicalmente de las aléticas. Equipararlas o aproximarlas fue el pecado original de la lógica deóntica estándar, la cual quedó así incapaz de entender el vínculo entre lo fáctico y lo deóntico.

Para esa errónea concepción eran totalmente independientes una de otra la contingencia y la normatividad, porque ni lo normativo influye para nada en lo fáctico ni viceversa; tampoco tendrían lógicamente nada que ver entre sí. (Topámonos de nuevo con una presuposición afín al principio humeano de indeducibilidad y al rechazo de la presunta falacia naturalista por Moore; el normativismo de Kelsen también se adhirió a ese divorcio de lo normativo y lo fáctico, si bien se vio forzado a restringir su alcance, al reconocer que un sistema jurídico masivamente ineficaz pierde también su validez.)

Las investigaciones lógico-jurídicas desarrolladas a lo largo de varios años revelaron la falsedad de ese divorcio entre lo normativo y lo fáctico. Así pues, arruinaron, no sólo la pretensión de erigir lógicas deónticas que fueran meras lógicas modales adaptadas, sino también, por consiguiente, la modelización de la normatividad mediante semánticas de mundos posibles. Tales investigaciones desembocaron en la constatación de cuán fuerte e intenso es el nexo entre lo normativo y lo fáctico: la normatividad está estrechamente vinculada a la contingencia.

En un sistema normativo sólo hechos contingentes pueden estar prohibidos; no sólo porque carecería de todo sentido práctico prohibir lo necesario o lo imposible (prohibir lo necesario sería necesariamente ineficaz y prohibir lo imposible sería vacuo y ocioso), sino porque hay razones —por sorprendentes que puedan parecer a simple vista— en virtud de las cuales lo imposible ha de ser lícito.<sup>40</sup>

El reconocimiento del vínculo entre normatividad y contingencia es un funda-

---

<sup>40</sup>. Que lo preceptivo y lo prohibido hayan de ser hechos contingentes no quiere decir, en absoluto, que tenga que ser contingente su calificación deóntica (de obligación o de prohibición). Lo será cuando emane del promulgamiento de una autoridad contingente; pero hay obligaciones y prohibiciones que son necesariamente verdaderas por emanar de la esencia misma del derecho. Así la obligatoriedad del bien común es un principio jusesencial (o jurídico-natural) en cualquier sociedad de hormigas, elefantes o humanos, por contingente que sea la existencia de nuestras especies y de nuestro planeta. Lo necesariamente verdadero es que, si existen tales especies sociales, en ellas rige ese principio deóntico, por la naturaleza misma de las relaciones sociales.

mento para la nueva lógica nomológica.<sup>41</sup> Según qué hechos sucedan o dejen de suceder contingentemente, se producen mudanzas en las situaciones normativas. Hay, pues, un nexo entre el ser y el deber-ser. Es posible inferir hechos de normas y normas de hechos.

#### 10.4.— Cuarta aportación

En mi cuarta aportación, «El derecho a la vida conyugal en la sociedad contemporánea» (2010), abordo el tratamiento nomológico de un derecho que, si bien figura en todas las tablas de derechos fundamentales del ser humano (aunque a veces en términos la mar de desafortunados, como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948), ha sido casi siempre desdeñado en la doctrina, como no sea para debatir algo tan marginal como la cuestión de si ha de otorgarse validez o no a matrimonio entre individuos del mismo sexo (un tema que, según las estadísticas, afecta a menos del uno por ciento de la población).

El derecho a vivir en pareja no es la mera facultad de contraer matrimonio, sino un derecho a vivir en una unión dual de individuos adultos para la felicidad mutua, compartiendo las cargas y disfrutando juntos de los goces de la vida. Tiene una doble cara de derecho de libertad y de bienestar, aunque es principalmente lo primero. Para respetarlo plenamente, la ley tiene que brindar un marco idóneo, que permita y ampare la comunidad matrimonial, regulando correctamente en ella los derechos y deberes concomitantes (sin los cuales se vaciaría el derecho genérico del art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos). La legislación española está lejos de respetar ese canon.

Analizo cómo el derecho a constituir una pareja implica deberes y derechos recíprocos y cómo, tratándose de una comunidad, también ha de ser un sujeto de derecho, con personalidad jurídica (actualmente rehusada) y con legítimas reclamaciones, mas igualmente sometida a deberes. Me adentro en las razones por las cuales es uno de los derechos fundamentales del ser humano. Desmiento el sordo prejuicio (tácitamente asumido) de que su tratamiento es un no-problema porque dizque su reconocimiento y su disfrute no estarían amenazados ni legislativamente prohibidos ni aun restringidos.

Que no es así, ni mucho menos, demuéstalo el hecho de que en ciertas legislaciones se regule en términos de desigualdad radical entre los cónyuges (lo cual va en contra de la esencia misma de tal vínculo), al paso que en otras el reconocimiento se vaya despojando de consecuencias jurídicas, de suerte que, liberando a un cónyuge de deberes para con el otro, priva a éste de derechos correlativos, a la vez que van menguando los derechos de la comunidad conyugal hasta casi evaporarse o perder relevancia práctica.

Por su esencia, el ejercicio del derecho a la vida conyugal implica un deber de mutua solidaridad en todos los órdenes. Si es en todos los órdenes, también en el

---

<sup>41</sup>. En este texto —y en otros— llamada «lógica jurídica»; también ha recibido las denominaciones de «lógica jurídica» y «lógica nomológica».

erótico. El artículo denuncia la hipocresía legal que consiste en: (1) por un lado, silenciar (legislativamente) y hasta eliminar (jurisprudencialmente), del elenco de obligaciones mutuas de los cónyuges, la de darse mutuamente placer; y (2), por otro lado, practicar, administrativa o judicialmente —sin amparo legal—, una prohibición de los llamados «matrimonios de conveniencia», o sea aquellos en los que los contrayentes no se sienten comprometidos a ningún deber erótico del uno para con el otro. Disonancia tanto más hiriente para la integridad de los Derechos Humanos cuanto que es discriminatoria, enfilada como está exclusivamente contra los extranjeros de países del sur.

Las condiciones jurídicas para el matrimonio han de ser razonables, o sea: han de tener una razón de ser. Es dudosa la justificación de algunas de las prohibiciones actuales (como el matrimonio entre hermanos). El artículo no se moja en la cuestión de si la diferencia de sexo debería ser una de esas condiciones (como en España lo era hasta la reforma del Código Civil de 2005), no sólo por la irrelevancia estadística del tema, sino también porque la propuesta final supera o esquiva tal cuestión, al demandar el reconocimiento de una pluralidad de vínculos con diferentes niveles de mutuo compromiso y de reconocimiento social; queda abierta la cuestión de qué condiciones habrían de exigirse, *singillatim et conjunctim*, a quienes desean ingresar en una comunidad conyugal de máximo compromiso mutuo.

Así pues, frente a la actual crisis del vínculo conyugal y su desvalorización (al haber perdido casi todas las consecuencias jurídicas que antes tenía), el artículo propone la tipificación legislativa de varios contratos de comunidades de convivencia dual, entre ellas el matrimonio temporal.<sup>42</sup>

### 10.5.— Quinta aportación

Mi quinta aportación es «Derechos de bienestar y servicio público en la tradición socialista» (2010).

El ensayo estudia con detenimiento la tradición socialista —en sentido amplio— como la familia de las corrientes doctrinales que, desde mediados del siglo XIX, han propuesto una satisfacción de las necesidades de las masas trabajadoras mediante la socialización de los medios de producción. Lejos de limitarse (como a menudo se

---

<sup>42</sup>. Un componente de mi propuesta, el enlace temporal renovable, vino introducido en una moción legislativa del Distrito Federal de México un año y medio después de mi publicación. Desconozco si la moción ha prosperado. Sé que la Iglesia mexicana la ha calificado de absurda. Absurda no es, para nada. (Otorga de hecho a los cónyuges muchos más derechos que el matrimonio sujeto al divorcio exprés o repudio unilateral sin causa y casi sin consecuencias jurídicas.) Otro problema es si tal institución sería acorde o no con la moral de dicha Iglesia —una cuestión en la cual los obispos que se aferren a posturas muy dogmáticas corren el riesgo de verse desmentidos por los nuevos aires de evolución del Vaticano en los temas societales. Eso sí, resulta probablemente muy equivocado fijar un período de compromiso contractual tan corto como un bienio.

Por otro lado, ¿no es paternalista prohibir unos votos perpetuos siempre que sean tomados con madurez, reciprocidad y debida solemnidad? Admitirlos no implica forzar a seguir perteneciendo a la comunidad conyugal a quien, habiéndolos contraído, se arrepienta; sencillamente, habría que considerar tal conducta como una violación de obligaciones contractuales, con consecuencias jurídicas.

cree equivocadamente) a las ideologías clasistas —aquellas que han apostado, como único o principal medio para ese fin, por la lucha de clases (anarco-sindicalismo y marxismo principalmente), esa tradición es mucho más amplia, abarcando doctrinas como el socialismo de cátedra, el fabianismo y el solidarismo, pero también otros socialismos decimonónicos que el marxismo tildó de utópicos y que no han tenido posteridad. No por ello merecen la despreocupación del filósofo del derecho, para quien el valor de las ideas no se mide sólo ni principalmente por su éxito o su popularidad.

La tradición socialista ha estado históricamente ligada tanto a la reivindicación de los derechos positivos o de bienestar cuanto a la potenciación de los servicios públicos y a la creación de un sector público de la economía. Tales propuestas vinieron principalmente del socialismo de cátedra alemán, el fabianismo inglés y el solidarismo francés. Plasmáronse en las economías mixtas de la II posguerra mundial y en el estado del bienestar, logros que, fuertemente quebrantados en los últimos 30 años, peligran ante la pujanza de las ideas neoliberales.

El ensayo concluye proponiendo, con vistas a asegurar el disfrute de los derechos individuales de bienestar hoy universalmente reconocidos,<sup>43</sup> una reevaluación de esa tradición socialista, principalmente en sus variantes menos conflictivas, como el republicanismos solidarista radical francés, retomando la idea de economías mixtas y planificadas, abandonada desde los años ochenta. Esa reevaluación racionalizaría y humanizaría el derecho positivo al permitir que el reconocimiento de los derechos de bienestar no quedara en papel mojado.

Frente a quienes proponen el decrecimiento o el estancamiento económicos con vistas a solventar los problemas medioambientales, el ensayo sostiene que la solución a esos problemas tiene que ser otra y que sin prosperidad económica no podrán implementarse políticas de satisfacción de los derechos de bienestar a escala planetaria (una tarea acorde con la globalización que vivimos), ya que la prosperidad colectiva es un elemento del bien común, y en definitiva el esencial, porque sólo una sociedad próspera puede practicar una redistribución de medios de bienestar que permita satisfacer las necesidades de la población, o sea los derechos positivos de todos los habitantes del territorio y sólo una sociedad próspera será capaz de ser

---

<sup>43</sup>. Que estén universalmente reconocidos no significa que lo estén en cada ordenamiento jurídico. Lo están por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual no es *jus cogens*, y por el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales de 1966 (no ratificado por los EE.UU.). Pero ni todos los Estados del mundo los han incorporado a su legislación ni siquiera todos los convenios internacionales de derechos humanos los han recogido. Así el convenio de Roma de 1950 de salvaguardia de los derechos del hombre en Europa no ha instituido ni uno solo de los derechos de bienestar. La Constitución de los Estados Unidos tampoco se ha enmendado para dar entrada aunque sólo fuera a uno de tales derechos; en USA son derechos que podrán tener un reconocimiento legislativo, pero que no poseen en absoluto rango de derechos constitucionales; allí no son derechos fundamentales. La actual Constitución Española dista de otorgarles un reconocimiento pleno y en pie de igualdad con los derechos de libertad. Peor que eso es que la conciencia pública no los ha asimilado como genuinos derechos humanos. Cuando los medios de comunicación hablan de países donde se violan los derechos humanos nunca se alude a aquellos donde se irrespetan el derecho al trabajo, a la alimentación, a una vivienda digna, a la salud, a una remuneración laboral adecuada y justa, a la movilidad, a la cultura, al esparcimiento, a la mejora del nivel de vida, a la disminución de las desigualdades sociales, etc.

también fraternal y solidaria con poblaciones extranjeras desfavorecidas.

### **10.6.— Sexta aportación**

Es mi sexta aportación el ensayo de 2012 «Derechos y deberes de nuestros hermanos inferiores», en el cual hago una contribución al debate sobre los derechos animales que (aunque ocasionalmente se deslice al terreno de la ética) quiere ser esencialmente jurídica. Mi centro de atención es la sociedad interespecífica que formamos con aquellos animales que hemos sometido a nuestra dominación, unos de ellos como cautivos y otros como domesticados.

Los animales que se ven forzados a vivir dentro de las sociedades humanas son, en cierto modo, miembros, de las mismas, lo cual acarrea deberes y derechos correlacionados entre sí. Son seres dotados de voluntad y entendimiento, aunque sea en medida inferior a la humana. Estando obligados a obedecer a sus dueños y a servirlos de conformidad con reglas razonables de dominación, tienen derecho a la protección, al bienestar, a los cuidados, a la salud, al grado de felicidad y satisfacción que sea compatible con el uso al que los destinamos; asimismo tienen derecho a la consideración y a un trato benigno, lo cual habría de traducirse en el reconocimiento de su personalidad civil.

La mejor solución para el problema de los derechos animales no es, pues, abolir su actual situación legal de bienes en propiedad (esclavos no humanos), sino la de conseguir —mediante reformas legislativas— que se beneficien de un nuevo Estatuto Jurídico del animal doméstico y cautivo, como miembros no humanos de la sociedad humana.<sup>44</sup>

Este ensayo ejemplifica y avala la denominación de «derecho natural» aplicada al conjunto de propuestas reunidas en esta Tesis Doctoral en un sentido de naturalización que no estarían dispuestos a compartir los jusnaturalistas de las corrientes a las que hoy más comúnmente se reconoce tal membrete. El ensayo naturaliza el derecho como sistema de normas de comportamiento para el bien común de una sociedad, sea ésta intraespecífica o interespecífica, humana o no. Desde ese ángulo, surge la cuestión del estatuto jurídico de los miembros no humanos de nuestra sociedad; una sociedad humana en tanto en cuanto se ha constituido por decisión de los hombres, quienes han impuesto la pertenencia a la misma, en condiciones de desigualdad, a los miembros no humanos.

El ensayo está alejado de las posturas antiespecistas, las que abogan por la igualdad de derechos de todos los seres sentientes (Peter Singer) o la abolición de la esclavitud animal (que los animales no humanos dejen de ser bienes de propiedad humana). De otro lado una propuesta jurídica de este tenor sólo es articulable con una lógica deóntica gradualista.

---

<sup>44</sup>. Mi propuesta de reconocimiento de personalidad jurídica se limita a aquellos animales no humanos que de hecho viven en la sociedad interespecífica que se ha constituido por voluntad humana. No soy el único en enunciar una propuesta así. En USA hay varios juristas con ideas muy similares, entre ellos Cass Sunstein. Sin embargo la argumentación de mi ensayo difiere en aspectos esenciales de esas otras propuestas convergentes.

También rompe los moldes del animalismo usual reconocer que los miembros no humanos de la sociedad humana no sólo tienen derechos sino también deberes. Como generalmente se discute la cuestión de los derechos animales desde la filosofía moral —y no desde el derecho— y hoy prevalecen las éticas de raigambre kantiana o similar (que rehusan la condición de sujeto moral a los seres que no puedan abrazar el imperativo categórico —aunque eso excluiría también a muchos seres humanos), ningún otro defensor de los derechos animales ha reconocido —hasta donde yo sé— que jurídicamente han de tener, no sólo derechos, sino también deberes. Sin embargo, los tienen. Sus amos se los imponen y la sociedad no sólo permite tal imposición sino que, en muchos casos, la hace obligatoria (ya desde el derecho romano clásico). Cuando incumplen esos mandamientos, se les imponen sanciones. De nuevo no suele ser la autoridad pública la que sanciona, soliendo delegar tal cometido a los dueños; pero hay casos en los que efectivamente son las fuerzas públicas de vigilancia las que imponen la sanción correspondiente, capturando o incluso dando muerte a animales que, por su desobediencia, se han hecho peligrosos.

### 10.7.— Séptima aportación

«Una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos» (2013) es la séptima aportación de esta Tesis Doctoral.

Esta aportación prueba que, sin reconocerse unas normas jurídicas vigentes, no en virtud del promulgamiento legislativo, sino por emanar de la propia esencia del Derecho, no cabe hallar ningún fundamento para los derechos humanos.

Si no se halla tal fundamento, el jurista no podrá sostener una razón válida para incorporarlos a la legislación positiva donde no lo estén. Y es que el principal problema con relación a los derechos humanos no es el de su tratamiento como derechos fundamentales en estados democrático-constitucionales, sino el de su reclamabilidad *jurídica* en países donde las autoridades rehusan extenderles un reconocimiento constitucional. Más importante tarea que la de dilucidar la racionalidad de los ordenamientos jurídico-constitucionales acogedores (al menos sobre el papel y al menos en parte) es la de hallar y exponer argumentos *jurídicos* para abogar por la racionalización de las legislaciones reacias o reticentes.

Una norma de Derecho Esencial —supralegislativo e incluso supraconstitucional— es aquella que se deduce, por una correcta regla de inferencia lógico-deóntica, de cualquier norma positiva y, por lo tanto, existe en todos los ordenamientos jurídicos, aunque no esté formulada y aunque lo ignoren o lo nieguen los legisladores y los demás operadores jurídicos.

Este artículo aborda esa cuestión por dos caminos: la génesis de la idea de derechos humanos y el análisis lógico-conceptual de los mismos.

En una faceta más polémica, el artículo se completa con un estudio de por qué no resulta fácil atribuir a dos de los principales representantes del juspositivismo del siglo XX el papel que a veces se les atribuye en la **fundamentación** de los derechos humanos.

Por último, el artículo ofrece aclaraciones sobre en qué sentido se toma la locución «derecho natural», qué es lo que hay en él de natural y cómo puede o debe interpretarse la prescripción de vivir «según la naturaleza»; aclaraciones que ya se han recogido más arriba, en esta misma introducción (aunque no exactamente en los términos del artículo).

### 10.8.— Octava aportación

Mi octava aportación es el ensayo «Razonamiento abductivo y método axiomático en la lógica deóntica» (2014).

Argumentase que, tanto en la elaboración de sistemas o cálculos lógicos, en general, cuanto, más concretamente, en la de sistemas de lógica deóntica, el método idóneo —y efectivamente seguido en la praxis investigativa— es el abductivo, no sólo heurística sino también justificativamente: se inventan axiomas o reglas de inferencia que sirven para, a partir de unas premisas dadas, obtener las consecuencias deseables, evitando las indeseables. Posteriormente se somete el sistema así elaborado al test de su aplicabilidad para el razonamiento, modificándose en tanto en cuanto se patentice la necesidad, sujetando todo el procedimiento a ciertos cánones o constreñimientos: fecundidad, elegancia y verosimilitud.

En la lógica deóntica el último canon es la utilidad para el bien común. Podemos, en efecto, inventar muchos axiomas y muchas reglas de inferencia, constituyendo con unos y otras una infinidad de sistemas de deducción normativa. La lógica deóntica estándar fue una familia de tales sistemas.<sup>45</sup> ¿Cuál sistema escoger? No basta con atender a la praxis del razonamiento jurídico, el discurso forense, principalmente la argumentación de los abogados. Eso nos da una clave, un indicio, pero nada más. Sabemos que muchos argumentos son falaces. Hay que depurar el elenco de esos argumentos —mejor dicho de los patrones argumentales correspondientes (aunque ya el paso del argumento a su patrón argumental es una operación lógica abductiva)—. Y el criterio último es el de seleccionar como válidos aquellos cuya aplicación a los debates jurídicos conduzca al bien común, o sea: sea conciliable con el canon de interpretar siempre de la manera más conforme con el ideal del bien común el *corpus* de normas —que comprende no sólo las promulgadas sino también aquellas otras que de ellas se deducen mediante la correcta aplicación de una lógica deóntica adecuada y válida—.

### 10.9.— Novena y última aportación

Mi novena aportación es el ensayo «El derecho de radicación y naturalización: Una perspectiva jusnaturalista» (2015).

En este ensayo propongo un planteamiento que se aparta de mis tres escritos

---

<sup>45</sup>. Digo una familia porque, a partir del fundacional de von Wright de 1951, se han propuesto numerosísimos otros, que, en general, no pasan de ser variantes suyas, aunque introduzcan conceptos nuevos, como un operador diádico irreducible al condicional y a la implicación, operador oscuro y de difícil y arbitraria aplicación.

precedentes sobre el problema migratorio.<sup>46</sup> En ellos había yo abogado por la libertad de circulación y de establecimiento en cualquier país extranjero, siguiendo la conocida tesis del P. Francisco de Vitoria, viendo tal derecho como de libertad puro. (Además, dos de esos tres trabajos constituían ensayos que, sin dejar de ser, ambos, *de lege ferenda*, estaban bastante ceñidos al estudio del ordenamiento jurídico: uno de ellos a la evolución del derecho de emigración e inmigración en las constituciones españolas desde la de 1869; el otro a las leyes de extranjería de años recientes.)

En este nuevo ensayo, defiendo un doble derecho de: (1) radicación permanente en el territorio que uno escoja; y (2), tras cumplir una serie de requisitos que impliquen un serio compromiso de incorporación a la población de su país de adopción, naturalizarse en el mismo con todos los derechos.

Trátase, pues, no de un mero derecho a ir y venir, ni siquiera de uno a quearse, sino de una facultad de ingresar en la ciudadanía del país elegido —eso sí, asumiendo todos los deberes y derechos inherentes a tal estatuto.

Según lo propuesto en el ensayo, el derecho a tener derecho a naturalizarse en el país que uno escoja es un inalienable derecho humano aunque no es incondicional su realización, o sea: la adquisición de un concreto derecho de naturalización en tal país.

El ensayo pasa revista a varios fundamentos aducibles a favor del derecho a tener derecho de naturalización en cualquier país extranjero: la dignidad, la libertad, el derecho a prosperar o a la felicidad, el derecho de asociación. Viendo méritos diversos en esos fundamentos, opto empero, a la postre, por otro: el derecho a la igualdad ante la ley o principio de indiferencia jurídica del nacimiento, ofreciendo una amplia argumentación para demostrar que de ahí se sigue que la radicación y naturalización de los extranjeros en nuestro territorio nunca puede depender de la concesión discrecional de las autoridades.

Por otro lado, esa propuesta abarca también un aplazamiento del disfrute de los derechos de bienestar hasta que el nuevo inmigrado haya echado raíces en el país y se haya convertido de hecho en un habitante del mismo.

Este trabajo sería imposible —en su factura actual al menos— sin el recurso a la lógica nomológica que vertebra todas las construcciones de esta Tesis Doctoral, pues a cada paso se ofrecen argumentos sustentados en los axiomas y las reglas de inferencia de dicha lógica jurídica.

El ensayo constituye un planteamiento de la articulación entre derechos de libertad y derechos de bienestar que lo coloca en conflicto con las visiones usuales. Asimismo estudia la normativa legal y jurisprudencial de algunos países (y más en

---

<sup>46</sup> El primero fue «El derecho del individuo a circular libremente y a escoger su residencia», *La Balsa de la Medusa* Nº 21, 1992, pp. 3-17. ISSN 0214-9982 (también publicado en francés: «Le droit d'émigrer», *Philosophie politique* Nº3, Paris: PUF, 1993, pp. 97-110. ISBN 2130454305). El segundo fue «El Derecho de Extranjería en los Ordenamientos Constitucionales», *Isegoría*, Nº 26, 2002, pp. 181-217. ISSN 1130-2097. El tercero y último fue «Extranjero hermano: Algunos defectos de la nueva ley de extranjería», *Arbor*, Nº 713, 2005, pp. 117-131. ISSN 0210-1963.

concreto de los Estados Unidos), mostrando cuán criticable resulta desde la concepción jus-esencialista de los derechos del hombre.

Es de señalar que en este ensayo muestro —sin recato alguno— amplias coincidencias de opinión con varios filósofos políticos norteamericanos de signo libertario (convergencia tanto más destacable cuanto que, en general, la filosofía jurídico-política del autor está alejada del libertarianismo).



**I**  
**«LA PARADOJA DE LA PROHIBICIÓN DE PROHIBIR  
Y EL SUEÑO LIBERTARIO DE 1968»**  
**por Lorenzo Peña y Gonzalo**

---

*Persona y Derecho:*  
*Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas*  
*y de Derechos Humanos*  
Nº 58, 2008, pp. 377-416  
ISSN 0211-4526



# LA PARADOJA DE LA PROHIBICIÓN DE PROHIBIR Y EL SUEÑO LIBERTARIO DE 1968

por Lorenzo Peña y Gonzalo

---

publ. en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 58, 2008, pp. 377-416. ISSN 0211-4526

---

SUMARIO: Introducción. El ansia de libertad en las luchas contestatarias de 1968. El carácter paradójico de la prohibición de prohibir. Exploración lógico-jurídica de la prohibición de prohibir. El canon de la máxima libertad. El valor de la libertad. La regla de libertad frente a las lagunas jurídicas.

---

## Resumen

El razonamiento lógico-jurídico muestra las consecuencias nefastas de un principio según el cual estaría prohibido prohibir. Tan peregrina aspiración responde a un anhelo de libertad máxima. El análisis nomológico revela que ese anhelo es irrealizable y auto-destructivo. En su lugar propongo un criterio meta-jurídico alternativo, también liberal en su inspiración, que consiste en reconocer —en el marco de una axiología pluralista y gradualista— el valor de la libertad como no subordinado a ningún otro. Ese valor se despliega en uno u otro haz de libertades según las circunstancias histórico-sociales; en ese despliegue se producen, inevitablemente, colisiones, tanto entre las diversas libertades concretas cuanto entre la libertad y otros valores no subordinados.

---

## §0.— Introducción

La explosión de descontento de 1968 tuvo como uno de sus motivos la reclamación genérica de libertad —o, más bien, un rechazo a las prohibiciones. Cuarenta años después vale la pena hacer una exploración lógico-jurídica para ver si podría existir un ordenamiento normativo en el que se introdujera una genérica prohibición de todas las prohibiciones —según rezaba literalmente una de las reivindicaciones de entonces.

Esa indagación nos conduce a comprender las razones puramente lógico-jurídicas por las cuales eso no es posible y a buscar, a partir de ahí, principios

regulativos del ordenamiento en aras de establecer el mayor margen de libertad.

Mi conclusión será bastante modesta: ni siquiera podemos aceptar —por motivos lógico-jurídicos— un canon de realización de la máxima libertad posible. En lugar de eso, lo que nos toca proponer es que el valor de la libertad no se subordine a ningún otro y que cualquier restricción a la libertad tenga que estar satisfactoriamente justificada.

La articulación de esa pauta meta-jurídica viene dada con el juego de dos reglas o principios de la lógica jurídica: la presunción de licitud de las conductas cuya prohibición no se pueda demostrar y la obligación de no perturbar ni impedir aquellas acciones ajenas que estén permitidas por el ordenamiento jurídico.

---

### §1. El ansia de libertad en las luchas contestatarias de 1968

Ocupadas las facultades universitarias parisinas por los estudiantes en mayo de 1968, proliferaron diversas fantasías que han pasado al anecdotario de la historia. Raymond Aron vio en todo ese tumulto una algarada absurda que no pasaba de ser una explosión de desahogo de una masa juvenil desorientada.

Hoy se ha desarrollado entre nuestros vecinos del norte una crítica a la *pensée 68* que proviene de las animadversiones de R. Aron.<sup>1</sup> Esa nueva línea anti-68 insiste, más que en la desorientación o el disparate del caos *soixantehuitard*, en que aquel movimiento masivo estuvo orientado, pero mal orientado, porque abrazó unos valores que lo distanciaban de los que habían sido propugnados incluso por el anticapitalismo tradicional.

Concretamente se ha señalado que, mientras ese anticapitalismo anterior a mayo de 1968 había reconocido y enaltecido los valores del trabajo, el esfuerzo —individual y colectivo—, la disciplina, y la rectitud de conducta —a tenor de unas pautas éticas—, el pensamiento 68 optó por los (pseudo)valores de la indolencia, la molicie, el relajo, la licencia, la indisciplina y el *todo vale*. Ese pensamiento 68 estaría así en la raíz de una evolución socio-política ulterior en la que, habiéndose primado el tiempo de ocio, los jóvenes y menos jóvenes se han entregado al hedonismo, han perdido el sentido de la responsabilidad y el de la solidaridad, que implica un esfuerzo y hasta un sacrificio.

Tal avalancha de críticas ha venido orquestada en Francia por la nueva presidencia de la República, a la cual ha servido de plataforma ideológica. Frente a ella se han alzado las voces de quienes, a pesar de todo, reivindican la herencia

---

<sup>1</sup>. V. Raymond Aron, *La Révolution introuvable. Réflexions sur les événements de mai*, Paris: Fayard, 1968. A ese politólogo hay que reconocerle el mérito de haberse opuesto a la *pensée 68* en el mismo momento en que ésta estaba en auge, cuando muchos nadaban a favor de la corriente, como han seguido haciéndolo en su trayectoria posterior —aunque la corriente haya cambiado. V. sobre aquel capítulo de la historia intelectual y política de nuestros vecinos del norte el artículo de Nicolas Baverez «Raymond Aron face à Mai 68: l'effort pour comprendre, la passion d'agir», *Le Figaro*, 14 de mayo 1998; y del mismo autor el libro *Raymond Aron: un moraliste au temps des idéologies*, Paris: Flammarion, 1993.

crítica y contestataria de aquel fermento que fue el movimiento de masas de 1968, sin por ello asumir todos sus múltiples avatares. Se ha alegado que, en medio de tanta dispersión de objetivos y acciones —que salían a borbotones como sin ton ni son—, el movimiento respondió a una situación previa en la que no habían recibido suficiente implementación o respeto una serie de derechos fundamentales —tanto de libertad cuanto de bienestar—; y que aquellas luchas, aun desordenadas, propiciaron cambios positivos en tres esferas:

- (1) mayor libertad —especialmente para los jóvenes— en la conducción de la vida privada, con menos regulaciones arbitrarias;
- (2) mayor justicia social, con un mejor trato a los sectores socialmente desfavorecidos;
- (3) una incipiente atención al medio ambiente en lugar de la preocupación unilateral por el crecimiento económico.<sup>2</sup>

Seguramente ambos bandos llevan razón en lo que dicen, al menos con relación a una parte de aquel movimiento difuso y abigarrado. Por otro lado, lo que he reflejado en los párrafos precedentes tendría aplicación (desde dos ópticas opuestas) al mayo francés; pero el movimiento de 1968 fue planetario; de él forman parte las fases finales de la revolución cultural china, la manifestación de los estudiantes mexicanos en la plaza de Tlatelolco, las grandes acciones estudiantiles en los campus universitarios de USA contra la guerra de Vietnam, las luchas en España, y un elevado número de acciones —generalmente juveniles— en muchos otros países, así como los movimientos de protesta en Europa oriental, particularmente la primavera de Praga.

¿Cabe hallar un denominador común de todo aquello? Tal vez hayamos de contentarnos con reconocer un cierto aire de familia, o sea: que, cualesquiera dos series de acciones subsumibles en esa gran oleada de explosiones de descontento comparten algún rasgo en común —sin que de ahí se siga que hay un rasgo que compartan todas ellas.

Aunque no sea una característica uniforme de todo aquello, hay una línea anti-autoritaria que creo que sí serviría como denominador común, no del torbellino

---

<sup>2</sup>. Aunque la preocupación ecológica no tuvo protagonismo en las luchas de 1968, ya en ellas asomaron motivos que, poco después, suscitaron la demanda de respeto al equilibrio natural —eso sí, con la ambivalencia propia del ecologismo, en cuyo fondo no falta nunca una tendencia neomaltusiana y antihumanista, un naturalismo retrógrado; no es casual que el Club de Roma, fundado precisamente el 8 de abril de 1968, lanzara al público el bombazo del Informe Meadows (Donnela & Dennis Meadows, J. Randers & W. Behrens, *Limits to Growth*, Universe Books, 1972), que sentó la base doctrinal de la cruzada anti-crecimiento económico que posteriormente ha ido a más y a más, bajo una pluralidad de revestimientos. De algún modo en esos planteamientos está subyacente la idea de que hay un derecho colectivo de la humanidad a que no se vean satisfechos los derechos humanos individuales (los de bienestar, desde luego, pero incluso algunos de libertad); o un derecho de las generaciones futuras frente a los de las generaciones actuales; todo lo cual abre nuevas aporías nomológicas en las que no puedo entrar aquí. Vale notar que algunos de los derrotados del mayo francés iniciaron —para escaparse de la «sociedad alienada» o «sociedad de consumo»— una migración al campo y a tierras remotas, presuntamente más en armonía con el mítico equilibrio natural.

en su totalidad, pero sí de bastantes de sus componentes.

Dudo que, en aquel gran torrente, el rechazo del trabajo o del esfuerzo ocupara tanto lugar como hoy pretenden los detractores. Eso no quita para que, efectivamente, el valor del trabajo (que tanto habíamos abrazado los de antes de 1968) empezara a mostrar, hacia esas fechas, sus primeros síntomas de desgaste, que luego han llevado a una exaltación de la cultura del ocio y a cifrar la calidad de vida en el tiempo libre —de todo lo cual en 1968 sólo había atisbos o amagos.<sup>3</sup>

En cambio me parece que muchas acciones de contestación subsumibles en el *movimiento de 1968* obedecieron a una protesta anti-autoritaria, a un rechazo de muchas prohibiciones, hasta ese momento aceptadas (aunque fuera a regañadientes) pero que, casi súbitamente, amplias masas decidieron desafiar. Podríamos —acudiendo a un vocablo tal vez poco amable— decir que aquella contestación involucraba un ansia de libertinaje, de una libertad sin freno.

Claro que tal caracterización posiblemente desatienda la orientación socialmente reivindicativa de muchas de aquellas luchas, enderezadas a la obtención de mejoras en el nivel de vida de las masas desfavorecidas (p.ej. el salario mínimo), toda vez que el prodigioso crecimiento económico de los tres lustros precedentes no se había traducido aún en una redistribución de la riqueza como aquella a la que aspiraba la conciencia pública. A salvo de tal reserva, pienso que es válida la caracterización que he formulado en el párrafo precedente.<sup>4</sup>

---

## §2. El carácter paradójico de la prohibición de prohibir

Nada sintetiza mejor esa orientación antiautoritaria de la contestación sesentayochesca que el célebre letrero exhibido en la École Normale Supérieure de la rue d'Ulm durante aquellas jornadas: «Défense d'interdire!», que podríamos traducir (perdiendo el hábil efecto estilístico de la dualidad de vocablos) como «¡Prohibido prohibir!» o —tal vez mejor— como «No se puede prohibir» («puede» en sentido deóntico de «es lícito»). Llamaremos a ese peculiar precepto «la regla Ulm».

El diseñador de tal letrero no pretendía arrogarse la autoridad para emitir esa prohibición. Lo que buscaba era, sencillamente, vehicular su hartazgo por la abundancia de prohibiciones (fuera tal abundancia real o imaginaria) y su rechazo a tales restricciones a la libertad de acción. En suma lanzaba un grito equivalente a «¡Basta de prohibir!».

Nos interesa analizar, desde la lógica jurídica, esa aspiración a una sociedad en la que esté vigente la prohibición generalizada de prohibir.

---

<sup>3</sup>. Hoy la desvalorización del trabajo tiende más bien a enfatizar que lo verdaderamente valioso de la vida es lo que no estriba en la actividad laboral ni se alcanza forzosamente a través de ella. Tales consideraciones —de las cuales discrepo absolutamente— quedan al margen del asunto de este artículo.

<sup>4</sup>. Insisto que no como caracterización única ni forzosamente aplicable a todo aquel variopinto cúmulo de acciones.

La regla Ulm es paradójica. Es ella misma una prohibición (un mandato de no-hacer). Asigna el signo deóntico de lo ilícito a cualquier acción que consista en prohibir y a cualquier resultado de tal acción (o sea a cualquier situación jurídica consistente en que algo esté prohibido). Por lo tanto asigna ese mismo signo a la propia promulgación de esa misma prescripción y a su resultado. Si está, en general, prohibido prohibir, esa misma prohibición de prohibir está prohibida, y así al infinito.

Una paradoja típica es la del embustero,<sup>5</sup> que afecta a la frase «Esta frase es falsa». Si esa frase es verdadera, es cierto lo que dice, a saber: que ella misma es falsa; luego, si es verdadera, es falsa. Por consiguiente, es falsa.<sup>6</sup> Pero, si es falsa, es falso lo que dice; y lo que dice es que es falsa; luego es falso que sea falsa; luego es verdadera.<sup>7</sup> Ahí estriba la paradoja.

En el orden deóntico una paradoja similar a la del embustero la tendríamos con el siguiente precepto: sea la Pragmática Sanción Nº 5, que consta de un solo artículo, a saber: «Art. 1: Es nulo y sin fuerza de obligar el art. 1 de la Pragmática Sanción Nº 5». Tanto la hipótesis de que es válido ese precepto como la de que es nulo o inválido conducen a un resultado contradictorio: si es válido, es inválido; y, si es inválido, es válido (porque consigue su efecto de producir una situación jurídica de invalidez de ese mismo precepto, o sea: su contenido queda validado por su propia nulidad).

En el caso de la prohibición de prohibir —la regla Ulm— no afrontamos tal dilema; por ello no tenemos una paradoja en sentido estricto. Podemos contemplar dos hipótesis: la de que es válida y la de que es inválida.

Si es válida, entonces cualquier prohibición es ilícita, incluyendo la prohibición de prohibir en general. Por consiguiente, si es válida, entonces será ilícita la situación jurídica que ella crea (la prohibición de cualquier prohibición). Una prohibición que entraña su propia prohibición tiene que ser inválida, porque está prohibiéndose a sí misma (aunque está prohibiendo también muchos otros actos de prohibición).

Podemos compararla a una orden emanada por una cierta autoridad que declara canceladas o anuladas todas las órdenes emanadas de esa misma autoridad: si la orden es válida, todas esas órdenes pasan a ser inválidas, incluyendo la propia orden de marras.

Por consiguiente, la prohibición de prohibir en general es inválida. Tenemos entonces que desentrañar las consecuencias lógico-jurídicas que se siguen de su invalidez. ¿Acaso de la hipótesis de invalidez se sigue la validez? ¡No! De que sea falso que, en general, esté prohibido prohibir no se sigue sino que algunas prohibiciones son lícitas. No se sigue que sea lícita, en concreto, la prohibición de

---

<sup>5</sup>. V. Jon Barwise & John Etchemendy, *The Liar. An Essay on Truth and Circularity*, Oxford U.P., 1987.

<sup>6</sup>. Porque —en virtud de la regla de Clavius— una hipótesis que implica su propia falsedad es falsa.

<sup>7</sup>. En virtud, nuevamente, de la regla de Clavius.

prohibir.

Lo que concluimos es, pues, que —en virtud del razonamiento lógico-jurídico— no puede haber ningún sistema normativo en el que esté prohibido que haya prohibiciones. Por eso no estamos ante una verdadera paradoja, o sea una aporía en la que tanto la hipótesis afirmativa como la negativa entrañan consecuencias inaceptables. Aquí sólo es la hipótesis afirmativa la que queda lógicamente refutada.

### §3. Exploración lógico-jurídica de la prohibición de prohibir

No me voy a contentar con esa sencilla demostración de invalidez de la regla Ulm, sino que voy a hacer una exploración lógico-jurídica más profunda. Vamos a imaginar que —a pesar de lo que hemos visto en el apartado precedente— la regla Ulm se incorpora a un ordenamiento jurídico. ¿Qué sucederá?

La regla Ulm declara que es ilícita cualquier ilicitud. O sea, declara que, para cualquier contenido enunciativo A, es obligatorio que A sea lícito.

¿Entraña la regla Ulm que el legislador se está comprometiendo a calificar como lícita cualquier conducta o situación? Para extraer esa conclusión hace falta acudir a la *regla de involutividad jurídica*; es una regla de inferencia lógico-jurídica según la cual lo que tiene que ser lícito es efectivamente lícito. O —lo que equivale a lo mismo por *modus tollens*—: aquello que está prohibido está lícitamente prohibido.

Podemos —para aclarar el significado de esta regla de involutividad deóntica— buscar formulaciones alternativas; p.ej. la de que está prohibida una conducta sólo si es lícito que lo esté. O bien ésta otra: lo obligatorio es lícitamente obligatorio; o, dicho de otro modo, una obligación que no debe existir no existe.

Según dicha regla, por consiguiente, cuando en un sistema normativo haya una norma que prohíba la existencia de una cierta obligación, en ese sistema normativo tal obligación no existirá.

Lamentablemente algunas de las formulaciones que acabo de brindar de la regla de involutividad deóntica son peligrosamente inexactas, porque no tienen en cuenta la posibilidad de sistemas normativos contradictorios, en los cuales una situación jurídica venga simultáneamente calificada como lícita y, a la vez, prohibida. Para tener en cuenta esa posibilidad tendríamos que proponer esta otra fórmula: en la medida en que, con relación a una situación, A, esté prohibido que A esté prohibida, en esa medida A es lícita. O, similarmente: en la medida en que una conducta sea ilícita, su ilicitud será lícita (o sea: no puede ser mayor el grado de la ilicitud de una conducta que el grado en que esa ilicitud sea, a su vez, un hecho lícito).<sup>8</sup>

<sup>8</sup>. Mucho se ha discutido sobre la admisibilidad o no de iteraciones deónticas (o sea de que haya ocurrencias de operadores deónticos cuyo alcance o *dictum* se exprese con un operador deóntico). Para Alchourrón y Bulygin la iteración sólo tiene interés jurídico cuando los operadores están indizados pero con índices diversos; de ahí infieren la regla R1: «Los operadores prescriptivos no pueden ser reiterados» (*Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de

Podría pasar desapercibido el impacto práctico de la regla de involuntividad deóntica. Voy a intentar aclararlo en los párrafos que siguen. Hay situaciones fácticas. Hay situaciones jurídicas, cada una de las cuales estriba en que una situación (fáctica o jurídica) esté afectada por un operador jurídico, que puede ser de prohibición, de licitud o de ilicitud. Puesto que una situación jurídica es una situación, el que una situación jurídica venga afectada por un operador jurídico es, a su vez, una situación jurídica.<sup>9</sup> Que una situación jurídica esté, a su vez, revestida de una calificación jurídica va asociado, evidentemente, al comportamiento promulgatorio del legislador. Cuando el legislador autoriza una situación, ésta es lícita (al menos de manera general);<sup>10</sup> mas la situación así autorizada o permitida puede ser, ella misma, una situación jurídica.

En la práctica el modo de plasmarse la obligatoriedad de una situación jurídica es sometiendo al legislador al deber de promulgar un precepto por el que se establezca esa situación jurídica. El modo de plasmarse la prohibición de una situación jurídica es, similarmente, someter al legislador a la prohibición de establecer por ley tal situación.<sup>11</sup>

De suyo la afectación de una situación jurídica por un operador deóntico de obligación, prohibición o licitud no es lo mismo que la sujeción del legislador (y de los poderes públicos en general) a la obligación, la prohibición o la autorización para crear tal situación jurídica. Mas, aunque en teoría hay diferencia, en la práctica no la hay.

Cuando un mandato constitucional —como sucede en varias enmiendas de la Constitución de los EE.UU.A— impone al legislador abstenerse de promulgar ciertas prohibiciones, ese mandato está calificando las situaciones correspondientes de lícitamente lícitas; está revistiendo tales situaciones o conductas de una calificación

---

estudios constitucionales, 1991, p. 99). Creo que esa regla es errónea. Tiene perfecto sentido que un Soberano se obligue a sí mismo a mandar algo; o que un dúo de contratantes se obliguen a obligarse a una conducta, a una contra-prestación mutua; y, desde luego, que el poder constituyente acuerde principios vinculantes incluso a la hora de fijar (posteriormente) el clausulado concreto de las obligaciones y los derechos establecidos en la Constitución que se esté redactando. Aparte de que, de manera más general, la autonomía estriba en la capacidad de dictarse imperativos a uno mismo, de promulgar preceptos o máximas de la propia conducta que uno se obliga a sí mismo a cumplir.

<sup>9</sup>. Así, el art. 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (vigente según lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000) preceptúa que, de modo general, las ejecutorias judiciales tendrán fuerza en España siempre que —entre otras condiciones— «la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España».

<sup>10</sup>. Digo que es así en general porque habrá casos en los que una conducta tenga una calificación jurídica ya establecida por el ordenamiento jurídico, diga el legislador lo que diga. Si no todo el Derecho está en la ley, no todo lo que está en la ley es Derecho.

<sup>11</sup>. Habría de extenderse tal prohibición también a los demás operadores públicos o privados capaces de crear esa situación jurídica.

jurídica de segundo orden, a saber: su ilicitud o prohibición no estará permitida.<sup>12</sup>

De que esté prohibida la prohibición de una conducta (p.ej. una práctica religiosa) ¿se sigue que tal conducta es lícita? Eso es lo que nos dice la regla de involutividad deóntica. O sea —dadas las consideraciones de los párrafos precedentes— la regla de involutividad deóntica establece que, si al legislador, y a los poderes públicos, les está vedado prohibir una conducta, entonces esa conducta está efectivamente autorizada en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la regla de involutividad deóntica ha tenido escasísima presencia en la lógica deóntica contemporánea.<sup>13</sup> Hay varias razones por las que los lógicos deónticos en general han rehuido esa regla (o su correspondiente principio; no entraré aquí en el distingo entre reglas y principios). Una razón debe ser que la regla de involutividad deóntica impone a los sistemas normativos un canon que constituye un constreñimiento axiológico o normativo, en lugar de ser una pauta puramente formal. En la visión formalista de la lógica (incluida la lógica deóntica), el trabajo lógico consiste meramente en dilucidar en las conclusiones lo que estaba ya dicho en las premisas implícitamente.

Esa visión formalista de la lógica conduce a resultados bastante insatisfactorios y, en todo caso, sólo sería defendible a la postre si uno adoptara algún sistema de lógica particularmente restrictivo —como alguna de las lógicas conexivistas o relevantistas. Discrepando radicalmente del enfoque formalista pienso que la lógica deóntica es una lógica material. La verdadera tarea del lógico deóntico es sacar a la luz unas reglas que, reconocidamente o no, estaban subyacentes a todos los sistemas normativos; unas reglas que se aplican a todos ellos porque, cuando no se puedan aplicar, lo que se tendrá enfrente no será un sistema normativo.

Es verdad que la regla de involutividad deóntica introduce un canon que no es puramente formal. Es verdad que podemos imaginar colecciones o conjuntos de situaciones normativas sin tal regla de involutividad deóntica. Lo que tenemos que preguntarnos es qué estaría pasando en tales conjuntos; si un conjunto así merecería la calificación de sistema normativo.

Y es que un sistema normativo no es cualquier conjunto de reglas de conducta, cualquier conjunto de calificaciones deónticas de sendas situaciones —calificaciones que consisten en afectarlas con los operadores de obligatoriedad,

---

<sup>12</sup>. La Enmienda 1ª de la Constitución norteamericana formula la libertad de las prácticas religiosas como una prohibición al Congreso de promulgar ley alguna que las prohíba («Congress shall make no law [...] prohibiting the free exercise» [of religion]). De modo más general, la concepción jurídico-constitucional del federalismo estadounidense mira las potestades legislativas del poder central como tasadas por la concesión explícita o implícitamente contenida en la Constitución, lo cual implica que al legislativo federal se le prohíbe prohibir una conducta cuando no esté más o menos expresamente habilitado a hacerlo. Sin embargo esas limitaciones no se aplican a los legislativos de los Estados. (Sobre la doctrina de los «implied powers», v. J. Mabry Mathews & C.A. Berdahl, *Documents and Readings in American Government*, Nueva York: Macmillan, 1947 [ed. rev.], pp. 69ss.) (V. *infra*, notas 30 y 32.)

<sup>13</sup>. Hasta donde yo sé, únicamente ha venido defendida por el autor de este artículo en el sistema de lógica jurídica presentado en «La obligación de aplicar las normas jurídicas vigentes», *Isegoría* Nº 35, 2006, pp. 221-44.

licitud o ilicitud—. Un sistema normativo es un conjunto de reglas de conducta que efectivamente sirva para regular las relaciones entre los miembros de una sociedad.<sup>14</sup> Y no cualquier amasijo o conjunto de reglas sirve para tales propósitos.

La lógica deóntica va buscando (en parte inductiva y en parte deductivamente) cuáles son los requisitos que tiene que reunir un conjunto de reglas para poder regular las relaciones sociales. Es una investigación mixta, en la que interviene la experiencia y en la que también entra en juego el trabajo conceptual. De manera general, para que hablemos de una sociedad regulada o regulable según un sistema o conjunto armónico de reglas de conducta (no forzosamente exento de contradicciones) es menester que esa sociedad sea una pluralidad de individuos dotados de entendimiento y voluntad; o, si no, por lo menos de alguna facultad cognoscitiva afín al conocimiento y de alguna facultad apetitiva afín a la voluntad.<sup>15</sup>

Naturalmente, si lo que buscamos es desentrañar la lógica deóntica de sistemas normativos susceptibles de regular las relaciones humanas, habrá que añadir consideraciones antropológicas, porque, si no, lo que se haría sería una teoría lógico-deóntica divorciada de la realidad y que vulneraría el principio de respetar *la naturaleza de la cosa (Natur der Sache)*.<sup>16</sup>

Sentadas tales consideraciones generales, volvemos al problema de saber si es válida la regla de involutividad deóntica. Creo que sí lo es porque un conjunto de reglas de conducta en el que no se aplicara dicha regla lógico-deóntica no podría funcionar en la práctica, dado que causaría una perplejidad que paralizaría las relaciones entre los miembros de la sociedad.

La inaplicabilidad de la regla de involutividad deóntica acarrearía una laguna jurídica. Sea una conducta, A. Supongamos, por hipótesis, que al legislador le está constitucionalmente vedado prohibir A, pero que, sin embargo, de ahí no se sigue, en ese presunto sistema de normas, que la conducta A esté permitida por la ley. Las personas interesadas en la realización de esa conducta A no podrían saber que la conducta es lícita (ni siquiera si tuvieran una capacidad infinita de inferencia lógico-deóntica); no podrían saber que su realización está amparada por la ley; no podrían saberlo porque —por hipótesis— no sería verdad, aunque a nadie le estuviera permitido prohibirla.

---

<sup>14</sup>. Naturalmente, voluntad no es lo mismo que libre albedrío. Para nuestro propósito es indiferente que la voluntad sea libre en el sentido de causalmente indeterminada o que no lo sea.

<sup>15</sup>. Según la mayoría de las teorías del Derecho un ordenamiento jurídico existe sólo si tiene eficacia, tomado en su conjunto, al menos en algún trozo de espacio-tiempo. Eminentes autores han introducido al respecto útiles taxonomías que sirven para aclarar los conceptos. Aquí entiendo por «sistema normativo» uno que tenga posibilidad (al menos abstracta) de llegar a ser un ordenamiento jurídico vigente y eficaz.

<sup>16</sup>. La doctrina de la naturaleza de las cosas (o de los hechos) fue desarrollada por Gustavo Radbruch, Helmut Coing y otros autores. V. E. García Máynez, *Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1974, pp. 321ss y, del mismo autor, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, 1995, pp. 345ss. V. asimismo Guido Fassó, *Historia de la filosofía del Derecho*, trad. esp., Madrid: Eudema, 1970, t. 3, pp. 271ss; J.M. Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*, t. II, Universidad Complutense de Madrid, 1997 (8ª ed.), pp. 627ss.

No siendo lícita, en ese presunto sistema, la conducta A, su realización no estará tutelada por la ley. La tutela legal estriba en otro principio de lógica deóntica, a saber: que, con respecto a cualquier conducta lícita, está prohibido a los demás impedirla. Es el principio de protección, al que también podemos dar otras denominaciones: principio de no-impedimento, principio de no-vulneración o *interdictio prohibendi*. Sólo ese principio asegura que, correlativamente a nuestros derechos, haya deberes ajenos de respeto.<sup>17</sup>

Ciertamente el principio de protección necesita matizaciones para poder afrontar algunas dificultades; la principal de ellas es que el concepto pertinente de *impedir* tiene connotaciones normativas; no es un concepto puramente naturalista o fáctico; la ley y los valores socialmente aceptados van fijando los contornos de lo que constituye un impedimento en el sentido del principio de protección.<sup>18</sup> De todos modos hay un núcleo pre-normativo de ese concepto de impedimento, que es el de ejercer una fuerza que, coercitivamente, prive al titular de un derecho, contra su voluntad, de la posibilidad efectiva de ejercerlo o satisfacerlo.<sup>19</sup>

Aclarado esto, resulta que lo que nos permite exigir el respeto ajeno es que seamos titulares de un derecho, o sea: que sea lícita una cierta conducta en la que estemos involucrados, activa o pasivamente. Para que sepamos que disfrutamos de la tutela de la ley y del amparo de la justicia contra quienes nos impidan —contra nuestra voluntad— realizar una conducta necesitamos saber que esa conducta es lícita.

Si sabemos que los poderes públicos no pueden prohibirnosla mas de ahí no podemos inferir que es lícita, entonces no nos sirve de nada ese mandato constitucional dado al legislador de no prohibirnos la conducta en cuestión. Sería un caos el

---

<sup>17</sup>. Ese principio se refleja en el art. 172 del vigente Código Penal español. A la objeción de que la vigencia de ese precepto no prueba que sea un postulado necesario de los sistemas normativos (sino que su promulgamiento emanaría de la escueta voluntad del legislador, la cual podría no haberse dado) respondo que, si bien es contingente considerar las coacciones como delito y sujetarlas a penas, la prohibición de las coacciones no lo es. No hay ordenamiento jurídico donde no exista alguna prohibición explícita o implícita de las coacciones. El concepto de violencia (constitutiva del delito de coacción) lo extiende la jurisprudencia a la fuerza en las cosas (SS 2-3-1989, 26-2 y 26-5-1992 y STS 15-4-1993). Así el corte de suministro eléctrico es, en ciertos casos, una coacción tipificada por el art. 172 CP (STS 18-10-1990); idem el corte de suministro de agua. Ciertas omisiones pueden, por consiguiente, ser impedimentos prohibidos al disfrute de la libertad ajena. (V. *infra* nota 19.)

<sup>18</sup>. He analizado más en detalle esa dificultad que afecta al principio de protección en «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín. México/Madrid: Plaza y Valdes, 2006, pp. 163-386.

<sup>19</sup>. Tal vez sea inapropiado el adverbio «coercitivamente», sugiriendo que sólo son impedimentos las acciones violentas o las amenazas de violencia. No es así. También constituyen impedimentos u obstaculizaciones claramente inaceptables algunas conductas que, sin ser, en sentido estricto, violentas, implican, no obstante, coerción —como, p.ej, las que se hagan con fuerza en las cosas, o las agresiones sensoriales (sonoras, ópticas, olfactivas). También algunas omisiones pueden considerarse, fundadamente, impedimentos inadmisibles, si bien hay que establecer una lista muy estricta de condiciones para que sea justo calificar a una omisión como un impedimento ilícito. Es la ley la que ajusta tales condiciones mas no se sigue de ahí que impedimento es lo que diga la ley, porque la ley lo que hace es perfilar el contorno jurídico de una relación originariamente naturalista decantada y refinada por la conciencia social. (V. *supra* nota 17.)

conglomerado de reglas de conducta vigentes en una sociedad así. La prohibición de prohibir tales conductas no serviría de nada ni el sistema de normas imperante ofrecería a los individuos una guía a la que atenerse en sus relaciones unos con otros.

Por lo cual la regla de involutividad deóntica es un requerimiento necesario en todo conjunto de reglas que merezca la calificación de «sistema normativo».

Si ahora combinamos la regla Ulm con la regla de involutividad deóntica, lo que obtenemos es que cualquier conducta es lícita; o sea la apódosis de Karamazof. El espíritu libertario de la regla Ulm era justamente ése.<sup>20</sup>

Lo que tendríamos en una sociedad donde estuviera vigente la regla Ulm sería que cualquier conducta sería lícita. Un estado de naturaleza como el de Hobbes: a cada uno le sería lícito todo lo que fácticamente le resultara posible.<sup>21</sup>

Podría objetarse que, como lo que ahí se tendría no sería una sociedad, sino un conglomerado de individuos dispersos no vinculados por obligaciones, no tendría por qué haber (quizá ni siquiera podría haber) sistema normativo alguno. No habiéndolo, no tendría por qué valer la regla de involutividad deóntica. De resultas de lo cual, aunque en ese agregado de individuos co-existentes (más que convivientes) cualquier prohibición estuviera prohibida, no por ello sería verdad que toda conducta sería lícita.

La objeción desconoce, sin embargo, lo que tiene nuestra argumentación de reducción al absurdo. Ponemos entre paréntesis la inviabilidad de una sociedad en la que tuviera vigencia la regla Ulm. Imaginamos que pudiera existir tal sociedad; para ser una sociedad, tendría que regirse según algún sistema de reglas de conducta, según algún ordenamiento normativo; por lo tanto, éste tendría que cumplir los constreñimientos que impone la lógica deóntica, incluyendo la validez de la regla de involutividad deóntica.

Pues bien, de tales hipótesis se sigue que esa sociedad sería, en la práctica, como el estado de naturaleza de Hobbes; sería un agregado de individuos en el que cada uno estaría autorizado a hacer lo que quisiera.

Desde luego es verdad que, de ese modo, quedarían disueltos todos los lazos de obligación y, por lo tanto, la sociedad sería imposible. El ideal libertario que se plasmaba en la regla Ulm conducía a eso: a una no-sociedad anárquica en la cual todo está permitido.

Ahora bien, hay una razón por la cual el agregado de individuos que así resultara no viviría tampoco en un estado puro de naturaleza tal como Hobbes lo imaginó. Por el principio lógico-jurídico de protección, cuando una conducta está permitida, a los demás les está vedado impedir-la. Puesto que en una (pseudo)socie-

---

<sup>20</sup>. Dudo que su impracticabilidad se les haya ocultado ni un segundo a quienes la profirieron —seguramente medio en broma, medio en serio.

<sup>21</sup>. Siempre hay que volver al gran *Leviathan*, su obra maestra, de la cual está disponible una edición de bolsillo en Pelikan Classics, precisamente de 1968.

dad anárquico-libertaria cualquier conducta sería lícita, estaría prohibida cualquier obstaculización coercitiva de un hacer ajeno. Mas una obstaculización es una conducta; y, por serlo, sería lícita. Tales obstaculizaciones estarían, pues, afectadas de ambos operadores deónticos: licitud e ilicitud. A su vez las obstaculizaciones ajenas tendentes a impedir o frustrar esas obstaculizaciones (las acciones de policía, p.ej.) estarían, por igual razón, doblemente afectadas de licitud e ilicitud. Y así sucesivamente al infinito.

Razonando por *modus tollens* tendríamos que en esa sociedad ninguna conducta sería lícita. Si una conducta fuera lícita, entonces estaría prohibido impedirla (por la regla lógico-deóntica de protección). Mas ninguna actuación consistente en impedir una conducta ajena estará prohibida (ya que suponemos la vigencia de la regla Ulm). Luego ninguna conducta será lícita.

Así desembocamos en este resultado funesto: en tal sociedad no es ya que habrá algunas contradicciones deónticas sino que sucederá algo infinitamente más grave: valdrán todas las contradicciones deónticas imaginables, porque cualesquiera comportamientos serán, a la vez, lícitos e ilícitos.<sup>22</sup>

Ante tales resultados, sin duda valdría más imaginar un estado hobbesiano de naturaleza, una no-sociedad en la cual a cada uno le sería lícito hacer lo que le diera la gana pero no tendrían vigencia los principios de la lógica deóntica; ni falta que haría: no habiendo sociedad, no habría convivencia que regular. Lo que pasa es que en tal hipótesis la noción misma de licitud carece de sentido.

Todavía hemos de acudir a otra regla de lógica deóntica para aclarar lo que significa la licitud, en el marco de un sistema de normas. Un sistema normativo es un conjunto de reglas de conducta que, además de ajustarse a los constreñimientos ya enumerados más arriba,<sup>23</sup> se ajusta también a la *regla de libertad* —o regla de permisión fuerte—, a saber: cuando no se pueda demostrar en el sistema que una conducta está prohibida, tal conducta se reputará lícita (*actio præsimitur licita*, como lo formula Leibniz). Es una regla de presunción, pero de una presunción irrefragable, de una presunción *iuris et de iure*.

¿Qué prueba su validez?<sup>24</sup> El hecho de que un conglomerado de individuos en cuyo sistema de normas o reglas de conducta no valiera esta regla estaría incapacitado para vivir armónicamente, pues habría muchas conductas cuya prohibición no se podría demostrar, pero que tampoco podrían calificarse de

---

<sup>22</sup>. En este razonamiento no he introducido la noción de grados de licitud y de ilicitud. Sin embargo, generalizando el argumento seguramente concluiríamos que en tal «sociedad» toda conducta sería, a la vez, plenamente lícita y totalmente ilícita.

<sup>23</sup>. Y a otros cuyo estudio cae fuera del ámbito del presente artículo.

<sup>24</sup>. Justificaré más en detalle esta regla en el apartado 6.

lícitas.<sup>25</sup> Sin la regla de libertad los individuos se sumen en la perplejidad; lo peor es que, al no poderse decidir si muchas conductas son lícitas o ilícitas,<sup>26</sup> esas conductas tampoco estarían tuteladas por la ley; no gozarían de los efectos de la regla de protección. De nuevo lo que tendríamos sería un caos.

Es la regla de libertad lo que confiere su verdadero sentido al operador deóntico de licitud. La regla de libertad es un principio fuerte de permisión; nos habilita a concluir que lo no prohibido está permitido; genuinamente permitido. Eso es lo que determina que el principio de permisión (así interpretado) no sea tautológico.

Donde no haya sistema normativo aplicable cualquier conducta estará no-prohibida, evidentemente. Sólo en el marco de un sistema normativo habrá conductas lícitas. La licitud —o permisión o autorización— es, pues, una calificación deóntica que sólo cobra sentido en el marco de unas relaciones sociales y como correlativa de unas obligaciones ajenas. Sin ese entramado y sin su papel socialmente regulativo lo que quedaría de la noción de licitud sería una mera ausencia de prohibición; no la ausencia de prohibición tal como se da en un sistema jurídico —o sea: como una no-prohibición que entraña permisión (en virtud de la regla de libertad)—, sino como inaplicabilidad de prohibición por ausencia —en ese estado de cosas imaginario— de reglas de conducta que rijan las relaciones entre los individuos.

En definitiva, lo que queda así probado es que una sociedad libertaria es imposible. Sería una yuxtaposición de individuos; no sería sociedad; no estaría regida por un sistema de normas o reglas de conducta.

---

#### **§4. El canon de la máxima libertad**

En el apartado precedente he demostrado la inviabilidad social de un estado de cosas en el que tenga vigencia la regla Ulm, la prohibición de toda prohibición. Ésta no implica una paradoja deóntica auto-cancelatoria, propiamente hablando, mas sí acarrea unas consecuencias lógico-jurídicas absolutamente deletéreas. Es imposible, pues, la existencia de un orden social (justo o injusto) en el que, a la vez, se tenga un sistema normativo y una prescripción como la regla Ulm.

Si la regla Ulm, en su inmodesta pretensión libertaria, no lleva a nada viable —al ser incompatible con la naturaleza misma de las relaciones sociales—, ello no tiene por qué impedir que busquemos algún sucedáneo razonable. Podríamos intentar enunciarlo así: en la medida de lo posible está prohibido prohibir. Llamemos a esta fórmula la regla Ulm restringida.

La dificultad con la regla Ulm restringida es que resulta indeterminada.

---

<sup>25</sup>. Salvo si, caso por caso, el legislador fuera dictando su licitud, lo cual es irrealizable en sociedades de seres con capacidad intelectual y volitiva finita.

<sup>26</sup>. Por hipótesis su estatuto deóntico estaría indeterminado.

Impone al legislador plasmar en sus promulgamientos la máxima libertad posible; le impone, en la máxima medida posible, abstenerse de fijar prohibiciones. Sin embargo tal máxima medida posible no existe.

Y es que hay infinitas maneras de realizar una sociedad con un amplio margen de libertades de actuación individuales; y son incompatibles entre sí.

La libertad siempre es un no estar sometido a prohibiciones ni impedimentos. En una sociedad regulada por un ordenamiento jurídico alguien está exonerado de prohibiciones si, y sólo si, también está libre de impedimentos —ya que un ordenamiento jurídico merece ese nombre sólo si incorpora una regla como el principio de protección.<sup>27</sup>

La no-sujeción a prohibiciones ni impedimentos afecta no sólo al hacer sino también al estar. Tan significativo y esencial es en la vida humana el hacer como el estar. E incluso el estar puede ser más vital todavía. El derecho a estar significa el derecho a permanecer en un estado que uno ha escogido; al paso que el derecho a hacer significa el de realizar una acción, la cual es un cambio con respecto a la situación inmediatamente anterior.

Es erróneo pensar en la libertad sólo como un derecho a hacer, no como un derecho a estar. Ese derecho a estar no implica sólo no verse forzado a actuar uno mismo modificando la situación preexistente, sino también un derecho a permanecer en la situación en la que hemos escogido estar —que, por la regla de no-impedimento, implica un derecho a que otros no nos hagan ciertas cosas.

La propiedad privada es uno de los instrumentos con los que se ha querido proteger la libertad individual. El propietario escoge estar solitario en su predio; y la ley le otorga un amparo excluyendo a los demás del derecho de entrar en ese predio sin su consentimiento. El derecho de propiedad maximiza la libertad del dueño a expensas de la libertad de los no-dueños.

No es la propiedad el único modo de asegurar a alguien el disfrute de su libertad de permanecer en un estado que ha escogido. El espectador que está sentado en una butaca contemplando el espectáculo se ve amparado en su pretensión de seguir contemplándolo (pasivamente) sin ser molestado. No necesita ser dueño de la butaca.<sup>28</sup> Evidentemente atentaría contra su libertad acosarlo o perturbar su contemplación del espectáculo.

Mas cada protección que se brinda a alguien para permanecer tranquilamente

---

<sup>27</sup>. Claro está que pueden surgir impedimentos ilícitos, transgresiones de la ley. La vigencia de la ley no garantiza su cumplimiento. Sin embargo sabemos que ese divorcio entre lo normativo y lo fáctico ha de tener un límite —como lo reconoció incluso Kelsen, para quien la ineficacia del ordenamiento conlleva su cancelación. A mi juicio el vínculo entre normas y hechos es muchísimo más fuerte de lo que creyó Kelsen; las leyes son abrogadas por desuso o inaplicación sistemática —a pesar de la opinión en contra de la doctrina mayoritaria. Una ley que es papel mojado no es ley. (Así la costumbre se venga de la expurgación doctrinal que quiso expulsarla del ordenamiento o rebajarla a un lugar infimo.) Evidentemente es ésta una idea que debemos a Joaquín Costa.

<sup>28</sup>. Ni siquiera tiene que haber pagado entrada; puede tratarse de un espectáculo gratuito.

en su situación coarta y cercena unas libertades ajenas de hacer. Para maximizar la libertad del dueño de estar solitaria y tranquilamente en su predio se prohíbe que otros puedan transitar por él, aunque tengan motivos para hacerlo. Para salvaguardar la libertad del espectador se restringe o cercena la del alborotador o bullanguero. En suma, la libertad de hacer y la libertad de estar colisionan constantemente.

Otro ejemplo de eso mismo: a quienes escogen una vida de retiro campestre les impide llevarla la autorización que se otorga a otros para expandir las áreas urbanas a esa misma zona rural o a sus alrededores, o la de trazar nuevas vías de comunicación. Para tutelar la libertad de los primeros hay que restringir la de los segundos y viceversa.

Si la libertad de estar así de los unos colisiona con la libertad de obrar así de los otros,<sup>29</sup> se producen otros conflictos en los que se enfrentan dos libertades de obrar. P.ej. en lo tocante a la libertad de expresión. Maximizando tal libertad hasta sus últimos extremos autorizaremos comportamientos de excitación a la violencia.<sup>30</sup> Tales comportamientos tienen que estar prohibidos, en virtud de otros principios de la lógica jurídica: el ya mencionado de la *interdictio prohibendi* más el de la causa ilícita, que prohíbe la realización de conductas cuyo efecto causal esté prohibido.<sup>31</sup>

Ninguna sociedad puede permitirse entender la libertad de expresión en la acepción máxima de que esté autorizado cualquier comportamiento verbal en

---

<sup>29</sup>. Más genéricamente estamos ante el conflicto entre las aspiraciones a la quietud y a la exteriorización de sentimientos, la cual suele acarrear bullicio y alboroto, sea por motivos de ideología o religión, sea por fines reivindicativos, sea por ejercicio del derecho a divertirse. Rozando un terreno colindante —en el cual ya no estamos ante un conflicto de dos libertades, sino uno entre libertad y seguridad— está la colisión entre la aspiración a vivir tranquilo y la realización ajena de actividades que ponen en peligro la vida, la integridad física o la salud, aparte de las perturbaciones efectivas que ocasionen —p.ej. las derivadas del transporte automovilístico y del aéreo. El canon de la máxima libertad no da ninguna pista para resolver ninguno de esos conflictos.

<sup>30</sup>. La libertad (irrestricada) de expresar opiniones permitiría declaraciones que causan (o pueden causar) actos de violencia, los cuales impiden a otros realizar ejercer sus derechos (p.ej. manifestar en la vía pública sus reivindicaciones, o llevar los signos distintivos de su ideología). Son dos libertades de obrar que entran, por consiguiente, en conflicto. Un juez del Consejo Privado inglés formuló paradójicamente la contradicción jurídica en que está ubicada la libertad de expresión: «Free speech does not mean free speech [...] it means freedom governed by law» (cit. por Patricia Kinder-Gest, *Manuel de droit anglais*, v. 1, París: LGDJ, 1997, 3ª ed., p. 108). En los EE.UU. ha tendido a prevalecer una lectura literal de la Enmienda 1ª en la que se establece la libertad de palabra e imprenta. (V. *supra*, nota 12 e *infra* nota 32.)

<sup>31</sup>. Este principio de la causa ilícita es el que determina que esté prohibido todo hecho que cause un resultado prohibido. Se ha objetado que tiene que enfrentarse a contraejemplos, como lo sería éste: si bien está prohibido que un ser humano sea herido por una colisión, y esa colisión está a menudo causada por una conducción automovilística, tal conducción puede ser lícita. El art. 1902 del Código Civil sólo prohíbe aquellas acciones que causen daño a otro mediando culpa o negligencia. Entre las varias respuestas razonables a esa objeción está la de pergeñar un concepto normativo de causa, que venga a refinar el concepto puramente natural o fiscalista. Personalmente prefiero otra solución; pero ese tema desborda los límites del presente artículo.

cualesquiera circunstancias.<sup>32</sup> La dificultad estriba, empero, en que no existe ninguna raya que deslinde cuáles proclaciones son susceptibles de prohibición en virtud de los mencionados principios lógico-jurídicos (más la existencia de otros derechos tutelados por la ley) y cuáles no.

Los ejemplos recién aducidos de colisión de libertades involucran decisiones y acciones en las que hay —por cada uno de los dos lados en mutuo conflicto— un solo decisor que es también el agente. Ahora bien, vivir según la propia decisión en la mayor medida posible implica determinar uno mismo su propio futuro; tal determinación estriba en decisiones que habrán de llevarse a la práctica mediante acciones. Tanto la decisión como la acción son, en unos casos, individuales, pero en muchos otros consisten en participaciones en sendas decisiones y acciones mancomunadas o colectivas. El único modo posible de que se realicen decisiones y acciones mancomunadas o colectivas es que se contraigan compromisos. La libertad individual implica, pues, libertad para concertar pactos, para comprometerse.

Comprometerse implica sujetarse a obligaciones y prohibiciones, voluntariamente asumidas, que sólo se originan cuando el ordenamiento normativo bajo el que uno vive concede fuerza a tales compromisos.<sup>33</sup>

Un ordenamiento jurídico que se ajuste al canon de maximizar la libertad se ve, así, impelido a reconocer al máximo la fuerza de obligar de los compromisos voluntariamente asumidos. Sin embargo, aquí surge un dilema:

- Si se reconoce la fuerza de obligar de los compromisos, con ello se coarta la libertad de opción de los obligados en los momentos temporales posteriores a la suscripción del compromiso o pacto.
- Si, en cambio —y para salvaguardar al máximo esa libertad en las fases ulteriores—, se restringe la fuerza de obligar de los compromisos voluntariamente asumidos, entonces —y en esa medida— se está cercenando la potestad de cada uno de decidir su futuro, porque a menudo la opción querida es la de suscribir el compromiso con todas sus consecuencias.

La fijación del margen jurídicamente admisible de libre compromiso entre los individuos conduce así a alternativas espinosas. Tolerar o establecer la máxima libertad posible —el máximo derecho de los individuos para sujetarse voluntariamente

---

<sup>32</sup>. V. de Sidney Hook *Paradoxes of Freedom*, Buffalo: Prometheus Books, 1987. Critica Hook (pp. 14ss.) la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU, la cual se deja llevar frecuentemente a interpretaciones a rajatabla («absolutistas» según lo dice Hook), al pie de la letra, de los asertos de la Enmienda 1ª a la Constitución, que establecen los derechos fundamentales reconocidos en ese ordenamiento. En la práctica ni siquiera ese tribunal lleva el literalismo a sus últimas consecuencias. Notemos que ese literalismo está enraizado en el canon hermenéutico originalista (la busca de las intenciones de los «Founding Fathers»), que tan chocante resulta en otros horizontes jurídico-culturales y que tiene mucho que ver con una visión protestante del Texto y de su autoridad fundacional. (V. *supra*. notas 12 y 30.)

<sup>33</sup>. Ese aserto merecería matizarse y tal vez someterse a ciertas condiciones; pero podemos prescindir aquí de tales complicaciones.

a compromisos— ¿implica autorizar la esclavización consentida?<sup>34</sup> Si sí se permite, es evidente que el resultado acarreará unas restricciones a la libertad futura de los promitentes (quien, habiendo perdido la apuesta, queda esclavizado ya no es libre). Si no se permite, se están marcando límites a la libertad de suscribir compromisos.

Aun en el supuesto de que se autorice, p.ej., la guerra privada, ¿se hará sin sujetarla ni a un *ius ad bellum* ni a un *ius in bello*? Llegar a ese extremo implica destrozarse la sociedad. Mas cualesquiera reglas que se tracen estarán en una zona intermedia; ninguna de tales reglas podrá jactarse de establecer en ese campo la máxima libertad posible.

Aun quedándonos alejados de situaciones tan dramáticas, hemos de ver a qué dificultades se enfrenta el canon de maximizar la libertad en el campo de las relaciones mercantiles y de las contractuales en general. Tiene que haber límites legales (si es que va a haber una sociedad con un mínimo de orden o armonía) que quiten validez a compromisos que hayamos suscrito en condiciones socialmente inadmisibles; p.ej. bajo coerción y, en ciertos casos, bajo engaño o con ignorancia, e incluso cuando una de las partes abusa de su superioridad o del estado de necesidad de la otra parte.

Permitir la estafa, la defraudación o la falsedad mercantil implicaría otorgar validez a los contratos entre particulares aunque se hayan contraído mediando fraude. Otorgar esa libertad al contratante fuerte, mañoso o maligno, implica privar al otro de la libertad de desligarse de ese contrato artero o leonino. La libertad del uno colisiona con la libertad del otro.

Toda esta discusión nos lleva al ortigal del consentimiento.<sup>35</sup> Todos admiten que —bajo ciertas condiciones y para una amplia gama de hechos— el consentimiento de los individuos afectados es jurídicamente relevante, volviendo lícitos los hechos para los que se ha otorgado. Rechazar ese aserto implicaría negar la libertad (o reducirla a aquellos hechos de los que el decisor libre pueda ser, a la vez, el ejecutante, lo cual expulsaría del ámbito de la libertad todas las acciones mancomunadas y colectivas, que forman, con mucho, la mayor parte de nuestra conducta).

Con relación a la validez del consentimiento el Derecho se mueve siempre en ese dilema: ampliar la esfera en la que el consentimiento es aceptable conduce a cercenar la libertad futura de los actualmente consentientes; estrechar demasiado tal esfera conduce a restringir su libertad presente.

---

<sup>34</sup>. En lugar de la esclavización, podemos hablar de cualesquiera otras prácticas violentas: guerra privada; tratos sádicos; apuestas mutuas que comporten para el perdedor sevicias o amputaciones; ordalías; duelos. También entran en este ámbito cuestiones biojurídicas; p.ej. la venta de órganos y el sometimiento voluntario a experimentos médico-farmacéuticos o químicos con alto riesgo de efectos nocivos. Con relación a todos esos problemas el canon de la máxima libertad nos deja perplejos, porque puede lo mismo proporcionar un argumento para legalizar tales prácticas que para prohibirlas.

<sup>35</sup>. V. de Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, «El principio de autonomía y los límites del consentimiento», *Actas del III congreso de la Sociedad Española de Filosofía Analítica* (ed. por J.J. Acero *et alii*), Granada, 2001, pp. 249-55. ISBN 84-699-6803-3.

El dilema no se refiere sólo a los compromisos (acciones presentes con consecuencias normativas futuras), sino también a acciones presentes que tengan consecuencias causales futuras; p.ej. consentir en sufrir amputaciones o en someterse a lavados de cerebro, tatuajes o cualesquiera otras acciones que dejen un efecto indeleble o irreversible. En una sociedad razonable algunas de esas acciones, si son libremente consentidas, serán lícitas; pero no todas. Maximizar la libertad presente para realizar tales acciones, mediando consentimiento, implica restringir el campo de la libre opción futura de los afectados.

Si ese dilema con relación a la validez del consentimiento surge simplemente aduciendo un solo y único valor, el de la libertad, con mayor fuerza todavía irrumpe cuando consideramos otros valores, p.ej. el bienestar. Nadie desea una sociedad tan paternalista que los individuos carezcan de la potestad para determinar, en buena medida, su futuro con sus propias decisiones individuales, mancomunadas y colectivas. Pero tampoco solemos desear una sociedad en la que esa potestad sea omnímoda.<sup>36</sup>

Igual que no nos es lícito hacerles mal a otros (salvo —en ciertos casos y dentro de ciertos límites— con su consentimiento), tampoco está claro que nos haya de ser lícito hacerle cualquier mal a nuestro propio yo futuro; porque entre el yo presente y el futuro media una distancia que se aproxima a una dualidad óptica; o, dicho de otro modo, la mismidad o identidad no es total.<sup>37</sup>

Está siempre sujeto a controversia dónde haya que trazar la línea de demarcación entre las acciones lícitas y las ilícitas de entre aquellas que pueden afectar irreversible y negativamente a nuestro yo futuro. Algunas tiene que haber. Todas no se pueden admitir.<sup>38</sup>

---

## §5. El valor de la libertad

Aun como pauta o principio de valor orientativo, carece de realizabilidad concreta el canon de la máxima libertad posible. En lugar del mismo podemos proponer un canon más modesto, a saber: que las restricciones a la libertad tienen

---

<sup>36</sup>. V. mi artículo «Anthropoid Rights and Paternalism», *Ética & Animalia*, vol 8 (1996), pp 155-177.

<sup>37</sup>. El Derecho reconoce implícitamente la relativa alteridad entre el yo presente y el futuro; lo hace (además de imponiendo ciertas obligaciones del yo presente para con el futuro, como las mencionadas más arriba) por cuatro procedimientos: (1) limitar, con módulos temporales, la validez del consentimiento; (2) establecer, en una amplia gama de supuestos, vías de arrepentimiento o desistimiento —exigiendo en otros ciertas reiteraciones o ratificaciones posteriores, a veces solemnes; (3) desautorizar o restringir actos de última voluntad irrevocables (aunque sean lícitos, en ciertos supuestos, en algunos ordenamientos); (4) prohibir contratos vitalicios (aunque esta prohibición tiene sus excepciones: el matrimonio indisoluble y los votos perpetuos en los ordenamientos que los han admitido). Los dispositivos (1), (2) y (3) tienen hoy una aplicación especialmente polémica en los asuntos de la biojurídica y el derecho sanitario.

<sup>38</sup>. Por eso no se permite a los niños y jóvenes sustraerse a la instrucción; ni se nos permite consentir en que nos inflijan mutilaciones caprichosas; ni está admitida la esclavitud voluntariamente contraída. Y así sucesivamente.

que estar: (1) tasadas; y (2) suficientemente justificadas.

Así desembocamos en algo que está hoy perfectamente asumido en nuestros ordenamientos: las decisiones legislativas han de ponderar todos los valores jurídicamente reconocidos; entre ellos siempre ha de figurar la libertad; tal ponderación ha de ser debida y oportunamente aducida por el legislador cuando establezca restricciones a la libertad.

Eso quiere decir que cualquier restricción a la libertad —a la libertad en general, a alguna libertad— tiene que estar debidamente justificada y venir entendida restrictivamente (al paso que los derechos o facultades individuales han de entenderse extensivamente). La presunción es a favor del derecho, no del deber.

¿Qué puede justificar una restricción a la libertad? Para justificar una medida legislativa, el legislador tiene que aplicar las reglas de la razón práctica: esa medida ha de venir presentada como un medio conducente a un fin valioso, a la vez que sus previsibles efectos negativos han de ser proporcionalmente menores que los beneficios que se puedan, razonablemente, esperar de su puesta en práctica. De todo ese justificativo, lo que me interesa aquí destacar es que el fin que se pretende alcanzar no puede ser cualquier objetivo que al legislador le parezca apetecible, sino uno que sea subsumible bajo uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Reducida la aspiración libertaria que se expresaba en la regla Ulm a ese núcleo razonable que es la exigencia de justificación suficiente de cualquier restricción legislativa a la libertad, creo que se disipan las dificultades. Ese reconocimiento nos da una pauta valiosa para ir desgranando una serie de libertades concretas y específicas.

En una Constitución en la que se impone al legislador la carga de justificar suficientemente cualquier restricción a la libertad, es razonable ir desglosando libertades concretas; actualmente desgranaríamos las siguientes:

- libertad de pensamiento (el derecho individual y colectivo a vivir según los dictados de la propia conciencia);<sup>39</sup>
- libertad de estar a salvo de un tratamiento jurídico lesivo excepto en los casos expresa y necesariamente previstos por la ley (principios jurídico-penales de no abuso del *ius puniendi*, presunción de inocencia, legalidad, proceso justo y *ne bis in idem*);<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup>. Está reconocida y garantizada por el art. 16.1 de la Constitución española.

<sup>40</sup>. Tales derechos vienen garantizados en varios artículos de la CE, especialmente en el 9.3. Superpónense, en parte, y en parte colisionan el valor de la libertad y el de la seguridad. Ser libre, poder hacer sólo todo lo que uno quiere, implica estar seguro, o sea a salvo de perturbaciones o agresiones, vengan éstas de nuestros conciudadanos o de los poderes públicos; es esta última faceta —la seguridad respecto de intervenciones lesivas de los poderes públicos— la que viene amparada por esta libertad. Sin embargo hay motivos para no subsumir totalmente la seguridad en la libertad ni viceversa, en tanto en cuanto uno puede llevar una vida libre mas insegura (rodeada de peligros que, por casualidad, no se realizan); a la inversa uno puede vivir en una seguridad sin libertad. Claro que las amenazas atentan contra la libertad y no sólo contra la seguridad, en tanto en cuanto coartan nuestra esfera de libre

- libre expresión pública de opiniones;<sup>41</sup>
- libre congregación ocasional o duradera (reunión y asociación) para los diversos fines lícitos de la vida —que abarcaría al *ius conubii*;<sup>42</sup>
- libre circulación y elección de domicilio;<sup>43</sup>
- libre elección vocacional.<sup>44</sup>

¿Por qué esas libertades y no otras? ¿Hay algún principio que subyace a la postulación de cada una de ellas? Mejor que postular, para cada una de tales libertades específicas, un valor tutelar propio,<sup>45</sup> es preferible concebir que una Constitución que vaya desgranando esas libertades enumeradas (y tal vez otras) lo hará porque —desde la conciencia pública de una época, desde la situación histórica en que vive una sociedad en un período determinado, incluso desde las posibilidades económicas y técnicas de la praxis de los individuos en esa sociedad— el valor de la libertad se puede plasmar y realizar reconociéndose y amparándose, en la mayor medida posible, esas libertades concretas —sin caer en la ingenuidad de creer que tal lista sea la única posible, válida forzosamente siempre y de la misma manera.

Por consiguiente, a la pregunta de por qué postulamos esas libertades en concreto y no otras respondo que la razón es que la conciencia pública del tiempo en que vivimos —tomando en cuenta las posibilidades prácticas de la vida civilizada

---

acción; y, en algún sentido, cualquier peligro es una amenaza. Pero no conviene llevar demasiado lejos una línea argumentativa que tiende a fusionar libertad y seguridad, desconociendo su dualidad y el frecuente choque entre ellas. Tal vez a nuestro Constituyente le faltó un análisis más hondo de estos conceptos: en el Preámbulo se distinguen tres objetivos o metas, que son la justicia, la libertad y la seguridad —junto con un cuarto objetivo, el bien, aunque sólo de los integrantes de la nación española—; el art. 1 señala como valores superiores de nuestro ordenamiento: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; la seguridad se ha esfumado —reapareciendo como principio en el ya citado art. 9.3, si bien limitada ahí a la seguridad jurídica. Finalmente, no se reconoce un derecho genérico a la libertad, sino (art. 17.1) un derecho a la libertad y a la seguridad. Pienso que la libertad individual, más que en ese art. 17.1, viene amparada: (1) por el art. 9.2 (a cada individuo y a cada grupo les asiste un derecho a que los poderes públicos promuevan las condiciones para que se realicen efectivamente su libertad y su igualdad; enunciación un poco retorcida, pero cuyo sentido esencial no resulta muy oscuro); y (2) por el art. 16.1 —en tanto en cuanto la libertad ideológica, o libertad de pensamiento, es la libertad individual y colectiva más importante.

<sup>41</sup>. Art. 20 de la Constitución española.

<sup>42</sup>. Arts. 16.1, 21, 22, 6, 7 y 32 CE. Nuestra carta magna no ha ofrecido, desgraciadamente, una visión sintética y unificada de esta libertad.

<sup>43</sup>. Art. 19 CE.

<sup>44</sup>. Art. 35.1 CE.

<sup>45</sup>. Notemos, sin embargo, que es perfectamente posible derivar tales libertades, no de un favorecimiento general de la libertad, sino de sendas necesidades específicas de la vida humana y, por lo tanto, en definitiva del derecho de cada hombre y mujer a una vida humana. Igual que sostengo la pluralidad axiológica, me adhiero a una pluralidad de fundamentaciones racionales de los derechos humanos. Lejos de compartir el escepticismo de Norberto Bobbio hacia tales fundamentaciones, creo que hay diversas fundamentaciones racionales, aunque ninguna sea absolutamente inobjetable.

en nuestras sociedades modernas— nos enseña esa lista de aspiraciones de vivir en libertad como aspiraciones realizables porque la experiencia histórica parece confirmar que son compatibles con la aplicación de políticas públicas encaminadas al bienestar colectivo, o bien común.<sup>46</sup>

¿Quiere eso decir que todo lo enumerado en esa lista es puramente contingente? ¿O habrá un núcleo duro de aspiraciones libertarias al que reconocemos validez (aunque sea retrospectiva o contrafáctica) para cualesquiera sociedades humanas reales o posibles? Yo no me aventuraría a atribuir esa calidad más que al derecho a no ser injustamente castigado —que es, ciertamente, un derecho de libertad. Me parece problemático, en cambio, sostener que los asediados de Numancia hubieran debido reconocer a cada individuo su libertad de expresión, su derecho de libre asociación o la libertad de circulación.<sup>47</sup>

Tampoco tiene que haber una única manera posible de jerarquizar razonablemente esas libertades o de entender la ponderabilidad de unas con otras. Existe, p.ej, un claro conflicto entre el respeto a la libertad de expresión y el que merece la presunción de inocencia; unas sociedades acuden a una ponderación; otras, a otra.

Junto con la libertad, un ordenamiento jurídico que aspire a poder funcionar armónicamente habrá de reconocer otros valores jurídicos, y más concretamente éstos cinco: solidaridad, concordia,<sup>48</sup> justicia, seguridad y bienestar. La sociedad sólo existe para la felicidad individual y colectiva, o sea para el bienestar; y ese bienestar es irrealizable sin una buena dosis de seguridad, concordia, solidaridad y, desde luego, justicia.

Las pretensiones reduccionistas de derivar los demás valores de uno solo de

---

<sup>46</sup>. Aunque en su articulación concreta tengan que venir delimitadas y circunscritas, para amortiguar las colisiones que se producen entre ellas, unas con otras, y entre ellas, por un lado, y otros valores jurídicamente reconocidos, por otro.

<sup>47</sup>. Hay que traer a colación la polémica entre una visión casuística y una visión conceptualista de los derechos. Para ésta última cada derecho viene definido por un ámbito conceptualmente acotado, por unos límites externos; mas existen acciones que, aunque entren en ese ámbito, resultan ilícitas porque su realización impide el ejercicio o disfrute de un derecho ajeno; así, hay que reconocer límites internos. Sólo están plenamente amparadas por el derecho de que se trate aquellas acciones ubicadas en el círculo interior, por dentro no sólo de los límites externos sino también de los internos. Las acciones que se encuentran entre ambas circunferencias constituyen abusos del derecho (unas en mayor medida que otras). (El Código Civil español —en su versión actual— prohíbe, en su art. 7.2, el abuso del derecho y en su art. 71, los ejercicios de un derecho propio que no sean conformes con las exigencias de la buena fe.) Para el enfoque casuístico la correcta formulación de un derecho incorporaría las condiciones que aseguren que no se incurra en tal abuso. (V. el art. «¿Cabe un abuso de los derechos positivos?», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006, pp. 387-401.) El enfoque casuístico excluye los conflictos de derechos. Podríamos echar mano de uno u otro enfoque para proponer una solución al dilema numantino diferente de la que estoy sugiriendo. Pienso que mi solución es más sincera y menos rebuscada; consiste en reconocer que, a diferencia de la libertad como valor, las libertades como derechos concretos son reclamaciones justas sólo en determinadas condiciones histórico-sociales y que van evolucionando.

<sup>48</sup>. Por «concordia» entiendo la paz, pero una paz que no estribe sólo en ausencia de guerra, sino en una convivencia apaciguada en la que los conflictos hallen vías de suavización.

ellos suelen acudir a inferencias alambicadas y poco convincentes. Sobre todo, ese reduccionismo es inútil. Quizá el ideal reduccionista se debe a una visión monista o a un sofisma (la falacia del cuantificador): el que salta de la premisa de que todos los objetivos, individuales o colectivos, se fundamentan en algún valor a la conclusión de que hay un valor en el que se fundamentan todos los objetivos individuales o colectivos.

Puede haber derivaciones correctas de unos valores a partir de otros; se puede alegar que la seguridad es un medio para la libertad, o ésta para la felicidad o la prosperidad.<sup>49</sup>

Por esa vía podemos desembocar en justificaciones circulares, pero no será eso lo que yo reproche a tales reflexiones. Lo que quiero recalcar es que, cualquiera que sea la validez o la razonabilidad de esas u otras reducciones, en general constituyen una tarea algo ingrata y tal vez innecesaria, en la medida en que podemos conformarnos con una pluralidad de valores. Sean o no mutuamente reducibles,<sup>50</sup> no pasa nada porque tengamos que habérmolas con varios valores en lugar de uno solo.

La libertad no necesita ser el valor supremo, pero tampoco la felicidad ni la seguridad ni la concordia ni siquiera la justicia. Igual que no necesitamos subordinarlo todo al amor, ni a la ciencia, ni al arte, ni al ocio, ni al trabajo, ni a la familia, ni a la Patria, ni a la humanidad, ni a las generaciones futuras. La vida humana, cada vida humana individual y colectiva, es un itinerario guiado por varios valores y que busca un equilibrio razonable y ponderado entre ellos. Uno de esos valores eternos es siempre la libertad —la posibilidad de hacer lo que queremos y de no hacer lo que no queremos.

---

## §6. La regla de libertad frente a las lagunas jurídicas

La regla de libertad —que he propuesto hacia el final del apartado 3— no ha sido (hasta donde yo sé) objeto de discusiones en la doctrina filosófico-jurídica; pero el rechazo a la misma puede colegirse de los intentos de introducir distingos para rehuir un principio conexo con esa regla (aunque en su formulación usual más inocuo y hasta tautológico), a saber el de permisión, a cuyo tenor lo que no está prohibido está permitido.

Podemos llamar «*antipermissivistas*» a los adversarios del principio de

---

<sup>49</sup>. Así resulta bastante convincente aducir que lo que vuelve valiosa la libertad es que la falta de libertad nos hace desgraciados; que el poder hace lo que queremos y poder abstenernos de hacer lo que no queremos es, *cæteris paribus*, un factor de bienestar o de dicha.

<sup>50</sup>. A salvo, naturalmente, de explorar todas las reducciones propuestas y de inventar otras nuevas, cual corresponde a nuestra sana curiosidad intelectual.

permisión, atribuyendo la calificación de «*permisivistas*» a quienes lo profesamos.<sup>51</sup>

Los antipermisivistas diferencian entre permisión débil o externa de un hecho (que es mera falta de prohibición jurídica) y la permisión fuerte o interna de ese hecho (que es la demostrabilidad en el sistema jurídico dado de la licitud del mismo).

La razón principal que aducen es que un sistema normativo es un cúmulo de enunciados que puede ser incompleto.<sup>52</sup> Dada esa incompletitud, piensan que hay que diferenciar la situación jurídica de que sea (positivamente) no-obligatorio que A de la que consiste en la mera ausencia de obligación de que A. Los antipermisivistas admiten que la autoridad puede promulgar tanto la obligatoriedad de un hecho cuanto su no-obligatoriedad. Mas aducen que de esa no-obligatoriedad promulgada —incluyendo la que se deduce, por válidas reglas lógico-jurídicas, de lo efectivamente promulgado— hay que distinguir la mera ausencia de obligatoriedad, o sea el estado de aquello cuya obligatoriedad no está explícitamente promulgada ni se deduce, por válidas reglas lógico-jurídicas, de lo explícitamente promulgado. Los antipermisivistas creen, por consiguiente, que hay lagunas jurídicas. Los permisivistas creemos que no las hay.<sup>53</sup>

Es tal vez irónico que la disputa acerca de la existencia o no de lagunas se suscitara en la segunda mitad del pasado XIX, principalmente en la filosofía del Derecho alemana, en términos que asociaban la negación de las lagunas al positivismo legalista de la jurisprudencia de conceptos; su aceptación, a las escuelas que tendían a rechazar el positivismo legalista, como la escuela del derecho libre, la jurisprudencia de intereses, etc.

El positivismo legalista tendía a rechazar cualquier fuente del Derecho que no fuera la ley explícitamente promulgada por la autoridad establecida —junto con lo que se dedujera de ella según válidas reglas lógico-jurídicas. Su visión del Derecho<sup>54</sup> era la de un sistema cerrado, completo y exento de contradicciones. La Ley, debidamente interpretada, concebida con sujeción al principio de jerarquía normativa, era un sistema en el que no quedaba vacío alguno ni se infiltraba ninguna

---

<sup>51</sup>. Los grandes apóstoles del antipermisivismo son los lógicos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, quienes han argumentado a favor de su distingo en su libro más arriba citado (v. *supra*, nota 8.)

<sup>52</sup>. Aunque este tema desborda, con mucho, el ámbito del presente artículo, hay que decir que los adeptos de ese distingo entre permisión fuerte o interna y débil o externa suelen ser a la vez partidarios de una concepción lingüística de las normas. (V. mi artículo «Imperativos, preceptos y normas», *Logos*, vol. 39 (2006), pp. 111-142.) Ahora bien, un *corpus* de enunciados (normativos o de cualquier índole) tiene necesariamente que ser incompleto si se expresa en un lenguaje suficientemente complejo, en virtud del segundo teorema de Gödel. Ya se sabe que *one man's modus ponens is another man's modus tollens*. Yo prefiero deducir de ahí que las normas no son enunciados (aunque se expresen a veces en enunciados, los preceptos), sino situaciones jurídicas.

<sup>53</sup>. Para evitar las lagunas se podría, alternativamente, profesar una regla de inferencia lógico-jurídica simétricamente inversa a la de libertad: todo hecho del que no se pueda demostrar que es lícito se presumirá prohibido. Es la regla de opresión, a la que posiblemente hayan tendido algunos régulos y déspotas.

<sup>54</sup>. Al menos en la construcción de la jurisprudencia de conceptos, vigente en el mundo germánico hasta fines del XIX.

contradicción. Hoy, en cambio, el positivismo legalista más riguroso cree en la existencia de lagunas jurídicas, acudiendo a ese distingo entre permisión fuerte y débil.<sup>55</sup>

Vale la pena recordar cómo el gran jurista alemán Ernst Zitelmann argumentó contra la existencia de lagunas.<sup>56</sup> Supongamos —dice— que haya una laguna, o sea: que, con relación a una acción, ni su licitud ni su ilicitud estén prescritas por la ley. Llévase el caso a los tribunales. En cualquier juicio civil la justicia está obligada a zanjar, no pudiendo el juez inhibirse de fallar so pretexto de carencia u oscuridad de la ley. Mas tampoco puede el juez suplantar la ley. Eso quiere decir que el juez hallará en la ley una solución; no en esta ley o en aquella, sino en el Derecho vigente tomado en su totalidad. Alternativamente, ¡imagínese que el juez no la encontrará por más que busque! Entonces el caso no puede ser uno de aquellos que el juez estaba obligado a resolver, sino que tiene que ser uno que no entre en el ámbito de aplicabilidad de la ley; tiene que ser, por lo tanto, una materia extrajurídica que no acarrea ninguna laguna en la ley.

¿Por qué no resulta satisfactorio el argumento de Zitelmann? Le faltan dos piezas lógico-jurídicas para poder ofrecer un razonamiento concluyente: la regla de libertad y el principio de protección (el que prohíbe impedir las conductas ajenas lícitas). Imaginemos un pleito en el que una parte sostiene que obraba en su derecho al realizar una acción A y la parte contraria sostiene que obraba en su derecho al intentar realizar una acción B; pero supongamos que A impide B.<sup>57</sup> Con la sola ayuda del argumento de Zitelmann resulta difícil saber si lo que hemos de concluir es que ese asunto —lo que se ventila entre las acciones hipotéticas A y B— es extrajurídico; o, si no, cómo zanjarlo.

---

<sup>55</sup>. Tal es la posición sin concesiones de Victoria Iturralde en «Consideración crítica del principio de permisión según el cual 'lo no prohibido está permitido'», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 15, 1998, pp. 187-218. Para esa autora en un estado de Derecho nada puede estar por encima de la ley; el principio de permisión introduciría un resorte por el cual se colaría en el ordenamiento jurídico una instancia supralegal: el mero no legislar prohibiendo una conducta comprometería al legislador a ampararla como jurídicamente lícita. Justamente ese compromiso es el que, a mi juicio, contrae el legislador con los legislados por el mero hecho de asumir su poder legislativo; ese compromiso sinalagmático está, efectivamente, por encima de la ley (de la ley promulgada). Una de las consecuencias de la concepción dualista de los derechos (el artificial distingo entre lo meramente no-prohibido y lo genuinamente autorizado por la ley) —cuyos campeones han sido Bulygin y Alchourrón— es el abandono de la ley de Bentham o de subalternación deóntica (v. de esos dos autores el libro citado más arriba [en la nota 8], p. 150), o sea la que dice que lo obligatorio es (*a fortiori*) lícito. Para nuestros interlocutores una acción puede ser obligatoria en un sistema sin ser en él ni fuerte ni débilmente lícita o permitida; si el sistema normativo es contradictorio, la acción obligatoria puede estar, a la vez, prohibida (careciendo así de licitud débil); y nada asegura que lo obligatorio posea licitud fuerte (que requiere una expresa autorización por el legislador). Se pregunta uno si una lógica deóntica así sirve para algo, cuando ni siquiera habilita a un justiciable a inferir de un mandato legal que tiene derecho a realizar la acción que la ley le impone imperativamente; no podremos saber si nos es lícito hacer la declaración de la renta cuando estamos legalmente obligados a hacerla.

<sup>56</sup>. En su celeberrimo discurso de toma de posesión como Rector de la Universidad de Bonn en 1903.

<sup>57</sup>. En el sentido pertinente de obstaculizar coercitivamente contra la voluntad del sujeto que intenta o intentaría realizar esa acción B.

Supongamos que, del *corpus* legislativo vigente no se sigue (no se sigue aplicando la lógica jurídica) ni la prohibición de A ni la de B, mas que tampoco hemos podido probar ni que A sea lícita ni que lo sea B. Entonces para un antipermisivista tanto A como B son no-prohibidas, mas ninguna de las dos acciones es lícita. El ordenamiento jurídico se inhibe; hay una laguna. Zitelmann lo rechaza mas no nos indica concretamente cómo zanjar.

Creo que el modo de zanjar es aplicando la regla de libertad más el principio de protección. Por la regla de libertad, si no se ha podido demostrar la prohibición de B, B habrá de presumirse una conducta lícita.<sup>58</sup> Por el principio de protección, si A impide B, siendo B lícita, A está prohibida. Luego concluimos que el juez tiene que zanjar en el sentido de que la parte que reclamaba su derecho a poder realizar B es la que lleva razón.

Podríamos oponer a ese razonamiento que, puesto que, en principio, no podíamos tampoco inferir del *corpus* legislativo la prohibición de A, la regla de libertad llevaría igualmente a su licitud. Mas hay aquí un sofisma. Para que la regla de libertad nos permita afirmar la licitud de una conducta no basta que su prohibición no se pueda inferir del *corpus* de leyes; sería así si todo el Derecho fuera la ley. Lo que necesitamos en el antecedente es que la prohibición de la conducta no se pueda deducir del conjunto de las situaciones jurídicas y no-jurídicas existentes. Y una vez que nos percatamos de que B no está prohibida, y por lo tanto es lícita, y de que A impide o impediría a B, concluimos que A sí está prohibida (aunque no haya sido declarada ilegal en ningún texto legislativo).<sup>59</sup>

En resumen, el argumento de Zitelmann es válido siempre que lo completemos con dos instrumentos de lógica jurídica adecuados. No es la ley escueta lo que nos salva de las lagunas; es el Derecho, un Derecho que contiene, junto a las normas promulgadas, otras no promulgadas, sin cuya vigencia el *corpus* de preceptos legislativos no funcionará como un verdadero sistema normativo capaz de regular la convivencia.

Conviene aclarar que la inexistencia de lagunas jurídicas no excluye, sin embargo, que pueda haber un vacío legal, que es lo que sucede cuando, por principios de equidad u otros principios jurídicos, una materia necesita un nuevo cuerpo legal que, estableciendo prohibiciones y autorizaciones claras, venga a deslindar los derechos de unos y de otros. Un vacío legal, en ese sentido, no implica

---

<sup>58</sup>. Notemos que, para poder aplicar la regla de libertad, hace falta que la prohibición de una conducta no se siga del conjunto de las situaciones jurídicas existentes, y no meramente que no se siga del *corpus* legislativo vigente.

<sup>59</sup>. Podría darse un caso más espinoso: que A y B se impidieran recíprocamente, lo cual podría desencadenar una argumentación paradójica; la hipótesis de licitud de cada una de las dos conductas implica la ilicitud de la otra; a falta de otro criterio concluimos que ambas acciones son ilícitas. Mas entonces impedir las no es ilícito (o, de serlo, lo será por otro motivo, no en virtud del principio de protección). Luego cualquiera de las dos podría ser lícita. A falta de criterio, suponemos que ambas lo son. Y vuelta a empezar. Una solución puede estribar en deshacer esa simetría entre A y B; algún rasgo de la una o de la otra puede otorgar a su realización más justificación, mejor derecho. A falta de rasgos así, lo que tendríamos no sería una laguna sino una contradicción jurídica (como se dice en inglés: un *glut*, no un *gap*).

una laguna. Puede estar jurídicamente determinado, dada una acción cualquiera, si es lícita o no, aunque esa determinación no corresponda bien a la naturaleza de las cosas en cuestión ni tenga en cuenta las particularidades específicas del asunto, porque, al redactarse la ley, no se tuvieron presentes (tal vez ni siquiera existían asuntos así entonces).

Así, se ha hablado de vacío legal con relación a medios electrónicos de comunicación y de difusión de información antes de las recientes actualizaciones legislativas sobre esas materias. El vacío se daba, porque no se habían regulado. Mas eso no significa que hubiera lagunas. Dada una acción concreta, podía determinarse si era lícita o no, mas no de manera ajustada a reglas específicamente diseñadas, sino acudiendo a otras reglas lógico-jurídicamente válidas, con lo cual la solución acaso vulneraba intereses legítimos o principios de equidad (produciendo situaciones de agravio comparativo).

La regla de libertad forma un *tandem* lógico-jurídico perfectamente adecuado con el principio de protección para conseguir un orden normativo racionalmente correcto. La regla de libertad maximiza la permisividad del ordenamiento; éste está hecho para el bien común, y el bien común implica el de los individuos que lo componen, un bien que, a su vez, abarca el bien de la libertad, la facultad de hacer lo que uno quiere y no hacer lo que no quiere. Por otro lado, el principio de protección limita el ámbito de la libertad para salvaguardar el libre ejercicio de los derechos ajenos.<sup>60</sup>

Esa panoplia de recursos lógico-jurídicos espero que pueda ofrecer un instrumento certero para conceptualizar el ideal de un ordenamiento normativo que no sacrifique el valor de la libertad sino que lo conjugue satisfactoriamente con el respeto no sólo a la libertad ajena, sino, más en general, a los derechos de los demás, como lo dice nuestra Constitución.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup>. Ése es el principio que recoge el art. 10.1 CE al establecer que uno de los fundamentos del orden político y de la paz social es el respeto a la ley y a los derechos de los demás. (La Constitución colombiana de 1991 afirma que los ciudadanos de esa República hermana tienen la obligación de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.) Nuevamente podríamos debatir hasta qué punto el carácter de conductas *ajenas* lícitas cuyo impedimento se prohíbe en virtud del principio de protección podría extenderse para considerar ajenas ciertas conductas del yo futuro. Llevarlo a su extremo conduciría a un paternalismo desbordante. Excluir totalmente esa extensión desprotegería gravemente al yo futuro, otorgando al yo presente una potestad despótica. En el término medio está seguramente la virtud —pero es un término fluctuante y difícil de precisar.

<sup>61</sup>. La redacción de este artículo es fruto de un trabajo de investigación que se inscribe en el Proyecto: «Una fundamentación de los derechos humanos desde la lógica del razonamiento jurídico» [HUM2006-03669/FISO] del Ministerio de Educación y Ciencia, 2006-2009.

II

**«LA CORRELACIÓN LÓGICO-JURÍDICA ENTRE  
DEBERES Y DERECHOS»**

**por Lorenzo Peña y Gonzalo**

*Persona y Derecho*

(Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas  
y de Derechos Humanos)

ISSN 0211-4526

nº 61 (2009), pp. 73-102

(2010)



# LA CORRELACIÓN LÓGICO-JURÍDICA ENTRE DEBERES Y DERECHOS

por **Lorenzo Peña y Gonzalo**

---

*Persona y Derecho*

(Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos)

ISSN 0211-4526, nº 61 (2009), pp. 73-102

---

## Sumario

Antecedentes. El nexa entre deberes y derechos como un vínculo lógico. La aparente asimetría de la atribución de derechos. Intentos de solución a la dificultad. Respuesta a tres dificultades. Conclusión.

---

## Contents

Antecedents. The link between duties and rights as a logical tie. The apparent assymetry of right attributions. Attempts to solve the difficulty. Reply to three difficulties. Conclusion.

---

## Resumen

Según el punto de vista usual, la licitud de un hecho es correlativa con la obligatoriedad o la prohibición de ciertos hechos ajenos. Varios autores contemporáneos han cuestionado tal correlación. Defiendo aquí la vigencia de la misma en virtud de reglas de lógica deóntica —que podemos ver también como normas de derecho natural—, sin las cuales no puede haber ordenamiento jurídico, sino a lo sumo un ilógico conglomerado de preceptos inservible para ordenar la convivencia social. La correlación se basa en las reglas de respeto a los derechos ajenos y de licitud de las conductas no prohibidas.

---

**Abstract**

Licitness is commonly held to be correlative with the obligatoriness or forbiddenness of certain facts by other agents. A number of modern authors have challenged such a correlation. I support its validity on the ground of deontic-logic rules — which can also be regarded as natural-law norms — without which no proper legal order is possible at all, but at most an illogic conglomeration of mandates unable to regulate the social living-together. The correlation is founded on the two rules of standing by other people's rights and the licitness of any non-prohibited behaviour.

---

**Key-words**

duties, obligatoriness, prohibition, logical connection, deontic subalternation, licitness, permission rule, active behaviour, omission, legal order, non-violation rule, deontic logic, natural law, correlation, entitlement, weak rights, strong rights, legal gaps, legal positivism, Kelsen, common good, hindrance, logical formalization.

---

**Palabras clave**

deberes, obligatoriedad, prohibición, vínculo lógico, subalternación deóntica, licitud, regla de permisión, conducta activa, omisión, ordenamiento jurídico, regla de no-vulneración, lógica deóntica, derecho natural, correlatividad, titularidad, derechos débiles, derechos fuertes, lagunas jurídicas, positivismo jurídico, Kelsen, bien común, impedimento, formalización lógica.

---

## §1.— Antecedentes

Desde siempre se han reconocido vínculos lógicos entre las afirmaciones de derechos y las de deberes. En cualquier escrito jurídico, desde los tiempos de Hamurabí por lo menos,<sup>1</sup> está claro que se articulan diferentes relaciones entre lo que jurídicamente se permite y lo que jurídicamente se impone como obligatorio o se veda como prohibido. Esas relaciones se conciben —explícita o implícitamente— como vínculos lógicos, de suerte que, al permitir ciertas cosas, se están prohibiendo otras y viceversa, sin que quepa un ámbito jurídico en el cual no se siga lo uno de lo otro.<sup>2</sup>

¿Cuáles son esos vínculos? Son tres.

El primero de ellos es la regla que hoy suele llamarse «de Bentham», o de subalternación deóntica, o sea que lo obligatorio es lícito; y que, por lo tanto, lo ilícito —en la medida en que lo es— no es obligatorio.<sup>3</sup>

El segundo vínculo es el expresado en la regla de permisión, a saber: que lo que no está prohibido es lícito. Con otras palabras: una conducta, activa u omisiva, de la que no es obligatorio abstenerse es una conducta permitida por el ordenamiento jurídico.<sup>4</sup>

El tercer y último vínculo —que, siendo más difícil de precisar, da lugar a

---

<sup>1</sup>. Uno de los muchos derechos que reconoce el Código de Hamurabí es el derecho a la firmeza de la cosa juzgada, que prescribe el artículo 5 (edición de Federico Lara Peinado, Madrid: Tecnos, 1997, p. 7): castigando al juez que cambie su decisión tras haber dictado sentencia sellada, se está tutelando el derecho de los justiciables a la firmeza de la resolución judicial. Otras disposiciones del Código amparan los derechos a la propiedad, a la honra, a la vida conyugal y al divorcio, a recobrar los créditos, a la herencia, al cumplimiento de los contratos, al salario. Más ampliamente en el epílogo se reconoce un derecho del pueblo a la felicidad, correlativa al deber del rey de procurarla. Hasta a los esclavos se les reconocen algunos derechos (aunque pocos).

<sup>2</sup>. «Because rights and duties are correlative, a theory of justice that emphasises rights [...] equally emphasises duties. To assert the rights of some is implicitly to assert the duty of others to effect those rights»: Michael W. Jackson, *Matters of Justice*, Londres: Croom Helm, 1986, p. 114. (El autor distingue, empero, siguiendo a J.O. Urmson, entre deberes y obligaciones, uno de tantos distingos artificialmente acuñados del que podemos prescindir aquí.)

<sup>3</sup>. Ese vínculo es una norma de derecho natural, en el siguiente sentido: aunque el legislador omite declararlo, en cualquier sistema normativo en el que se establezca la obligatoriedad de una conducta u omisión queda establecida también la licitud de esa conducta u omisión. El efecto de tal implicación puede conseguirse con la promulgación de una regla explícita que así lo preceptúe (p.ej. «Todos tienen derecho a realizar lo que manda la ley»). Mas, en ausencia de tal promulgamiento, la regla tiene vigencia por sí misma, al venir exigida por la naturaleza misma de las relaciones jurídicas. Sin ella no hay sistema normativo, sino un conglomerado inservible para regular la convivencia social.

<sup>4</sup>. Según lo he argumentado en otros trabajos (p.ej. «La paradoja de la prohibición de prohibir y el sueño libertario de 1968», *Persona y Derecho*, Nº 58, pp. 377-416, 2008; «Imperativos, preceptos y normas», *Logos*, vol. 39, pp. 111-142, 2006) la ausencia de prohibición implica autorización o licitud en virtud de la vigencia de una ley acaso impromulgada, *actio praesumitur licita* —en palabras de Leibniz en su opúsculo juvenil *Elementa Juris Naturalis*; v. *Los elementos del derecho natural*, ed. T. Guillén, Tecnos, 1991, p. 94: «El acto se presupone como indebido»; el propio Bentham —poco proclive al jusnaturalismo— también abrazó la vigencia de esa regla o meta-regla jurídica sin necesidad de que el legislador la tuviera que edictar.

mayores complicaciones— es que lo que les es lícito a unos acarrea ciertas obligaciones y prohibiciones *para otros* y viceversa. Tal es —en una enunciación provisional— la regla de no-vulneración (sobre la que volveré en el apartado siguiente). Esa regla fue siempre recogida por los estudiosos del derecho, jurisconsultos, legisladores, tratadistas, e incluso, frecuentemente, sobreentendida como un nexo obvio que no requeriría ni siquiera mención expresa.<sup>5</sup> Gracias a la lógica deóntica, podemos hoy reconocer su naturaleza, que es la de una norma jurídico-natural.<sup>6</sup>

Por otro lado en un sector de la literatura filosófico-jurídica del siglo XX se ha planteado y rebatido la existencia de tal vínculo,<sup>7</sup> sosteniéndose que hay conductas (negativamente) lícitas que no acarrear deberes ajenos, a la vez que diversos autores afirman la existencia de deberes sin derechos correlativos.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup>. V. el Anejo I de mi ensayo «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por L. Peña y T. Ausín, México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006, pp. 163-386.

<sup>6</sup>. Reconocer la regla de no vulneración como una norma implica que —en virtud de la misma y de principios básicos de una lógica deóntica correcta— cualquier derecho de X a hacer o recibir algo (o sea la licitud del estado de cosas de que X lo haga o reciba) implica un deber ajeno de no estorbarlo. Eso no significa que el legislador haya formulado expresamente una regla prohibitiva en tal sentido ni que haya tenido que abrir forzosamente un cauce procesal adecuado para reclamar el cese de la perturbación. Andrés Ollero lo señala con razón citando a Kelsen (*Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid: CEC, 1989, p. 130). En tal sentido sería consecuente con el positivismo legalista de quienes cuestionan la regla de no-vulneración abrazar la concepción de Eduardo García de Enterría, quien ha desarrollado con especial vigor y contundencia su teoría procesalista del derecho subjetivo, que se ha plasmado p.ej. en una opinión casi unánimemente recibida en la actual doctrina constitucionalista española: la de que, hasta que no se habilitaron cauces de acción procesal para impugnar normas o actos contrarios a la Constitución, ésta fue programática y no normativa. (V. P.ej. E. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, v. I, Civitas, 1986, pp. 98ss.)

<sup>7</sup>. El antecedente de la discusión —y en buena medida su punto de partida— lo constituye en un ensayo del jurista norteamericano Wesley N. Hohfeld —publicado por primera vez un año después de la muerte de su autor, en 1919— «Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning»; se ha reeditado muchas veces posteriormente (p.ej. Ed. Aldershot, 2001). El principal distinguo de Hohfeld es el que opone los derechos a los meros privilegios. Un derecho no sería meramente la licitud de algo o la no-obligación de la negación de ese algo, sino que sería el correlativo de un deber ajeno. Para Hohfeld lo que es mera negación de obligación de no-A es el privilegio de hacer A. La abundante evidencia léxica que ofrece nos da una pauta de por qué camino ha llegado a ese punto de vista: en una buena parte de la tradición jurídica anglosajona se ha solido usar «privilegio» como exención o exoneración y, por ende, como una mera negación de una obligación que —de no concederse tal privilegio— pesaría sobre el sujeto en cuestión. De ahí concluye nuestro autor que el privilegio no implica ningún deber ajeno de dar ni de hacer nada, sino que meramente implica el no-derecho ajeno a reclamar que demos o hagamos aquello que, por privilegio, podemos no dar o no hacer. Vide Nikolai Lazarev, «Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights», *Murdoch University Electronic Journal of Law*, 2005. Tales distinguos han influido no poco en la elaboración de algunas lógicas deónticas, como las de la escuela Alchourrón-Bulygin. Una discusión del famoso rectángulo de Hohfeld la ofrece Robert Alexy en *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: CEC, 1997, pp. 202ss.

<sup>8</sup>. Absténgome de discutir en este artículo los meandros de las disputas que se hallan en los escritos de los autores analíticos anglosajones sobre la cuestión de la correlatividad entre deberes y derechos, no sólo porque enfrascarnos en ese cuento de nunca acabar exigiría un espacio del que aquí carezco, sino, sobre todo, porque seguramente esos detalles interesan al lector menos que el fondo del asunto. Frente a la tradición que venía de Bentham —quien se

A ese debate le ha servido tal vez de acicate el amplio uso de la palabra «derecho» en la legislación y en la teoría jurídica del siglo XX, especialmente por el reconocimiento constitucional de derechos positivos o de prestación, del derecho a algo (a algo así o asá, como puede ser derecho a una vivienda, a un sustento, a un puesto de trabajo).<sup>9</sup> La dilucidación de esos y otros derechos subjetivos ha llevado a deslindar: de un lado, aquellos deberes que surgen por la necesidad de respetar derechos ajenos (sean derechos de libertad o de bienestar);<sup>10</sup> del otro lado, aquellos deberes en los cuales es delicado —o hasta resulta imposible o inverosímil— atribuir una titularidad de derechos correlativa a los deberes en cuestión.

Aunque ese modo de plantear el problema es muy reciente, los historiadores del Derecho han señalado precedentes interesantes de tales controversias en el siglo XIV en torno a la pobreza franciscana.<sup>11</sup> Y en relación con eso se ha insistido a veces en que hay dos nociones de «derecho»: una, mera licitud; mientras que la otra, más fuerte, estribaría en una facultad o un cúmulo de facultades que atribuiría a un sujeto jurídico un ordenamiento normativo a fin de hacer cumplir a otros ciertos deberes o, a falta de eso, a fin de obtener una reparación.<sup>12</sup> Cuando se profundiza

---

atenía a la afirmación común de tal correlatividad— y frente al reduccionismo de Kelsen (para el cual se podría prescindir del concepto de derecho), podemos mencionar algunos jalones en el debate: David Lyons, «The Correlativity of Rights and Duties», *Noûs* 4/1 (1970), pp. 45-55; Marcus G. Singer, «The Basis of Rights and Duties», *Philosophical Studies* 23 (1972), pp. 48-57; David Braybrooke, «The Firm but Untidy Correlativity of Rights and Obligations», *Canadian Journal of Philosophy* 1 (1972), pp. 351-63; Jack Donnelly, «How are Rights and Duties Correlative?», *Journal of Value Inquiry* 16 (1982), pp. 287-294; James Fieser, «The Correlativity of Duties and Rights», *International Journal of Applied Philosophy*, vol. 7 (1992), pp. 1-8.

<sup>9</sup>. V. Lorenzo Peña, «Derecho a Algo: Los derechos positivos como participaciones en el bien común», *Doxa*, Nº 30, 2007, pp. 293-317.

<sup>10</sup>. La diferencia entre derechos de libertad y derechos de bienestar es crucial, porque los unos tienen implicaciones lógico-jurídicas diferentes de las de los otros. V. L. Peña & T. Ausín, «Libertad de vivir», *Isegoría*, Nº 27, pp. 131-149.

<sup>11</sup>. La controversia acerca del presunto origen tardo-medieval de los derechos subjetivos fue suscitada por Michel Villey —y ha sido profundizada recientemente por Luca Parisoli. V. del primero «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 97ss.

<sup>12</sup>. La fantasía de algunos juristas lleva a multiplicar los distinguos, violando las reglas de economía conceptual, las cuales exigen que, para introducir un distinguo, sea preciso: (1) que con él se consigan aclarar ciertas relaciones jurídicas; (2) que no puedan alcanzarse tales aclaraciones sin ese distinguo; (3) que el distinguo sea independientemente probable o verosímil; (4) que no sea más oscuro o enigmático que lo que se pretende aclarar con él; (5) que sea factible una formalización lógico-axiomática de un sistema jurídico en el que se haya introducido el distinguo de marras; (6) que su introducción no produzca incomunicación de las diversas culturas jurídicas ni intraducibilidad lingüística. Tales cánones vienen transgredidos por muchos distinguos artificialmente inventados; p.ej. el distinguo entre derechos y facultades: un derecho sería un título subjetivo en el cual se enraizaría un haz de facultades; otro distinguo opondría derecho y potestad, toda vez que ésta no se ejercería en interés del titular, sino de un beneficiario. Esas y otras rebuscadas distinciones se fundan generalmente en un heteróclito conglomerado de consideraciones esencialmente estilísticas o pragmático-comunicacionales (como la de saber en qué contextos emplearíamos un vocablo u otro). Permítaseme insistir en la dificultad de la traducción. Si se entiende que tales distinguos delimitan conceptos jurídicamente fundamentales, esperaríamos saber su traducción al latín, al griego, al hindi, al malgache, al quechua y al chino; y viceversa. Cuanto más frondosa sea la jungla, más difícil y problemático será pasar de un idioma al otro. Si se trata, al revés, de conceptos idiosincrásicos de nuestra particular cultura jurídica, ¿cuál es ésta? ¿Hasta dónde

en el asunto se ve que no sólo ese distingo resulta escasamente convincente, sino que de poco o nada serviría para solucionar los problemas que suscitan dudas con respecto a la correlación lógica entre deberes y derechos.

¿Hay dos géneros de derechos o licitudes —uno débil y uno fuerte? Fracasa todo intento de establecer un distingo así; o, por lo menos, resulta un distingo oscuro, problemático y erizado de dificultades rehditorias.

Aun imaginando que tuviera sentido y fuera razonable el distingo, sería inadmisibile que pudiera darse una licitud, por débil que fuera, sin acarrear ninguna obligación ajena de no-obstaculización.<sup>13</sup> Tal vez sería una obligación en menor grado, pero no nula; de ser nula, entonces el ordenamiento jurídico no ordenaría una convivencia pacífica, sino que consentiría que, en su seno, las desavenencias se resolvieran por la fuerza —situándonos así en algo parecido al estado de naturaleza de Hobbes y Spinoza.

Así pues, el problema no consiste en delimitar unos derechos fuertes, con deberes correlativos ajenos, de otros derechos débiles sin tales deberes; eso —por una razón puramente lógico-jurídica— no puede jamás darse en ningún ordenamiento normativo digno de ese nombre. El problema consiste en determinar, en cada caso, quiénes son sujetos de qué derechos y si hay alguna diferencia (y, de haberla, cuál) entre estar involucrado en un estado de cosas como titular del derecho a llevarlo a cabo y estar involucrado en él sin esa titularidad.

Por otro lado, los autores que alegan esa dicotomía entre derechos fuertes y débiles suelen ligarla a un rechazo de la regla de permisión, la que afirma que es lícito cuanto no esté prohibido. Para un número de filósofos del Derecho de nuestro tiempo eso no es así.<sup>14</sup> Piensan que hay conductas no prohibidas que, sin embargo,

---

se extiende en el espacio y en el tiempo? ¿Cuánto trasciende las fronteras lingüísticas? Y ¿cuánto interés para la filosofía nomológica tienen unos distingos propios del manierismo jurídico de un rincón del Planeta en un corto trecho de la historia?

<sup>13</sup>. Sobre la relación intrínseca (aunque no expresamente caracterizada como lógica) entre derechos subjetivos y deberes jurídicos, v. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel, 4ª ed., 1991, pp. 195ss.

<sup>14</sup>. Esos filósofos con los que aquí discuto presuponen que la ley es expresión de la voluntad del legislador (para los rousseauianos es la voluntad general). En cambio, desde el enfoque profesado en este artículo lo que crea una situación jurídica —la obligatoriedad o licitud de una conducta— no es la declaración de voluntad del legislador, sino una declaración de conocimiento, la de que entiende que la obligatoriedad o licitud de la conducta en cuestión es conducente al bien común y por eso la promulga. Siendo la ley una ordenación de la razón enderezada al bien común y promulgada por aquel que tiene a su cuidado la comunidad, y siendo toda ordenación una afección deóntica de contenidos o estados de cosas —que puede ser de licitud (derecho) o de obligatoriedad (deber)—, surge el problema de si las diversas ordenaciones son inconexas o no. Si hay conexiones lógicas, entonces el legislador no es ilimitadamente libre (aparte de que, tratándose, como se trata, de ordenaciones de la razón y no de la voluntad, su margen es ya escaso). Porque algunas ordenaciones implicarán lógicamente otras, quiéralo el legislador o no. Los positivistas radicales de nuestro tiempo desean abolir toda lógica deóntica, viendo en la lógica un freno a la omnipotencia voluntarística del legislador —igual que Descartes quiso emancipar la omnipotencia de la voluntad del Creador de cualquier sujeción a las leyes de la lógica, al paso que Leibniz sometió la voluntad creadora a la luz del

no pueden —en virtud de esa mera no prohibición— reputarse lícitas según el ordenamiento jurídico. Evidentemente lo que así están diciendo es que hay lagunas jurídicas: situaciones tales que ni la acción puede realizarse ajustada al Derecho vigente ni la omisión es obligatoria en virtud de ese Derecho. Esos impugnadores de la regla de permisión tienden a considerar que las conductas no-prohibidas mas no por ello lícitas no constituyen derechos fuertes, o sea: no entrañan para otros la prohibición de obstaculizarlas o impedir las.<sup>15</sup>

Quienes, profesando la regla de permisión, pensamos que el ordenamiento jurídico no puede tener lagunas podemos basarnos en varios fundamentos. Uno es el subyacente al enfoque aquí propuesto, para el cual la regla de permisión es una norma jurídico-natural —vigente tanto si el legislador la ha edictado como si no.<sup>16</sup> Sin embargo, también un amplio sector de la escuela positivista admitió en el pasado la regla de permisión (aunque sus adeptos pudieran verse en dificultades para justificarla). Así Kelsen —como epígono de una amplia tradición cuyo principal exponente fue Zitelmann— rechazaba la existencia de lagunas; por lo cual sostenía que cuanto no haya sido legalmente prohibido (directa o indirectamente) es legalmente lícito, contrariamente a la tesis hoy en boga en el positivismo jurídico radical, para el cual el legislador, al abstenerse de prohibir una conducta, no por ello está autorizándola ni está comprometiéndose a reputarla lícita ni nada por el estilo.

El nuevo positivismo radical sospecha,<sup>17</sup> con razón, un resto de jusnaturalismo en el reconocimiento de una ley no promulgada que establezca la validez jurídica de la regla de permisión. Para ese enfoque radical, hay situaciones jurídicamente indeterminadas, o sea estados de cosas, A, tales que ni es lícito que A

---

intelecto.

<sup>15</sup>. Sin embargo las dos posturas iconoclastas son lógicamente independientes: la que cree en la existencia de conductas no prohibidas no lícitas y la que cree que hay derechos débiles no amparados por la regla de no vulneración. No es lógicamente imposible separar un problema del otro. Lo normal, empero, es que quienes —siguiendo a Leibniz— abrazamos la regla de permisión también profesemos la regla de no vulneración como amparo o escudo de todas las conductas no prohibidas. Entre quienes concuerdan en eso con nuestro punto de vista podemos citar a Ronald Dworkin, quien —al ofrecer reiterados argumentos a favor de la tesis de que en cualquier controversia judicial hay una respuesta correcta y sólo una (aunque se abstenga a menudo de comprometerse con tal conclusión en términos plenamente resueltos)— está claramente sosteniendo una tesis de la integridad del ordenamiento. (V. Ronald Dworkin, «Is There Really no Right Answer in Hard Cases?», cp. 5 de *A Matter of Principle*, Oxford: Clarendon, 1985, esp. p. 143.) Sobre Dworkin, v. «No Right Answer» en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, ed. por Marshall Cohen, Londres: Duckworth, 1984, pp. 173-81). Para este crítico, la situación de los jueces al zanjar una controversia es en parte similar a la del escritor a la hora de decidir cómo terminar una novela.

<sup>16</sup>. La regla de permisión es una norma de derecho natural, no en el sentido de que refleje una naturaleza especial humana, sino en el de que viene imperativamente exigida por la naturaleza misma de la convivencia social, no ya entre seres humanos, sino entre cualesquiera seres dotados de entendimiento y voluntad; o, quizá más generalmente, entre seres dotados de apetencia y conocimiento. Es un requerimiento de paz civil y de confianza sin el cual el individuo no puede tener expectativas fundadas. Es más: tal regla no se aplica sólo, en el caso humano, a los miembros de la sociedad en sentido propio, sino también a esa sociedad ampliada que formamos con los animales domesticados que conviven con nosotros.

<sup>17</sup>. Refinado por el instrumental lógico-deóntico proporcionado por los sistemas de la escuela de Alchourrón y Bulygin.

ni es ilícito que A. Evidentemente tales estados de cosas meramente no-prohibidos no tienen fuerza legal para venir amparados por la regla de no-vulneración. Desde ese punto de vista, la correlación entre deberes y derechos, en casos así, estriba en que una conducta, sin estar prohibida, no entraña ninguna obligación ajena ni de acción ni de omisión. Sería un sistema en el cual la autoridad se inhibe, dejando a los particulares la opción de forcejear por salirse con la suya. Así, si en un ordenamiento no se ha reconocido expresamente el derecho ambulatorio, nada prohíbe a uno impedir circular a otro (salvo que tal conducta esté tipificada por la ley como transgresión). Ese planteamiento no niega que haya buenas razones para demandar a las autoridades una intervención legislativa en tales casos; mientras no se produzca, estaremos en un *Wild West* jurídico.

Por el contrario, desde el punto de vista aquí defendido, la mera ausencia de una prohibición implica (por una regla jurídicamente válida, aunque no haya sido edictada) la licitud de la conducta. En silencio de la ley, la conducta A, la de salir alguien de su casa y andar por la calle, y la conducta B, la de un vecino que se lo impida por la fuerza (bloqueando su puerta con una barra de hierro, p.ej.), son candidatos a acciones lícitas. Mas, por la regla de no impedimento, si A es lícita, B es ilícita. Para determinar (en silencio de la ley) cuál de las dos conductas, A o B, es la lícita y cuál no, es menester acudir al sistema de valores que inspiran al ordenamiento y al fin que éste persigue: el bien común. Queda como ejercicio para el lector probar que en cualquier ordenamiento así la acción lícita es A, no B.

---

## §2.— El nexo entre deberes y derechos como un vínculo lógico

La correlación entre deberes y derechos viene dada por las tres reglas de subalternación, permisión y no-vulneración. Me voy a centrar ahora en ésta última, a la cual podemos también denominar «*interdictio prohibendi*». Su naturaleza puede suscitar dificultades pero su validez o verdad se ha solido reconocer, implícita cuando no explícitamente. Es la regla de respeto (o regla de no impedimento), que impone obligatoriamente no perturbar el disfrute de derechos ajenos. Podemos formularla como una norma jurídica (promulgada o no) que prohíbe estorbar el ejercicio de conductas lícitas de los demás. De donde se sigue que, cuando alguien tiene derecho a efectuar tal acción o tal omisión, los demás quedan obligados a no impedirselo, a no colocar estorbos que hagan imposible esa acción o esa omisión. Igualmente, cuando se trata de un derecho de prestación, a los demás les está prohibido privar de su disfrute al titular de ese derecho; pero varía la privación así prohibida (y aquí radica una fuente de dificultad), porque en unos casos lo prohibido es una acción y en otros casos es una omisión.

Antes de afrontar de lleno la dificultad, bástenos de momento percatarnos de que —independientemente de esas complicaciones— la hebra central del vínculo, medianamente clara, viene unánimemente aceptada en la práctica, no habiendo

sistema normativo alguno que la haya rechazado.<sup>18</sup>

Cuando un ordenamiento normativo permite tales acciones, prohíbe los actos de otros que impedirían el ejercicio de esas acciones permitidas. Y es que un ordenamiento normativo no es una norma aislada; siempre tiene una vocación reguladora de un sistema de relaciones sociales; y esa regulación ha de delimitar, de un modo u otro, lo que se autoriza a cada miembro de la sociedad de lo que no se le autoriza, de suerte que a todos se prohíba forzar a uno a hacer lo que el ordenamiento no le obliga a hacer, o a no hacer lo que el ordenamiento le autoriza a no hacer.<sup>19</sup>

En efecto, las normas de un sistema normativo —humano o no humano— tienen un sentido práctico, que es el de regir y posibilitar la convivencia de una pluralidad de individuos dotados de voluntad, marcando fronteras entre lo que pueden y no pueden hacer («poder» en sentido de licitud). Ese sentido práctico se arruinaría si, por un lado, se permitiera una conducta mas, a la vez, se permitiera a otros impedirlo. Un sistema normativo es siempre una regulación establecida por una autoridad, la cual tiene una doble misión de dirección y de protección.

La validez de esa regla sólo contadísimos autores contemporáneos la han cuestionado —y eso con argumentos endebles. Mas de su casi unánime aceptación no se sigue una claridad acerca de la naturaleza de la regla.

¿Qué vínculo es ése que conlleva una prohibición de cuanto impida a otro hacer lo que le es lícito hacer (o dejar de hacer lo que le es lícito no hacer)? Caben varias hipótesis: (1<sup>a</sup>) sería una conexión de necesidad real; (2<sup>a</sup>) sería un nexo semántico que regularía cómo hemos de usar las palabras; (3<sup>a</sup>) sería una meta-regla jurídica que establecería cómo han de ser los sistemas normativos en virtud de una normatividad de orden superior, a la cual habrían de ajustarse; (4<sup>a</sup>) sería una regla jurídica universalmente válida; (5<sup>a</sup>) sería un nexo de consecuencia lógico-jurídica.

---

<sup>18</sup>. A este respecto hay que señalar que en la tradición de la *common law* en la que opera Hohfeld, cuando se otorga un privilegio a alguien —exonerándolo de una prohibición—, se le concede adyacentemente el derecho a que nadie pueda impedirle ejercitar ese privilegio. Jamás en la *common law* ha habido una concesión de privilegio acompañada por una no-prohibición de conductas ajenas que fueren al titular del privilegio a abstenerse de disfrutar de él. Será de un tipo u otro la represión de tales conductas ajenas obstaculizadoras; se llevará a cabo en virtud de unos u otros fundamentos jurídicos; mas alguna tiene que haber o, de lo contrario, la concesión del privilegio sería una burla legal que ningún legislador ha consentido ni tiene potestad para consentir, porque vulneraría una regla fundamental de derecho natural.

<sup>19</sup>. Esa regla de no vulneración es una norma del ordenamiento que no requiere promulgación para tener vigencia. Tiene validez en virtud de la naturaleza misma de las cosas, por una exigencia imperativa de la convivencia social (o *lex naturalis*). En nuestro derecho positivo tiene una plasmación en el art. 172 del Código Penal: «El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiere, justo o injusto, será castigado ...». Se ha objetado que las reglas del CP son contingentes, pues penden de la decisión del legislador. Aparte de que creo que el acto legislativo es esencialmente intelectual y no volitivo, lo más importante aquí es que, con plasmación en el CP o no, en esos términos o en otros, una regla así la exige la convivencia social, que no puede subsistir ni un momento (no ya perdurar decenios o siglos) si no se le reconoce vigencia, explícita o implícitamente.

1.— No se trata de un vínculo de necesidad lógica o metafísica porque es perfectamente posible, lógica o metafísicamente, que a uno le sea lícito efectuar tal acto y que otro haga algo que se lo impida.

2.— No se trata tampoco de una necesidad semántica:

— En primer lugar, de tratarse de un nexo meramente lingüístico, habría de ser más bien uno de índole pragmática; se trataría de atenerse a una regla sobre el uso de las palabras que nos vendría dada por constreñimientos comunicacionales. Mas en ese caso hay que plantearse por qué tiene vigencia esa regla, si no es porque la exige la naturaleza misma de las cosas reguladas.

— En segundo lugar —y de no tratarse de una regla pragmático-comunicacional— ¿qué forzosidad lingüística existe en lo referente al uso de los vocablos normativos que sea una invariante semántica igualmente aplicable al chino, al quechua, al polaco y al español?

3.— No se trata tampoco —aunque sería más verosímil— de una regla metajurídica, una norma que regula normas. De serlo, sería una norma válida en un sistema que rigiera el conjunto de sistemas normativos, o una regla de orden superior aplicable a la actividad promulgatoria de las autoridades investidas del poder de legislar.

Ahora bien, un acto ilícito no deja de ser acto por estar prohibido. ¿Qué sucede si una autoridad legislativa, conculcando la regla metajurídica de la *interdictio prohibendi*, permite a unos realizar ciertos actos y a otros impedirlos? Si con eso sólo se está conculcando una regla metajurídica, lo único que pasa es que será metajurídicamente rechazable esa actividad legislativa, ya sea la de explícitamente permitir tales impedimentos, ya sea incluso la de no prohibirlos.

Mas no por ser metajurídicamente rechazable dejará de darse, si es que se da. Y más bien lo que la regla que indagamos busca aclarar es que no se da ningún ordenamiento normativo en el cual no estén prohibidos los impedimentos de acciones permitidas.

4.— La cuarta hipótesis es que se trata de un imperativo incorporado a cualquier sistema de normas, una prohibición general de que haya una situación lícita pero tal que no esté prohibido impedirlo. Se trataría de un precepto cuya vigencia no dependiera de haber sido promulgado o no, emanando esa validez o vigencia de la naturaleza misma de las cosas.

No sólo no tengo nada que objetar a esta hipótesis, sino que la juzgo correcta. Ahora bien, una vez admitido un sistema correcto de lógica jurídica, de ese imperativo de la *interdictio prohibendi* —entendida como una regla jurídica universal con el mencionado contenido— se va a seguir, en todo caso, la corrección de la hipótesis 5<sup>a</sup> —que examinaré en seguida—, a saber: que el nexo es uno de consecuencia lógico-jurídica que habilita a inferir la prohibición de B de las dos premisas de que B impide —o impediría— A y de que A es una conducta lícita.

Y es que un sistema correcto de lógica jurídica ha de incluir el principio del

*modus ponens* deóntico, a cuyo tenor, cuando está prohibido A-y-B, realizándose (lícita o ilícitamente) A, está prohibido B.<sup>20</sup>

De ahí que esta cuarta hipótesis no sea una alternativa a la quinta, que paso ahora a considerar.

5.— Descartadas las 3 primeras alternativas, asoma una solución —ya vislumbrada— que parece razonable: y es que se trata de una regla de lógica jurídica.<sup>21</sup>

Un ordenamiento normativo es siempre un cúmulo de reglas o preceptos algunos de los cuales han sido dictados por la autoridad encargada de regir una sociedad y el resto de los cuales son las consecuencias lógico-jurídicas de los efectivamente dictados.<sup>22</sup>

Una de esas reglas de lógica jurídica es precisamente la de no vulneración de derechos ajenos. Si hasta recientemente se había ignorado su carácter lógico es porque se tendía a ver la lógica como un acervo de reglas de inferencia que involucrarían esencialmente sólo unas pocas palabras llamadas «constantes lógicas», como el cuantificador, la disyunción, la conyunción y la negación. Desde luego esa concepción pobre de la lógica entra en crisis cuando también se reconocen otras constantes lógicas, como los operadores modales, temporales, doxásticos, deónticos o cualesquiera otros. No hay ninguna razón clara por la cual no haya una lógica de la causalidad, p.ej. Nadie sabe en verdad qué límites tiene la lógica.

No habiendo ningún límite claro de hasta dónde alcanza la lógica, no hay razón de principio para sostener que una lógica jurídica correcta no puede incluir principios como la *interdictio prohibendi* por el mero hecho de que en éstos estén involucradas nociones cuyo perfil lógico es oscuro (p.ej. la relación de impedimento). La lógica ha de ser clara, pero puede involucrar conceptos oscuros, siempre que no sea oscuro lo que ella dice al respecto.

Siendo un nexo lógico-jurídico el que determina que en todo ordenamiento

---

<sup>20</sup>. Una formulación rigurosa del principio requeriría distinguir una afirmación débil de una afirmación fuerte (y similarmente para las negaciones); realizar a medias una situación co-prohibida con otra no acarrea la licitud de ésta última. El *modus ponens* deóntico es uno de los rasgos característicos de la lógica jurídica propuesta por el autor de este artículo en un número de trabajos. V. en particular: «La obligación de aplicar las normas jurídicas vigentes», *Isegoría*, nº 35 (2006), pp. 221-44; «Quantificational Entitlements and Relevantoid Deontic Logic», *Logique et Analyse*, Nº 150-151-152 (1995) pp. 209-238; «Paraconsistent Deontic Logic with Enforceable Rights», *Frontiers of Paraconsistent Logic* ed. por D. Batens, Ch. Mortensen, G. Priest & J.-P. van Bendegem, Balford (Inglaterra): Research Studies Press, 2000, pp. 29-47. (Los dos últimos coautorados con T. Ausín.)

<sup>21</sup>. No parece haber ningún procedimiento *a priori* para determinar qué verdades universales valen en una lógica jurídica correcta. El método a seguir es uno semi-inductivo de equilibrio reflexivo, averiguando primero cómo se razona jurídicamente para ir luego —mediante una reflexión ponderada— depurando, paulatina y sucesivamente, la cosecha así alcanzada.

<sup>22</sup>. Notemos que el modo de dictarse puede ser variado, incluyendo la promulgación consuetudinaria por la masa de los miembros de esa sociedad, siempre que concurra la *opinio juris seu necessitatis*.

están prohibidos los actos que impidan a otros hacer aquello que ese mismo ordenamiento no les prohíbe hacer, es fácil dilucidar, en una primera aproximación, la correlación lógico-jurídica de deberes y derechos: si A es un estado de cosas no prohibido, consistiendo A en que X efectúe tal acción (u omisión), y si el estado de cosas B impediría A —o sea frustraría el intento de X de llevar a cabo esa acción (u omisión)—, entonces B está prohibido.

(Si admitimos grados de prohibición cabe preguntarse si el grado de ilicitud de B está en función del de licitud de A o del grado en que B impide o impediría a A; deajo de lado ahora esos problemas.)

La correlación entre deber y derecho es así un vínculo lógico-jurídico que estriba en una aplicación de la regla *interdictio prohibendi*. Mas hay que preguntarse si también al revés, cuando un ordenamiento coloca una acción bajo su protección, prohibiendo impedirla, está otorgando un derecho a efectuar tal acción. Trátase de la regla conversa de la *interdictio prohibendi*.

Aunque eso puede parecer artificioso, no lo es. En el derecho histórico una de las maneras más corrientes de otorgar un derecho era prohibir a los demás impedir ciertos actos o forzar a alguien a efectuar ciertos actos que no quería; entre los destinatarios de la prohibición estaba la propia autoridad que la promulgaba, la cual se obligaba a sí misma por una promesa.

Eso nos hace ver que también la regla conversa de la *interdictio prohibendi* es una regla de lógica jurídica, si bien es una regla mucho más difícil de expresar en notación simbólica que la *interdictio prohibendi*, porque su enunciación requiere un cuantificador universal con un campo de variación (conductas impeditivas) cuya articulación formal resulta ardua.

---

### §3.— La aparente asimetría de la atribución de derechos

Esa correlación entre deberes y derechos choca con una dificultad mayor. Aunque no siempre se ha apuntado a esta dificultad como el meollo de los reparos que se han ido esgrimiendo en decenios recientes contra la tesis de la correlación entre deberes y derechos, muchos de esos reparos pueden, tal vez, retrotraerse a esta dificultad que paso a analizar.

Se trata de lo siguiente. En la concepción recién propuesta, lo que es lícito o ilícito es un estado de cosas, e.d. una situación del mundo, algo que sucede o puede suceder;<sup>23</sup> en la medida en que suceda, e.d. en la medida en que exista tal

---

<sup>23</sup>. El análisis que propongo es el más tradicional en lógica deóntica (a pesar de los titubeos de von Wright desde el inicio de su empresa, de los intentos de pasar al metalenguaje —entendiendo los operadores deónticos como predicados de oraciones o fórmulas— así como del enfoque expresivista de Alchourrón y Bulygin): una situación jurídica es la afección por un operador deóntico (de licitud o de ilicitud) de una situación fáctica (que también puede ser jurídica si admitimos iteración de operadores, como he sostenido que debemos hacer en «La obligación de aplicar las normas jurídicas vigentes», más arriba citado). Derechos y deberes son situaciones jurídicas; la lógica de las normas investiga las relaciones de implicación entre situaciones jurídicas. No es, desde luego, la única posibilidad,

estado de cosas, podremos decir que es un hecho.<sup>24</sup>

Ahora bien, un hecho o estado de cosas es un trozo del mundo (de este mundo o de otros mundos posibles) en el cual pueden participar o estar involucrados varios entes, individuos, o colectivos, sea como agentes sea como pacientes o de cualquier otro modo. Un hecho o estado de cosas es algo que se expresa con una oración (sustantivada o no). Varias oraciones pueden expresar o designar un mismo estado de cosas.

Así, tomemos el estado de cosas consistente en que Manlio done Villa Jucunda a Claudia. Decimos que ese estado de cosas, esa donación, es algo lícito, que es ajustado a derecho, si no la prohíbe el ordenamiento jurídico.<sup>25</sup>

Aparentemente tal donación puede enunciarse en nuestro idioma con varias frases con diferentes sujetos gramaticales: «Manlio da Villa Jucunda a Claudia», «Claudia recibe [en donación] Villa Jucunda de Manlio», «Villa Jucunda es donada por Manlio a Claudia», «Tiene lugar la donación de Villa Jucunda por Manlio a Claudia». Los sujetos gramaticales son: «Manlio», «Claudia», «Villa Jucunda», «la donación», que denotan, respectivamente, al agente, al beneficiario, al objeto de la donación y a la donación misma (o sea al propio estado de cosas globalmente tomado).

Por la regla de no vulneración (o *interdictio prohibendi*) está prohibido impedir esa donación, siendo ésta lícita. Le está prohibido a Quintilio obrar de manera que imposibilite la donación (incendiando la villa, destruyendo las actas registrales, quitando las lindes, encerrando a Manlio o a Claudia, adueñándose de la propiedad en cuestión, o de cualquier otro modo).

De la licitud de la donación no parecería tener que seguirse, por la regla de no vulneración, prohibición alguna ni para Claudia ni para Manlio ni para la villa ni para la donación en sí. Sabemos que Manlio puede (en sentido deóntico) dar la villa

---

pero cualquier otra es más complicada. (Podríamos, p.ej., entender los operadores deónticos como *de re*, y no *de dicto*. Así, un operador deóntico, el de deber, uniría a un sujeto con una acción. Ese enfoque posibilitaría hacer distinciones que nos están vedados con nuestro tratamiento. Sin embargo es dudoso qué sistema de lógica deóntica se podría articular para dar solidez y credibilidad a tal propuesta. Es de temer que —al margen de lo cuesta arriba de una tarea, en el mejor de los casos, ingrata— el resultado no sería esclarecedor ni orientativo para la praxis del razonamiento jurídico, perdiéndose la elegancia y la pertinencia práctica que posee una lógica como la judicial expuesta en el mencionado artículo.)

<sup>24</sup>. Eso no quita para que hablemos de hechos posibles, estados de cosas que en nuestro mundo no son hechos; podemos decir, y decimos, que el hecho incriminado no se produjo, e.d. que no fue un hecho.

<sup>25</sup>. No estoy diciendo que sea lícito sólo lo que no prohíbe la ley, o sea la ley positiva promulgada por el legislador de ese ordenamiento. Lo que sostengo es que cada ordenamiento incorpora unas reglas de derecho natural (o sea unas normas que se siguen, por lógica jurídica, de cualquier premisa deóntica). No sólo eso. Además, el cúmulo de normas de un ordenamiento jurídico tiene otras fuentes adicionales, como los principios generales del derecho y la costumbre vinculante. Claro que pueden producirse conflictos, antinomias, entre esas fuentes, igual que entre preceptos de una misma fuente. En un mismo ordenamiento un acto puede ser lícito e ilícito a la vez. La realidad normativa es contradictoria.

a Claudia; que Claudia puede recibirla; que la villa puede ser dada por Manlio a Claudia; que la donación puede hacerse.

Cuando formulamos la donación tomando como sujeto a Manlio no parece haber problema: a Manlio le es lícito donar la villa y consiguientemente cualquier conducta impeditiva ajena viene prohibida. Sin embargo, ¿formulemos ahora la donación tomando como sujeto a la donataria! A ésta le es lícito recibir V.J. de manos de Manlio (o, con otras palabras, tiene derecho a la donación); luego estará prohibido impedir esa recepción. Ahora bien, algo que impediría tal recepción sería que Manlio decidiera no hacer la donación. Así, Manlio pasa —por esa maniobra reformulativa— de tener derecho a hacer la donación a estar obligado a hacerla.

#### §4.— Intentos de solución a la dificultad

Pueden buscarse varias soluciones a esa dificultad, recién considerada, de la asimetría de la atribución de derechos —o sea: de que un estado de cosas lícito parece poder formularse de un cierto modo como un derecho de alguien y, en cambio, no de otros modos, aunque la diferencia sea aparentemente sólo verbal, e.d. aunque se trate sólo de maneras diversas de decir lo mismo.

**1ª solución:** un derecho no es una mera licitud. Que a Claudia le sea lícito recibir la donación no significa que tenga derecho a la misma; ni, por lo tanto, puede exigir nada. El derecho sería algo más fuerte que la licitud, y sólo el derecho acarrearía la prohibición de los impedimentos ajenos.

Que es una mala solución lo prueban cuatro consideraciones.

- En primer lugar, la *interdictio prohibendi* es una regla lógico-jurídica aplicable a todos los actos lícitos y no sólo a una subclase especial de actos lícitos cuya licitud fuera de una índole particular y merecedora de la denominación de «derecho». Haya o no tal subclase privilegiada, por su propia vocación reguladora de una convivencia social cualquier ordenamiento prohíbe implícitamente lo que impida una conducta lícita. Queremos —en efecto— que sea lícita la recepción de Claudia de V.J. de manos de Manlio y que sea lícita la entrega de esa Villa de Manlio a Claudia, sin que por ello le esté prohibido a Claudia rehusarla ni le esté prohibido a Manlio abstenerse de perfeccionar la donación.
- En segundo lugar, de darse ese distingo entre derecho y mera licitud ha de consistir en algo, no meramente en la aplicabilidad de una palabra, «derecho». Ha de haber unas consecuencias jurídicas asignables al derecho que no sean asignables a la mera licitud, y ello en virtud de alguna regla lógico-jurídica. Como la diferencia no puede ser la de aplicabilidad de la regla de no vulneración, tiene que ser otra. A falta de que se nos diga cuál, no hay razón alguna para que creamos en el distingo.
- En tercer lugar, inventar ese distingo plantea problemas insolubles de traducción de códigos normativos en los que no juegue ninguna dicotomía terminológica

así. Cualquier sistema normativo ha de tener una noción de prohibición, una noción de obligatoriedad, una noción de permiso, mas puede no expresarse en un lenguaje cuya riqueza léxica incluya un vocablo para las licitudes privilegiadas. El «puede» normativo o deóntico unas veces lo tendríamos que traducir de un modo, otras de otro; todo lo cual es un enredo, un cúmulo de perplejidades gratuitas y estériles.

- En cuarto lugar, tampoco vale alegar que se trata de nociones únicamente aplicables a nuestros sistemas jurídicos modernos, porque las nociones jurídicas han de ser las mismas y no pueden variar por cambios de paradigma cultural. Criticamos el código de Hamurabí o el *Code Noir*, pero los entendemos y podemos argumentar, con lógica, qué consecuencias jurídicas se siguen de los preceptos que contienen.

**2ª solución:** No habiendo diferencia semántica entre «Claudio puede donar V.J. a Claudia», «Claudia puede recibir V.J. de Manlio», «la donación de V.J. de Manlio a Claudia puede hacerse», etc, habrá que determinar qué prohibiciones se siguen, en virtud de la regla de no-vulneración, calibrando la licitud del estado de cosas como un todo. Lo prohibido por la regla será cualquier hecho por el cual venga a impedir la donación alguien ajeno y externo a la misma; no que alguno de los sujetos partícipes en ella se abstenga de tal participación —dejando así al estado de cosas en el limbo de los puros posibles. Impedir un hecho es intervenir para frustrarlo o imposibilitarlo desde fuera, estando al margen de ese hecho y sin tener en el mismo arte ni parte. Formular la licitud en términos de derechos es una opción meramente terminológica cuya pertinencia comunicacional depende de factores contextuales. Entre esos factores estará la naturaleza de cada individuo o colectivo involucrado en el hecho, su existencia actual o no, y cualesquiera otros que lleven a ponerlo de relieve (a focalizar el hecho en él). Esa variación de modos de hablar no afectaría para nada al contenido normativo del ordenamiento; mas sí al discurso forense y jurisprudencial. En unas épocas se atribuirán derechos (o deberes) a unos seres, humanos o no humanos; en otras épocas, a otros. Para comprender las convergencias y las divergencias entre sendos ordenamientos hay que atender, no al modo de decirlo, sino a los respectivos catálogos de hechos preceptuados como lícitos o ilícitos por uno u otro ordenamiento.<sup>26</sup>

Aunque esta segunda solución tiene cierta verosimilitud, no creo que sea correcta. La aquejan tres inconvenientes.

En primer lugar, usar o no en estos casos la palabra «derecho» no parece cambiar nada en cuanto al fondo del problema. En efecto: por la regla de no

---

<sup>26</sup>. Esta segunda solución estribaría, pues, en decir que lo lícito, lo ajustado a derecho, es la donación de V.J. por Manlio a Claudia. Formular tal licitud del estado de cosas —la donación— en términos de lo que (en sentido deóntico) puede hacer Manlio (donar) o lo que puede hacer Claudia (recibir la donación) sería meramente acudir a una u otra paráfrasis, recomendable o no en virtud de constreñimientos pragmático-comunicacionales. Ninguna paráfrasis puede encerrar consecuencias lógico-jurídicas diversas de las de otra paráfrasis. En ciertas culturas, algunas de tales paráfrasis serán descartadas; mas eso no tiene transcendencia alguna para las consecuencias lógico-jurídicas. Lo único que contaría, lógico-jurídicamente, es el catálogo de hechos lícitos e ilícitos que se establezca.

vulneración, está prohibida cualquier conducta ajena que impida la realización de una acción lícita. Mas es lícito que Claudia reciba la villa. Luego estará prohibida cualquier conducta que le impida a Claudia obtener esa donación. Cualquier conducta es cualquier conducta; por lo tanto también una conducta omisiva de Manlio. El razonamiento (falaz sin duda) se efectúa así sin necesidad de introducir la palabra «derecho». Luego de poco servicio puede ser, para solucionar esta dificultad, recomendarnos no usar dicha palabra más que en función de parámetros de pertinencia comunicacional.

En segundo lugar, para que esta solución empiece a tener algún viso de verosimilitud es menester que se determine el ámbito de los transgresores de un aplicación concreta de la regla de no vulneración sólo en función de si son ajenos o extraños al hecho lícito; porque la solución estriba en decir que quienes pueden violar el derecho de Claudia son sólo sujetos diversos de los entes involucrados en la donación, que son el donante, lo donado y la donataria. En la sociedad romana lo donado podía ser un esclavo. ¿No alcanzaría a éste la prohibición de realizar conductas impeditivas de la donación? Por otro lado, hay hechos lícitos para un receptor (derechos suyos) que implican una obligación del donante. En el ejemplo que venimos barajando, Manlio no está obligado a donar V.J. a Claudia; mas cambiemos el supuesto: imaginemos que V.J. es un legado que ha dejado en su caudal relicto el difunto Servio, quien en su testamento manda a su heredero, Manlio, entregar esa quinta a Claudia. En tal caso, le es lícito a Claudia recibir V.J. de manos de Manlio y a éste le es, por consiguiente, obligatorio no impedir tal recepción absteniéndose de hacer la entrega. Sin embargo, Manlio no es más ajeno al hecho de la transmisión en este caso que en el que habíamos imaginado anteriormente.

En tercer lugar, deslindar a los entes involucrados en un hecho de los ajenos al mismo puede resultar a menudo muy problemático y cuestionable, especialmente con respecto a hechos complejos, como los condicionales, conyuntivos, comparativos, cuantificacionales, etc. En muchos casos es discutible si introducimos a ciertos entes de manera esencial o redundante en la descripción de un hecho; de que sea lo uno o lo otro dependerá que sean entes ajenos o no.

Por todo lo cual es mejor prescindir de esa relación de ajenuidad o exterioridad para considerar sólo los hechos impeditivos como un todo, sin entrar a analizar su composición interna. Entonces la solución adecuada tiene que consistir en determinar qué hecho puede entrar en conflicto con el hecho lícito, cualesquiera que sean los sujetos involucrados en el uno y en el otro.

**3ª solución:** hay que acudir a una reformulación que revele que el contenido lícito u obligatorio es condicional. En rigor lo que es lícito es, que, si Manlio quiere, haga esa donación a Claudia. No es lícito que, sin querer Manlio, se efectúe la donación (porque p.ej. se lo hipnotice para pronunciar las palabras rituales de donación que marque la ley o para estampar su firma con ese efecto jurídico). Es, en cambio, más problemático que la donación sea establecida en general como lícita por el ordenamiento jurídico, a menos que se sobreentienda la cláusula condicional «queriendo el donante»; condición obvia, que no suele necesitar explicitarse, salvo

justamente cuando hay que hilar fino para determinar las consecuencias lógico-jurídicas. Manlio puede donar la casa si quiere. Lo que le es lícito es, queriendo donarla, donarla. No es lícito que Manlio done la villa sin querer hacerlo (por la fuerza, o de cualquier manera involuntaria que quepa imaginar). Por lo cual tal vez no sea adecuado (salvo en un contexto en el que se sobreentienda esa voluntariedad) decir que es lícito que Manlio done la villa. El ordenamiento jurídico no prescribe tal donación como lícita o permitida más que cuando haya voluntad de Manlio de efectuarla (con o sin aceptación del beneficiario). No es que Manlio tenga derecho a donar pero Claudia no tenga derecho a que Manlio le done; ni nada por el estilo. Claudia tiene el mismo derecho que Manlio, a saber: el derecho a que, de quererlo Manlio, se lleve a cabo la donación.<sup>27</sup> El contenido del derecho es el mismo, y se expresa más adecuadamente mediante un enunciado condicional.

Esa solución es no sólo verosímil sino también correcta en muchos casos —incluido el que nos ocupa aquí—, mas no serviría para todos. Supongamos que Domingo y Cecilia contraen matrimonio y que les es aplicable el Código Civil español. El art. 67 los obliga entonces a respetarse, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia que forman y el 68 a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Resumamos esos deberes diciendo que tienen la obligación de amarse.<sup>28</sup> Supongamos que Cecilia cumple; o sea, que ama a Domingo. Éste está, en tal supuesto de hecho, obligado a amar a Cecilia y ésta tiene derecho a ser amada por Domingo. Que Domingo ame a Cecilia es un hecho obligatorio. Mas podemos pensar que el que Cecilia sea amada por Domingo es meramente lícito (un simple derecho, ya que Cecilia no tiene obligación de que la ame Domingo; si éste no lo hace, Cecilia no incumple ningún deber).<sup>29</sup>

**4ª solución:** sostener que el estado de cosas consistente en que Manlio done V.J. a Claudia es un estado diferente del de que Claudia reciba V.J. de Manlio.

¿Es una buena solución? Voy a presentar cuatro objeciones y contestar a las mismas.

*1ª objeción:* queremos que, aunque sean dos estados de cosas diversos, ambos sean lícitos, ilícitos u obligatorios si uno lo es; y, mientras que queremos que a Quintilio le esté prohibido, en consecuencia lógico-jurídica (por la regla de no vulneración), impedir o estorbar la donación, no queremos que se siga que a Claudia le esté prohibido rehusarla ni a Manlio efectuarla (presuponemos que es un acto lícito

<sup>27</sup>. Y a que ésta se perfeccione o surta el efecto de una transmisión de propiedad si también quiere Claudia.

<sup>28</sup>. Siendo el amor un sentimiento, podemos sospechar que escapa a lo preceptuado en la ley. Sin embargo no es del todo así. El Derecho es ciego para los sentimientos que no se traducen en conductas, mas no para los que sí tienen consecuencias causales prácticas. (Este tema está siendo actualmente investigado por Daniel González Lagier.) En todo caso, para nuestros efectos, entendemos «amarse» como «comportarse como si se amaran».

<sup>29</sup>. Los cónyuges tienen, el uno para el otro, un deber de medios, no de resultado. Cada uno está obligado a amar al otro mientras sea correspondido. Mas uno de ellos no está obligado a ser amado por el otro. En cambio, el sastre que ha prometido el traje para el lunes está obligado a ser puntualmente obedecido por sus empleados para que se efectúe la entrega en el plazo señalado.

no obligatorio).

Contesto que, efectivamente, que Manlio done la casa es lícito si lo es que Claudia la reciba de sus manos; y viceversa; en cambio, que para Manlio la donación sea obligatoria no entraña que recibir la donación sea obligatorio para Claudia. También puede haber donaciones libres para el donante mas irrenunciables para el donatario.

*2ª objeción:* si el donar Manlio la casa a Claudia y el recibirla Claudia de manos de Manlio son hechos diferentes, entonces similarmente que Manlio ame a Claudia será distinto de que Claudia sea amada por Manlio, lo cual va en contra de un principio semántico que quiere que las oraciones en voz activa sean alomorfos de sus correspondientes en voz pasiva, ya que lo que se dice ha de poder traducirse a cualquier idioma, habiendo lenguas en las que no se da esa diferencia de voces.

Respondo que la diferencia ontológica entre el hecho significado por una oración en voz activa y el significado por la oración en voz pasiva puede defenderse con argumentos lingüísticos. Es cierto que esa dualidad acarrea una dificultad de traducción.<sup>30</sup> Sin embargo, las diferencias que en un idioma se expresan mediante una variación morfológica o gramática en otro idioma se expresan mediante otros recursos.

*3ª objeción:* un principio de economía ontológica parece oponerse también a ese distingo: la donación de Manlio a Claudia tiene las mismas causas y los mismos efectos causales, y en la misma medida, que la recepción de Claudia de manos de Manlio; tienen lugar a la vez, en el mismo sitio. Aunque en este ejemplo concreto no fuera así (podemos imaginar que la donación de Manlio se efectúa en Roma y la recepción de Claudia en Ostia), siempre se pueden tomar otros ejemplos donde la dualidad ontológica sea inverosímil.

Respondo que la economía ontológica impone, por la navaja de Occam, no multiplicar los entes más allá de lo necesario, mas no impone abstenerse de multiplicarlos cuando así se consigue una mejor comprensión de la realidad. Y la diferencia entre un hecho significado por una oración en voz activa y el hecho significado por la correspondiente oración en voz pasiva tiene su propia verosimili-

---

<sup>30</sup>. La correlación entre enunciados en voz activa y los correspondientes en voz pasiva es un rasgo de una gama de idiomas que ni siempre se cumple en todos ellos para cualesquiera términos o contextos ni parece aplicable a otros idiomas, en particular los de tipo ergativo, en los cuales ni siquiera se plantea la alternancia entre las voces activa y pasiva; v. M.H. Klaiman, «Affectedness and Control: A typology of voice systems», en *Passive and Voice*, ed. por Masayoshi Shibatani, Amsterdam: Benjamins, 1988, pp. 25-83. La estructura ergativa de algunos idiomas se relaciona con la categoría gramatical de casos; v. Charles J. Fillmore, «Algunos problemas de la gramática de casos», en Víctor Sánchez de Zavala, *Semántica y sintaxis en la lingüística transformatoria*, v. 2, Madrid: Alianza, 1976, pp. 171ss. Sobre si en español existe una voz pasiva o no, v. Emilio Alarcos Llorach, *Estudios de gramática funcional del español*, Madrid: Gredos, 1972, pp. 90ss; Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Variaciones sobre la atribución*, León: Contextos, 1986; Lorenzo Peña, «La atribución como función sintáctica y algunos problemas de método en lingüística», *Revue Roumaine de Linguistique*, tome XXXIV/Nº 6 (Bucarest, 1989), pp. 531-54. Ya sostuve la diferencia entre los hechos significados por oraciones en ambas voces en mi tesis doctoral (*Contradiction et vérité*, Universidad de Lieja, 1979, disponible en [www.sorites.org/lp/liege](http://www.sorites.org/lp/liege)).

tud. Lo que causa que la casa sea pintada por Terencio es que éste la pinte; o, tal vez, ese pintarla Terencio es la causación del resultar-pintada la casa por aquella causa que mueve a Terencio a realizar tal acción. Tampoco las afecciones propias del hecho activo son siempre las mismas que las del correspondiente hecho pasivo.

*4ª objeción:* si son hechos distintos el donar Manlio la casa a Claudia y el recibir ésta la casa de manos de Manlio, entonces, siendo lícito este segundo hecho, estará prohibido (por la regla de no vulneración) todo lo que venga a impedirlo; mas entonces estará prohibido que Manlio se abstenga de hacer la donación. No parece que hayamos arreglado nada, sino que el problema sigue intacto.

Respondo que el abstenerse Manlio de hacer la donación no es un impedimento, porque la licitud para Claudia de recibir la casa de manos de Manlio nace sólo con esa donación —o al menos con el acto de voluntad de Manlio de efectuarla— y no antes.<sup>31</sup> Hasta que se produjo ese acto, no era lícito que Claudia recibiera la casa; sólo era lícito que, en el caso de que Manlio decidiera donársela a Claudia, a ésta le fuera lícito aceptar la donación. El derecho de Claudia no preexiste a ese acto de voluntad del donante ni puede ser impedido por la no realización de tal acto.<sup>32</sup>

Saliendo airosa la 4ª solución frente a esas cuatro objeciones, me parece la más probable, porque nos ahorra tener que averiguar si los agentes a quienes atribuimos deberes (positivos o negativos) son exteriores o no al hecho lícito. Lo único que se requiere para que la regla de no-vulneración entrañe la prohibición de un hecho, B, dada la licitud de otro, A, es que B impide o impediría A. Y esa relación de impedimento puede darse entre el hecho significado por una oración en voz activa y el hecho significado por la correspondiente oración en voz pasiva.

---

### §5.— Respuesta a cuatro dificultades

Las aclaraciones que preceden nos llevan así a superar las dificultades que se han opuesto a la correlación entre deberes y derechos.

#### 1ª dificultad

La primera de esas dificultades es que no disponemos de ninguna regla general para determinar qué deberes son correlativos de un derecho y viceversa. Alégase, p.ej., que, si en un caso simple, como donación y recepción, está claro qué

---

<sup>31</sup>. Recuérdese que —según lo he dicho unos párrafos más atrás— para un caso como el que barajamos aquí es correcta la solución 3ª.

<sup>32</sup>. En general no es verdad que el ordenamiento jurídico otorgue a cada cual el derecho a ser donatario de cualquier bien. Lo único que es verdad es que (dentro de cierto ámbito objetivo y subjetivo) a cada uno le es lícito, si el dueño de un bien decide donárselo, aceptar la donación, lo cual es muy distinto. Ese derecho general sí es de contenido condicional.

deberes son correlativos de qué derechos, en otros casos no lo está.<sup>33</sup>

### Respuesta

Respondo, en primer lugar, que justamente esos casos dizque simples lo son menos de lo que parecía, según acabamos de ver; y, en segundo lugar, que la regla lógico-jurídica de no vulneración, más su conversa, nos dan una pauta perfectamente clara para determinar qué deberes son correlativos de qué derechos y recíprocamente. Un derecho es un estado de cosas lícito; y son lícitos sólo todos los estados de cosas que estén protegidos por la prohibición de impedirlos.

### 2ª dificultad

La segunda dificultad plantea problemas mucho más espinosos; quienes la formulan no quieren otorgar derechos a beneficiarios de obligaciones que no sean reconocidos por el ordenamiento como titulares de derechos.

Así, p.ej., se dice que tenemos obligaciones hacia los difuntos mas éstos no tienen ya derecho alguno; o que tenemos obligaciones hacia los animales no humanos sin que ellos tengan derechos. Más evidente sería que nuestras obligaciones hacia la naturaleza, el medio ambiente, el patrimonio histórico, o las generaciones futuras, no nos hacen atribuirles derechos a esas generaciones ni menos a la naturaleza, al medio ambiente o al patrimonio histórico.

### Respuesta

Si nada se añade ni se quita por reformular un reconocimiento de la licitud de un estado de cosas en términos literales de «derecho», entonces no hay ninguna diferencia entre decir que la naturaleza tiene derecho a que preservemos su equilibrio y decir que es lícito que preservemos su equilibrio.

Lo que busca el objetor es reconocer nuestro deber de preservación sin otorgar correlativamente ningún derecho al beneficiario de la preservación (y similarmente en los demás casos). Ahora bien, la regla de Bentham hace que lo obligatorio sea, *a fortiori*, lícito; es, pues, lícito (por hipótesis) preservar la naturaleza. Otra regla de lógica jurídica es la de las consecuencias causales, a saber: está prohibido causar efectos prohibidos. Será, pues, lícito que la naturaleza venga preservada (porque lo significado por la oración en voz pasiva es una consecuencia causal de lo significado por la correspondiente oración en voz activa). Formular esa licitud en términos de derechos de alguien, o de alguna entidad personificada (la Naturaleza, p.ej) es una cuestión meramente de pragmática comunicacional, sin contenido semántico.

Puede hablarse, p.ej., de la licitud (o del derecho) de otras especies a disfrutar de la vida natural; o de la licitud para las generaciones futuras del disfrute de la vida. El hacerlo así no añade ni quita nada a lo que ya sabemos, que es nuestra obligación

---

<sup>33</sup>. David Lyons, *op.cit.*, viene a sostener que la correlatividad se da realmente sólo cuando hay una sencilla regla de transformación morfológica —o, a lo sumo, léxica—, como la que correlaciona «dar» y «recibir», «pagar» y «cobrar», «socorrer» y «ser socorrido».

al respecto (la de preservación, la de previsión, la de cuidado, la de evitar ciertos daños irreversibles, etc.); y, por lo tanto, la licitud de que se efectúe esa preservación, y así en lo demás.<sup>34</sup>

Por otro lado —al margen de que sea correcta la lectura que doy de la correlación de marras en términos de la regla de no vulneración (más su conversa)—, en algunos casos la dificultad viene de que se han saltado unos operadores temporales implícitos.

El que otorga un testamento tiene derecho, en el momento en que lo otorga, a que, tras su muerte se respete su última voluntad; los albaceas que la ejecutan tienen, en el tiempo  $t+1$ , una obligación de ejecutar correlativa al derecho que en el tiempo  $t$  tiene el testador. No hace falta que la correlatividad implique simultaneidad.

Por otro lado —y aun concediendo, contrafácticamente, que el atribuir un derecho a un sujeto no se redujera a una mera variante estilística de la afirmación de la licitud de un hecho en el cual esté involucrado ese sujeto—, nada prueba que los muertos ya no tengan derechos tras su muerte. Después de morir hay muchos enunciados verdaderos y otros falsos acerca de ellos, como también hay verdades acerca de seres posibles. Un imposible absoluto no tiene propiedad alguna, mas un ser posible tiene propiedades incluso en mundos en que no existe; a mayor abundamiento, un ser real tiene propiedades antes de empezar a existir y después de dejar de existir.<sup>35</sup> Igualmente con relación a las generaciones futuras.

### 3ª dificultad

La tercera dificultad que se ha esgrimido es que hay deberes sin un derecho correlativo de nadie, al menos sin un titular claro de tal derecho. Así se dice que un delito sin víctima ha de ser castigado, sin que quepa pensar que la víctima está autorizada a exigir el castigo, porque no la hay.

### Respuesta

A eso se puede responder, en primer lugar, que siempre hay víctimas, aunque sean las personas que han corrido un peligro injusto (sin necesidad de que hayan sufrido otro mal más que ese riesgo), o bien la sociedad.<sup>36</sup> Y, en todo caso, es la

---

<sup>34</sup>. Existen parámetros culturales que influyen en la pertinencia pragmático-comunicacional de acudir a una u otra paráfrasis. Lo que hay que ver es que eso no afecta para nada al contenido normativo, sino sólo al modo de hablar. Lo único que cuenta lógico-jurídicamente es el catálogo de conductas lícitas y de conductas ilícitas, no el que una u otra norma se exprese, o se deje de expresar, en términos del derecho que asiste a tal o cual persona o entidad, pasada, presente o futura. Si la Alhambra tiene derecho o no a ser preservada, dicho así, es asunto de palabras (unos aprobarán y otros desaprobarán esa prolación).

<sup>35</sup>. Tampoco es obvio que morir implique cesar de existir. Es un asunto debatible cuya discusión podemos pasar por alto.

<sup>36</sup>. Cuando se trate de un delito de peligro abstracto, no habrá personas concretas expuestas a la amenaza injusta, pero a la vez todos han sido afectados (abstractamente). Quien lanza a toda velocidad su vehículo por las avenidas desiertas de una capital a las 2 de la mañana, sin mirar a derecha ni izquierda, tal vez no pone en peligro la integridad de nadie en particular, mas hace correr un riesgo abstracto a todos en general; hubiera bastado que una razón de

sociedad, víctima o no, la que tiene derecho al castigo del culpable.

Además, sea de todo ello como fuere, para mi propósito no es menester ni siquiera entrar en nada de eso, sino que basta con señalar que lo lícito —aquello a lo que hay derecho— es sólo todo lo que está prohibido impedir. La impunidad de los culpables de tales delitos (o de cualesquiera otros) ¿impediría algo? Sí, impediría la tranquilidad pública, la seguridad. Es ése el derecho correlativo al deber de castigar al culpable de uno de tales delitos.

Más en general se ha aducido que el castigo del delincuente es obligatorio sin que nadie tenga derecho a que se efectúe esa punición, particularmente sin que asista ese derecho a las víctimas o a los perjudicados. Es ése un asunto espinoso, en el cual no deseo entrar.<sup>37</sup> Mas, aunque no lleve yo razón en eso, persiste el derecho de la sociedad, el *ius puniendi*. O sea que sí hay un derecho correlativo.

Y, de todos modos, queda en pie lo principal, y es que es mucho más genérica la correlación requerida por nuestros principios lógico-jurídicos. Es lícito sólo todo estado de cosas que esté prohibido impedir. En el caso que nos ocupa, ¿qué situaciones son aquellas que serían impedidas u obstaculizadas por la impunidad de los delincuentes?

Esa impunidad impediría la seguridad pública, que es uno de los componentes del bien común de la sociedad. Dicha seguridad es lo que constituye un derecho correlativo al deber de punición.

Cabe, así y todo, mencionar un posible reparo a esta última consideración, a saber: según el tratamiento aquí propuesto, lo que es lícito o ilícito (e.d. lo que está permitido o prohibido) es un hecho concreto, un estado de cosas singular, individualizado; en otras palabras, una situación; a la cual, cuando se trate de un hecho que involucre a seres humanos, podemos llamarla «una acción» o «una conducta».

No se trata de estados de cosas genéricos, de tipos de estados de cosas; cuando un ordenamiento jurídico decide la licitud, en general, de tal tipo de estados de cosas, lo que está estableciendo es que será lícito cualquier estado de cosas de ese tipo; está promulgando un precepto encabezado por un cuantificador universal. Así, la libertad de opinión es la licitud de tener la opinión que sea, e.d. la autorización legal de cualquier conducta humana, sin excepción, consistente en abrazar una u otra opinión.

Cuando decimos que un hecho o una conducta impide o impediría la

---

urgencia, médica u otra, hubiera llevado a alguien a transitar para que se hubiera producido una tragedia. Las víctimas somos todos, pero más específicamente la colectividad misma que formamos.

<sup>37</sup>. Tras haber prevalecido mucho tiempo esa idea de que el agraviado no tiene derecho alguno a que su ofensor venga castigado, en los últimos años las tomas han cambiado, y ahora (un poco vergonzantemente, eso sí) se tiende a sostener lo contrario —incluso hasta la exageración de otorgar al ofendido un papel casi hegemónico en el proceso y en el juicio. Podemos admitir un derecho de la víctima al castigo retributivo del delincuente, siempre que se le impongan condiciones y límites y se prohíba abusar de tal derecho —además de que razones prudenciales pueden hacer socialmente aconsejable que la víctima quede totalmente ausente del proceso penal.

tranquilidad o la seguridad pública (o que la obstaculizaría gravemente, lo que viene a ser igual), podemos querer decir dos cosas:

- 1) que ese tipo de hechos o conductas tienen ese efecto típico;
- 2) que, en particular, tal hecho o conducta singularizada tiene ese efecto impeditivo.

Ahora bien, no es obvio que cada impunidad de un delincuente tenga ese efecto; por lo menos cuando el delito no sea públicamente conocido, no parece tenerlo necesariamente.

Sea así o no, lo que es cierto es que una abstención legislativa de imponer el castigo de los delincuentes sí impediría la pública tranquilidad. Así que ha de haber una ley que imponga como obligatoria esa punición, incluso para casos en que, hipotéticamente, la impunidad no impidiera la seguridad pública.<sup>38</sup>

#### 4ª dificultad

Una cuarta dificultad estriba en que, si es lícito que alguien cobre una suma que le es debida (o sea: si tiene derecho a cobrarla, según lo expresaríamos corrientemente), entonces ¿por qué se va a reputar un hecho impeditivo, una violación de su derecho con arreglo a la *interdictio prohibendi*, el no-pago del deudor y no el de cualquier otro? En efecto, lo que frustra el disfrute de ese derecho es que ni el deudor ni nadie más pague la deuda. Por consiguiente, la mera regla de no-vulneración, por sí sola, no nos daría la clave para determinar qué deberes son correlativos de tales derechos.

Respondo como sigue. El derecho de obtener el pago (el derecho a cobrar) inhiere en el acreedor y la obligación de pagar incumbe al deudor. La razón de que así sea es que el ordenamiento jurídico aísla la consociación que forman el acreedor y el deudor y, dentro de ella, ve al deudor como aquel que, de no pagar, impide que el acreedor recobre su crédito. Y es que la relación de impedimento tiene un sustrato físico-natural —o social— pero también una configuración normativa.

¿Qué sucede cuando cambia la persona del acreedor? Supongamos, en efecto, que Julián tiene el deber de pagar cien euros a Heraclio y que éste lícitamente cede el crédito a Ignacio. ¿Cambia el *dictum* de la obligación que pesa sobre Julián? Si decimos que no —que el *dictum* de su obligación es pagar la suma—, tenemos que añadir otra relación jurídica extrínseca al deber de pago de Julián; eso es inverosímil y engorroso. Si el contenido o *dictum* de la obligación involucra al beneficiario, Heraclio, ¿cómo puede éste transmitir el derecho de crédito a un tercero? ¿No está con ello alterando unilateralmente el contenido de la obligación de Julián?

La respuesta correcta parece ser la siguiente. Cualquiera que sea su fundamento —contractual o extracontractual—, la relación obligacional entre Julián y Heraclio significa que, dentro del dúo Heraclio/Julián —que es un agregado de

---

<sup>38</sup>. Es tema para otra discusión el averiguar por qué otra regla de lógica jurídica de la obligación de que esté vigente tal ley se sigue que ésta haya de aplicarse. V. mi ya citado artículo «La obligación de aplicar la las normas jurídicas vigentes».

individuos o sujetos, aunque carezca de personalidad jurídica—, es un hecho lícito el cobro de la suma de cien euros por Heraclio; lo que impediría ese hecho lícito sería una conducta omisiva de Julián, su no-pagar.

En una serie de casos el ordenamiento jurídico autoriza a Heraclio a subrogar a un tercero en su lugar; en adelante ese tercero, digamos Ignacio, será quien quede vinculado con Julián; el dúo Julián/Heraclio viene así reemplazado por el nuevo dúo Julián/Ignacio; en ese nuevo dúo, Ignacio tiene derecho a cobrar, o sea: es lícito que cobre. Que Julián se abstenga de pagar será ahora un impedimento, no ya para que cobre Heraclio, sino para que cobre Ignacio.<sup>39</sup>

En un amplio abanico de casos es lícita la transmisión del crédito, con ciertas restricciones o condiciones, como la de adecuada información al deudor y un limitado derecho de éste a oponerse para evitar verse perjudicado por un posible cambio de circunstancias obstativas o extintivas. Hay, eso sí, transmisiones prohibidas, como el derecho de alimentos o el de percepción de salarios.

En ciertos casos cabe también un desplazamiento de la figura del deudor, generalmente con consentimiento del acreedor. Un caso especialmente interesante es el de pago de la deuda por un tercero no obligado a pagar, que suele extinguir (aunque no siempre lo hace) la obligación de pagar del deudor (pudiendo crear una obligación nueva, la de pagar a ese tercero). Es un hecho extintivo. Hemos visto que la obligación de Julián de pagar cien euros a Heraclio se deriva del derecho de Heraclio a recibir cien euros creado por una relación obligacional entre Julián y Heraclio. Dentro de esa consociación dual, Julián-Heraclio, lo que impediría a Heraclio disfrutar de la realización del hecho lícito —que es el de recibir la suma de cien euros— sería una omisión de Julián, consistente en que éste no pagara. Que Julián rehúse pagar impide a Heraclio ejercer su derecho a los cien euros. Mas deja de impedirlo si paga un tercero, digamos Mauricio. Hasta que eso se produce, el ordenamiento jurídico sólo estaba considerando como un impedimento prohibido el no-pago de Julián —no el que no pague un tercero—. Jurídicamente se opera en círculos. En el círculo consociativo pertinente —el que formaban Julián y Heraclio— se reputaba como impedimento la omisión de Julián, no la omisión de terceros. Tras el pago por un tercero, el círculo pertinente será otro.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> V. Para transmisiones de crédito lícitas en el derecho francés Christian Lapoyade Deschamps, París: Ellipses, 1998, p. 272.

<sup>40</sup> La relación entre la obligación y el hecho extintivo (el eventual pago por Mauricio) podemos analizarla de distintos modos. Uno de ellos implica interpretar el contenido de la obligación como un condicional. Otro es condicionalizar el aserto de la obligación. Me parece mejor la solución que he apuntado, a saber: que el contenido de la obligación de Julián estriba en no impedir que Heraclio cobre la suma de cien euros; y que el único modo en que puede cumplir tal obligación es pagarla él. Cesa esa obligación cuando Mauricio se interpone. Hasta esa interposición, Julián tenía obligación incondicional de pagar; la intervención del pagador voluntario, Mauricio, hace cesar ese deber, puesto que con ella el círculo jurídicamente pertinente se ha ensanchado y así la abstención de pagar de Julián ya no es óbice para que Heraclio recupere su crédito. Eso sí, el pago voluntario por Mauricio puede dar lugar a una nueva consociación dual, la formada por Mauricio y Heraclio, en la cual ahora es Mauricio el acreedor.

## §6.— Conclusión

He defendido las tres tesis siguientes:

- 1<sup>a</sup>) Tenemos un derecho natural a hacer lo que la ley no nos prohíbe.<sup>41</sup>
- 2<sup>a</sup>) Tenemos un derecho natural a que esté prohibido impedirnos hacer lo que nos es lícito (a salvo, eso sí, de que el concepto de impedimento venga jurídicamente determinado).
- 3<sup>a</sup>) Tenemos un derecho natural a hacer aquello tal que todos los impedimentos estén prohibidos.

Por la tesis 2<sup>a</sup> —regla de no vulneración o de no-impedimento—, los demás tienen prohibido impedirnos disfrutar de un derecho (y lo tienen prohibido en virtud de una norma de derecho natural). Por la tesis 3<sup>a</sup> una conducta (u omisión) tal que a nadie le es lícito impedirle es una conducta lícita y, por lo tanto, es el contenido de un derecho.

Hay asimetría: basta que una conducta sea lícita para que estén prohibidos todos los impedimentos.<sup>42</sup> En cambio, no basta con que tal o cual impedimento esté prohibido para que la conducta sea lícita; sólo lo es si están prohibidos *todos* los impedimentos.

Eso es lo que hace difícil formalizar plenamente la correlación, porque, si bien las tesis 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> se formalizan con cierta facilidad, la tesis 3<sup>a</sup> no se deja formalizar más que con un aparato bastante complicado,<sup>43</sup> al involucrar un cuantificador cuyo campo de variación serán conductas o estados de cosas.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup>. Lo que estoy sosteniendo es que todos los seres humanos (y también algunos seres no humanos) tienen un derecho natural, no conferido por legislador positivo alguno, a que les sea lícito hacer todo lo que no les está prohibido; y que ese derecho natural, innato, viene protegido por una ley perteneciente a todo ordenamiento jurídico, haya sido dictada o no por el legislador. Es una ley de la naturaleza misma, que los gobernantes no pueden abrogar ni alterar, sin la cual lo que tendríamos no sería un ordenamiento jurídico sino un conglomerado de reglas incapaz de establecer nada que empezara siquiera a parecerse a un bien común. La regla de permisión (la de que cuanto no esté prohibido es lícito) no es, pues, una consideración *de lege ferenda*; es ley.

<sup>42</sup>. Corresponde al derecho configurar y deslindar ese concepto de impedimento, cuyo sustrato es una acción u omisión que fuese al titular del derecho, contra su voluntad, a no disfrutar de su realización, a verse privado de ese contenido lícito.

<sup>43</sup>. En las lógicas judiciales puestas en pie hasta ahora por el autor de este artículo la tesis 3<sup>a</sup> no se puede demostrar, ni siquiera formular sin modificar las reglas de formación, los axiomas y las reglas de inferencia.

<sup>44</sup>. Agradezco a Marcelo Vásconez sus críticas a un borrador de este trabajo, que me han ayudado mucho a corregir varios errores y a aclarar algunos puntos.



III

**«Normatividad y contingencia»**

por **Lorenzo Peña y Gonzalo**

*Aproximaciones a la contingencia*

ed. por Concha Roldán & Óscar Moro

Madrid: Los libros de la Catarata, 2009

pp. 25-64

ISBN 978-84-8319-437-9



# NORMATIVIDAD Y CONTINGENCIA

por **Lorenzo Peña y Gonzalo**

---

## Sumario

### Parte I: El origen de la lógica jurídica

1. 1988: «Un enfoque no-clásico de varias antinomias deónticas». 2. La insatisfactoria solución de 1988 a las dificultades de la obligación condicional. 3. La paradoja de Ross (y otras similares). 4. La introducción de los cuantificadores en contextos deónticos. 5. La prohibición de lo imposible frente al principio de coherencia. 6. La iteración de operadores deónticos. 7. Abandono de la regla de cierre lógico. 8. Dos pautas para la investigación en lógica deóntica. 9. El *modus ponens* deóntico. 10. Algunos jalones. 11. Nuevos avances de la lógica jurídica.

### Parte II: El vínculo entre hechos y derechos

12. La diferencia entre las modalidades aléticas y las deónticas. 13. Principios de la lógica modal inaplicables a la lógica de las normas. 14. Principios de la lógica de las normas inaplicables a la lógica modal. 15. Vínculo entre normatividad y contingencia; la radical equivocación de las lógicas deónticas estándar. 16. El sentido práctico de las nociones normativas. 17. La relación causal entre los hechos contingentes del mundo y las acciones humanas. 18. La propuesta aislacionista. 19. Más sobre el *modus ponens* deóntico: ser y deber-ser.

---

## Resumen

En este trabajo se examina qué relación guardan con la contingencia las determinaciones deónticas de obligación y de licitud. Para abordar la cuestión se parte de un recorrido intelectual: habiéndose adherido el autor, inicialmente, a la visión de lo normativo propia de la lógica deóntica estándar [LDE] —para la cual contingencia y normatividad son independientes entre sí—, la indagación lógico-jurídica lo ha convencido de que la normatividad está estrechamente vinculada a la contingencia. Tal convicción está en la base de la nueva lógica jurídica. Según qué hechos contingentes acontezcan, varían las situaciones normativas. Pero ese vínculo entre el ser y el deber-ser existe precisamente porque las modalidades deónticas difieren radicalmente de las aléticas. Asimilarlas fue el error capital de la lógica deóntica estándar, la cual no pudo, por consiguiente, comprender el nexo entre lo fáctico y lo deóntico, entre normatividad y contingencia.

---

## Preámbulo

La contingencia es un rasgo metafísico de ciertos estados de cosas, a saber: aquellos que no son ni necesarios ni imposibles. Son contingentes los hechos o

estados de cosas que pueden suceder y que pueden no suceder. El ámbito de los hechos contingentes se contrapone así al ámbito de lo necesario (sea positiva o negativamente necesario), o sea de lo que tiene que suceder o tiene que no suceder.

La normatividad involucra las nociones de lo obligatorio, lo prohibido y lo lícito. Lo obligatorio es lo que debe suceder, con un ‘deber’ deóntico; lo lícito es lo que puede suceder, también con un ‘poder’ deóntico.

La mera enunciación de tales nociones exhibe por sí sola las similitudes, sugiriendo unos nexos. Mas los nexos genuinos y profundos son totalmente diversos de los aparentes. De dejarnos llevar por esa engañosa apariencia, asociaremos la normatividad a la necesidad, separándola de la contingencia. Obnubilados por ese espejismo,<sup>45</sup> los lógicos deónticos estándar erigieron —a partir de 1950—<sup>46</sup> una articulación de lo normativo de espaldas a la contingencia, bajo el lema de que el ser (contingente) no influye en el deber-ser ni viceversa. Conque ningún deber, ningún derecho, podía originarse ni extinguirse por el acaecimiento contingente de hechos del mundo.

Mi propio itinerario en la construcción de lógicas deónticas es una experiencia intelectual que me ha llevado, de estar deslumbrado al principio por esa misma visión de una normatividad pura e incontaminada, a un punto de vista en el cual la normatividad está estrechamente vinculada a la contingencia. Por eso, voy a presentar en la Parte I ese itinerario como introducción a la exposición sistemática de la Parte II, en la cual propongo una concepción del deber-ser vinculado al ser contingente.



---

<sup>45</sup>. Al cual ya sucumbiera Leibniz en sus *Elementa iuris naturalis*. (V. trad. española: *Los elementos del derecho natural*, Madrid: Tecnos, 1991, con estudio preliminar y trad. de Tomás Guillén Vera).

<sup>46</sup>. Pueden consultarse referencias bibliográficas en mi artículo de 1988 citado unos párrafos más abajo. El fundador de la moderna lógica deóntica fue von Wright, pero no carecía de precursores, como Ernst Mally y Alf Ross; sobre el primero v. <http://plato.stanford.edu/entries/mally-deontic/>. Del segundo v. *Lógica de las normas*, Madrid: Tecnos, 1971 (trad. José Hierro). Notemos que en el mundo de habla hispana los grandes adalides de sistemas estándar de lógica deóntica han sido Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. V. su obra: *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

## Parte I: El origen de la lógica jurídica

En esta Parte I voy a recorrer una faceta de mi trayectoria intelectual en los últimos cuatro lustros, por cuanto en ella se ejemplifica la reflexión argumentativa que lleva de la concepción de la normatividad característica de la lógica deóntica estándar —LDE— (con su divorcio entre las verdades de hecho y las de derecho)<sup>47</sup> a una nueva visión, incorporada a la lógica jurídica, en la cual los acaecimientos contingentes determinan situaciones jurídicas.

### §1.— 1988: «Un enfoque no-clásico de varias antinomias deónticas»

Abordé por primera vez la elaboración de un sistema de lógica deóntica en un trabajito en francés en 1986.<sup>48</sup> Desarrollo de ese bosquejo fue un artículo publicado en *Theoria* un par de años después: «Un enfoque no-clásico de varias antinomias deónticas».<sup>49</sup> Ese ensayo formaba un tandem con un artículo publicado en *Isegoría* en 1991.<sup>50</sup> El primero era de carácter técnico; el segundo, puramente filosófico.

El propósito del artículo de 1988 era mostrar que la lógica gradualista-contradictorial posibilitaba un sistema deóntico adherido a las grandes líneas de la LDE, pero basado en un cálculo cuantificacional difuso-paraconsistente y no en el usual cálculo bivalente; y que esa nueva lógica deóntica afrontaba con éxito tres dificultades a las que no podía responder bien la LDE: la existencia de dilemas o antinomias deónticas propiamente dichas (obligaciones encontradas de hacer dos cosas contradictorias entre sí); la aporía del guardián;<sup>51</sup> y la del elogio. Las dos aporías se referían al problema de las obligaciones condicionales, o sea: aquellas que se originan y se extinguen en función de hechos contingentes.

Según lo veo hoy (pero no en 1988), esas aporías desbaratan por completo la pretensión de fundar la lógica de las normas en una variante de la lógica modal, o acariciar para ella la esperanza de una modelización de mundos-posibles (mundos

---

<sup>47</sup>. Viene de lejos el divorcio entre lo fáctico y lo normativo (o deóntico). Como mínimo de Hume —con su alegato de que del es jamás se deduce un *debe*—, pasando por Kant, G.E. Moore, Herbart, Lotze, Scheler y así sucesivamente, desembocando en Hans Kelsen (v. su *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires: Eudeba, 1994, 28ª ed., trad. M. Nilve). Esa misma estela siguen todos los anticognitivismos, que son legión. Y muchísimos otros filósofos, por lo demás totalmente dispares. (V. infra, §19.)

<sup>48</sup>. Se titulaba «Un système paraconsistant infinivalent de logique déontique» destinado a un coloquio de lógica en Orsay (1986).

<sup>49</sup>. *Theoria* 7-8-9, 1988, pp. 67-94. En adelante me refiero a ese artículo como 'el artículo de 1988'. Escribí ese artículo por invitación de mi difunto amigo Miguel Sánchez-Mazas.

<sup>50</sup>. «El problema de los dilemas morales en la filosofía analítica», *Isegoría* Nº 3 (Madrid, abril de 1991), pp. 43-79.

<sup>51</sup>. Esta aporía es una versión de la del buen samaritano, que es como suele venir referida en la bibliografía lógico-deóntica.

óptimos), porque hay obligaciones que sólo surgen: unas, si ciertas obligaciones han sido transgredidas (aporía del guardián); y otras, si ciertas obligaciones han sido cumplidas (aporía del elogio).<sup>52</sup>

Las aporías deónticas revelan que hay obligaciones (y también permisiones) que sólo surgen contingentemente, en función de la realización de ciertos supuestos de hecho. O sea: las cuestiones de hecho y las de derecho no son independientes entre sí. No hay, pues, ninguna modelización de mundos-posibles deónticamente correctos.<sup>53</sup>

Tales complicaciones no surgían, empero, con relación a los conflictos de normas.<sup>54</sup> En lo tocante a los conflictos o dilemas el enfoque gradualista contradictorial aparecía como un éxito sin necesidad de ninguna complicación particular, sin tener que acudir a ninguna elaboración lógico-deóntica alejada del paradigma estándar.<sup>55</sup>

---

## §2.— La insatisfactoria solución de 1988 a las dificultades de la obligación condicional

A los problemas comunes de la LDE venía a añadirse una nueva perplejidad: cómo había de relacionarse el operador deóntico de obligatoriedad con el operador lógico-gradualístico de realización «en alguna medida». Para afrontarla llevé a cabo —en el artículo de 1988— una discusión (más que justificación) del tentativo axioma A10, a cuyo tenor, en tanto en cuanto sea obligatorio que en alguna medida suceda algo, es en alguna medida obligatorio que suceda ese algo.<sup>56</sup> Ese axioma equivale a este otro: «Es totalmente lícito que suceda algo en tanto en cuanto sea lícito que ese algo suceda totalmente».

Al introducir ese axioma se anula el margen de que dispone una lógica de los

---

<sup>52</sup>. La semántica de mundos posibles para una lógica intensional —modal, doxástica, temporal, deóntica etc— fija qué estados de cosas revisten una determinación intensional en un mundo  $w$  en función de qué les sucede a esos mismos estados de cosas en los demás mundos ligados a  $w$  por ciertas relaciones (como la de «accesibilidad»). Sin embargo hay un constreñimiento, a saber: la clase de tales mundos será invariante y no dependerá de la evolución contingente de  $w$ . Si eliminamos tal constreñimiento, podemos seguir llamando a nuestra semántica «de mundos posibles», pero ya lo será sólo en un sentido impropio o menos propio.

<sup>53</sup>. Salvo, tal vez, alguna alejada del paradigma modal estándar y que ya no merecería la calificación de 'semántica de mundos posibles' (v. la n. precedente); p.ej. alguna semántica relacional como las que el malogrado Richard Sylvan [ex-Routley] inventó para la lógica relevante. V. Richard Routley *et al*, *Relevant Logics and Their Rivals. Part 1. The Basic Philosophical and Semantical Theory*, Ridgeview Publ. Co, 1982.

<sup>54</sup>. Salvo a aquellos que específicamente involucran obligaciones sobrevenidas a partir de determinados supuestos de hecho contingentes.

<sup>55</sup>. Salvo justamente en tomar como cálculo cuantificacional subyacente una lógica infinivalente y no la lógica bivalente o clásica.

<sup>56</sup>. O sea: ambos operadores pueden intercalar su lugar respectivo sin que se modifique la verdad.

grados para solucionar los conflictos normativos (las antinomias en sentido estricto) distinguiendo tres gradualidades:

- 1ª. La variación de grado de obligatoriedad o de licitud de una conducta.
- 2ª. La variación de grado de la vigencia de la norma que determina tal obligatoriedad o tal licitud.
- 3ª. La variación de grado de realización de la conducta obligatoria o lícita.

La primera graduación afecta al *modus* deóntico; la segunda al fundamento de la obligación o de la permisión; la tercera al *dictum*. Podría tener un grado de vigencia,  $g_1$ , una norma que determine un grado,  $g_2$ , de licitud de la realización de una conducta en un tercer grado,  $g_3$ , siendo diferentes esos tres grados.<sup>57</sup>

Con el axioma A10 se gana en manipulabilidad deductiva; y así, en definitiva, se logra que el sistema lógico-deóntico propuesto tenga toda la fuerza inferencial de los sistemas clásicos estándar.<sup>58</sup> El precio que se paga es que, al menos en parte, se desvanece la posibilidad de conjugar, sin confundirlas, dos de esas variaciones de grado: la 1ª y la 3ª.

Ya eso restringe la utilidad del sistema para abordar los conflictos normativos. Aún más claro es que ese enfoque no permitía ninguna solución correcta de las aporías de la obligación condicional. Mi enfoque de 1988 era no-clásico, según reza el título del artículo, pero no por ello no-estándar. Ése era su pecado original. Podríamos decir hoy, veinte años después, que era proto-gradualista, todavía apegado a las orientaciones prevalentes, al menos en lo tocante a los axiomas puramente deónticos.

---

### §3.— La paradoja de Ross (y otras similares)

La limitación recién mencionada se conecta con otra, que es la desconsideración de la aporía de Ross en ese artículo de 1988.<sup>59</sup>

Esa paradoja de Ross podemos reformularla así: según la *regla de cierre*, en la LDE las consecuencias necesarias de hechos lícitos son lícitas.<sup>60</sup> Supongamos un hecho lícito, A. Una consecuencia necesaria de A es A-o-B. Supuesto eso, será lícito A-o-B. Pero que A-o-B sea lícito permite (o al menos parece permitir) que se

---

<sup>57</sup>. Normalmente el *dictum* de la norma no indica grados, pero podría hacerlo.

<sup>58</sup>. Teniendo que apenar con las mismas dificultades salvo una: la existencia de obligaciones de contenidos contradictorios entre sí, o sea las antinomias deónticas. Tal existencia no constituye una dificultad para una lógica gradualista contradictorial, en la cual algunas contradicciones son verdaderas.

<sup>59</sup>. V. la nota 15 del artículo de 1988.

<sup>60</sup>. En formulación alternativa: las consecuencias necesarias de hechos obligatorios son obligatorias. Bajo supuestos comúnmente compartidos ambas formulaciones son equivalentes.

realice tal disyunción mediante cualquiera de los dos disyuntos.<sup>61</sup>

En 1988 mi reacción a la aporía de Ross<sup>62</sup> es que no se trataba de una verdadera aporía, porque, cuando decimos «Es lícito que A o B» reconociendo con ello una lícita opción, sea por A, sea por B, la ocurrencia de ‘o’ no sería genuinamente disyuntiva.

Hay, en efecto, usos de la partícula ‘o’ que no tienen un carácter disyuntivo (como cuando se dice «En el acto disertarán Fulano o Mengano», queriéndose decir ‘y’ en vez de ‘o’). Yo estaba sugiriendo, pues, que, si, en ciertos contextos deónticos, «Puedes hacer A o B» no se sigue de «Puedes hacer A», es porque, en tales contextos, ese ‘o’ es —en su perfil lógico— no-disyuntivo, sino conyuntivo, y que la frase —en ese contexto— estaría significando lo mismo que «Puedes hacer A y puedes hacer B». Pero eso es erróneo. ¡Veámoslo en detalle!

Decir que a alguien le es lícito reclamar una gratificación de mil euros o tomarse una semana de asueto es decir que tiene una opción lícita entre reclamar mil euros y tomarse una semana de asueto.<sup>63</sup> Mas esa opción permitida en que estriba la licitud de A-o-B no es reducible ni a la conyunción de las licitudes respectivas de A y de B ni tampoco a la disyunción de las mismas.

En efecto: «Es lícito A-o-B» no equivale nunca a «Es lícito A y es lícito B». Y es que, si al destinatario de la norma se le concede el derecho de optar entre las vías de acción A y B, no por ello se le otorga un derecho incondicional a A ni un derecho incondicional a B; en muchos casos, si escoge A, tiene que renunciar a B, y viceversa. Luego no se le estaba reconociendo ningún derecho incondicional ni a A ni a B. «Es lícito A-o-B» nunca equivale, pues, en absoluto a «Es lícito A y es lícito B».<sup>64</sup>

También es errónea la segunda solución, la de que «Es lícito A-o-B» equivale a «Es lícito A o lo es B». Si es lícito A, entonces es lícito A o es lícito B. De ahí no se sigue en absoluto que sea lícita la opción entre A y B. Si alguien puede reclamar una paga de mil euros, no se sigue que pueda reclamar mil euros o una semana de asueto.

No basta con decir que, si tiene derecho a A, mas no a B, entonces su

<sup>61</sup>. Exactamente igual surge la aporía reemplazando ‘lícito’ por ‘obligatorio’; normalmente es obligatorio que A-o-B si, y sólo si, al destinatario de la norma se le impone vinculadamente una opción entre A y B, una obligación que se le deja cumplir realizando A o realizando B.

<sup>62</sup>. De la cual sólo hablaba de pasada en la referida nota 15.

<sup>63</sup>. Seguramente en el caso dado tiene una tercera: no reclamar nada, pero ¡desconozcamos tal alternativa!

<sup>64</sup>. «Es lícito A» significa que es incondicionalmente lícito A —igual que «La Tierra gira alrededor del Sol» significa que es incondicionalmente verdad que la Tierra gira alrededor del Sol, no que gira o deja de girar según concurren tales o cuales condiciones.

presunto derecho a A-o-B sólo puede ejercitarlo con la opción A.<sup>65</sup> Esa respuesta es equivocada por dos razones.

- La primera razón es que, si fuera lícito A, entonces —de valer esa regla de inferencia deóntica— el destinatario de la norma, si realiza B (sea B lo que fuere), podrá alegar con razón que ha realizado algo para lo cual tenía derecho; ese algo no sería B, pero sí sería A-o-B (y quien realiza B, *eo ipso* realiza A-o-B). Mas eso es absurdo. Luego la regla tiene que ser incorrecta: de que sea lícito A no se sigue la licitud de A-o-B.
- La segunda razón es que —según lo hemos visto unos párrafos más atrás— la locución «Es lícito A-o-B» tiene un uso específico perfectamente claro en contextos jurídicos, que es el de que es lícita la opción entre A y B; la licitud de A-o-B estriba en que es condicionalmente lícita la opción A (renunciando a B) y es condicionalmente lícita la opción B (renunciando a A).<sup>66</sup>

El ‘o’ bajo el alcance de un operador deóntico es, pues, genuinamente disyuntivo, pero expresando una disyunción del *dictum*, del contenido, no del *modus* u operador deóntico; y esa disyunción es una opción.

Aunque Ross no abordó en su aporía el problema de la conyunción, en realidad el caso resulta totalmente semejante y revela la misma dolencia de la LDE. En ésta (como ya sabemos) vale la regla de cierre: las consecuencias necesarias de hechos obligatorios son obligatorias, y las de hechos lícitos son lícitas. Supongamos que es lícito A-y-B. En la LDE se sigue que A es lícito.

Sin embargo, decir que A es lícito es decir que es incondicionalmente lícito. De que sea incondicionalmente lícito A-y-B no debería seguirse, empero, que sea incondicionalmente lícito A. Y es que quien realiza A-y-B, ciertamente realiza A y B; pero realiza A realizando también B, y realiza B realizando también A. En cambio, si fuera (incondicionalmente) lícito A, lo sería tanto si se realiza B como si no.

Aplícanse las mismas consideraciones al operador de obligación. De que sea preceptivo A-y-B no debería seguirse que sea incondicionalmente preceptivo A. Ciertamente quien cumple la obligación de A-y-B realiza A y también realiza B, pero eso no quiere decir que esté cumpliendo una obligación incondicional de A y una obligación incondicional de B. Porque, si fuera así, entonces, si realizara A pero no B, estaría cumpliendo una de sus obligaciones, aunque incumpliera la otra. Y eso en muchísimos casos será totalmente falso. Puede que sea obligatorio A-y-B, pero a la

<sup>65</sup>. Ésa era la respuesta de Castañeda, a la que yo me adhería en 1988. V. Héctor-Neri Castañeda, «The Paradoxes of Deontic Logic: The Simplest Solution to all of them in one Fell Swoop», en R. Hilpinen (ed) *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, 1981, pp. 37-85.

<sup>66</sup>. Al margen de que sea lícita o no la conyunción de A y B, lo cual variará según los casos.

vez esté prohibido A-y-no-B y también lo esté B-y-no-A.<sup>67</sup>

La conyunción ‘y’ bajo el alcance de un operador deóntico tiene su genuino valor de conyunción; pero no es extraíble afuera del operador, porque la obligación de un hecho conyuntivo, A-y-B, es la de una acción combinada de los dos conyuntos, el uno con el otro.

---

#### §4.— La introducción de los cuantificadores en contextos deónticos

La discusión del apartado precedente nos permite ver por qué los operadores verifuncionales incrustados en el *dictum* de un aserto de obligación o de licitud no pueden arbitrariamente sacarse fuera para afectar al *modus* deóntico (ni viceversa). No porque tales operadores cambien de sentido en el contexto deóntico, sino porque tienen el que tienen dentro de lo delimitado por el operador deóntico en cuestión.

Puesto que el cuantificador universal es como una conyunción infinita y el existencial como una disyunción infinita, resulta que ese mismo error se repetía en la LDE cuando se querían introducir los cuantificadores.

En mi artículo de 1988 proponía yo (adhiriéndome a un parecer común) el axioma A12, que dice que el que todos tengan que hacer tal cosa implica que es obligatorio que todos hagan tal cosa. La implicación inversa se prueba con la regla de cierre lógico. Luego ese axioma, en ese contexto, significaba que habría equivalencia lógica entre que todos tengan que obrar de un modo determinado y que sea obligatorio que todos obren de ese modo.

En el citado artículo consideraba yo una objeción de Kalinowski a tal equivalencia, a saber: que eso era ininteligible. Mi argumento a favor del axioma A12 era el principio de agregación deóntica, al cual me adhería entonces.<sup>68</sup> Ese principio nos dice que, cuando sea obligatorio que A y también que B, será

---

<sup>67</sup>. La LDE se basa en el concepto vulgar de la conexión lógico-jurídica, a saber: en un sistema normativo con unas obligaciones prescritas, se siguen otras obligaciones derivadas cuando no pueden cumplirse las primeras sin cumplirse también las segundas (o sea: cuando no puede realizarse el *dictum* de cada obligación prescrita sin que se realice el *dictum* de cada obligación derivada). En ese concepto la vinculación lógica entre obligaciones viene reducida a una trabazón entre hechos caracterizables en términos depurados de toda nota normativa. El concepto de consecuencia lógico-jurídica de la lógica jurídica es éste: en un sistema normativo una situación jurídica, S, se sigue de otras situaciones jurídicas —establecidas en dicho sistema— más de ciertas situaciones fácticas (supuestos de hecho) si, y sólo si, es imposible que se den tales situaciones fácticas y jurídicas sin que también se dé S. Aquí no interviene para nada el cumplimiento (salvo en tanto en cuanto el cumplimiento de una obligación sea una de las situaciones fácticas pertinentes como premisas). La lógica de las situaciones jurídicas no se reduce a una lógica de situaciones puramente fácticas.

<sup>68</sup>. A pesar de que era uno de los pocos axiomas de la LDE que ya habían sido criticados y zarandeados por algunos autores, con quienes yo discutía: Ruth Barcan-Marcus, Peter K. Schotch y Raymond E. Jennings.

obligatorio A-y-B.<sup>69</sup> Efectivamente, si aceptamos el principio de agregación deóntica, habrá, para ser consecuentes, que apenar con el axioma A12, el que fuerza a que «Todos tienen que hacer A» implique «Es obligatorio que todos hagan A». Ahora bien, el principio de agregación es erróneo.

Mi argumento a favor de ese principio en el artículo de 1988 era que estábamos suponiendo un determinado orden normativo; que se entendía que en dos órdenes normativos diversos haya sendas obligaciones, la de A y la de B, sin que de ahí se deduzca ninguna obligación conjunta de A-y-B; pero que, si estamos tomando en consideración un solo y mismo orden normativo, si en ese orden hay obligación de A y hay obligación de B, habrá implícitamente una obligación de A-y-B.<sup>70</sup> La prueba sería que quien cumpla sus dos obligaciones, la de A y la de B, realiza A-y-B.

Mas de nuevo estamos presuponiendo en ese argumento algo equivocado: que lo obligatorio es lo que se realiza en los mundos en los que se cumplen todas las obligaciones. Y no es así. Que en todo mundo deónticamente correcto se realice A y se realice B y, por lo tanto, se realice también A-y-B eso no determina que haya una obligación especial de A-y-B.

Y es que, si alguien cumple la obligación A pero incumple la obligación B, lo que procede decir es que ha cumplido una obligación y que ha incumplido una obligación; no que ha cumplido una, la de A, e incumplido dos, la de B y la de A-y-B. El ordenamiento jurídico, al hacer pesar sobre alguien una obligación de A y al hacer pesar —sea sobre ese mismo alguien o sobre otros— la obligación de B, no por ello hace pesar sobre nadie una tercera obligación, una obligación conyuntiva de A-y-B.

Luego el principio de agregación deóntica es erróneo. Errónea es también su generalización universal, el axioma A12. Lo separadamente obligatorio no tiene por qué ser conjuntamente obligatorio.

---

<sup>69</sup>. El principio de agregación no se deriva de la mera regla de cierre, la cual se puede adoptar sin él. Sin embargo el fundamento o motivo de ambos es el mismo, a saber: el principio de distributividad deóntica, que consiste en que la conyunción de la obligación de A y de la de B equivalga a la obligatoriedad de la conyunción de A y B. Ese principio de distributividad deóntica es bidireccional. La regla de cierre expresa una de las dos direcciones; el principio de agregación, la otra dirección. La razón última de tales principios deónticos es la idea de que la tarea de la lógica deóntica es dilucidar qué tiene que suceder en un mundo en el que se cumplan todas las obligaciones. Si hay dos obligaciones, la de A y la de B, y se cumplen, se cumple A-y-B. Si es A-y-B lo que es obligatorio, y se cumple, se cumple A y se cumple B. Es esa visión de la tarea de la lógica deóntica lo que es erróneo. (V. infra, párs. 4º y ss. del §13, ya en la Parte II de este ensayo.)

<sup>70</sup>. Un error subyacente en ese argumento es desconocer que un mismo legislador puede imponer obligaciones incompatibles, y a menudo lo hace, incluso a sabiendas; entre otras razones, puede hacerlo previendo que no se cumplirán todas las obligaciones. Así sucede cuando se implanta una obligación de resultado que impone a varios el deber de ganar un premio no compartible. Quien está preceptuando tales deberes no por ello dicta una obligación imposible, la de que todos ganen. Ninguna de las obligaciones impuestas es imposible, aunque sí es imposible que todas esas obligaciones se cumplan.

### §5.— La prohibición de lo imposible frente al principio de co-licitud

Uno de los corolarios de la regla de cierre lógico<sup>71</sup> es que las verdades necesarias son obligatorias; o sea que la negación de una verdad necesaria está prohibida. Ese corolario lo planteaba yo en mi artículo de 1988, en una serie de divagaciones que seguramente son síntomas de un naciente malestar. A tenor de ese corolario, donde haya alguna obligación, estará prohibido cuadrar el círculo.<sup>72</sup>

Una de las consecuencias de esa prohibición de lo imposible es que la licitud de un hecho, A, y la de otro hecho, B, no implicarán la licitud conjunta de A-y-B. En efecto, en la LDE,<sup>73</sup> de que exista un derecho a A y un derecho a B no se sigue un derecho a A-y-B; porque a menudo A-y-B puede ser metafísicamente imposible.

Eso significa que la LDE es inconciliable con la regla de co-licitud.<sup>74</sup> Ésa era otra de las limitaciones de mi trabajo de 1988. Tal limitación entraña que alguien amparado por un derecho legal a A y por un derecho legal a B puede, sin embargo, carecer de autorización legal para hacer A-y-B conjuntamente. Mas eso significa que, en realidad, no tenía un derecho incondicional a A ni un derecho incondicional a B.

Con lo cual puede suceder que un derecho constitucional de libre expresión y otro de libre asociación sean de ejercicio incompatible. Las autoridades podrían rehusar a alguien el derecho a asociarse si expresa su opinión y también impedirle que exprese opinión alguna si se asocia.<sup>75</sup>

La regla de co-licitud no figura para nada en mi artículo de 1988. La traigo aquí a colación sólo para señalar uno de los inconvenientes de la regla de cierre lógico —que es la característica común compartida por todos los sistemas de LDE—,<sup>76</sup> regla que está en la base de las aporías de la obligación condicional, como la del guardián y la del elogio.

En resumen, el error subyacente era imaginar que lo obligatorio era lo que se cumplía en los mundos-posibles deónticamente aceptables. Puesto que en tales mundos no se vulnera la ley, en ellos no habrá ninguna sanción contra los infractores de la ley. Por lo tanto no será obligatorio sancionar a nadie; al revés: será incondicionalmente obligatorio no sancionar; ésa era, en el fondo, la aporía del

---

<sup>71</sup>. V. supra, 2º párr. del §3.

<sup>72</sup>. Si la necesidad involucrada es física —y no sólo metafísica—, estará prohibida la hechicería.

<sup>73</sup>. Incluyendo la que yo desarrollé en 1988, por muy gradualista y no-clásica que fuera.

<sup>74</sup>. *Quicquid licet singillatim licet coniunctim.*

<sup>75</sup>. No ignoro que determinados ejercicios del derecho de asociación pueden ser legalmente incompatibles con determinados ejercicios del derecho de libre expresión; tales ejercicios determinados no son incondicionalmente lícitos.

<sup>76</sup>. Incluyendo el mío de entonces.

guardián.<sup>77</sup>

Asimismo, como en tales mundos todos cumplirán la ley, será (incondicionalmente) obligatorio otorgar a todos el premio que legalmente esté establecido para los cumplidores de la ley —si es que lo hay;<sup>78</sup> ésa era, en el fondo, la aporía del elogio. Las circunstancias contingentes no afectarían, pues, al surgimiento ni a la extinción de las obligaciones ni de los derechos.

---

### §6.— La iteración de operadores deónticos

En mi artículo de 1988 daba yo vueltas a otros candidatos a axiomas que se han propuesto en algunas lógicas deónticas de la familia estándar y que involucran iteración de operadores, como el principio de Prior (es obligatorio que, en la medida en que algo sea obligatorio, se cumpla)<sup>79</sup> y otros principios relacionados con él (que determinarían qué nexos implicativos se dan entre la obligatoriedad de una conducta y la obligatoriedad de que sea obligatoria esa conducta, o entre la licitud de algo y que esa licitud sea, a su vez, obligatoria o lícita, y así sucesivamente).

No objetaba yo a esos principios de iteración o desiteración que sean ininteligibles o sinsentidos, como han sostenido otros.<sup>80</sup> Lo que yo objetaba era que tales principios tenían sentido mas no eran verdaderos.

Mi conclusión era la de rechazar todos esos axiomas suplementarios, mostrando que una conducta puede ser lícita sin que sea obligatorio que lo sea —tal vez ni siquiera lícito. El argumento que me llevaba a ese distingo entre la licitud de una conducta y la licitud de esa licitud (y entre la obligación y la obligatoriedad de que exista tal obligación y así sucesivamente) era el alegato de que muchas veces las obligaciones y los derechos surgen sobrevenidamente, por la existencia de circunstancias contingentes, de no darse las cuales no resultarían esas obligaciones o esos derechos.

La discusión de las iteraciones deónticas me conducía en la buena dirección, pero me dejaba a medio camino. Si era acertada mi objeción a esos axiomas de iteración o desiteración, es que hay obligaciones y derechos que sólo surgen en presencia de acaecimientos contingentes. Habrá obligaciones que no se cumplan en todos los mundos-posibles deónticamente buenos, puesto que sólo empiezan a existir en tanto en cuanto han surgido ciertos acaecimientos, a veces transgresiones de la norma vigente y en todo caso circunstancias contingentes y que, por serlo, no tienen

---

<sup>77</sup>. Que —formulada con un ejemplo alternativo— llevaría a que los tribunales tengan una obligación incondicional de absolver.

<sup>78</sup>. Y a veces lo hay; p.ej. una recompensa para incentivar conductas conformes con lo legalmente preceptuado.

<sup>79</sup>. Posteriormente lo he llamado 'principio de Hamurabí'.

<sup>80</sup>. P.ej. Castañeda, *op.cit.*, aunque en su caso la objeción se basaba en su propia y peculiar dualidad ontológica de practiciones frente a proposiciones.

por qué darse en todos esos mundos deónticamente buenos (o como los queramos llamar).

Uno puede preguntarse por qué no abrazaron principios como el de Prior<sup>81</sup> quienes se aferraban a la concepción modal de lo deóntico (a la tesis de que lo obligatorio en un ordenamiento normativo es lo que se realiza en todos los mundos-possibles en los que esa normativa se respeta). Chellas enunció una objeción al principio de Prior por conllevar una especie de pesimismo deóntico.<sup>82</sup> Quizá fue una inconsecuencia de los modalistas, o adeptos de la LDE, no dar el paso suplementario de comprometerse a favor del principio de Prior y sus corolarios.<sup>83</sup> Hasta tal vez hubieran debido abrazar otro más fuerte: el de que lo lícito es obligatoriamente lícito. En ese enfoque no hay por qué distinguir entre que un estado de cosas tenga una determinación deóntica y que sea lícito u obligatorio que la tenga.

Sea así o no, la comprensión de que tales axiomas adicionales chocaban con la realidad de las obligaciones sobrevenidas llevaba en la dirección opuesta: la de desembarazarse de esa modelización kripkeana y, con ella, de toda la LDE.

---

### §7.— Abandono de la regla de cierre lógico

En los primeros trabajos de los años 90 de los que fui co-autor junto con Txetxu Ausín empezamos a apartarnos (todavía tímidamente) del paradigma modal y del enfoque estándar. Nos costaba abandonar creencias como el principio de agregación. Uno de los primeros prejuicios en caer fue la regla de cierre lógico; dímonos cuenta de que era decisiva para hacer surgir las aporías comunes de la lógica deóntica.

Decidimos prescindir de ella en nuestro primer trabajo conjunto: «Un sistema de lógica deóntica sin principio de cierre».<sup>84</sup> Por esa vía fue también nuestro segundo escrito, «SetUp Semantics for Systems of Fuzzy Deontic Logic».<sup>85</sup>

Abandonar la regla de cierre significaba eliminar esa concepción de lo obligatorio como lo que se realiza en los mundos deónticamente buenos o correctos. En una cierta tradición de filosofía analítica del derecho (más o menos positivista-kelseniana) el motivo principal para abrazar esa concepción era la dicotomía entre normas y proposiciones, y la idea de que la lógica se ocupa de la verdad y, por lo

---

<sup>81</sup>. Y, por consiguiente, principios de iteración y desiteración deóntica.

<sup>82</sup>. Lo mencionaba yo en la n. 13 a mi artículo de 1988.

<sup>83</sup>. Como el de que lo obligatoriamente obligatorio es obligatorio, y lo lícito es lícitamente lícito.

<sup>84</sup>. *Actas del I Congreso de la Sociedad de Lógica, metodología y filosofía de la ciencia en España*, comp. Por E. De Bustos y otros, Madrid: UNED, 1993, pp. 44-47.

<sup>85</sup>. En *IV Congreso español de tecnologías y lógica fuzzy*, comp. por Francesc Esteve & Pere García, Blanes: CSIC, 1994, pp. 79-84.

tanto, de proposiciones. En nuestras investigaciones lógicas prescindimos de tales consideraciones.<sup>86</sup>

### §8.— Dos pautas para la investigación en lógica deóntica

No era satisfactorio abandonar la regla de cierre sin proponer nada en su lugar. ¿Qué camino seguir? ¿Cómo encontrar las reglas válidas del razonamiento jurídico?

Tuvimos dos pautas. La primera era la de captar el propósito de la regla de cierre y tantear alternativas. La regla servía a un fin: hacer ver a quien estaba sujeto a una obligación dada que también lo estaba a otras derivadas de ella, tales que, si las infringía, estaría transgrediendo *eo ipso* la obligación inicialmente dada.

En mi artículo sobre los dilemas morales de 1991<sup>87</sup> ya pergeñé lo que luego aparecería como clave de la solución en lógica deóntica: el principio de no-impedimento, a saber: que hay una regla lógica en virtud de la cual está prohibido impedir el ejercicio de un derecho. En realidad la formulación del principio en el artículo de 1991 era aún tentativa e insatisfactoria.

Lo que aparecía como un principio se ha acabado escindiendo en dos: el de no-impedimento propiamente dicho (está prohibido impedir la realización de conductas lícitas ajenas, o sea: toda conducta es tal que, o bien es lícita o bien a los demás les está prohibido impedir la realización de ella); y el principio del efecto lícito, según el cual las consecuencias causales de hechos lícitos son lícitas.<sup>88</sup>

Pasábamos así del vínculo lógico a vínculos causales, aunque hay que reconocer que nunca hemos puesto en pie una lógica de la causalidad. Meter a la causalidad en la lógica deóntica es introducir una noción menos perspicua, más refractaria a las regularizaciones y modelizaciones tan caras al lógico. *Sed magis amica ueritas.*

Así, nuestra primera pauta fue, como digo, buscar sucedáneos a las reglas de la LDE que íbamos abandonando, sucedáneos que estuvieran exentos de los inconvenientes que las afectaban pero que pudieran, en su lugar, servir adecuadamente a los propósitos para los que se habían diseñado.

Nuestra segunda pauta fue inductiva: buscar en las argumentaciones jurídicas

---

<sup>86</sup>. En mis propios trabajos yo he atacado ese motivo, sosteniendo que la obligatoriedad de una conducta consiste en que un cierto estado de cosas posea una determinación deóntica, posesión que constituye, a su vez, otro estado de cosas; en tales ensayos posteriores he rechazado la dualidad entre un «debe» prescriptivo del legislador y un «debe» descriptivo del jurisconsulto. V. «Imperativos, preceptos y normas», *Logos*, vol. 39 (2006), pp. 111-142. ISSN 1575-6866.

<sup>87</sup>. V. *supra*, n. 6.

<sup>88</sup>. O, en otros términos: en la medida en que una conducta tiene efectos ilícitos, en esa medida es, ella misma, ilícita. V. *infra*, §16, 8º párr.

una guía para hallar reglas correctas de lógica deóntica. Naturalmente no se nos ocultaba que un jurista (abogado, juez, jurisconsulto, o lo que sea) puede razonar bien o mal; que no es válida cualquier cadena de asertos tales que el último venga encabezado por un «ergo» o cualquier sinónimo («así pues», «por consiguiente», etc); que los juristas, como los demás seres humanos, pueden incurrir en sofismas.

Mas, ¿cómo halló Frege las leyes de la lógica que él plasmó en su sistema, el primero de la lógica moderna? ¿Cómo las habían hallado Aristóteles, los megáricos, los estoicos, los medievales, Leibniz, los lógicos del siglo XIX?

Siempre se empieza escuchando razonamientos, o presuntos razonamientos, que hace la gente para luego depurarlos; el filtro depurador lo suministran: en parte la propia praxis argumentativa;<sup>89</sup> en parte el sentimiento de verdad.<sup>90</sup>

Es la propia evolución y autocorrección, la dinámica misma de la construcción sistemática, lo que va desgajando y perfilando un utillaje adecuado, poco a poco limpiado y mejorado.

---

### §9.— El *modus ponens* deóntico

Armados con esa metodología (inexacta, tentativa y heurística) fuimos pergeñando reglas que nadie había enunciado (que nosotros supiéramos), como el principio de co-licitud —ya más arriba expuesto—, junto con otros que tenían precursores, como el de alternativa obligatoria (en presencia de una obligación de contenido disyuntivo, la *total* no-realización de uno de los dos disyuntos implica la obligación sobrevenida del otro) y el de alternativa lícita (que es igual, reemplazando ‘obligación’ por ‘licitud’).

Ese principio de la alternativa obligatoria tenía un importante corolario, la regla del *modus ponens* deóntico: del par de premisas «Es obligatorio que, si A, B» y «Sucede, de hecho, que A», vale concluir: «Es obligatorio que B».<sup>91</sup>

Justamente eran esos principios los que estaban faltando en la LDE, donde lo fáctico y lo deóntico iban por separado: del «debe» no se podía inferir el «es» ni viceversa. En nuestros sistemas no-estándar, el «es» y el «debe» están interconectados; el «debe» evoluciona con las variaciones del «es»; lo deóntico tiene que alterarse al producirse nuevos hechos contingentes.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup>. En la cual los sofismas tienden a no prosperar y en la cual se va produciendo una especie de selección natural.

<sup>90</sup>. Si se quiere la «intuición» de quien efectúa la selección; un sentimiento falible (como se echa de ver en los errores en que se ha incurrido en la historia de la lógica, como el principio de subalternación silogística y la falacia de los cuantificadores).

<sup>91</sup>. En mi reciente artículo «La obligación de aplicar las normas jurídicas vigentes» (*Isegoría*, nº 35, 2006, pp. 221-44) he mostrado que esos principios tienen que ser sometidos a algunas restricciones para evitar ciertas paradojas; pero tales restricciones dejan a salvo su plena utilizabilidad deóntica en cualesquiera contextos normales. V. infra, n. 97.

<sup>92</sup>. V. infra, §17.

De la LDE sólo conservamos tres cosas: (1) la regla de equivalencia (dos hechos lógicamente equivalentes son igual de obligatorios el uno que el otro); (2) un principio que poco papel desempeñó en nuestros sistemas, el de Kant de que *ad impossibile nemo tenetur*,<sup>93</sup> y (3) el principio de Bentham de que lo obligatorio es lícito (subalternación deóntica), que luego hemos reforzado en algunas propuestas. Nada más.

Los sistemas resultantes se hubieran podido injertar en un cálculo cuantificacional clásico.<sup>94</sup> Pero la verdadera utilidad del sistema radicaba en combinar cuatro rasgos:

- 1°. El abandono de la visión modalista de lo deóntico, la idea de que lo obligatorio es lo que se realiza en una cierta familia de mundos posibles y que lo lícito es lo que se realiza en al menos uno de tales mundos.
- 2°. La introducción de los nuevos postulados y las nuevas reglas, extraídas de la praxis depurada del razonamiento jurídico real: el principio de no-impedimento (*interdictio prohibendi*), el principio del efecto lícito, el *modus ponens* deóntico, el principio de co-licitud.
- 3°. El reconocimiento de contradicciones normativas, que surgen de un montón de causas, loables o censurables, y que generan conflictos de obligaciones y situaciones jurídicas contradictorias.
- 4°. La admisión de grados de obligación y de licitud, que a menudo amortiguaba las contradicciones deónticas y otras veces las suscitaba, pero impregnando de sentido a toda la construcción y brindando una motivación adicional a toda esta empresa.

---

### §10.— Algunos jalones

El nuevo enfoque no surgió de un plumazo, sino que se fue elaborando trabajosamente en una serie de ensayos de los años 90, y que luego hemos seguido puliendo y mejorando. Limitándonos a los publicados en el siglo XX, mencionaré los cinco siguientes (todos ellos firmados conjuntamente por T. Ausín y el autor del presente ensayo):

— «The Philosophical Significance of a Fuzzy Approach to Deontic Logic».<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup>. Que luego incluso ha habido que restringir, limitándolo a las obligaciones iniciales. V. infra, §15.

<sup>94</sup>. Así lo hicimos en nuestra comunicación en el II congreso europeo de filosofía analítica, Leeds (Inglaterra), septiembre de 1996, titulada «Deontic Logic and Quantificational Entitlements».

<sup>95</sup>. *10th International Congress of Logic, Methodology and Philosophy of Science*, Centro di Epistemologia «F. Enriques», Florencia, 1995, p. 164.

- «Quantificational Entitlements and Relevantoid Deontic Logic». <sup>96</sup>
- «Paraconsistent Deontic Logic with Enforceable Rights». <sup>97</sup>
- «Por qué la lógica deóntica debe divorciarse de la lógica modal». <sup>98</sup>
- «La deducción normativa». <sup>99</sup>

Desde luego, esos ensayos, escritos y publicados antes del año 2001, no marcan sino hitos sucesivos en la propuesta de un sistema de lógica deóntica para el que posteriormente hemos acuñado la denominación de «lógica jurídica». <sup>100</sup>

Al iniciar el nuevo camino de la lógica jurídica con el ensayo de 1993, nos percatamos ambos de la necesidad de buscar inductivamente en la masa del razonamiento jurídico empíricamente dado, como se busca una aguja en un pajar, para sacar de ahí, convenientemente filtradas, las reglas de la deducción normativa. Había sido un error de la LDE edificar sus sistemas de espaldas al razonamiento jurídico real. Sin caer en el seguidismo respecto a lo que efectivamente hacen los juristas, no podíamos pretender ignorarlo ni levantar castillos artificiales, so pena de que el resultado fuera tan inoperante para la argumentación jurídica como lo eran los moldes de la LDE.

---

### §11.— Nuevos avances de la lógica jurídica

El trabajo de reelaboración, justificación y aplicación de la lógica jurídica sigue su camino. Al recordar ahora el ensayo de 1988 cabe ver en él ni más ni menos que lo que fue: un primer intento, no exitoso, de puesta en pie de una lógica deóntica de los grados de licitud y de estudio de las aporías de la obligación condicional.

Si el sistema deóntico de 1988 era sólo un precedente —al cual faltaban aún todas las características típicas de la lógica jurídica salvo una (la de basarse en una lógica paraconsistente y gradualista, implementando una noción de grados de licitud)—, estaban ya en esa exposición, aunque en estado embrionario (y confuso), todas las consideraciones que han ido motivando después la puesta en pie del nuevo

---

<sup>96</sup>. *Logique et Analyse*, N° 150-151-152 (1995), pp. 209-238. Éste es, probablemente, el principal de todos los artículos de esa serie.

<sup>97</sup>. *Frontiers of Paraconsistent Logic*, ed. por D. Batens, Ch. Mortensen, G. Priest & J.-P. Van Bendegem, Baldford (Inglaterra): Research Studies Press Ltd. [Logic and Computation Series]. 2000, pp. 29-47.

<sup>98</sup>. En *Actas del III Congreso de la Sociedad de Lógica, Metodología y Filosofía de la Ciencia en España*, ed. por Mary Sol de Mora y otros. San Sebastián: UPV/EHU, 2000, pp. 3-10.

<sup>99</sup>. *Doxa*, vol 23 (2000), pp. 465-81.

<sup>100</sup>. Su más reciente formulación es la que ofrece el autor de este ensayo en el art. cit. supra en la n. 47. En ese artículo hay un intento de reintroducción de algunos axiomas que involucran iteraciones o desiteraciones deónticas cuidadosamente restringidas y nuevas variaciones y reformulaciones de los principios arriba mencionados.

sistema de lógica deóntica.

La más reciente versión hasta la fecha es el sistema **LJ** que figura en el citado artículo de *Isegoría*, N° 35 (2006).<sup>101</sup> Mas es un sistema perpetuamente en construcción, evolutivo, adaptativo, sujeto a la rectificación, elaborado desde una perspectiva gnoseológica no-fundacionalista, que tiene que apoyarse en la inducción y no en la intuición, que es *a posteriori* y no *a priori*. Por ello la formulación de 2006 no aspira a ser la última. Nunca habrá una versión final.

Sin duda hoy la LDE tiene muchos menos partidarios que hace 20 años.<sup>102</sup> Los lógicos deónticos han llevado en general sus esfuerzos a elaboraciones de una enorme complejidad técnica.<sup>103</sup> Otros estudiosos del razonamiento jurídico han ofrecido críticas a la LDE bastante coincidentes con las nuestras. Muchos filósofos del derecho (inclinados al estudio racional y argumentativo) se han mostrado crecientemente escépticos sobre las perspectivas de formalización lógica; entre ellos merece destacarse la escuela de Alicante, iniciada por Manuel Atienza.

El futuro dirá si, en ese panorama, la lógica jurídica tiene algo que ofrecer que sea de veras útil para la praxis del razonamiento jurídico.



## Parte II: : El vínculo entre hechos y derechos

El recorrido de la Parte I nos capacita para abordar la relación entre normatividad y modalidad con un enfoque alejado del de la LDE, para la cual las obligaciones son independientes de las contingencias del mundo. Vamos ahora a ver en detalle que los derechos no son independientes de los hechos.

<sup>101</sup>. Cf. supra, n. 47. En un artículo reciente, «La paradoja de la prohibición de prohibir y el sueño libertario de 1968» (*Persona y Derecho*, n° 58 (2008), pp. 377-416, ISSN 0211-4526) he explorado las consecuencias de algunos teoremas de esa lógica jurídica. Un análisis más detallado de la aplicabilidad de dicha lógica está en: «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006, pp. 163-386.

<sup>102</sup>. Dos voces críticas —coincidentes en varios puntos con quienes hemos levantado la lógica jurídica— son las de: Ota Weinberger (v. «The Logic of Norms Founded on Descriptive Language», *Ratio Juris*, vol. 4 (1991), pp. 284-307); y Sven Ove Hansson, «Deontic Logic without Misleading Alethic Analogies», *Logique et Analyse*, n° 123-124 (1988), pp. 337-370. (V. también: Donald Nute (ed), *Defeasible Deontic Logic*, Springer, 1997.) Otros filósofos del derecho —como Manuel Atienza y Rafael Hernández Marín— han optado por buscar paradigmas de racionalidad jurídica al margen de toda lógica deóntica, sea la estándar o cualquier otra.

<sup>103</sup>. Que se iniciaron con los sistemas diádicos, en los que figuraba un operador deóntico inanalizable de obligación condicional, a los que ya aludía yo, críticamente, en 1988. (V. p.ej. Lennart Åqvist, «Some Results on Dyadic Deontic Logic and the Logic of Preference», *Synthese*, vol. 66 (1986), pp. 95-110.)

## §12.— La diferencia entre las modalidades aléticas y las deónticas

¡Recapitulemos algunas nociones! Un sistema normativo es un cúmulo de normas o preceptos dotado de algún grado de coherencia o cohesión y en el cual cabe distinguir unas normas, las primitivas, de otras, derivadas de las primitivas por medio de reglas de deducción lógico-normativa.

El contenido o *dictum* de las primeras suele ser un condicional o una implicación —o bien la cuantificación universal de tal condicional o tal implicación—, que asevera la realización de un hecho consecuente o resultante (apódosis) en el caso de realizarse un hecho antecedente o supuesto (prótasis). A ese vínculo condicional o implicativo la norma viene a afectarlo de un operador, ya sea de obligación o de licitud; con lo cual la existencia de la norma consiste en la obligatoriedad o la licitud de que se sigan tales consecuencias de tales supuestos de hecho.<sup>104</sup>

Aquí estamos tomando esas nociones normativas en una acepción amplísima. La normatividad de que hablamos puede ser jurídica o no jurídica. Desde el punto de vista de la estructura lógica, es indiferente que se trate de una normatividad puramente moral —o incluso tal vez estética— o de la normatividad reguladora de una agrupación privada o de la de una sociedad en el pleno sentido, o sea un ordenamiento jurídico. Puede incluso tratarse de una valoración positiva (o negativa) correspondiente a cualquier otro valor. En todos los casos, la norma suele establecer la necesidad o la posibilidad normativa de que, de unos determinados supuestos de hecho, se sigan unas consecuencias.<sup>105</sup>

La necesidad y la posibilidad normativas no son, en absoluto, necesidad y posibilidad a secas, o sea modalidades aléticas de los estados de cosas. Un error de la LDE —inaugurada por von Wright— fue asimilar la posibilidad normativa a la

<sup>104</sup>. Mi manera de hablar de hechos o estados de cosas desagradará o desconcertará a quienes o no se han planteado la cuestión metafísica de la existencia de tales entes o han abrazado una ontología en la que no tienen cabida. Es inmensa la bibliografía relativa a los debates habidos en la filosofía analítica contemporánea sobre la existencia de hechos o estados de cosas. (Para mi propio tratamiento remito a mi libro *El ente y su ser: un estudio lógico-metafísico*, Publicaciones de la Universidad de León, 1985.) A falta de reconocimiento de hechos (y, más en general, de una noción de lógica de los operadores —v. «Logical Expressions, Constants, and Operator Logic» de Steven T. Kuhn, *The Journal of Philosophy*, 78/9 (Sept. 1981), pp. 487-499—), inicialmente se tendió a ver la lógica deóntica como un cálculo en el que el predicado «obligatorio» afectaba a una oración, siendo así de carácter metalingüístico. Ulteriormente los adalides de la LDE abogaron por una lógica de la validez, lógica sin verdad. El realismo metafísico de las normas —ya propugnado por G. Kalinowski en *Le problème de la vérité en morale et en droit*, Lyon: Emmanuel Vitte, 1967— es, en cambio, lo que sustenta y justifica filosóficamente mi tratamiento (y lo que da sentido a la lógica judicial); v. mi artículo «Imperativos, preceptos y normas» (cit. supra, n. 42). Notemos que no soy el único autor que ha optado por el reconocimiento de la existencia de hechos y normas objetivas; entre quienes lo rechazan figura Ota Weinberger —aunque coincida con nosotros en la crítica a la LDE [v. supra, n. 58]—; v. su «Against the Ontologization of Logic: A Critical Comment on Robert Walter's Tackling Jørgensen Dilemma», *Ratio Juris*, 12/1 (1999), pp. 96-99. También en la línea antiontologizante se inscribe en España Carlos Alarcón. Lo malo de esa línea es que viene inexorablemente condenada a alguna variante de la LDE, al considerar que lo que subyace a la lógica de las normas es la conexión lógico-alética en los mundos donde se cumplan todas las obligaciones, lo cual es el error básico de la LDE refutado en este artículo.

<sup>105</sup>. A efectos de este trabajo trato como adjetivos equivalentes los de «normativo» y «deóntico».

posibilidad lógica o metafísica, de la cual sólo diferiría en ciertos detalles. Tal equiparación —ya propuesta por Leibniz en el siglo XVII— ha conducido a callejones sin salida.

Las modalidades lógicas o metafísicas son la posibilidad, la necesidad, la contingencia y la imposibilidad aléticas. Las modalidades normativas son la necesidad deóntica —o sea, la obligatoriedad—, la posibilidad deóntica —o sea, la licitud—, la imposibilidad deóntica —o sea, la prohibición—, y las nociones correspondientes de otros campos normativos.<sup>106</sup>

Ya hemos visto en la Parte I de este ensayo que las modalidades deónticas se rigen por una estructura lógica totalmente dispar de la de las modalidades aléticas. Sin embargo, algún nexo tiene que haber entre unas modalidades y otras; de no ser así, no se vería por qué los lenguajes humanos han usado los mismos verbos de «poder» y «tener que» (o sus sinónimos) igual para expresar las modalidades aléticas que las normativas —rasgo compartido por todos los idiomas de los que el autor de estas líneas tiene algún conocimiento, por escaso que sea.

---

### §13.— Principios de la lógica modal inaplicables a la lógica de las normas

En primer lugar, vale para las modalidades aléticas —y sin duda para cualesquiera operadores— una regla de equivalencia, cuya aplicabilidad a las modalidades normativas no vamos a cuestionar en absoluto: dos hechos lógicamente equivalentes tendrán las mismas propiedades modales o cualesquiera otras.

Al margen de esa regla de equivalencia (cuya validez y aplicabilidad han sido ya evocadas en §9), hay dos leyes que regulan las modalidades aléticas. La primera es la de escalonamiento: lo necesario implica lo real o verdadero (lo efectivamente existente), y, por consiguiente, lo real o verdadero implica lo posible. *Ab esse ad posse ualet consæquentia*. Lo que tiene que ser es. Lo que es puede ser. De esa ley se deduce un corolario —al que llamaremos «principio de subalternación» o «ley de Bentham»— a saber: lo que tiene que ser puede ser.

La segunda ley lógica de las modalidades aléticas es la de distributividad de los operadores modales, que consiste en lo siguiente: la necesidad de una conyunción equivale a la conyunción de las necesidades de ambos conyuntos, al paso que la posibilidad de una disyunción equivale a la disyunción de las posibilidades de los dos disyuntos.

Según se desprende de las consideraciones de la Parte I de este ensayo, ninguna de esas dos leyes vale para las modalidades deónticas, aunque sí vale el principio de subalternación: lo que es deónticamente necesario es también deónticamente posible. En cambio, tanto la ley de escalonamiento cuanto la de distributividad son absolutamente inaplicables a las modalidades deónticas.

---

<sup>106</sup>. P.ej. la admisibilidad y la inadmisibilidad estéticas.

Veamos, con mayor detalle, qué está pasando con esas dos leyes. La ley de escalonamiento nos dice que lo necesario es, *a fortiori*, real o verdadero. En una formalización más depurada y rigurosa nos diría que, en tanto en cuanto algo es necesario, es también real (una implicación). De ahí se deduce fácilmente<sup>107</sup> que lo real es posible. De ambos asertos (uno de los cuales se sigue lógicamente del otro) se infiere la conclusión de que lo necesario es posible. Ésta última —como hemos visto— puede tomarse como un principio con entidad propia, que es el de subalternación modal.

Para la lógica de las normas sólo vale el principio de subalternación, no la ley de escalonamiento. Hechos que tendrían que suceder tal vez no suceden (lo obligatorio tal vez no se cumple). Ciertas conductas reales puede que sean ilícitas. Sin embargo, sí es cierto que lo que tiene que suceder (es obligatorio) es también lícito, que los deberes son derechos.

Los cultivadores de la LDE hicieron bien en señalar, simultáneamente, ese parecido y esa discrepancia entre la estructura lógica de las modalidades aléticas y la de las modalidades normativas. Mas, no aceptando que la única similitud entre las modalidades aléticas y las normativas consistiera en el principio de subalternación, creyeron, equivocadamente, que se aplicaría también la ley de distributividad. No es así.

Según lo hemos visto en el §3 (Parte I), la necesidad normativa de una conjunción no implica la necesidad normativa de ninguno de los conjuntos por separado.<sup>108</sup> La obligación de A-y-B no implica la obligación de sólo A, en el supuesto de que el obligado no realice B (sea porque no pueda o porque no quiera), porque hacer A sin B puede ser peor que no hacer ni A ni B.<sup>109</sup>

Tampoco la necesidad normativa de ambos conjuntos —cada uno por su lado— implica la de su conjunción. Que no vale ese principio de agregación deóntica —e.d. que la obligación separada de A junto con la de B no implican la obligación conjunta de A-y-B— se echa de ver imaginando que alguien ha contraído compromisos incompatibles, prometiendo un mismo objeto a dos personas.<sup>110</sup> Su ligereza o su duplicidad han acarreado para él la existencia de dos obligaciones separadas y de contenido opuesto. Felizmente, de su obligación de entregar ese objeto a la una y de su obligación de entregarlo a la otra no se sigue la obligación de entregarlo a ambas. Aunque su error o su deshonestidad lo colocan ante un par de compromisos de

---

<sup>107</sup>. Por una regla de contraposición y por equivalencia definicional.

<sup>108</sup>. V. supra, n. 25.

<sup>109</sup>. Déjase como ejercicio para el lector iarngrinar una serie de ejemplos donde existe una obligación (incondicional) de contenido conyuntivo sin que sea incondicionalmente obligatorio ninguno de los conjuntos, en la hipótesis de que el otro no se materialice (sea por la razón que fuere). Baste pensar en casos sacados del ámbito de las obligaciones familiares, civiles, mercantiles, laborales, políticas, procesales o cualesquiera otras.

<sup>110</sup>. V. supra, §4.

cumplimiento incompatible, no por ello está obligado a una acción imposible.

Tampoco hay implicación mutua entre la disyunción de posibilidades normativas (licitudes) de sendos disyuntos y la posibilidad normativa (licitud) de la disyunción entre ellos. Que la licitud de A no implica la de A-o-B ya lo he argumentado de sobra en secciones precedentes. Que tampoco es verdad que la licitud de A-o-B haya de implicar que uno de los dos disyuntos, A o B, sea (incondicionalmente) lícito lo demuestro como sigue: la licitud de A-o-B es una autorización para optar entre A y B; a menudo sólo es lícito A para el que renuncia a B y viceversa, de suerte que, en tales casos, puede estar prohibido realizar conjuntamente A-y-B (efectuando, por consiguiente, A pero también B). El que realiza A-y-B no renuncia a A ni a B; no renunciando a A, puede que no tenga derecho a realizar B; no renunciando a B, puede que no tenga derecho a realizar A. Así pues (por hipótesis) no tiene derecho a A ni a B, aun teniendo derecho a A-o-B.

---

#### §14.— Principios de la lógica de las normas inaplicables a la lógica modal

Por otro lado, en lo tocante a las modalidades normativas las implicaciones que podemos desentrañar son totalmente sorprendentes para quienes buscaban reducirlas a modalidades aléticas con alguna particularidad menor.

El ámbito de lo normativo se rige por el principio de admisibilidad conjunta —o regla de co-licitud—, a saber: la admisibilidad normativa de un hecho, A, y la de otro hecho, B, implican la admisibilidad normativa de la conjunción de ambos.<sup>111</sup> Y es que estamos hablando de una admisibilidad incondicional. Si, siendo admisible una conducta, A, y siéndolo otra, B, fuera, sin embargo, totalmente inadmisibles la conducta que subsuma a ambas, A-y-B, entonces es que ni A ni B eran incondicionalmente admisibles: A era admisible sólo en ausencia de B y viceversa.

En virtud de la regla lógica de contraposición y de una equivalencia definicional, la necesidad normativa (obligatoriedad) de una disyunción implicará la disyunción de las obligaciones de uno u otro disyunto. Y es que sólo estamos obligados a hacer A-o-B si, en cada caso concreto —y según las circunstancias— o bien estamos obligados a hacer A, o bien estamos obligados a hacer B.<sup>112</sup>

Pues bien, esa regla de co-licitud es incompatible con la LDE. ¡Veámoslo! Un corolario de la regla de distributividad del operador modal de necesidad era lo que se ha llamado «regla de Gödel», o de necesitación, a saber: que las verdades

---

<sup>111</sup>. V. supra, §5.

<sup>112</sup>. Más concretamente: si existe una obligación disyuntiva de A-o-B —p.ej. de que Juan o Pedro paguen la deuda solidaria—, entonces surge una obligación de A si B no se realiza en absoluto; y viceversa. Dejo de lado el caso de que se realicen ambos disyuntos, tanto A como B, en el cual ciertamente nuestros cánones lógico-deónticos no nos facilitan ninguna respuesta a la pregunta de cuál de los dos era, en esa hipótesis, determinadamente obligatorio. Pero ese supuesto carece de interés práctico.

lógicas son verdades necesarias. En efecto, estamos presuponiendo la lógica clásica.<sup>113</sup> En el marco de esa lógica, dada una verdad lógica, B, cualquier aserto, A, equivale a B-y-A; luego la necesidad de A equivaldrá a la de B-y-A. Por la ley de distributividad, ésta equivale a la necesidad de A y a la de B. Luego de la necesidad de A se sigue la de B (siempre que B sea una verdad lógica).

O sea, si hay alguna verdad necesaria, entonces cualquier verdad lógica es también una verdad necesaria. Las verdades lógicas no son contingentes, no pueden suceder o no suceder al albur de otras circunstancias, sino que tienen que darse pase lo que pase.

Al embutir las modalidades normativas en el molde de las modalidades aléticas, la LDE incurrió en el error de considerar obligatorias todas las verdades lógicas.<sup>114</sup> De donde se seguía, claro, que las negaciones de tales verdades serían prohibidas. Así, pasaba a ser un contenido prohibido cualquier imposible, pero especialmente cualquier imposible lógico.

Como lo prohibido es no-permitido, de ahí se seguía que no está nunca autorizada una conyunción de dos conductas cuando la una implica la negación de la otra. Y eso es incompatible con la regla de co-licitud, a menos que el margen de libertad sea nulo y cualquier conducta sea o bien obligatoria o bien ilícita.<sup>115</sup> Si hay libertad, tal libertad ampara el ejercicio de conductas incondicionalmente lícitas —tanto A como no-A—; por consiguiente, la realización conjunta de tales conductas será posible o imposible, pero no puede ser ilícita.

Si hay conductas libres —comportamientos, A, tales que tanto A como no-A son lícitos—, y si aceptamos la regla de co-licitud, entonces cualquier situación imposible será lícita. De nuevo hay que aclarar que el razonamiento presupone la lógica clásica, pero que sería adaptable a muchas otras lógicas, no-clásicas, con algunos retoques.<sup>116</sup>

En efecto: si A es lícito y si también no-A es lícito, será lícito A-y-no-A (regla de co-licitud). Mas en la lógica clásica A-y-no-A equivale lógicamente a B, siendo B cualquier situación imposible (p.ej. la cuadratura del círculo).

De lo anterior se sigue que, si hay algún margen de libertad y si vale la regla de co-licitud, cualquier situación imposible tiene que ser lícita. Y, por consiguiente, sólo situaciones que sean posibles estarán prohibidas (contrariamente a la tesis de la LDE según la cual todo lo imposible está prohibido).

<sup>113</sup>. Aunque, en rigor, lo esencial del razonamiento valdría, *mutatis mutandis*, con muchas otras lógicas.

<sup>114</sup>. En realidad, más ampliamente, todas las verdades necesarias.

<sup>115</sup>. V. supra, §5.

<sup>116</sup>. En realidad seguramente valdría para cualquier lógica fuera de las de la familia relevantista.

### §15.— Vínculo entre normatividad y contingencia. La radical equivocación de las lógicas deónticas estándar

Llegamos así a una radical oposición a las conclusiones de la LDE. Para ésta, cualquier verdad necesaria era también un contenido obligatorio. Para nosotros, por el contrario, ninguna situación necesaria será obligatoria.

Hemos visto que, para que una conducta esté prohibida, tiene que ser posible (según nuestro enfoque). Pero, por otro lado, podemos añadir un postulado, el postulado de Kant: *ad impossibile nemo tenetur*. Aunque ese postulado es dudoso que valga en general, podemos aceptarlo, al menos, para las normas primitivas. De él se sigue que cualquier situación necesaria será también lícita; porque, si no, si una situación necesaria fuera ilícita, sería obligatoria su negación —o sea, algo imposible—, dada la equivalencia entre la obligación de no-A y la prohibición de A.

Por consiguiente, tiene que ser posible cualquier conducta o situación obligatoria.<sup>117</sup> Mas nuestro razonamiento anterior mostraba que ninguna situación necesaria es obligatoria. De donde se sigue que las situaciones obligatorias tienen que ser posibles mas no necesarias. Con otras palabras: sólo lo contingente puede ser obligatorio. El operador deóntico fuerte, la obligatoriedad o necesidad normativa, sólo puede recaer en contenidos contingentes.

Similarmente, sólo lo contingente puede estar prohibido, ya que A es contingente si y sólo si no-A también es contingente.

Difícilmente podría llegarse a mayor divorcio entre la necesidad alética y la necesidad deóntica. Para los adeptos de la LDE todas las situaciones imposibles estaban prohibidas en todo sistema normativo. Para nosotros ninguna situación imposible (o al menos reconocida por tal) está prohibida en ningún sistema normativo.

Desde luego una cosa es qué sea necesario y qué sea contingente —qué sea, de suyo, una verdad de razón y qué sea, de suyo, una verdad de hecho— y otra cosa, muy distinta, es qué creamos nosotros que es necesario o contingente.

Por ello, los sistemas normativos humanos han podido afectar por operadores deónticos a situaciones que, equivocadamente, creían posibles; han podido prohibir situaciones que se les antojaban realizables y que, en verdad, no lo son.

Aunque aquí estamos hablando de posibilidad o contingencia metafísicas, seguramente valen las mismas consideraciones para la posibilidad y la contingencia físicas. Si se creía en la posibilidad del embrujamiento o del mal de ojo, podía prohibirse. Una vez que nos persuadimos de que eso es (físicamente) imposible, pasa a levantarse tal prohibición.<sup>118</sup> La obligación y la prohibición sólo regulan

---

<sup>117</sup>. Al menos si lo es en virtud de una norma primitiva.

<sup>118</sup>. En el derecho penal moderno la tentativa inidónea es atípica; o sea, no es delictiva. Eso significa que el mero propósito de causar un mal no basta para violar la ley penal, si los medios empleados no pueden causarlo. En ordenamientos jurídicos del pasado puede haber sucedido de otra manera, mas sólo en tanto en cuanto se pensara

conductas que pueden producirse y que pueden no producirse. Si por necesidad objetiva (sea metafísica, sea física) tiene que suceder algo, entonces ni ese algo ni su negación estarán afectados en ningún sistema de normas ni por un operador de obligación ni por uno de prohibición.

Si, por lo tanto, bajo las determinaciones deónticas fuertes de prohibición o de obligación sólo caen hechos contingentes —que pueden suceder y que pueden no suceder—, entonces la normatividad guarda un nexo estrechísimo con la contingencia. Sin contingencia, no tendría sentido alguno la normatividad. En un universo sin contingencia, todo estaría permitido.

Si en la realidad valiera un necesitarismo radical como el de Spinoza, si cualquier hecho fuera o bien metafísicamente necesario o bien metafísicamente imposible, entonces ningún sistema normativo valdría para nada; no cabría prohibición alguna; cualquier conducta sería lícita.

Los adeptos de la LDE nunca pudieron descubrir ese vínculo entre normatividad y contingencia. Al revés, en su tratamiento un mundo sin contingencia alguna estaría lleno de obligaciones y de prohibiciones: todo lo que sucedería sería también obligatorio, y cuanto dejara de suceder estaría prohibido. Tal mundo sería, a su juicio, axiológicamente óptimo: en él se cumplirían todas las obligaciones y todas las situaciones serían obligatorias.

En cambio, en nuestra concepción un mundo sin contingencia carecería de obligaciones. Ninguna situación real sería obligatoria. Las obligaciones se cumplirían vacuamente, porque no las habría. Ese mundo no sería óptimo, sino deónticamente neutral.

---

### §16.— El sentido práctico de las nociones normativas

¿Por qué se da ese vínculo entre contingencia y normatividad?<sup>119</sup> La raíz de ese vínculo estriba en el sentido práctico de las nociones normativas o axiológicas.

No estoy sosteniendo una tesis más fuerte, que sería la de que sólo hechos prácticamente posibles o humanamente factibles hayan de recibir las calificaciones deónticas fuertes, o, en general, las calificaciones axiológicas de positivo o negativo.

Lo único que sostengo es que las situaciones que un sistema axiológico califique positiva o negativamente habrán de ser, al menos, situaciones contingentes, que pueden darse o no darse.

Podemos calificar negativamente un incendio, el desbordamiento de un río,

---

que los malos propósitos constituyen un peligro social y, por ende, sí causan cierto daño, aunque sea otro.

<sup>119</sup>. Al menos si aceptamos el enfoque aquí propuesto, que rechaza la ley de distributividad y que postula la regla de co-licitud.

un terremoto, una plaga de langosta, una epidemia, pese a que son acontecimientos naturales. Y podemos hacerlo no sólo porque, en algunos casos, los seres humanos podemos contribuir a provocarlos —o, más comúnmente, a impedirlos o a paliar sus efectos. La valoración negativa puede darse incluso al margen de tales posibilidades de actuación humana. Podemos condenar calamidades inevitables y, a veces, ni siquiera amortiguables.

Pero la condena de tales situaciones —que se nos imponen con una especie de fatalidad natural— tiene sentido sólo hasta donde pensemos que se trata de hechos contingentes, causalmente vinculables a la acción humana. Condenamos el terremoto, no la ley de la gravedad ni que el cuadrado de la hipotenusa sea igual a la suma de los cuadrados de los catetos.

La contingencia que se supone para que una situación caiga bajo una calificación deóntica de aprobación o desaprobación puede ser de cualquier índole, pero tiene que darse, porque el sistema axiológico o normativo está orientado a la praxis humana: una praxis contingente en un mundo donde existe también la contingencia natural.

No sólo, en realidad, no rechazamos que tenga pertinencia la prohibición de hechos naturales —siempre que sean contingentes—, sino que hay una buena razón para pensar que están prohibidos aquellos hechos naturales que, siendo contingentes, son dañinos para el ser humano, al menos en muchas sociedades.

En efecto, hay un postulado adicional,<sup>120</sup> que es el de la causa lícita: una conducta es ilícita sólo si alguno de sus efectos causales también lo es. Provocar un incendio es ilícito. Y es que el incendio causa, o corre el peligro de causar, daños en bienes o personas. Mas la causa de la causa no es causa del efecto. Quien provoca el incendio no mata a las víctimas, aunque sí sea responsable de su muerte o del daño que sufren. Si el incendio fuera lícito, la acción del incendiario no tendría ningún efecto prohibido, por mucho que si, en lugar de acudir a ese medio, hubiera causado él directamente los daños, éstos serían ilícitos.

En un caso así, no parece irrazonable opinar que el propio incendio es un hecho prohibido, negativamente calificado en nuestra valoración. Ciertamente, en tal hipótesis se trata de un incendio provocado. Pero, antes de averiguar si el incendio ha sido humanamente provocado (o no-impedido), nos encontramos con el acaecimiento contingente, el incendio, al cual aplicamos la calificación axiológica negativa. Así, serán también ilícitas las conductas —activas u omisivas— del ser humano que hayan contribuido a ese hecho (o a no evitarlo).

Podríamos, no obstante, reformular nuestro enfoque exigiendo, para calificar a un hecho como ilícito, que no sólo sea contingente sino, además, causado por el ser humano o al menos no impedido cuando se pueda impedir. Así, una epidemia causada por manipulación bélico-bacteriológica sería prohibida, pero, en cambio, sería lícita otra exactamente igual causada por circunstancias independientes del obrar

---

<sup>120</sup>. Aunque no inferible de los hasta aquí contemplados. V. supra, 4º párr. del §8.

humano.

Me parece más sencillo considerar que tales hechos son prohibidos en nuestros sistemas axiológico-normativos. Son hechos contingentes perjudiciales para el ser humano y que, por lo tanto, tendrían que no-producirse. Unas veces algunos seres humanos tienen capacidad de intervenir para causarlos, para impedirlos, para aliviar sus efectos; otras veces no. La frontera es difusa y cambiante. Y, en muchos casos, no sabemos ni qué intervención humana ha habido ni cuál podría haber habido.<sup>121</sup>

---

### §17.— La relación causal entre los hechos contingentes del mundo y las acciones humanas

Los acontecimientos contingentes del mundo natural pueden ser causados (o impedidos) por acciones humanas pero también pueden causar u ocasionar otras conductas.

En realidad,<sup>122</sup> las reglas de conducta primitivas suelen ser normas que afectan con una determinación deóntica (obligación o licitud) al nexo condicional o implicativo entre un antecedente —o supuesto de hecho—, ciertamente contingente, y una apódosis, que será su consecuencia normativa, y que también tiene que ser contingente.

Muchos comportamientos humanos son respuestas a contingencias naturales. La compañía de seguros tiene que indemnizar al dueño de un edificio si éste ha suscrito la póliza correspondiente y sufre un incendio, aunque suceda por causa de una contingencia natural como la caída de un rayo. Tiene sentido en el marco de un sistema de normas orientado a la acción humana valorar positiva o negativamente hechos naturales —o incluso eventualmente prohibirlos.

El propósito de una norma de obligación condicional o implicativa es causar —en los sujetos a los que está destinada— una cierta conducta, a saber: la de realizar la conducta expresada en el consecuente en el caso de que tenga lugar el acontecimiento expresado en el antecedente. Volviendo a nuestro ejemplo, es obligatorio<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup>. Es incurrir en un ombliguismo antropocéntrico creer que sólo hay normas en las sociedades humanas y sólo para los humanos. Dejando de lado las normas en sociedades de otros seres posibles no-humanos (mas dotados de inteligencia y de voluntad), hay reglas de conducta en otras sociedades animales, y reglas respaldadas por sanciones. Además en nuestra propia sociedad cohabitan con nosotros muchos no-humanos a los que tenemos domesticados, sometiénolos a las reglas de conducta que les hemos dictado, asimismo avaladas por sanciones; no sólo les imponemos obligaciones, sino que también les otorgamos ciertos derechos. Por eso la reciente y loable iniciativa de reconocer formalmente ciertos derechos de nuestros más próximos parientes, los simios antropoides, no significa —contrariamente a lo que se ha dicho— ninguna ruptura normativa, aunque sí implica un rechazo del chovinismo humano (no del humanismo).

<sup>122</sup>. Según lo dijimos en el §12.

<sup>123</sup>. En virtud del contrato.

que, si tiene lugar el incendio, la compañía de seguros indemnice al dueño perjudicado. Obviamente ningún sentido práctico puede tener una cláusula así si el antecedente es un hecho necesario o imposible. Sólo pueden entrar en consideración hechos contingentes.

Ahora bien, supongamos que, efectivamente, se da esa obligación condicional de la compañía de seguros.<sup>124</sup> Supongamos, además, que se produce el temido incendio.<sup>125</sup> Entonces lo normal será concluir que, en tales condiciones sobrevenidas, la compañía tiene que pagar la indemnización correspondiente.

Sí, bien, pero ¿por qué? ¿En virtud de qué regla? La pregunta puede parecer ociosa. No lo es. Lo que tenemos como premisas o hipótesis es la existencia de la obligación condicional y el suceso o acaecimiento previsto en la póliza.<sup>126</sup> Una obligación condicional de que, si A, entonces B, más el hecho de que A. ¿Cómo sale de ahí la obligación de B?

En la LDE no hay cómo.<sup>127</sup> Según ese racimo de sistemas lógico-normativos, de tales supuestos no hay inferencia válida alguna que nos lleve a la deseada conclusión, la de que la compañía tiene que pagar.<sup>128</sup>

Es verdad que, para tales lógicas, la compañía tiene que hacer lo siguiente: pagar-si-se-produce-el-incendio; por lo cual incumple la obligación en el caso de que se produzca el incendio y no pague. Pero no incumple la obligación de pagar, que no pesa sobre ella; sólo incumple (por paradójico que resulte) la obligación de contenido condicional, la de pagar-si-hay-incendio.

En realidad, no es la compañía la que incumple singularizadamente su obligación (a tenor de esas lógicas): el hecho violatorio de la obligación condicional es el suceder el incendio y no pagar la compañía. Si el siniestro ha sido provocado por un incendiario, la infracción de esa obligación condicional<sup>129</sup> estriba en el par de actuaciones, tomadas en su conjunto: la del incendiario, al causar el siniestro, y

---

<sup>124</sup>. Porque se ha suscrito la póliza adecuada y el tomador del seguro está en regla en el pago de las primas.

<sup>125</sup>. Y que no es por culpa del propietario ni sobrevienen otros hechos obstativos o impeditivos para el nacimiento de la obligación.

<sup>126</sup>. Junto con el no concurrir circunstancias anulatorias de la obligación.

<sup>127</sup>. V. supra, §9.

<sup>128</sup>. La Ley de Contrato de Seguro (Ley 50/1980) establece en su art. 1: «el contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca un evento [...] a indemnizar [...] el daño producido al asegurado». Si se produce el evento, entonces dispone el art. 19 de esa Ley: «El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por la mala fe del asegurado». Aunque el legislador hubiera omitido ese art. 19, las obligaciones del asegurador serían las mismas. Es una redundancia legislativa perfectamente inocua e incluso útil, porque es arriesgado confiar en la capacidad de inferencia lógica de los operadores jurídicos.

<sup>129</sup>. La única que se está aquí reconociendo en esas lógicas.

la de la compañía, al no pagar.

No se discute aquí que, efectivamente, el incendiario viola una obligación de no incendiar. Lo que se discute es si, en las circunstancias descritas, existe una obligación especial y concreta, sobrevenida, que pesa sobre la compañía y que sólo la compañía incumple si se abstiene de pagar. En el marco de la LDE no existe tal obligación.

Sabemos que los sistemas normativos razonables acogen el postulado de Kant, que excluye obligaciones imposibles.<sup>130</sup> Cambiar el pasado es imposible; lo es, desde luego, para los seres humanos en un mundo como el nuestro, pero —según un parecer ampliamente compartido— también es imposible de suyo.<sup>131</sup> El pasado fue contingente, pero, una vez pasado, ya no lo es.<sup>132</sup>

Como es imposible cambiar el pasado, la compañía no está obligada a conseguir que el siniestro no se haya producido. Sin embargo, según la LDE la compañía sólo se encuentra, en el caso contemplado, ante esta obligación disyuntiva: que no se haya producido el incendio o que se pague la indemnización.

Podemos imaginar a un elocuente abogado de la compañía, que ha estudiado a fondo la LDE y se aferra a ella. Aduce que, con todo gusto, la compañía que él representa cumpliría si le fuera posible hacerlo mediante el disyunto izquierdo; lo único reprochable sería, no el no-pago (en sí y por sí), sino el hecho de ni pagar ni conseguir que no haya tenido lugar el siniestro. Mas una parte de ese único hecho reprochable es imposible. Y la otra parte, el pago, no es incondicionalmente obligatoria, ni siquiera en tales circunstancias, o, por lo menos no hay regla de inferencia lógico-normativa válida que avale concluir que se da tal obligación resultante.

---

### §18.— La propuesta aislacionista

Ante esa dificultad, algunos adeptos de ciertos sistemas de LDE acudieron a un expediente: las normas primitivas que establecerían obligaciones que solemos llamar «condicionales» no se expresan —según ellos— mediante enunciados de la forma «Es obligatorio que, si A, entonces B», sino mediante frases del tipo «Si A,

---

<sup>130</sup>. Al menos de entre las primitivas. V. supra, 4º párr. del §9 y párr. 2º del §15.

<sup>131</sup>. Aunque no era ésa la opinión de S. Pedro Damían. (V. una discusión de su aserto según el cual Dios puede cambiar el pasado en: Lorenzo Peña, *La coincidencia de los opuestos en Dios*, Quito: Educ (Ediciones de la Universidad Católica), 1981, pp. 469-78.)

<sup>132</sup>. No entro aquí a debatir las dificultades metafísicas que involucra esa conversión de lo contingente en necesario; habría que determinar de qué necesidad se trata.

entonces es obligatorio que B». <sup>133</sup> El operador deóntico de obligación no tendría en su alcance más que a la apódosis. No se trataría de obligaciones condicionales, sino condicionadas. Para concluir, pues, que la compañía tiene que pagar, una vez producido el siniestro, basta el cálculo sentencial elemental; no es menester acudir a la lógica deóntica. A esa tesis podemos llamarla «aislacionismo», porque aísla la obligación establecida por la norma, atomizándola en cierto modo, al reducir el alcance del operador deóntico a la apódosis.

Formulo a continuación seis objeciones contra esa tesis aislacionista. La primera es que anula la necesidad de la lógica de las normas y, así, patentiza el fracaso y la inanidad de los sistemas estándar de lógica deóntica. Al haberse revelado éstos incapaces incluso de dar cuenta de la más sencilla y elemental inferencia lógico-normativa —la que extrae una obligación sobrevenida de un supuesto de hecho en virtud de una obligación condicional preexistente—, el único expediente que parece quedarles es decir que no hay tal inferencia, sino que lo que se tenía como preexistente era un vínculo condicional clásico entre un supuesto de hecho y una obligación condicionada (no de contenido condicional). En suma, si es así, la lógica deóntica no sirve para nada.

La segunda objeción es que la formulación del condicional es a menudo disyuntiva: El contribuyente tiene que, o bien pagar el tributo en el plazo fijado por la administración fiscal, o bien abonar un recargo. O sea, tiene la obligación de, si no paga (en absoluto) en el plazo marcado, abonar un recargo. Cumple su obligación, ya sea pagando el tributo dentro del plazo, ya sea pagándolo después con un recargo fijado en la norma. El nexo semántico entre el condicional y la disyunción es lo que nos habilita a formular de uno u otro modo su obligación, como una de contenido condicional o disyuntivo. Pero la tesis aislacionista tendrá que reemplazar esa obligación única disyuntiva por un par de obligaciones condicionadas, a saber: si el contribuyente no paga recargo, tiene que haber pagado en el plazo fijado; y, si no paga en el plazo fijado, tiene que pagar recargo. Tal paráfrasis introduce una enorme complicación, sin contribuir nada a aclarar las cosas.

La tercera objeción es que el enfoque aislacionista desfigura el pronunciamiento del legislador, al establecer —en virtud de su acto de habla promulgatorio— que, en adelante, tal situación es obligatoria (la situación de que, si A, entonces B). Ese enfoque reemplaza ese sencillo pronunciamiento por un aserto de que, si A, entonces B es (o más bien será) obligatorio. Ahora bien, son las reglas de la comunidad lingüística las que determinan que el pronunciamiento promulgatorio es verdad en virtud del propio hecho de proferirse (si lo hace, adecuadamente, el legislador). Ya es mucho más complicado dar cuenta de cómo esas reglas de pragmática comunicacional habilitan al legislador a tener que decir una verdad cuando sólo la apódosis está afectada por el operador deóntico. En suma, la tesis aislacionista obstaculiza seriamente la comprensión de cómo los promulgamientos son necesaria-

---

<sup>133</sup>. Esa opción aislacionista ha sido discutida ampliamente en la bibliografía lógico-jurídica. V. Jorge Rodríguez, «Un dilema en la representación de normas condicionales», *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº 23 (2005), pp. 97-114.

mente verdaderos (con una necesidad lógico-pragmática).<sup>134</sup>

La cuarta objeción estriba en que la tesis aislacionista oscurece el vínculo entre la normatividad y la contingencia. En el enfoque no aislacionista, que considera que las obligaciones primitivas suelen ser de la forma «Es obligatorio que, si A, B», basta que nos percatemos de que el antecedente, A, es necesario o imposible para que tal norma decaiga y se anule. Sólo valdrán normas de obligación cuyo antecedente y cuyo consecuente sean contingentes. No así en el enfoque aislacionista; o, al menos, no se ve con qué fundamento. Puesto que la obligación sólo afecta al consecuente (según ese punto de vista), será irrelevante que el antecedente sea necesario o contingente.

La quinta objeción es que al aislacionismo no le resulta fácil tratar las obligaciones a las que se prefija un cuantificador universal: «todos». Si lo obligatorio es, en el caso de ganar más de mil euros al mes, tributar por renta, podemos decir que todos tienen esa obligación condicional; si, por el contrario, lo que sucede es que, si alguien gana más de mil euros, tiene que tributar por renta,<sup>135</sup> la cuantificación universal lo único que hace es aseverar que eso sucede para todos, mas no impone a todos obligación alguna. Sin embargo, el principio de igualdad ante la ley parece exigir que la norma imponga a todos la misma obligación condicional; después, las circunstancias de cada caso determinarán qué obligaciones resultantes sobrevienen.

La sexta objeción contra el aislacionismo es que, a menudo, lo prohibido u obligatorio no queda determinado con la fijación de la norma, sino que es determinable en virtud de acaecimientos contingentes. En tales casos, la norma establece una obligación cuyo contenido no es propiamente una implicación o un condicional, sino una cuantificación universal de contenido implicativo o condicional. Un ejemplo: «Las sentencias judiciales deben ser ejecutadas» equivale (o así lo diríamos usualmente) a: «Es obligatorio que cualquier sentencia que sea dictada por el juez se ejecute». El enfoque aislacionista reemplaza ese precepto por el siguiente aserto: «Cualquier sentencia es tal que, si el juez la dicta, tiene que ser ejecutada».<sup>136</sup> Sin embargo, eso desfigura completamente el fundamento de la obligación de ejecución. El fundamento es un deber de ejecutar las decisiones judiciales, el cual se volatiliza si el operador deóntico sólo afecta a la apódosis.

### §19.— Más sobre el *modus ponens* deóntico. Ser y deber-ser

De todo lo cual concluyo que la tesis aislacionista es inverosímil y estéril. Necesitamos una regla de inferencia lógico-normativa que nos habilite a concluir que es obligatorio que B en el caso de que se produzca un suceso contingente A y que

<sup>134</sup>. V. sobre estos problemas mi art. «Imperativos, preceptos y normas», cit. supra n. 47.

<sup>135</sup>. O sea, que sólo ganan más de mil euros quienes tienen que tributar por renta.

<sup>136</sup>. O —dicho con otras palabras— «Los jueces sólo dictan sentencias que tienen que cumplirse».

preexista la obligación condicional de, si A, B. Es la regla del *modus ponens* deóntico.<sup>137</sup>

El *modus ponens* deóntico es incompatible con los sistemas de LDE. Para tales sistemas, la obligación de un hombre, Jacinto, de pagar una pensión compensatoria a su mujer equivale a la obligación de que, si  $2+2=4$ , Jacinto pague la pensión.<sup>138</sup> Lo cual equivale a la obligación de que, si no paga la pensión,  $2+2$  no sean 4. Si añadiéramos el *modus ponens* deóntico, y suponemos que de hecho Jacinto se abstiene de pagar, será obligatorio que  $2+2$  no sean 4. Pero entonces, por la regla de cierre lógico,<sup>139</sup> las consecuencias necesarias de que  $2+2$  no sean 4 también serán obligatorias. Mas cualquier aserto, sea el que fuere, es una consecuencia necesaria de que  $2+2$  no sean 4.<sup>140</sup> Así pues, todo será obligatorio.<sup>141</sup>

Podríamos limar alguno de tales sistemas con constreñimientos para que no salieran esas indeseables consecuencias,<sup>142</sup> pero seguramente tal encaje de bolillos tendría poco sentido en el planteamiento subyacente a esos sistemas, que es el de que

<sup>137</sup>. Notemos que, en rigor, hay cuatro reglas diferentes de *modus ponens* deóntico: dos para las obligaciones y otras dos para las licitudes; y que no son derivables entre sí. La primera de las cuatro reglas establece que, si es obligatorio que, en la medida en que suceda que A, se realice B, entonces, en la medida en que suceda que A, B será obligatorio. La segunda reemplaza 'en la medida en que' (implicación) por 'si' (mero condicional). La tercera y la cuarta regla son iguales a esas dos, respectivamente, salvo que se reemplaza 'obligatorio' por 'lícito'. (En la más reciente versión de la lógica judicial, A y B han de ser hechos contingentes de suyo y contingentes entre sí.) El enfoque de la LDE podía abrigar la ilusión de que no hacían falta obligaciones sobrevenidas; pero dudo si algún adepto de ese enfoque ha abordado en serio la cuestión de las licitudes sobrevenidas. Para la LDE, si tienen derecho a votar los mayores de 18 años, no por ello Susana, mayor de 18 años, tiene derecho a votar; únicamente es verdad que tiene derecho a esto: si es mayor de 18 años, votar; o sea, tiene derecho a ser menor de 18 años o votar (si bien el único modo viable de ejercer ese pintoresco derecho es el de votar).

<sup>138</sup>. En efecto: en las lógicas deónticas estándar, igual que en la lógica judicial, si «A» equivale lógicamente a «B», entonces la obligatoriedad de A equivale a la de B (es uno de los tres componentes de la LDE que se han conservado en la lógica judicial; v. supra, párr. 4º del §9).

<sup>139</sup>. Según esa regla las consecuencias necesarias de hechos obligatorios son obligatorias; tal regla se deriva de la ley de distributividad del operador de obligación en la LDE, en virtud de la regla de equivalencia: si «A» implica lógicamente a «B», A&B equivale a A; luego la obligatoriedad de A&B equivaldrá a la de A; mas, por distributividad, la obligatoriedad de A&B equivaldrá a la obligatoriedad de A y la obligatoriedad de B; luego de la obligatoriedad de A se seguirá la de B (suponiendo siempre que «A» implique lógicamente a «B»).

<sup>140</sup>. Según el principio de la lógica clásica *ab impossibile quodlibet sequitur*.

<sup>141</sup>. Notemos que —aunque en la lógica judicial no vale la regla de cierre lógico— sin embargo el *modus ponens* deóntico tiene que restringirse a una prótasis y una apódosis que sean contingentes de suyo y contingentes entre sí, según lo he expuesto por vez primera en el art. cit. en la n. 47. Sin tal restricción también podríamos concluir que el incumplimiento de una obligación entraña obligaciones absurdas, si bien —por la ausencia de la regla de cierre— no se seguiría de ahí que todo sea obligatorio.

<sup>142</sup>. P.ej. constreñimientos como el que recientemente se ha introducido en la lógica judicial, la exigencia de que la prótasis y la apódosis expresen hechos contingentes de suyo y contingentes entre sí. Pero eso va en contra del espíritu mismo de la LDE, para la cual las verdades necesarias son obligatoriamente verdaderas y cualquier imposible está prohibido; lo deóntico, en ese enfoque, no es un rasgo propio de hechos contingentes.

la lógica deóntica describa los nexos lógicos que tienen que darse entre estados de cosas que se realizarían en el mundo si se cumplieran todas las obligaciones.

Los sistemas de LDE tomaron su inspiración de un punto de vista promovido por Kelsen (y por muchos otros),<sup>143</sup> el de que hay un divorcio radical entre las esferas del ser y el deber-ser. Esas esferas nunca se mezclarían.<sup>144</sup> A tenor de ese profesado divorcio, la esfera del deber ser estaría al margen de las contingencias del mundo empírico, flotando en un espacio separado e inaccesible.<sup>145</sup> Justamente por eso no cabría nunca formular una regla como el *modus ponens* deóntico, ni nada por el estilo. Como el cielo y el mar, el ser y el deber-ser nunca se alcanzarían, nunca se determinarían entre sí. El estudio de las normas sería una ciencia pura, *a priori*, al margen de la experiencia y del conocimiento de la realidad histórico-social.<sup>146</sup>

Contra ese divorcio tradicional entre ser y deber-ser está enfilado el enfoque aquí propuesto.<sup>147</sup> Son las contingencias del mundo, empíricamente conocibles, las que hacen surgir unas obligaciones derivadas a partir de otras primitivas. Qué cosas sean valiosas, qué situaciones normativas se den, depende de qué pase en la realidad. El deber-ser es relativo al ser. De premisas fácticas cabe deducir, lógicamente, conclusiones deónticas.<sup>148</sup>

---

<sup>143</sup>. V. supra, n. 3.

<sup>144</sup>. Es paradójico que Kelsen, al final de sus días, se viera tristemente confrontado por las lógicas deónticas que él conoció a una crisis de todo su sistema jusfilosófico, porque, a tenor de esas lógicas, si en un sistema se introducen dos obligaciones de contenidos contradictorios entre sí, entonces en él todo será obligatorio, y el sistema no valdrá para nada. V. Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996 (ed. original alemana 1979); cf. Hans Kelsen & Ulrich Klug, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Centro de estudios constitucionales, 1988.

<sup>145</sup>. Más exactamente: se admitiría un cúmulo de obligaciones primitivas, producto del promulgamiento legislativo, como único dato contingente. Dado ese cúmulo, será obligatorio cuanto se realice en todos los mundos posibles donde se cumplan tales obligaciones. El contacto entre el ser (contingente) y el deber-ser es mínimo, reduciéndose a ese impulso inicial.

<sup>146</sup>. Salvo en el dato mínimo de que las normas de ciertos sistemas sólo tienen validez o vigencia si han sido promulgadas; el hecho de su promulgamiento sería el único contenido empírico interesante para el jurista.

<sup>147</sup>. Apartándome de la tradición escisionista del ser y el deber-ser (referida supra, n. 3), mi enfoque retorna a otra tradición de mayor alcurnia en la que se inscriben Heráclito, Platón, Aristóteles, los estoicos, Avicena, Tomás de Aquino, Leibniz, Hegel. Esa tradición tendió a establecer un íntimo nexo entre *uerum, ens* y *bonum*. (Los orígenes de la tradición escisionista acaso quepa buscarlos en el voluntarismo franciscano de la baja edad media, con Duns Escoto y Occam.) Sin embargo, a diferencia de esa tradición —o de muchos de sus partícipes—, mi enfoque vincula el deber-ser sobrevenido al ser contingente (si bien en la filosofía jurídica tardo-escolástica —p.ej. en Vitoria y Suárez— ya hallamos anticipos de tal vinculación). Para una argumentación a favor del vínculo entre hechos y deberes —sin meterse en honduras metafísicas— v. «Arguing from Facts to Duties (and Conversely)», de Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, *Proceedings of the 5th Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, ed. por Frans van Eemeren *et alii*, Amsterdam: Sic Sat, 2003, pp. 45-48; v. también John R. Searle, «How to derive 'ought' from 'is'», *The Philosophical Review*, 73 (1964), pp. 43-58.

<sup>148</sup>. Al menos cabe hacerlo en el marco de una lógica deóntica aplicada que tome como axiomas a ciertas obligaciones condicionales o implicativas.

Valiendo tales inferencias, valen también, por contraposición, las inferencias en sentido inverso. Del deber-ser se infiere cómo es el ser. Habiendo obligación contractual de que la compañía de seguros indemnice el incendio, si, de hecho, le es lícito a la compañía abstenerse totalmente de pagar indemnización (sin que concurren causas de exoneración), podemos concluir que, felizmente, no se ha producido tal siniestro.

Podemos llamar «*modus tollens* deóntico» a la regla que, dada una obligación condicional o implicativa, nos habilita a concluir la no ocurrencia del antecedente en el caso de falsedad de la obligación cuyo contenido sea el consecuente. La validez del *modus tollens* deóntico se ha aducido como un inconveniente de nuestro enfoque. Tal vez la dificultad venga de un principio metodológico, el de que, para saber qué sucede en el mundo, no podemos basarnos en qué debe suceder o en qué no debe suceder.

Sin embargo, ese principio es erróneo, porque es un corolario de la tesis del divorcio entre el ser y el deber-ser. En el deber-ser hay tanta contingencia como en el ser. A cada mundo le corresponde su deber-ser. En un mundo sin muerte no hay obligación de no matar ni hay obligación de ser sancionado por haber matado.<sup>149</sup>

Eso limita la soberanía del poder legislativo. Si el legislador ha dictado una Ley de Contratos de Seguro, o LCS, que impone al asegurador la obligación de indemnizar el incendio en caso de siniestro y de haberse concertado póliza válida (sin que intervengan factores cancelatorios), y si, habiéndose producido el siniestro (y estando en vigor una póliza válida), ese mismo legislador promulga un precepto especial eximiendo por completo a tal asegurador del pago de la indemnización, podremos concluir que una de dos: o bien (1) al hacerlo está abrogando implícitamente la LCS; o, si no, (2) su segundo promulgamiento es nulo; nulo por pura lógica jurídica.<sup>150</sup>

En suma, la existencia de situaciones jurídicas no está sólo en función de promulgamientos legislativos —desde luego contingentes— sino también de otros hechos asimismo contingentes del mundo. Los hechos pueden, en ciertos casos, derogar el derecho.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup>. Se deja como ejercicio para el lector elucubrar con prohibiciones en el ámbito de la reproducción médicamente asistida que podrían resultar lógicamente nulas si se descubriera la imposibilidad (al menos física) de ciertas conductas, a partir del teorema de que lo imposible es lícito.

<sup>150</sup>. Lo que es lógicamente imposible es que: (1) el asegurador esté totalmente exonerado de esa obligación; (2) el siniestro se haya producido; y, sin embargo, (3) sea obligatorio que el asegurador indemnice en un caso así.

<sup>151</sup>. El trabajo de investigación que ha dado como resultado la redacción de este ensayo forma parte del Proyecto: «Una fundamentación de los derechos humanos desde la lógica del razonamiento jurídico» [HUM2006-03669/FISO] del Ministerio de Educación y Ciencia, 2006-2009.



IV  
**«EL DERECHO A LA VIDA CONYUGAL  
EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA»**  
por **Lorenzo Peña y Gonzalo**

*Arbor*

Nº 745, pp. 871-899. (2010)

ISSN 0210-1963

(DOI: 10.3989/arbor.2010.745n1237)

---



# EL DERECHO A LA VIDA CONYUGAL EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

por Lorenzo Peña y Gonzalo

---

*Arbor*

Nº 745, pp. 871-899

(2010)

ISSN 0210-1963

(DOI: 10.3989/arbor.2010.745n1237)

---

## Sumario

01. El *ius conubii* como derecho fundamental del ser humano
  02. La protección constitucional al matrimonio
  03. Cuatro rasgos del matrimonio antropológicamente constatables
  04. Matrimonio y procreación
  05. Evolución del concepto de matrimonio
  06. ¿Matrimonio sin erotismo?
  07. ¿Deslegalizar el Matrimonio?
  08. De las uniones libres al matrimonio homosexual
  09. ¿Una pluralidad de vínculos?
  10. Inconvenientes de la propuesta
  11. Cerrando el círculo: nuevos conceptos jurídicos en materia conyugal
- 

### §1.— El *ius conubii* como derecho fundamental del ser humano

Los derechos humanos son aquellos derechos universales de todos los miembros de nuestra especie cuyo ejercicio resulta lícito en virtud de una norma de derecho natural. Son, pues, perpetuos, incondicionales, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles.

Cualquiera que sea el fundamento que se proponga para esos derechos, cualquiera que sea su clasificación y eventualmente su jerarquización con vistas a solventar los posibles conflictos entre ellos, algo ha de ser claro: esos derechos no deben ser muchos —o no deben ser demasiados en número— y, en cambio, deben ser, cada uno de ellos, de amplio espectro, refiriéndose a componentes esenciales de la

vida humana (ya que los que no lo sean difícilmente gozarán de un rango que merezca la tutela de un derecho de las características indicadas). Dicho de otro modo: hay que evitar la inflación de los derechos humanos en cuanto a su número —y abstenerse de catalogar como derecho humano cualquier desideratum o cualquier aspiración válida en ciertos períodos o estados del devenir de nuestra especie, más no en otro. Tal vez haya situaciones históricas en que un derecho humano no pueda verse reconocido y libremente ejercitado más que muy restringidamente, pero tendencialmente cualquier derecho humano ha de corresponder a una reivindicación eterna de nuestra vida, que baste para tildar de injusto lo que impida su respeto.

Uno de los aspectos esenciales de la vida humana es la relación entre hombre y mujer. No surge en unas sociedades sí y en otras no, sino que es una faceta constante de nuestro ser individual y colectivo. En nuestra especie social esa relación da lugar a un modo particular de asociación, que es la de dos individuos —típicamente de distinto sexo— para una vida común, complementándose uno al otro y auxiliándose para afrontar la vida y buscar la felicidad. Es la pareja.

El derecho a vivir en pareja es el derecho a la vida conyugal. No es un mero derecho a contraer matrimonio, sino un derecho a vivir en matrimonio —o, más generalmente a vivir en una unión dual de individuos adultos para su mutua satisfacción y para la felicidad común compartiendo las cargas y disfrutando juntos de los goces de la vida. Pocos derechos pueden tener un rango tan fundamental como éste, aparte del derecho a la vida, a la libertad de pensamiento, a contribuir al bien común y beneficiarse de él.

Este derecho a la vida conyugal es —al igual que lo son otros muchos— un derecho mixto, en parte de libertad y en parte de bienestar.<sup>1</sup> Es un derecho básicamente de libertad porque su núcleo consiste en que a un par de individuos que, de común acuerdo, deciden vivir juntos de manera estable con un proyecto vital de compartir sus destinos, les sea lícito hacerlo, gozando de la protección pública contra estorbos o impedimentos coercitivos ajenos. Además el derecho al matrimonio acarrea otro anejo, que es el derecho a la intimidad matrimonial, que constituye una faceta singular del derecho de privacidad y que otorga a los cónyuges la facultad de estar a salvo de ingerencias ajenas en su vida hogareña y de pareja. En su cara de derecho de libertad, el derecho a la unión conyugal implica la facultad de entrar y la de no entrar, la de permanecer y la de no permanecer.

El derecho a la vida conyugal es, marginalmente, un derecho de bienestar porque su disfrute reclama también un hacer ajeno y no sólo un no-hacer o un no-perturbar. Desde luego reclama —como cualquier otro derecho de libertad— un hacer del poder público para salvaguardar el ejercicio de la libertad frente a los perturbadores. Pero accesoriamente el derecho al matrimonio también implica una reivindicación de bienestar compartido, de participación conjunta en el bienestar general de la sociedad, con lo cual su satisfacción requiere y reclama alguna ayuda social:

---

<sup>1</sup>. Según la clasificación establecida en Lorenzo Peña & Txetxu Ausín, «Libertad de vivir», *Isegoría*, N° 27 (Madrid, 2002), pp. 131-149. ISSN 1130-2097.

facilidades de alojamiento, sistema de remuneraciones y subsidios, medios de movilidad y cualesquiera otros que sirvan para compatibilizar la vida familiar y laboral, así como medidas legislativas que aseguren esa participación en el bien común (normativa en materia de alimentos, herencia, patrimonio conjunto, prestaciones y prevención social).

Una particularidad del derecho a la vida conyugal es que su titularidad y su ejercicio son mixtos; implica ciertas facultades de cada cónyuge y también de la pareja que forman como persona social. Es ésa una característica que comparte este derecho con el de asociación (del cual constituye un caso especial). En algunas de sus facetas es incondicional y en otras no. Es incondicional el derecho de la pareja a subsistir (porque la unión conyugal existente realiza y encarna un valor que goza del reconocimiento jurídico); también lo es el derecho de cada miembro a ingresar y permanecer en la unión conyugal mediando el consentimiento del otro.

Es condicional, en cambio, el derecho de cada cónyuge a deshacer el vínculo, porque su ejercicio entra en colisión con un derecho ajeno, el del otro cónyuge de permanecer en el vínculo matrimonial. Igual sucede con el derecho de asociación. Es libre formar una asociación y entrar en ella. Mas no puede ser incondicionalmente libre el derecho de unos socios de excluir a otro de la asociación, sino que, para que no colisione con el derecho de asociación, tal exclusión ha de ajustarse a unos cánones estatutarios y fundarse en causas objetivas regladas y tasadas. La particularidad de la unión conyugal —por su carácter dual o bímembre— es que, al separarse uno de los cónyuges, está simultáneamente expulsando al otro.

Al entrar en una asociación se contraen derechos y deberes. No reconocer esos deberes —incluyendo el de no expulsión del o los otros miembros— entraña no reconocer a esos otros miembros un derecho a permanecer en la asociación.

Todo eso nos muestra lo complejo que es el derecho a la unión conyugal y cómo su protección jurídica requiere una sabia y equilibrada dosificación, porque pueden surgir conflictos entre las diversas facultades que lo componen. Veamos ahora cómo se ha perfilado el reconocimiento del derecho a la unión conyugal en la positivación contemporánea de los derechos fundamentales del hombre.

El art. 16.1 de la DUDH de 1948 establece: «Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna [...] a casarse y fundar una familia». Y el art. 16.3 otorga a la familia así formada un derecho a la protección de la sociedad y del Estado. También reconocen el derecho a casarse (al hombre y a la mujer) el art. 12 del Convenio europeo de Roma de 1950 y el art. 23.2 del Pacto de los derechos civiles de 1966.

Lamentablemente —y tal vez por descuido— la actual Constitución española relega ese derecho al matrimonio a la Sección II del cap. II del Título I —art- 32—, por lo cual carece de la doble protección que el art. 53.2 otorga a los de la Sección I (recurso jurisdiccional preferente más recurso de amparo). Tampoco goza de la protección, menor, del art. 53.3 (vinculante orientación de la política legislativa, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos). Tampoco goza de la cuasi-

irreformabilidad de las disposiciones de la Sección I de ese mismo capítulo en virtud del art. 168.1. En la escala del Constituyente de 1978 el derecho a la vida conyugal está en un plano muchísimo más bajo que el derecho a la honra (art. 18.1), la libertad de enseñanza (art. 27.1), la sindical (28.1), la de huelga (29.1).

De todos modos, si en una reforma constitucional se aboliera el derecho a la vida conyugal, podría reclamarse el ejercicio de ese derecho subsumido en el de asociación del art. 22, que sí es de máxima protección. Sólo que tanto el legislador como la jurisprudencia —y en parte la doctrina— han tendido a interpretar el derecho de asociación del art. 22 (mediante una lectura literal y cicatera del art. 22.3) como meramente la facultad de formar asociaciones sin ánimo de lucro (y además al menos trimembres), y no como el derecho de cualesquiera pluralidades de individuos a asociarse para fines lícitos de la vida humana.<sup>2</sup>

Ni el constituyente de 1978 ni el legislador parecen tener un concepto muy elevado de la unión conyugal; y, de hecho, esa unión —según vamos a verlo en este artículo— va a ser cada vez más devaluada y hasta ninguneada. En nuestro ordenamiento jurídico-constitucional sufrimos una infravaloración y un tendencial arrinconamiento del derecho básico del individuo humano a la vida conyugal.<sup>3</sup>

---

## §2.— La protección constitucional al matrimonio

La elaboración de la constitución republicana de 1931 empezó por un anteproyecto preparado bajo la presidencia de D. Ángel Ossorio y Gallardo, pasó por un proyecto que (parcialmente basado en el anterior) redactó una comisión presidida por Luis Jiménez de Asúa y terminó con el texto finalmente adoptado.<sup>4</sup> Uno de los aspectos en que era preferible el texto de Ossorio era el matrimonio. El art. 27 del anteproyecto (43 en el texto final) afirmaba: «El matrimonio, base de la familia, está bajo la salvaguardia del Estado. Se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos.»

Lamentablemente esa sabia y útil disposición fue abandonada tanto en el proyecto de Jiménez de Asúa cuanto en el texto aprobado por el pleno. Lo que quedó fue el art. 43: «La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derecho para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegaciones en

---

<sup>2</sup>. V. el capítulo 8, apartados 4 y 5, de Lorenzo Peña, *Estudios republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*, México/Madrid: Plaza y Valdés Editores, 2008, ISBN: 978-84-96780-53-8.

<sup>3</sup>. En el apartado siguiente ahondo más en los preceptos constitucionales sobre el matrimonio en comparación con los de 1931.

<sup>4</sup>. V. el capítulo 2 de Lorenzo Peña, *op.cit.*

caso de causa justa».<sup>5</sup> Era una pérdida dolorosa. Una cosa es que el matrimonio, como persona social, esté bajo la protección de la República, otra que lo esté la familia. Y es que el contexto sugiere que por «familia» se entiende una unión entre padres e hijos, al paso que el matrimonio es una unión de dos individuos que voluntariamente optan por compartir su vida.<sup>6</sup>

Evidentemente esos defectos de la normativa constitucional republicana de 1931 los señalo porque una constitución como ésta, fruto de un ideal de justicia y hermandad humana, debería haber estado mejor inspirada en este punto. Dado el influjo de las concepciones del Derecho Natural de Giner de los Ríos en su discípulo Fernando de los Ríos —ministro de Justicia y uno de los grandes redactores del texto—, podemos quejarnos de que no se hayan seguido valiosas enseñanzas del maestro, que habrían iluminado la obra realizada, elevándola a un plano de más auténtico humanismo.

Pasemos ahora a examinar los preceptos que en esta materia contiene la constitución de 1978.<sup>7</sup> El art. 32 afirma:

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.
2. La ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Ese precepto del art. 32 CE dice poco, dejando al legislador una potestad irrestricta de regular el matrimonio como le dé la gana, sin ajustarse a su esencia antropológica, a la naturaleza misma de la relación humana que lo constituye —pudiendo, sin la menor traba, escoger una colección cualquiera de derechos y deberes entre los cónyuges (p.ej. la obligación de odiarse, de vivir lejos el uno del otro, de tener sus haberes separados, o cualquier otro disparate; podría fijar la ley la edad de 38 años para casarse y otorgar capacidad para ello sólo a quienes hablen dos lenguas extranjeras). Tampoco dice que el matrimonio gozará de protección o

---

<sup>5</sup>. Fue seguramente una equivocación elevar a ese nivel máximo de juridicidad la disolubilidad del matrimonio, sin decir nada de su constituibilidad ni otorgar derecho alguno a la parte débil. Es como establecer, en el derecho laboral, sólo la facultad de resolver el contrato laboral. Antes que eso interesa establecer las bases en que será lícito el contrato laboral, las garantías de su permanencia y las condiciones que se exigen jurídicamente para que sea justo. Similarmente, una referencia constitucional al matrimonio ha de establecer qué tipo de contrato es, a qué obliga, en qué derechos y deberes incurren los casados, de qué garantía jurídica gozan; y sólo después, en qué condiciones puede resolverse el contrato. Por otro lado, lo del mutuo disenso suele ser ficticio, y los constituyentes no hubieran debido ignorarlo. E incluso cuando no lo sea, el mutuo disenso no puede extinguir cualquier obligación mutua en cualesquiera circunstancias y de manera incondicional.

<sup>6</sup>. No hubiera estado de más definirlo. Sé que en aquel entonces era impensable entender el matrimonio como una unión de más de dos individuos. De todos modos, al no decirse que es una unión de un hombre y de una mujer, sino que se basa en la igualdad de derechos para ambos sexos, el texto (sin quererlo) estaba haciendo lícito el matrimonio homosexual, a diferencia de lo que sucederá con la Constitución de 1978 que sólo reconoce el derecho a contraer matrimonio al hombre y la mujer.

<sup>7</sup>. Ya hemos aludido a ellos al final del §1.

salvaguardia del Estado.

Mejor es, en eso, el art. 6.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: «El matrimonio y la familia están bajo la protección particular del orden estatal». La constitución de la República Italiana de 1947 afirma en su art 29: «La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges con las limitaciones establecidas por la ley en garantía de la unidad familiar». Nada dice el articulado de la constitución francesa de 1958 sobre el asunto que ahora nos interesa.<sup>8</sup>

Bastante más humano es lo preceptuado por las constituciones ecuatoriana, cubana y venezolana. La constitución ecuatoriana de 2008 establece en su art. 67: «Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.» El art. 68 añade: «La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.» El art. 70 detalla siete derechos constitucionalmente tutelados para concretar esa protección al matrimonio y a la familia.

La constitución de la República de Cuba<sup>9</sup> establece en su art. 35: «El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio. El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones». Y en su art. 36: «El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al manteni-

---

<sup>8</sup>. Ninguna constitución francesa posterior a la de 1848 incorpora a la parte dispositiva los preceptos sobre derechos humanos. Las de 1946 y 1958 relegan la cuestión de los derechos individuales a la Declaración de 1789 completada por el preámbulo a la constitución de 1946, o sea a textos sin pleno valor vinculante (aparte de que el primero de ellos se quedó obsoleto ya con la proclamación de la República Francesa en 1792). Además, el citado Preámbulo silencia al matrimonio, limitándose a afirmar: «La Nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo». Tampoco es satisfactoria la constitución rusa de 1993, cuyo art. 38.1 otorga la protección estatal a «la maternidad, la infancia y la familia», no al matrimonio que ni siquiera se menciona (aunque el numeral 2 establece el derecho y el deber de «ambos padres» con relación a los hijos). Está claro que se delinea una sociedad en la que el matrimonio no existe con personalidad jurídica, lo cual acarrea una consecuencia distorsionadora para algunos derechos de bienestar, como la vivienda. En vano buscaríamos nada al respecto en la constitución de los EE.UU., claro está.

<sup>9</sup>. Proclamada el 24 de febrero de 1976 y reformada en julio de 1992.

miento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común».

La constitución de la República Bolivariana de Venezuela,<sup>10</sup> en su art. 75, dice: «El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes». El art. 77 afirma: «Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y los deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio». Aunque hay en esos preceptos aspectos confusos y criticables, su orientación general es muy positiva.

Estas reflexiones, extraídas del constitucionalismo contemporáneo, nos llevan a plantearnos una cuestión filosófica. Hemos visto cómo la constitución de la República de Venezuela, en sus arts. 75 y 77, se remite al matrimonio y a la familia como sociedades naturales, o sea colectividades de Derecho Natural. Hablando del Derecho Natural como de una normativa que emana de la naturaleza misma y que no rige sólo la vida del ser humano sino también la de otros animales, Ulpiano toma, precisamente, como ejemplo el matrimonio; en él ve la unión estable de dos individuos, macho y hembra, que conviven con vistas a la procreación y propagación de la especie.

No nos interesa aquí saber en qué medida sea eso confirmado o desmentido por el estudio de las sociedades no humanas.<sup>11</sup> El propósito de este artículo es hacer una exploración de jurisprudencia lógico-filosófica, analizando el concepto de matrimonio y extrayendo algunas consecuencias *de lege ferenda*.

---

### §3.— Cuatro rasgos del matrimonio antropológicamente constatables

Las diversas sociedades humanas han conocido y todavía conocen una pluralidad de instituciones que podemos, aproximadamente, querer englobar bajo el rótulo de «matrimonio» o al menos en su proximidad conceptual: uniones disolubles e indisolubles; bimembres y plurimembres (aunque esto es, en rigor, seguramente falso); solemnes o consensuales; con muchos y con pocos deberes mutuos.

Si buscamos un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para calificar de matrimonio una institución en cualquier sociedad humana, probablemente el resultado será una fórmula disyuntiva que vehicule poca información. Si algo quedaba firme (la unión de hombre y mujer), dan al traste con ello los matrimonios homosexuales aceptados ya en algunos Estados (entre ellos España desde 2005).

---

<sup>10</sup>. Según la versión revisada de la *Gaceta Oficial* de Caracas de 24 de marzo de 2000.

<sup>11</sup>. Sin duda no hay que caer en la ingenuidad de suponer a Ulpiano totalmente ignorante en esos temas —dentro de los conocimientos de su época.

Más que ese núcleo duro de las condiciones necesarias y suficientes, vamos a explorar el concepto jurídico de matrimonio en lo que tiene de típico, en lo que tiene de arraigado en la vida de las sociedades humanas; un arraigo que parece responder a la naturaleza de las cosas, a necesidades que surgen de la propia naturaleza humana.

1º.— En primer lugar —aunque se ha hablado de matrimonios poligámicos— no existe, hasta donde lo conoce quien esto escribe, testimonio alguno en el sentido de que haya uniones de más de dos individuos que constituyan nada denominable como «matrimonio» (ni con ningún otro vocablo semánticamente emparentado: «unión conyugal», «sociedad de esposos» u otra así).<sup>12</sup>

No tengo ninguna referencia de que se hayan dado nunca matrimonios plurimembres. Hasta ahora los matrimonios —u otros vínculos sociales similares— han sido, que yo sepa, siempre bimembres.

Otra cosa muy distinta es que una persona esté facultada para entablar varios vínculos matrimoniales a la vez. Los mal llamados matrimonios poligámicos son, en verdad, otra cosa: son coexistencias de varios matrimonios, cada uno de ellos monogámico, pero en los cuales un individuo pertenece simultáneamente a todos ellos (o sea: a dos o más de tales uniones conyugales).

Entre las esposas de un hombre que practica la poligamia no hay vínculo conyugal alguno (aunque pueda hablarse de familia poligámica, institución sumamente inestable y con clara tendencia a no existir). Y otro tanto cabe decir en casos de poliandria: los varios maridos de una mujer que la practique no guardan vínculo matrimonial entre ellos.

El problema de la poligamia (masculina o femenina o mixta) es, pues, un problema de impedimento de vínculo. Las sociedades poligámicas no consideran que siempre sea un impedimento la existencia de vínculo matrimonial.

Igualmente sucede con otras asociaciones humanas. Así, p.ej., los partidos políticos: en algunos regímenes políticos es libre tal pertenencia; en otros está regulada, y lo está de diversos modos, siendo uno de ellos la regla de incompatibilidad (puede Ud pertenecer a uno u otro de los partidos legales, o a ninguno, mas no a dos a la vez).

Así, la antropología parece llevarnos a una primera conclusión, y es la concepción del matrimonio e instituciones afines como parejas, uniones de dos individuos y no más.

2º.— Una segunda conclusión a la que nos lleva una exploración antropológica —por superficial que sea— es que toda sociedad humana ha reconocido el matrimonio. Es verdad que no han faltado pretensiones de acabar con el matrimonio;

---

<sup>12</sup>. Desde luego podemos pensar, en abstracto, en uniones conyugales de tres o más miembros; lo cual, dado que sólo se dan dos sexos en nuestra especie —y en las demás especies vivientes de este planeta—, acarrearía que al menos dos miembros de esa unión serían del mismo sexo.

así parecen haberlo soñado algunos utopistas, como pueden sugerirlo ciertos pasajes de Platón, y tal vez ciertos pensadores decimonónicos de la corriente usualmente llamada «comunismo utópico»; y quizá los Kmeres Rojos de Pol Pot idearon una sociedad en la que nada se interponía entre el individuo y la totalidad social.

El hecho es que esos planes jamás se realizaron ni medio-realizaron; si los ha habido en Camboya (lo cual desconozco), ése puede haber sido un factor más de los que hayan hecho aquel absurdo proyecto inviable y abocado a su rápida autodestrucción, por estrellarse contra la naturaleza misma del hombre.

Con la dudosa salvedad recién mencionada, han respetado la existencia del matrimonio todas las sociedades, aun las que han mirado con más desconfianza los *cuerpos intermedios* entre el individuo y el Estado (como fue el caso de la Francia revolucionaria de 1789). Podrán haberse prohibido los gremios, las asociaciones, las mutualidades de socorro, las corporaciones, las cofradías, o hermandades, mas no las uniones conyugales.

Al revés, todas las sociedades han dotado al matrimonio de un rango de expreso reconocimiento con unas consecuencias jurídicas definidas y tuteladas por el orden público.

3º.— Un tercer rasgo universal es que las uniones conyugales están dotadas de alguna estabilidad. El amor libre ha sido explorado en diversas sociedades (desde el estudio señero de Malinowski sobre las islas de Trobriand).<sup>13</sup> Su práctica ha podido venir reactualizada en algunas sociedades de fines del siglo XX (la sociedad posmoderna del *Uomo che guarda* de Alberto Moravia). Esas prácticas no constituyen casos de matrimonios, aunque sí puedan contribuir a relativizar o empequeñecer la importancia y la protección públicas de la institución matrimonial (y aun eso no es seguro). Las uniones conyugales aceptadas y reconocidas en las sociedades humanas son sólo las estables; no forzosamente vitalicias, desde luego, pero tampoco fugaces u ocasionales.

4º.— El cuarto rasgo —ligado al tercero— es que tales uniones imponen deberes de cada cónyuge para con el otro, y atribuyen, por consiguiente, derechos al otro cónyuge. Pueden ser derechos iguales o (más comúnmente) desiguales; pero se dan, y encierran siempre varias facetas de la vida: la carnal (con las salvedades que luego diré), la de organización habitacional y la de economía, sustento y bienes. Y es que tales uniones se conciben siempre, en todas las sociedades, como modos de vida conjunta y de convivencia, como vínculos en los que es lícito y obligado compartir medios de vida y recursos, en mayor o en menor medida. Un vínculo sin consecuencias económicas ni habitacionales no es matrimonio, no es una unión de convivencia íntima.

Así pues, tenemos esas cuatro constataciones: en todas partes y siempre ha

---

<sup>13</sup>. *The Sexual Life of Savages in North Western Melanesia: An Ethnographic Account of Courtship, Marriage, and Family Life Among the Natives of the Trobriand Islands*, por Bronislaw Malinowski, 1929. (Reed. por Kessinger Publishing, 2005.)

habido un reconocimiento social del matrimonio como un vínculo entre dos individuos, típicamente de distinto sexo, vínculo tutelado que acarrea derechos y obligaciones del uno para con el otro, amparado por alguna normativa —así sea laxa— que preserve su estabilidad, y vínculo también que contiene deberes de carácter habitacional y económico.

---

#### §4.— Matrimonio y procreación

Frente a la coincidencia en esos cuatro rasgos, hay otro que podríamos esperar y que, en cambio, está ausente: la función procreativa o generadora. Pese a ser proclamada como esencia del matrimonio por Ulpiano y por los canonistas, no ha sido nunca establecida ni como condición necesaria ni como condición suficiente.

Siempre ha habido matrimonios que no han podido o no han querido procrear. En épocas pretéritas, en las que había pocos medios contraceptivos —casi sólo la castidad—, la edad avanzada y la esterilidad llevaban a la no procreación; de ellas, la castidad se ha visto muchas veces como causa anuladora del vínculo matrimonial, por la naturaleza misma de éste como unión íntima para la mutua satisfacción de los cónyuges; mas ni la edad avanzada ni la esterilidad han sido nunca (hasta donde yo sé) impedimentos al matrimonio ni a su conservación. O, en cualquier caso, eso ha tendido a no ser así.

Desde luego, en las sociedades técnicamente avanzadas de nuestros días los vínculos matrimoniales (e instituciones afines) se conciben sin ir acompañados forzosamente de descendencia, a la vez que la procreación no acarrea automáticamente vínculo conyugal.

Las funciones de procreación y crianza de hijos han ido asociadas a la institución matrimonial en una mayoría de casos, al menos en una fase de la vida, por un dato biológico de la especie humana y por otro dato antropológico, y es que las sociedades humanas han encontrado en esa crianza una manera práctica de acometer la incorporación de las nuevas generaciones a la sociedad. Es la institución familiar. Institución ligada mayoritariamente al matrimonio, mas no intrínseca ni indisolublemente. Desde el punto de vista de los conceptos jurídicos son deslindables y hasta desligables el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia.

Tampoco son indisolubles entre sí las dos funciones de generación y de crianza. La filiación legal no coincide forzosamente con la filiación natural o genética.

---

## §5.— Evolución del concepto de matrimonio

En las legislaciones de la antigüedad, el matrimonio está claramente definido, reconocido, consagrado y tutelado por la ley. El Código de Hamurabí dedica una serie de disposiciones a esa materia, y conocemos las regulaciones de la Grecia clásica y, sobre todo, de Roma.

En el derecho romano hubo una evolución y una ramificación. De manera general, y como lo dice Juan Iglesias:<sup>14</sup> «Matrimonio es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*».

El matrimonio romano no es un acto jurídico, no es un contrato, sino un hecho jurídico: un estado de cosas fáctico (el cohabitar un hombre y una mujer con propósito común de hacer vida marital), que tiene consecuencias jurídicas.<sup>15</sup> Los jurisconsultos lo definen de varios modos; así, para Modestino: «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, diuini et humani iuris communicatio».<sup>16</sup> El propio Justiniano, en sus *Instituciones*, lo define así: «Matrimonium est uiri et mulieris coniunctio, indiuiduam consuetudinem vitae continens».<sup>17</sup>

Había varias figuras subsumibles bajo el concepto de unión matrimonial,<sup>18</sup> que diferían en parte por las formalidades de su celebración y en parte por las consecuencias jurídicas:<sup>19</sup>

- (1) El *consortium cum manu*; en él los bienes de la mujer pasan al patrimonio del marido; establécese por una de estas tres vías: *confarreatio*, *coemptio* o *usus*; la tercera estriba en una cohabitación continuada de un año en casa del marido; la primera es una solemne ceremonia que fue cayendo en desuso; este *consortium* al principio era indisoluble, mas tal carácter lo fue perdiendo después. Ni siquiera para este matrimonio la formalidad era constitutiva (como lo prueba que pudiera establecerse por el mero *usus*).
- (2) El *conubium sine manu*. Se fue generalizando por la facilidad de divorciar; más tarde se desdibujó paulatinamente su diferencia respecto del anterior.
- (3) El *matrimonium sine conubio*. Reservado a las parejas a las que legalmente

---

<sup>14</sup>. *Derecho Romano: Instituciones de derecho privado*, Ariel, 1965 (5ª ed.), p. 520.

<sup>15</sup>. Similarmente tampoco el divorcio era un acto jurídico, sino una situación fáctica.

<sup>16</sup>. V. *Digesto* 23, 2, 1.

<sup>17</sup>. *Inst.*, 1, 9, pr.

<sup>18</sup>. V. Manuel García Garrido, *Derecho romano privado*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 211ss.

<sup>19</sup>. V. Gaston May, *Éléments de droit romain*, París: Sirey, 1920 (13ª ed.), p. 112.

estaba prohibido casarse por un impedimento relativo (diferente dignidad social o condición de no-ciudadano de uno de ellos), era al principio un simple concubinato, pero poco a poco vino reconocido como una unión conyugal. Justiniano lo favorecerá, considerándolo *inaequale coniugium*.

Al abolirse algunos de esos impedimentos (conocidos como «las prohibiciones augusteas»), la diferencia entre matrimonio y concubinato estribará en la presencia o ausencia de un factor subjetivo, la *affectio maritalis*.

Manifestáronse dos líneas antagónicas de evolución en sentidos opuestos: la una a la autorización del repudio unilateral, la otra a la indisolubilidad voluntaria (y así vemos cómo Alejandro Severo —que impera en 222-235— promulga una constitución en la que declara nulos los pactos de no divorciarse).

El matrimonio propiamente dicho, las *justas nupcias* [o sea uno del tipo (1) o del (2)] era un privilegio de los ciudadanos romanos. Aunque Caracalla en 212 extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio, siempre hubo no ciudadanos. Sería erróneo decir que el derecho romano no les reconocía una facultad matrimonial, aunque sí les rehusara la denominación. Y es que, según lo acabamos de ver, en el derecho romano no había demarcación tajante entre lo que es matrimonio o unión conyugal (en alguna de las modalidades oficialmente reconocidas) y el vínculo conyugal *de facto*, que también gozaba de protección del derecho pretoriano y del derecho de gentes (o sea de lo que podemos ver como antepasados del derecho jurisprudencial y del internacional-privado).

El cristianismo llegó en las postrimerías del Imperio Romano con un tenue programa de reforma social, uno de cuyos elementos básicos era la unicidad e indisolubilidad del nexo matrimonial. En lo primero, los eclesiásticos tuvieron que afrontar ásperas luchas con los reyes y aristócratas de las tribus invasoras germánicas, que, hasta bien entrada la Edad Media, quisieron seguir practicando la poligamia. En lo segundo, la Iglesia cristiana hubo de emprender un arduo combate contra la práctica del repudio.

La idea jurídico-romana del matrimonio fue reemplazada por otra que lo veía como un contrato voluntariamente contraído por dos individuos adultos, estable, que entraña obligaciones mutuas y cuya misión es la vida en común, la unión íntima y recíproca satisfacción, que incluye la satisfacción sexual, con obligaciones económicas y con el deber de asumir juntos la crianza de la prole.

A la vez las sociedades medievales reconocen frecuentemente una unión cuasi-conyugal, un vínculo de cohabitación (mancebía, compañía, barraganía) por el cual dos individuos de distinto sexo, ambos solteros, conviven en una unión similar al matrimonio pero no indisoluble y con menos efectos económicos. Había contratos de concubinato tipificados, aparte de que los concubinos pudieran imaginar otras

cláusulas contractuales.<sup>20</sup>

Por otro lado, una corriente doctrinal —representada por Hincmaro y Graciano— veía al matrimonio como un negocio esencialmente informal, un contrato real, que se entablaba por la unión íntima y la cohabitación de los esposos, con intención de ser fieles el uno al otro.<sup>21</sup> De ahí surgió el concepto jurídico de matrimonio presunto. Había una presunción legal de vínculo matrimonial cuando la vida de los convivientes era congruente con la de una pareja casada y no se oponía impedimento.<sup>22</sup> En esa concepción el matrimonio se establecía por la primera cópula entre los así casados; la ceremonia nupcial, si se daba, era una formalidad externa de valor probatorio, no constitutivo. No es que el consentimiento matrimonial no fuese determinante del vínculo, sino que se manifestaba con hechos más que con palabras.

Frente a esa concepción realista, para la visión espiritualista (o, mejor, verbalista) de Pedro Lombardo y del papa Nicolás I —que acabó prevaleciendo— era, en cambio, la solemne manifestación oral del consentimiento lo que creaba el vínculo: *consensus facit nuptias*. Lo que instituya el vínculo, más que el consentimiento en sí, vendrá a ser el acto de habla de manifestarlo solemnemente. Sin embargo, éste quedaba precario mientras no seguía la cópula de los casados, única que lo *consumaba*, creando —a salvo de las causas de nulidad— un nexo totalmente inquebrantable.

Así pues, en la baja Edad Media será el acto de habla, el decir «sí», lo fundamental en el vínculo matrimonial; mas ese acto de habla se sometió siempre a una serie de condicionamientos cuya ausencia constituía un impedimento (ya fuera invalidante o meramente impediendo).<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup>. Gozaron de protección jurisdiccional esos contratos en casos de disputa sobre la observancia de las cláusulas, más frecuentes en situaciones de ruptura de la convivencia, hubiera o no descendencia común. Varió la terminología de los contratos formalizados ante escribano: «cartas de barraganía», o de «faser vida en uno», o de «estar juntos a casa mantener», o «vivir maritalmente». La *Carta de Ávila*, de 1361, se titula «carta de mancebía e compañería» y en ella el varón se compromete a compartir con su compañera «pan e mesa e cuchiello por todos los días que [...] visquiéredes», así como sus rentas. (V. Enrique Fosar Benlloch, «Las uniones libres», en *Estudios de derecho de familia*, t. III, Barcelona: Ed. Bosch, 1985, p.15.) La Iglesia luchó para que se prohibieran las barraganías y acabó consiguiéndolo a partir del Concilio de Trento.

<sup>21</sup>. Para Graciano, en el siglo XII, el matrimonio se inicia por el consentimiento, ya sea de presente o de futuro, y se perfecciona con la cópula, *commixtio sexus* (matrimonio rato). Los papas Alejandro III e Inocencio III adoptan una postura oscilante entre las dos escuelas. V. José Souto Paz, *Derecho matrimonial*, Marcial Pons, 2000, pp. 40ss). V. también François Boulanger, *Droit civil de la famille*, t. I, París: Economica, 1997, pp. 58-9.

<sup>22</sup>. Justamente a veces se usaron los contratos de barraganía para prevenir la presunción de matrimonio, según lo establece un precepto de las Partidas.

<sup>23</sup>. Eso significa que aun la segunda concepción, la espiritualista o verbalista, hizo concesiones que relativizaban la relevancia de la expresión oral de la aquiescencia contractual. Por otro lado, incluso esa concepción sostuvo que el papel del ministro que registraba la expresión del consentimiento era el de un mero fedatario. Son los contrayentes quienes se casan uno con otro; no los casa el oficiante.

La línea espiritualista fue abrazada con ardor por Lutero y, en pos de él,<sup>24</sup> se impuso hasta la exageración en el Concilio de Trento, lo cual acarreó una condena de los matrimonios presuntos y de los secretos así como una lucha encarnizada contra el concubinato, ahora —en la prevalente concepción verbalista— distanciado del verdadero matrimonio (al paso que en la concepción realista la diferencia era, a la vez, dudosa y gradual).<sup>25</sup>

Sin embargo, a lo largo de esa evolución se mantienen algunos de los rasgos característicos de la institución matrimonial romana. Ese vínculo acarrea obligaciones mutuas de vida íntima, mutua satisfacción sexual, asunción eventual de la relación paterno-filial —si ésta se produce— y cargas económicas.

Es verdad que la Iglesia impuso también en su doctrina preceptos sobre la vida sexual; mas la observancia de éstos no era, en el derecho canónico, condición necesaria para el matrimonio. La Iglesia obligaba a los casados a una relación sexual, o sea a que —en lo que dependiera del ser humano y de su voluntad— se intentara la procreación, pero sin prohibir esa relación cuando se supiera que no se seguiría tal efecto. La impotencia originaria era una causa de nulidad matrimonial, mas no así la infecundidad. Ni tampoco la impotencia sobrevenida ulterior. Eso confirma mi lectura de aquella concepción jurídica como una que entendía el vínculo matrimonial como una unión de pareja encaminada a la vida plenamente en común de los casados, siendo accidental, y no esencial, la función procreadora y educativa de los hijos.

---

### §6.— ¿Matrimonio sin erotismo?

El derecho civil de las sociedades modernas va a someter a revisión esa concepción canónica. La mayor novedad decimonónica va a ser la eliminación legislativa de lo sexual. En el Derecho canónico a los cónyuges les era lícito y obligatorio mantener la relación sexual (o sea, cada uno podía exigirla al otro), al menos mientras no se hubiera producido una impotencia sobrevenida. En ese enfoque, la comunión erótica había sido creada por Dios con vistas a la procreación; mas, una vez existente, tiene su propia razón de ser y es una necesidad del ser

---

<sup>24</sup>. No sin una encarnizada resistencia de muchos padres tridentinos, para quienes había que mantener la concepción católica tradicional del matrimonio como un sacramento real, en el cual, por el hecho mismo de la cópula entre hombre y mujer, el espíritu santo viene a habitar los cuerpos de los esposos, bendiciendo su unión amorosa. Para ellos, reducir el matrimonio a una ceremonia, a un intercambio de palabras ante un oficiante, equivalía a desacramentalizar la unión y, haciendo eco a Lutero, ver en la boda un mero contrato solemne de valor civil y no auténticamente religioso. La reforma y la contrarreforma tuvieron mucho que ver la una con la otra.

<sup>25</sup>. La lucha contra el concubinato y contra el matrimonio de hecho se llevó a cabo también en los países protestantes, salvo en Escocia —donde ya en 1502 se había otorgado validez legal al casamiento «by habite and repute»—, mientras que en Inglaterra se reprimirán, hasta entrado el siglo XIX, las uniones maritales no celebradas según el rito anglicano. Todavía hoy la jurisdicción inglesa rehúsa la existencia de un «common law marriage», a pesar de una errónea creencia, muy difundida en el Reino Unido, de que el derecho ampara el matrimonio consensual. Éste, en cambio, ha ganado reconocimiento en América.

humano (a la que renuncian los más enaltecidos, eso sí). Sin relación sexual no hay matrimonio en el derecho canónico (aunque sí persista el vínculo matrimonial en fases de la vida en que ya no hay tal práctica sexual).

En la concepción civilista del matrimonio, o bien se esfuma del todo la referencia sexual o, como mucho, aparece insinuada púdicamente a los ojos del intérprete que quiere sacar punta a los códigos. Fruto, en parte, de la cultura de una época puritana, los grandes códigos civiles del siglo XIX y comienzos del XX huyen de cualquier expresión sexual o erótica. Están muy distantes de la crudeza verbal del derecho canónico; en vano se buscará en ellos palabras como «coito».

Ese púdico silencio en lo que atañe a la relación sexual se explica no sólo por el puritanismo (hoy presuntamente superado hasta caerse en el extremo opuesto), sino por un principio de privacidad que, dos siglos después del Código Napoleón, sigue hallando amplia aceptación: qué hagan, o dejen de hacer, los cónyuges en su vida íntima es asunto suyo y sobre el cual el derecho no tendría que pronunciarse.

Para entender ese planteamiento, hay que referirse al trasfondo filosófico. En el siglo XIX se vive una época de creciente juspositivismo, que en buena medida tiene una de sus raíces en la doctrina francesa del derecho civil (la escuela de la exégesis). Según ese enfoque, el ordenamiento jurídico crea un marco, definiendo e instituyendo unos determinados vínculos legalmente válidos, al margen de las necesidades últimas de la naturaleza humana. Ésta puede venir invocada en el orden explicativo, extra o prejurídico, mas no en el intrajurídico. Las razones antropológicas pueden dar idea de por qué una sociedad ha instituido unas reglas y unas relaciones jurídicas; mas, desde el punto de vista jurídico, lo que interesa es el análisis de tales relaciones y sus consecuencias deónticas; entre la naturaleza y la relación jurídica puede interponerse la ficción incluso en los casos en los que esa naturaleza venga invocada jurídicamente. Así, es la voluntad del legislador la única que cuenta.

El legislador ha establecido el matrimonio como una sociedad de dos individuos de sexo diferente que entraña obligaciones y derechos recíprocos, y también obligaciones para terceros (cuya esencia es el deber de no inmiscuirse en esa unión ni estorbarla). Esa sociedad ya no suele denominarse «contrato», porque ahora —aunque con muchas vacilaciones— se tiende a restringir el contrato a un compromiso exclusivamente económico. Sacado del ámbito del contrato, el matrimonio ingresa en una zona propia como sociedad no subsumible bajo ningún denominador común con ninguna otra.

Mantiénense las obligaciones de ayuda mutua y de convivencia (junto con la presunción de convivencia), así como de fidelidad (sin definir ésta, evidentemente).<sup>26</sup> Institúyense unas reglas de régimen económico matrimonial (pese a no ser un contrato), que vienen compartidas por las diversas opciones abiertas a los cónyuges en el momento de casarse (comunidad total, comunidad de bienes muebles y

---

<sup>26</sup>. En verdad, es con ese deber de fidelidad como se introduce veladamente lo sexual en el matrimonio civil decimonónico; sólo que es una introducción puramente negativa. Un cónyuge no está, para con su consorte, obligado a procurarle satisfacción sexual pero sí está obligado a no buscar él tal satisfacción con terceros.

gananciales, separación de bienes, u otras fórmulas escogidas en capitulaciones por los contrayentes). Las reglas incluyen estipulaciones con relación a los hijos, mas no implican deber alguno de procreación.

En esta visión desexualizada del matrimonio, lo erótico puede venir dado por iniciativa y consentimiento de los cónyuges, mas las leyes han de guardar silencio al respecto. Así, la impotencia deja de ser una causa de nulidad.

Aunque en principio tal es el planteamiento legislativo, jurisprudencial y doctrinal del siglo XIX —en buena medida continuado hasta cerca de nuestros días—, en la práctica eso está tan alejado de la humana naturaleza que han tenido que dejarse entrar a hurtadillas, por la ventana, las bases antropológicas de la unión conyugal a las que se había echado por la puerta.

Así, los códigos civiles reconocen que no hay matrimonio sin consentimiento; mas sin consentimiento ¿a qué? Hay matrimonio sin consentimiento a pasar vacaciones en la playa, o a dedicar un porcentaje de los ingresos a la compra de una vivienda. Esos desacuerdos no impiden el válido establecimiento del vínculo matrimonial.

Mas los civilistas no van a sostener tampoco que siempre sea decisiva la mera proclama verbal del «Sí» ante el oficiante (sacerdote, capitán de navío, juez o alcalde). La concepción civilista hereda la canónica y romana de que son los cónyuges los que contraen matrimonio, y que la boda es inválida sin ciertos requisitos.<sup>27</sup>

Pues bien, de hecho la doctrina y la jurisprudencia —pese a su puritanismo vocacional—, no han tenido más remedio que reconocer que el consentimiento relevante (el «consentimiento matrimonial» de los arts. 45 y 73.1º del Código Civil español) implica consentimiento a la relación sexual, que era algo que se sobreentendía por la práctica social.

Rehusar tal relación no será causa de anulación del matrimonio, mas tiene que haber habido, en el momento de expresión ceremonial, un conocimiento de qué tipo de vínculo se estaba estableciendo.<sup>28</sup> Hoy eso puede parecer inverosímil, pero hace tres cuartos de siglo —tal vez bastante menos en muchos casos— se podían dar síes a la celebración nupcial sin ninguna idea de qué género de relación suelen tener los casados entre sí ni, por lo tanto, de qué esperaba el otro contrayente.

Mucho más cerca de nosotros ha reaparecido discretamente lo erótico en la relación matrimonial por otro camino: la denuncia de los llamados «fraudes de ley». Si el matrimonio es un vínculo entre dos individuos adultos de diverso sexo no ligados matrimonialmente a terceros, y si no implica legalmente ninguna obligación de cada uno de los cónyuges a aceptar una relación sexual, ni la presupone, entonces

---

<sup>27</sup>. Aunque se tienda a restringir mucho el elenco de las causas de nulidad, generosamente admitido en el derecho canónico.

<sup>28</sup>. Sin lo cual se abre la vía a solicitar la nulidad del vínculo según el art. 74 CC.

dos individuos pueden contraerlo sin tener ninguna intención de comunicación amorosa. Mas como, entre las escasas consecuencias jurídicas de ese nexo matrimonial, están las relativas a derecho de residencia y nacionalidad, pueden algunas personas acudir a él sólo, o preferentemente, para alcanzar esas consecuencias jurídicas.

Ferozmente denunciada como fraudulenta, y combatida encarnizadamente por la prensa como un escarnio o hasta como un delito (lo cual es falso), esa práctica ha suscitado una reacción jurisprudencial; la cual, con palabras veladas (porque persiste el tabú terminológico de lo sexual en el ámbito civil), ha venido a establecer que, cuando esté faltando un propósito de relación sexual continuada, es fraudulenta la celebración del matrimonio.<sup>29</sup>

O sea: estamos en que la sociedad no entra para nada en qué relaciones íntimas entablen entre sí los casados, mas eso sólo vale para las relaciones que, entre ellos, establezcan los individuos con previa residencia legal. Cuando uno de los novios no sea un residente legal, sobre ambos pesará una obligación de no casarse sin propósito erótico común.

Así las cosas —y a pesar de esa incidencia de la extranjería— ha pervivido hasta hoy el planteamiento puritano (excluir del derecho los lados crudos de la vida, que se dejan al ámbito de lo privado o de la moral de cada uno). Resultado de esa evolución sería el matrimonio como un dúo de individuos adultos que entablan, ante la sociedad, una unión, que ellos mismos definen, y que se denomina «matrimonio». Los escasos efectos jurídicos se sitúan en los campos de la herencia, la co-propiedad, la fiscalidad y la protección social (régimenes de asistencia sanitaria, viudedad u otros). (Luego veremos que la reciente evolución legislativa tiende a arrasar esos escasos efectos, para dejar reducido el matrimonio a un nombre.)

Al lado de ese vínculo, proliferan en nuestra sociedad las uniones de hecho, con una tendencia oscilante a concederles algunos de los (cada vez menores) efectos jurídicos del matrimonio.

---

### §7.— ¿Deslegalizar el Matrimonio?

Las instituciones jurídicas sirven a un propósito, que es el de regular la convivencia de los seres humanos para que ésta sea mejor. ¿Tiene que establecer la sociedad la figura del matrimonio, dotándola de regulación y de tutela jurídica? Para el individualismo preponderante en la ideología que hoy predomina, procurar la propia felicidad es asunto privado de cada individuo (y de cada dos individuos, y de

---

<sup>29</sup>. Existe una práctica de las autoridades administrativas de inmiscuirse en las relaciones entre los novios (cuando uno de ellos ni es español ni tampoco un extranjero con residencia legal) para apreciar si se da ese «consentimiento matrimonial», entendido como un propósito de vida en común con trato sexual, bloqueándose el expediente matrimonial si, a juicio del funcionario, eso no sucede. Dudo que tal práctica sea legal, porque, intérpretese como se interprete el art. 45, el efecto anulatorio de una falta de «consentimiento matrimonial» tienen que determinarlo los propios cónyuges (v. art. 74).

cada tres individuos, etc). Conque podría ponerse en duda que el Estado haya de regular —o, peor, proteger— una determinada agrupación dual voluntariamente constituida por los individuos.

A consecuencia de la evolución legislativa reseñada más arriba, el matrimonio ha entrado en crisis. Al perderse su raíz antropológica, al no haber una reconocida naturaleza de las cosas que quepa pertinentemente invocar y aducir en el orden jurídico, es dudosa la razón para que exista tal nexo, jurídicamente tipificado.

¿Por qué no eliminar el matrimonio de la esfera jurídica, dejando que los individuos arreglen su cohabitación entre ellos con los efectos y las denominaciones que deseen, pero que no entrañarían deberes para terceros?

De haber una relación legalmente reconocida de matrimonio, ¿por qué ha de estar impedida por el número de los partícipes? ¿No es lícito que haya matrimonios unimembres, bimembres, trimembres y así sucesivamente?

En un ordenamiento jurídico en el que existe una (limitada, desde luego) libertad de asociación, los individuos son dueños de ligarse entre sí por compromisos de cooperación. Pueden establecer dúos, tríos, uniones de cuatro o más miembros. Cada una de tales uniones o asociaciones estará regulada internamente por alguna norma, expresa o tácita, concluida mediante estipulación o por la vía de los hechos, por la costumbre y al menos presuntamente aceptada. Ahora bien, esos compromisos serán de cumplimiento exigible sólo según la regla interna del grupo, no forzosamente según la normativa legal; ni se crearán obligaciones para terceros dimanantes de esa unión más que en los casos en los que la ley lo prevea.

En ciertos casos la ley prevé tanto el surgimiento de deberes de terceros cuanto la exigibilidad legal de la observancia de los compromisos. En otros casos la ley prohíbe esa observancia (asociaciones ilícitas) o al menos su exigencia (asociaciones lícitas pero que incluyen en su regla interna cláusulas que la ley prohíbe considerar vinculantes). Hay otros de silencio o tal vez hasta de vacío legal, que habrá que integrar jurídicamente.

Lo que cabe plantear es si el matrimonio no ha de dejar de ser una institución legislativamente tipificada y tutelada para pasar a ser una unión consensual legalmente atípica, dejando de estar jurídicamente amparada la exigibilidad de las obligaciones contraídas en su seno (a excepción, claro, de la aplicación genérica del derecho de obligaciones y negocios jurídicos) y dejando de ser legalmente automático el surgimiento de obligaciones para terceros (como lo es ahora, p.ej., el deber de no casarse con uno de los cónyuges —mientras no se haya divorciado—, o incluso el de no tener relaciones íntimas con él, que es un acto seguramente ilícito a tenor del deber de fidelidad [art. 68 CC], si es que éste significa lo que generalmente se cree).

A favor de esa propuesta podrían enunciarse seis argumentos.

1º.— **Exclusión del nexo sexual:** a salvo de la ya mencionada excepción en lo tocante a extranjeros, se suele pensar hoy que la relación erótica es un elemento inesencial del vínculo matrimonial. (A eso tendió ya, inconsecuentemente, el

puritanismo decimonónico; y a eso ha seguido tendiendo la doctrina del siglo XX por motivos diferentes, como el tabú de la privacidad.) Pero de ese modo se desdibuja la frontera entre la unión conyugal o matrimonial y otras uniones, como círculos de amistad.

2º.— **Devaluación de la cohabitación:** la convivencia se consideró históricamente como un hecho y un derecho vinculado a la unión conyugal. En los períodos medievales en que se conocía la institución del matrimonio presunto, la convivencia de un hombre y una mujer (bajo ciertas condiciones) era bastante para reconocer legalmente la existencia del matrimonio. Y, aun cuando o donde no rigió esa regla del matrimonio presunto, siempre se estableció entre los cónyuges tanto la presunción de convivencia (art. 69 CC) cuanto el deber de convivencia del uno para con el otro (art. 68 CC).<sup>30</sup>

Hoy está totalmente relativizada y zarandeada la presunción de convivencia; jurisprudencia y doctrina tienden a eliminar el deber de convivencia, que probablemente acabará desapareciendo en las próximas reformas legislativas.<sup>31</sup>

Por otro lado, se ha señalado, con razón, que, una vez deserotizada, la convivencia no tiene nada especial, y que se da entre hermanos solteros o viudos, entre camaradas o amigos o incluso meros coinquilinos de un piso.<sup>32</sup> Por todo lo cual, la convivencia pierde su aura y su rango para ser un dato más de las costumbres o compromisos de los socios o amigos, y una cuestión interna de ellos, que de manera general no merece una particular tutela jurídica.

Con respecto a eso, hay que aclarar que la destipificación del matrimonio como especial negocio jurídico dejaría a salvo la aplicabilidad general de los deberes civiles de no causar daño, y de las acciones por lucro cesante o enriquecimiento sin causa, que siempre podrían hacerse valer entre convivientes cuando se separen en condiciones no mutuamente aceptadas.

3º.— **Institución del derecho de repudio:** una tercera razón viene dada, no sólo por la creciente inestabilidad de los matrimonios, sino, más aún, por el viraje de la legislación española, la cual, en 1981, bruscamente pasó de prohibir la disolución del vínculo conyugal a denegar a cada cónyuge el derecho a permanecer en la unión conyugal (o sea el derecho a no ser despedido de esa unión sin culpa

---

<sup>30</sup>. De nuevo hay que recordar que, al decirse «convivencia», se sobreentendía: convivencia conyugal, lo cual entrañaba, en la conciencia social, compartir lecho, o sea: una relación sexual, al menos en las edades y circunstancias de salud en que fuera posible. Desde el siglo XIX se ha solido perder esa connotación semántica.

<sup>31</sup>. Ese deber ha sido ya jurisprudencialmente relativizado para compatibilizarlo con prácticas hoy usuales de vivienda separada por razones laborales, fiscales o mercantiles.

<sup>32</sup>. En este último caso podría hablarse de una sociedad civil ocasional para un solo negocio jurídico: el pago conjunto del alquiler a cambio del aprovechamiento de la vivienda, en parte mancomunada y en parte distributivamente.

suya).<sup>33</sup>

La actual legislación española protege la pervivencia de los contratos de sociedad, de obra, de servicio, de compraventa y cualesquiera otros; ninguno de ellos es indisoluble, pero, como la ruptura unilateral por una de las partes constituye una infracción de su deber, acarrea una responsabilidad indemnizatoria. Una protección así frente a rupturas intempestivas o perjudiciales está totalmente ausente de la actual legislación española en cuestiones matrimoniales.

El ordenamiento español de 1981 (agravado en 2005) mantiene en un punto esencial la misma línea del anterior ordenamiento totalitario, al prohibir, ambos por igual, que el divorcio se pronuncie por culpa de un cónyuge (y en beneficio compensatorio del cónyuge cumplidor).<sup>34</sup> Eso contrasta con la normativa legal tradicional en sistemas jurídicos civilizados, donde la disolución del vínculo era, o bien mutuamente consentida, o, si no, declarada por culpa de un cónyuge (culpa consistente en su violación de deberes matrimoniales, incluido el deber de permanecer en la sociedad conyugal); en ese segundo caso, el divorcio sería a sus expensas (y a favor del otro).

La nueva orientación legislativa de 2005 ha reconocido, ya sin trabas, la plena libertad de divorcio unilateral, o sea de repudio, eliminando (salvo por la vía penal cuando sea aplicable) la poquísima protección que quedaba para un cónyuge frente a la inobservancia por el otro de sus obligaciones conyugales y frente a la decisión unilateral de ruptura.

El matrimonio ha pasado a ser una asociación consensual libremente disoluble por cualquiera de las partes en cualquier momento sin aviso previo y sin causa, lo mismo que un grupo de amigos. Los grupos de amigos no tienen reconocimiento ni tutela legal; por consiguiente, el matrimonio no ha de tenerlo tampoco.

4º.— **Anulamiento de la comunidad conyugal de bienes:** tradicionalmente en muchas regiones (aunque no en Cataluña) el matrimonio acarrea una cierta comunidad de bienes, siquiera parcial (al menos supletoriamente, a falta de expresa

---

<sup>33</sup>. Luis Díez Picazo & Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, vol. IV: *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 7ª ed., Madrid: Tecnos, 1998, p. 116: A diferencia de otros sistemas de divorcio (el repudio unilateral y el divorcio-sanción, en consideración de hechos antijurídicos —violación grave de deberes dimanantes de la relación conyugal), el sistema del CC español en la reforma de 1981 adopta la tesis de frustración: cuando se ha producido un fracaso razonablemente irreparable del matrimonio. *Ibid.*, p. 118: «Se ha condenado la regla [del art. 86.4º que admitía como causa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante cinco años] diciendo que favorece un sistema de repudio y favorece al cónyuge culpable. Sin embargo es enteramente coherente con la filosofía de la ley de 1981 y con la institución del divorcio por ruptura de la comunidad conyugal [...] se supera si se tiene en cuenta que lo dilatado del plazo opera como un freno y que mucha habrá de ser la paciencia de quien especule con sus posibilidades de divorcio por ese camino». Discrepo respetuosamente de esa opinión. Al no existir en nuestro derecho vigente el divorcio por culpa y al fijarse la pensión compensatoria sin ningún carácter penal o sancionatorio (ni siquiera indemnizatorio), el cónyuge veleidoso puede largarse sin que ello entrañe para él ninguna consecuencia negativa y, al cabo de cinco años, obtener el divorcio. La nueva reforma de 2005 favorece aún más al repudiante, al ahorrarle esa espera de cinco años

<sup>34</sup>. Según lo establecía la ley republicana de divorcio de 1932, que es la única justa que hemos tenido.

voluntad contraria de los cónyuges en el momento de establecer su unión). Ahora bien, la fiscalidad es un aspecto fundamental de la vida económica contemporánea, hasta el punto de que muy a menudo son consideraciones tributarias las que rigen y guían la conducta de los individuos y los grupos. Aquí intervienen los efectos deletéreos de una tributación que atenta contra la sociedad conyugal: el modelo del IRPF.<sup>35</sup>

El IRPF ha socavado el vínculo matrimonial, al hacer ilusoria y ficticia la co-propiedad de lo adquirido por los cónyuges; y es que, mientras que el IRPF imputa las rentas ingresadas al cónyuge individual que nominalmente las percibe, el derecho civil hace de ellas, en el mismo momento de obtenerse, bienes gananciales.<sup>36</sup> Tales

---

<sup>35</sup>. Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Esta orientación arranca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989, en la que se declaraba la inconstitucionalidad parcial de la ley vigente hasta ese momento, la cual obligaba a la acumulación de rentas conyugales. Ya anteriormente se había cuestionado esa acumulación por los tribunales constitucionales italiano y alemán. A un contribuyente casado el 27 de diciembre de 1980 el fisco le exigió pagar el tributo según el estado del 31 de diciembre, o sea con una acumulación de rentas que sólo se había producido 3 días. Reclamó en amparo y el TC le dio la razón en la STC 209/1988, planteando con ello el Tribunal, ante sí mismo, una cuestión de inconstitucionalidad, que resolvió en la citada sentencia de 1989-02-20. El Tribunal adujo un «derecho fundamental de cada uno de tales miembros, como sujetos pasivos del impuesto, a contribuir de acuerdo con su capacidad económica en la misma cuantía en que habría de hacerlo si, manteniendo esa misma capacidad económica, tributasen separadamente». ¿Desconoce el Tribunal que la capacidad económica de un individuo varía según los ingresos y las necesidades de los demás miembros de la familia? ¿De dónde se deduce ese presunto derecho fundamental a tributar según un cálculo de la capacidad económica que prescindiera de las circunstancias reales del contribuyente? La STC 146/1994 de 12 de mayo acepta lo injusto de su decisión: «No cabe duda que las citadas reglas de imputación de rentas unidas a la existencia de tipos de gravamen progresivos da lugar a que, en el régimen económico de gananciales, las rentas del trabajo soporten una carga tributaria mayor que las rentas del capital, puesto que la titularidad compartida del capital permite que los rendimientos sean repartidos entre los cónyuges que se acojan a la tributación separada, mientras que esta distribución no es posible en las rentas del trabajo, que se imputan íntegramente a aquel cónyuge que las genera». Juan Martín Queralt señala que, como consecuencia de la decisión del TC y del subsiguiente giro legislativo del IRPF, «la sociedad de gananciales pronto será una institución que estudiarán los historiadores del Derecho, cual si fuera una rama de la arqueología jurídica. Lo que ocurre es que las acciones o participaciones societarias pueden diluir las cargas fiscales familiares en el ámbito de los rendimientos del capital, de las actividades económicas y de las ganancias del capital, pero no en el ámbito de los rendimientos del trabajo personal» («El impuesto sobre la renta de las personas físicas (residentes)», en J.J. Ferreiro y otros, *Curso de Derecho tributario. Parte especial*, Madrid: Marcial Pons, 2003 (19ª ed.), p. 68). Martín Queralt anota que el IRPF se aparta de los criterios que rigen el régimen económico matrimonial, formulando unos criterios de imputación exclusivamente fiscales «que conducen a consecuencias que son gravemente lesivas del principio de capacidad económica». Lleva razón. Comparemos dos parejas, ambas con una renta de 3.000 euros mensuales, sólo que uno de esos hogares percibe tal renta por un único sueldo y el otro por dos sueldos de 1.500 cada uno. Teniendo la misma capacidad económica, la primera pareja soportará un tipo de gravamen mucho más alto.

<sup>36</sup>. V. José Ángel Martínez Sanchiz, *Régimen económico matrimonial y comunicación de bienes*, Madrid: Colegios Notariales de España, 2003, pp. 119ss. Para la doctrina oficial del Centro Directivo (la Dirección General de Registros y del Notariado), la comunidad de bienes gananciales es germánica, sin cuotas, de suerte que cada condueño tiene —junto con el otro condueño— un dominio *in totum*, sobre la totalidad del patrimonio y sobre cada bien que éste abarca; las cuotas surgen sólo en el momento de disolverse la sociedad. Ese concepto —nos asegura Martínez Sanchiz— fue ya reputado contradictorio siglos atrás por algunos teólogos. Respondo que es una contradicción verdadera, la contradicción de la vida misma, un ser-y-no-ser en que estriba siempre la propiedad de mancomún. (Ese autor prefiere otro enfoque en términos de afectación, no de titularidad; no lo discutiré aquí.) Se me objetará que percibir una renta no es lo mismo que tenerla y que el hecho imponible del IRPF es la percepción, no la propiedad. Respondo que la percepción es el paso de no-propiedad a propiedad (el cobrador que recoge unos pagos no los

efectos han sido mantenidos y radicalizados, sin diferencia alguna, por las fuerzas políticas relevantes que se han turnado en la mayoría parlamentaria. Sin embargo, la Constitución no imponía la existencia de un impuesto sobre la renta de las personas físicas; podía haber un impuesto sobre la renta de las familias, o sobre la de los matrimonios.

Es cierto que, curiosamente, la familia y el matrimonio siempre han carecido de personalidad jurídica. Se podía optar por atribuírsela (opción que no ha propugnado ninguna fuerza política). O, aun sin atribuírsela, se podía optar por tratarlos como sujetos tributarios. El legislador monárquico se ha decantado por la opción más opuesta. A efectos fiscales las ganancias de un cónyuge son irrelevantes para determinar la base imponible del otro, aunque civilmente sean ganancias comunes (lo cual, dado el trato fiscal, queda reducido a un puro verbalismo).

Es verdad que, para otros efectos, sí se tienen en cuenta los ingresos de la pareja (y, en este caso, ya esté oficializada matrimonialmente o no).<sup>37</sup> Son, en general, efectos de índole asistencial: guarderías, becas u otros socorros sociales, ayudas por discapacidad, auxilios domiciliarios, puntuaciones para vivienda de protección oficial; cuando se aplican, hácese independientemente de cuál sea el régimen económico escogido por los cónyuges o concubinos. Son de señalar la marginalidad de tales prestaciones y su carácter discrecional, imprevisible, no-universal.

En cualquier caso, encontramos ahí una grave injusticia, en la medida en que, para pagar al erario público, cada cónyuge constituye una unidad aislada, mientras que, para recibir una ayuda pública —en las contadas ocasiones en que ésta se otorga—, se establecen exclusiones por los ingresos del respectivo cónyuge (o compañero); dualidad de trato que, desde luego, clama al cielo, pero que, de todos modos, es secundaria en la medida en que la mayoría de las parejas tienen que pagar impuesto a la renta sin percibir ninguna de esas ayudas sociales.

O sea: lo esencial es que el atomismo tributario introducido por la jurisprudencia constitucional y por la orientación de las fuerzas políticas lleva, en la práctica, a arruinar la significación económica de la unión conyugal.

Todo eso ha pulverizado y triturado el sentido práctico de la sociedad conyugal, hasta tal punto que se ha podido sostener, con sobrada razón, que ésta está en declive. La nueva sociedad de individuos atómicos se entiende sin moléculas

---

percibe). En el derecho civil un miembro de la sociedad de gananciales nunca percibe una renta para sí, sino sólo para la sociedad; así lo dice el art. 1344 CC: en la sociedad de gananciales «se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella». Es, en rigor, la sociedad la que la percibe, aunque sea un cónyuge el que pase por ventanilla a recoger el dinero o cheque (o aquel al que se abone de cualquier otra forma). En ningún momento está la renta percibida en el patrimonio privativo del cónyuge que la obtiene.

<sup>37</sup>. En la jergonza de la actual moda legislativa, se aplica eso a «una análoga relación de afectividad»; que no se sabe cuál es, ya que la legislación del matrimonio no obliga a ningún afecto ni toma en cuenta ese afecto ni lo presume.

familiares, aunque con una gran variedad de laxas asociaciones, más o menos efímeras, desreguladas y exentas de protección legal.

5º.— **Irrelevancia patrimonial del vínculo matrimonial:** el sistema general de propiedad y herencia del Código Civil español siempre redujo a muy poco la significación patrimonial del matrimonio; ese poco se circunscribía a los preceptos sobre el régimen económico matrimonial (arts. 1315ss), sociedad de gananciales (arts. 1344ss) y los derechos sucesorios (arts. 834ss).<sup>38</sup>

En cuanto al régimen económico matrimonial, casi todas las disposiciones del Código Civil podrían inferirse de principios generales del contrato de sociedad (arts. 1665 ss) y del de comunidad de bienes (arts. 392ss), aplicándose a grupos de cohabitantes que compartan una vivienda sin especial unión afectiva. Ya hemos visto que la sociedad de gananciales, destruida por el IRPF, es una institución en decadencia.

Los derechos sucesorios del cónyuge viudo son exigüos:<sup>39</sup> su legítima se limita al usufructo vitalicio del tercio de mejora si hay descendientes y al de la mitad si heredan los ascendientes del difunto. En propiedad el cónyuge supérstite no hereda absolutamente nada en la sucesión intestada, a menos que no haya ni ascendientes ni descendientes (si bien es verdad que, en tan improbable supuesto, y no habiendo testamento, lo hereda todo: art. 944).<sup>40</sup>

Para favorecer al viudo, el cónyuge que va a morir puede dejarle en testamento el tercio de libre disposición (pero es sabido que en nuestra sociedad

---

<sup>38</sup>. Al margen de esos efectos jurídicos, el matrimonio surte algunos otros —favorables o desfavorables— en el derecho civil, mercantil, tributario y administrativo: insolvencias y alzamiento de bienes; incapacidad para el cónyuge abandonado de seguir percibiendo una pensión compensatoria cuando contraiga nuevas nupcias (art. 101 CC); transmisiones patrimoniales en ciertos lapsos de tiempo antes de la defunción; incompatibilidades (p.ej. ley orgánica del poder judicial, arts. 219 y 391); también en el penal: excusa absolutoria en delitos de encubrimiento (art. 454 CP); circunstancia mixta de parentesco o afinidad (art. 23 CP); nota del tipo en la violencia familiar habitual (art. 153 CP). Para esos efectos, la jurisprudencia y el propio legislador tienden, cada vez más, a igualar al matrimonio la relación de convivencia *more uxorio*. De todos modos, se trata de efectos irrelevantes para la vida cotidiana de la mayoría de la población.

<sup>39</sup>. El fundamento del derecho sucesorio del viudo lo ofreció Portalis (uno de los grandes juristas que redactaron el Código Civil francés a comienzos del siglo XIX), al señalar «que el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer para ayudarse mutuamente a solventar las cargas de la vida [...] Cuando la ley reconoce al cónyuge viudo su derecho sucesorio [...] lo hace teniendo presente que la obligación de auxiliarse debe perdurar más allá de la muerte»: José Ángel Martínez Sanchiz, *op.cit.*, pp. 23-4. Lamentablemente, sin embargo, los códigos decimonónicos redujeron ese derecho sucesorio a casi nada.

<sup>40</sup>. Ese derecho del cónyuge supérstite en la sucesión intestada —en el improbable caso de falta de ascendientes y descendientes— introdujolo la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ha sido ésta una de las pocas modificaciones en el sentido de una humanización de la legislación en materia de familia y sucesiones. (El senado había querido limitar el llamamiento del viudo por delante de los parientes colaterales en función de la naturaleza de los bienes; felizmente no se salió con la suya.) Sobre el alcance y transfondo de aquella reforma v. Marta Pérez Escolar, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Madrid: Dykinson, 2003, pp. 112ss.

somos reacios a hacer testamento, aplazándolo indefinidamente).<sup>41</sup>

Nuestro código civil no previó un régimen como el de la comunidad universal —que sí viene establecido en el código civil francés como una alternativa libremente elegible por los casados—. <sup>42</sup>

El efecto combinado de las normas actualmente vigentes —tributarias y civiles— determina que el cónyuge viudo, en la sucesión intestada (ampliamente mayoritaria), se quede prácticamente sin nada: los bienes gananciales se dividen, de modo que los legitimarios (descendientes o ascendientes) heredan la mitad correspondiente al premuerto. Incluso en aquellos casos (seguramente infrecuentes) en que renuncien a esa herencia, el viudo tiene que pagar, sobre esa mitad, los impuestos de plusvalía y sucesiones —por mucho que se trate de bienes ganados mediante su propio esfuerzo.

Un alojamiento adjudicado en pro indiviso al viudo y a los legitimarios (descendientes o ascendientes del difunto) puede tener que venderse, ya que el derecho de habitación del viudo en el domicilio conyugal está condicionado a que existan en la herencia bienes suficientes para posibilitarlo sin menoscabo del haber que ha de entregarse inmediatamente a los herederos legítimos.<sup>43</sup>

Nuestras leyes no prevén, ni han previsto nunca, la posibilidad de que perviva la comunidad conyugal de bienes reducida a una comunidad unimembre, en caso de viudedad. Incluso si los casados hubieran adoptado en capitulaciones la comunidad total (no prevista en nuestro Código, mas tampoco prohibida), ello no pondría a salvo al cónyuge superviviente de los derechos legitimarios de ascendientes y descendientes; con lo cual, en la práctica, apenas le otorgaría mayor protección.

Es normal, pues, que el viudo se vea arruinado por la muerte de su consorte y hasta que tenga que abandonar la vivienda conyugal, quedándose en la calle.

A cambio, nuestro ordenamiento concede al cónyuge unos pocos derechos ligados al sistema de seguridad social: beneficiarse, durante la vida de su consorte,

---

<sup>41</sup>. El matrimonio no posee, a este respecto, más que una ventaja con relación a una cohabitación de hecho: una menor tributación en el impuesto de sucesiones.

<sup>42</sup>. El régimen optativo de la comunidad universal de bienes entre el marido y la mujer lo establece el Código Civil francés en su art. 1497.6º, regulándolo en el art. 1526: «Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immobiliers présents et à venir». V. Gérard Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, París: PUF, 1974 (9ª ed.), pp. 558ss; Jérôme Casey, *Les régimes matrimoniaux*, París: Ellipses, 2000, pp. 236ss. Además, el art. 1524 permite a los cónyuges convenir la atribución de la comunidad entera al superviviente, sin que entonces se produzca un supuesto de sucesión —ya que, en ese caso, el viudo no hereda de su difunto esposo (aunque, lamentablemente, esa disposición se entiende a salvo de las legítimas hereditarias). El efecto conjunto de esos artículos implica que, a falta de legitimarios, el fallecimiento de un miembro de la pareja no impide la persistencia íntegra, a efectos patrimoniales, de la comunidad universal de cuantos bienes estuvieran en el dominio de uno u otro cónyuge.

<sup>43</sup>. Art. 1406 CC. V. Víctor M. Garrido de Palma y otros, *La disolución de la sociedad conyugal*, Madrid: Reus, 1985, pp. 120ss.

de asistencia sanitaria y, al enviudar, percibir una pensión (cuando se cumplen ciertos supuestos). También la ley de arrendamientos urbanos le permite subrogarse en el contrato de alquiler para seguir viviendo, hasta su vencimiento, en la misma casa.<sup>44</sup>

Varios de esos derechos son extendidos hoy —a veces por el legislador y, más a menudo, por la jurisprudencia— al conviviente ligado por una unión marital *de facto*.<sup>45</sup> Esto último es muy positivo, pues va en el sentido de una humanización; pero, de todos modos, ese conjunto de derechos es demasiado angosto para constituir una genuina ventaja de la relación matrimonial; de suprimirse su tipificación legal actual, no habría una gran pérdida.

6°.— **Desapego a los impedimentos:** en la sociedad tradicional, el matrimonio era un derecho del individuo, el *ius conubii*, pero un derecho limitado. Requeríase para ejercerlo, en primer lugar, el libre consentimiento de la otra persona; pero además se requería una ausencia de impedimentos, como son: el estar ligado uno u otro por un vínculo matrimonial no disuelto; ciertas relaciones de parentesco; la edad; la no comisión previa de ciertos delitos (haber matado al cónyuge anterior de quien quiere uno ahora tomar como esposo). Algunos de esos impedimentos eran dispensables; otros, no.

Ciertos ordenamientos han establecido otros impedimentos, y han dado una u otra extensión y alcance a los enumerados.

Nuestra sociedad ve con escepticismo toda esa normativa. Se acepta la limitación por edad.<sup>46</sup> Mas, en lo demás, se piensa que cada cual es libre de hacer lo que quiera, siempre que haya consentimiento (a salvo, excepcionalmente, de casos de dolo o fraude).

Incluso se tiende a ver como perfectamente tolerable simultanear varios vínculos cuasi-matrimoniales —siempre que sea a sabiendas y mediando libre aceptación—. Salvo por engaño o abuso de confianza, la bigamia ha perdido su nota de infamia.

Mas, si se elimina la noción de impedimento, desaparece la frontera entre aquellos dúos de individuos cuya unión, al ajustarse a la normativa legal, merece tutela pública y aquellos otros dúos que, sustrayéndose a tal normativa, no serían acreedores de tal tutela, aunque sean tolerados.

Tenemos, pues, seis poderosas razones para decir adiós al matrimonio como institución legalmente reconocida. Eliminándolo de los textos legislativos se vendría a realizar el sueño de aquellos utopistas que veían en el matrimonio una atadura, un obstáculo que se estaría interponiendo entre el todo social y el individuo.

---

<sup>44</sup>. Ley 29/1994 de 24 de noviembre, art. 16.

<sup>45</sup>. Así la ley de arrendamientos urbanos, recién citada.

<sup>46</sup>. Con un alcance desmesurado con relación al cometido inicial de ese impedimento, que era evitar el casamiento de personas que no hubieran alcanzado la pubertad.

Concluiré este apartado parafraseando a Napoleón, para quien *les concubins se passent de la loi; la loi se désintéresse d'eux*.<sup>47</sup> Invirtiendo los términos cabe decir que la ley hoy, en países como España, se desinteresa cada vez más del matrimonio, en tanto en cuanto las consecuencias jurídicas de ese vínculo son escasas y poco relevantes, y éstas pocas muy precarias —dado que cualquiera de los cónyuges puede unilateralmente disolver el vínculo, sin causa, cuando le dé la gana. Si la ley se desinteresa del matrimonio, puede que las parejas hagan bien en no querer saber nada de esa ley, que ya no protege su unión, buscando su ubicación normativa por otros cauces. Y, entonces, podría aconsejarse al legislador suprimir la tipificación jurídico-civil del matrimonio como un negocio especial.

### §8.— De las uniones libres al matrimonio homosexual

En lustros recientes ha estado planteada la reivindicación de extender a las parejas no casadas la protección legislativa de que goza el lazo conyugal (aunque tal protección ya hemos visto lo escasa que es).

Las sociedades contemporáneas han tenido que rendirse a la evidencia de que son cada vez más frecuentes las cohabitaciones maritales sin mediar boda (uniones libres, parejas de hecho, matrimonios irregulares).<sup>48</sup> A las causas de la decadencia de la institución matrimonial examinadas en el apartado precedente se unen otras, a veces opuestas.<sup>49</sup> La generalización de las convivencias irregulares viene, en parte, de que el vínculo matrimonial apenas tenga consecuencias jurídicas; en parte, al revés, de que tiene algunas que se quieren esquivar (p.ej. incompatibilidades); pero, sobre todo, se produce por un cambio de paradigma cultural, por ser reacia mucha gente (sobre todo jóvenes) a los formalismos legales, a las fórmulas consagradas, a los documentos y las ceremonias.<sup>50</sup>

<sup>47</sup>. Anne Lefebvre-Teillard, en *Introduction historique au droit des personnes et des familles*, París: PUF, 1996, p. 222.

<sup>48</sup>. Anne Lefebvre-Teillard, *op.cit.*, p. 201, examina las causas que ya en el siglo XIX determinaron la extensión del concubinato entre la clase obrera urbana; Villermé, en su célebre investigación, había señalado el formalismo excesivo del matrimonio civil: demasiados certificados, gestiones, gastos. Añádese a partir de 1860 un rechazo al matrimonio en los círculos intelectuales parisinos. Esas situaciones dieron lugar a un vacío jurídico. Una posibilidad era admitir entre los concubinos una sociedad universal de ganancias (p. 222), pero la jurisprudencia fue al principio reacia. Después de 1945 tales situaciones han ido en aumento: en 1982 el 30% de las parejas parisinas no eran conyugales

<sup>49</sup>. P.ej. la existencia de cúmulo de rentas matrimoniales a efectos tributarios, aunque desde hace ya bastantes decenios algunos ordenamientos —como el belga— establecieron el cúmulo obligatorio en casos de convivencia *more uxorio*.

<sup>50</sup>. Tal vez especialmente a la ceremonia nupcial, por la cara y pomposa ostentación que suele comportar, con la presencia de una muchedumbre de allegados y parientes, ante los cuales los esposos sienten que se están comprometiendo, con pública solemnidad, a una vida en común que querrían mantener a salvo de ese ritual. Hay que considerar también el desagradable papeleo y los engorrosos y dilatados trámites administrativos que durante mucho tiempo han obstaculizado el deseo de los novios de regularizar su unión matrimonial, en contraste con la facilidad de irse a vivir juntos o incluso firmar un contrato, aunque sea ante notario. (Tal vez hoy la informatización de los datos facilite las cosas.)

También juega un papel causal en países hispano-católicos —en América Latina y en España— querer rehuir la ceremonia religiosa en medios en los que no ha prendido la costumbre del matrimonio civil (se entiende en esos sectores de la población que sólo hay dos opciones: matrimonio canónico o arrejuntamiento, que son dos prácticas tradicionales alternativas).

Sin duda hay otras causas de este fenómeno, que, como cualquier otra costumbre social, se retroalimenta: cuanto más cunde ese ejemplo, más se imita y más tiende a convertirse en una praxis dominante.<sup>51</sup>

En América Latina el legislador, e incluso los poderes constituyentes, han tendido a extender la calificación jurídica de matrimonio también a las parejas estables heterosexuales que conviven *more uxorio*; podemos ver en esa evolución un retorno, sea a la concepción romana del matrimonio como hecho jurídico, sea a la medieval del matrimonio presunto (un contrato real y no verbal). En Europa se tendió a promulgar leyes de reconocimiento de parejas de hecho (así, en Francia se dicta una ley en 1999-11-15 instituyendo el Pacs, o pacto de solidaridad);<sup>52</sup> cuando no, la jurisprudencia ha dado pasos en ese sentido.

En España se han promulgado normas otorgando un reconocimiento y una protección a las parejas de hecho en varias regiones: Navarra, Cataluña, Baleares, Valencia, Aragón, Madrid y otras.<sup>53</sup>

En legislaturas recientes hubo varias proposiciones de ley en el congreso de los diputados para llegar a una ley nacional sobre parejas de hecho, pero no pudieron prosperar.<sup>54</sup> En esas iniciativas lo que se buscaba era un reconocimiento para casamientos irregulares, no formalizados o no formalizables mediante una ceremonia

---

<sup>51</sup>. En todo caso las estadísticas parecen confirmar que hoy en las grandes capitales europeas la mayoría de las parejas por debajo de una cierta edad son matrimonios irregulares.

<sup>52</sup>. Sobre el Pacs, pacto civil de solidaridad, v. Jérôme Casey, *op.cit.*, pp. 260ss. Además de establecer el Pacs, la reforma introduce una definición del concubinato (nuevo art. 515-8 CC): «le concubinage est une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple». Notemos que ahí se está introduciendo un supuesto de hecho erótico, el de «vivre en couple», o sea «vivir como pareja», que precisa el vago contenido de «vida común». Curiosamente, sin embargo, el legislador francés de 1999 quiso separar el Pacs del concubinato, a fin de alejar al primero, lo más posible, del matrimonio, hasta el punto de convertirlo en un contrato de cohabitación domiciliaria. Las oportunas calificaciones del dictamen del Consejo Constitucional (que actuó como co-legislador positivo) vinieron a recordar que el nuevo pacto implicaba una convivencia de unión sexual, sin lo cual carecerían de sentido las incompatibilidades. El afán de desmatrimonializar al Pacs ha producido una norma técnicamente deficiente, que siembra la inseguridad jurídica y que, en definitiva, quizá, lejos de proteger más a los concubinos o compañeros, los desprotege, al prohibir un Pacs de duración determinada y al interpretar la prohibición de contratos con compromiso perpetuo tan rígidamente que implica la libre resolución del pacto por cualquiera de sus dos miembros, sin invocar motivo alguno, en cualquier momento (aunque sí se exige un preaviso).

<sup>53</sup>. V. Sánchez Bayón, «Estudio de la reciente normativa española sobre uniones de hecho», <http://www.fiscalia.org/doctdocu/doct/unioneshecho.pdf>.

<sup>54</sup>. V. Carolina Mesa Marrero, *Las uniones de hecho: Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Madrid: Thomson-Aranzadi, 3ª ed., 2006, pp. 75ss.

nupcial, independientemente de que fueran homosexuales o heterosexuales.<sup>55</sup>

Parecía una cuestión de tiempo llegar a obtener la mayoría parlamentaria en ese sentido. Sin embargo, rebasado súbitamente ese planteamiento, la pretensión de los activistas del movimiento homosexual pasó a ser, de golpe —casi sorprendentemente—, la de que pudieran contraer matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo. Y lo consiguieron tras una campaña fulminantemente victoriosa, por la Ley del 2 de julio de 2005.

La razón invocada a favor del reconocimiento de los matrimonios homosexuales fue el principio de igualdad o no-discriminación. Adújose que constituía una discriminación en contra de los homosexuales privarlos del *ius conubii* sólo por serlo.<sup>56</sup> A los demás se les concedía un derecho que, en cambio, se habría estado rehusando a las personas con esa inclinación sexual.

Ese argumento es muy endeble. El ordenamiento no estaba excluyendo a los homosexuales del derecho a contraer matrimonio; por lo menos no el ordenamiento civil español anterior a la reforma de 2005. Un individuo homosexual estaba lícitamente autorizado a contraer matrimonio con un individuo del otro sexo, fuera homosexual o no.

En una visión jurídica en la que el matrimonio se ha deserotizado, la relación

---

<sup>55</sup>. Las normas de derecho internacional privado otorgan validez en España a relaciones jurídicas de parejas de hecho constituidas según legislaciones extranjeras. V. Isabel Lázaro González, *Las uniones de hecho en el derecho internacional privado español*, Madrid: Tecnos, 1999. Un punto a considerarse (*ibid.*, pp. 217-8) es si, cuando el pacto constitutivo implique una práctica de lo que en términos canónicos se llamaba «el débito conyugal», éste sería judicialmente exigible en España. La autora lo niega —igual para las uniones de hecho que para el matrimonio— en virtud del derecho constitucional a la intimidad personal. No comparto su opinión: el derecho a la intimidad también tiene límites. Si lo entendiéramos absoluto, nunca podría invocarse ante un tribunal ningún hecho, alguna omisión, que involucre una faceta íntima del individuo. (Aparte de que no se ve por qué lo único íntimo va a ser lo sexual —que no siempre lo es.) Eso impediría, en sede pretoria, aducir hechos de infidelidad conyugal o actos de sadismo. Desde luego, es improbable que, si dos individuos han acordado libremente un pacto que implica obligaciones de hacer —entre ellas la de procurar el placer juntos— y uno de ellos decide incumplirlo (sin causa), el otro vaya a acudir directamente a los tribunales. Pero el derecho a la tutela judicial ampara a todos los contratos lícitos, acarreado, en casos de incumplimiento injustificado, un derecho de indemnización a favor del contratante cumplidor.

<sup>56</sup>. Una parte amplísima de la opinión pública está totalmente equivocada en lo que atañe a la caracterización de los individuos humanos como «homosexuales» o «heterosexuales», hasta el punto de enumerar esa presunta cualidad entre las condiciones permanentes de un ser humano —como su sexo, su nacimiento, su color de piel, su estatura. Tal vez ese mito está inspirado en una teoría genética, que busca enraizar en un gen o en una combinación de genes, si no cada faceta de la psicología individual, sí muchas de ellas, y desde luego cuantas llaman la atención. Todo eso es erróneo. Dudo mucho que haya un gen de la orientación sexual. Ésta es un pseudoconcepto. Que a alguien le guste A no implica que no le guste B. Seguramente a cualquier individuo adulto normal, en determinadas circunstancias, puede (si culturalmente está preparado para ello) agradarle una relación sexual con un individuo de su mismo sexo y una con un individuo de sexo diferente. Es la cultura innatista, vocacionalista y además sexo-céntrica la que va en pos de una quimera, un algo hondo en la psique del individuo que lo predisponga a ser homo o hetero. Incluso si entendemos, más modestamente, la orientación sexual como decantación preferente, hay que decir que no se es, sino que se está, homo, hetero, mixto o neutro (y además en una combinación de grados). De ahí que puedan abundar las relaciones homosexuales sin que ello implique una alternativa al modo generalizado de vida en parejas de distinto sexo. Y es que, si se debe reconocer el papel del vínculo erótico en la pareja, no toda relación erótica funda una asociación de pareja.

sexual es irrelevante para el matrimonio; homo o hetero. Un homosexual podía casarse con un homosexual (de otro sexo) o con un heterosexual (de otro sexo). Un heterosexual podía casarse con un homosexual (de otro sexo) o con un heterosexual (de otro sexo).

Lo que no se permitía era el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, como tampoco entre dos personas que sean hermanos o medio hermanos, o ligadas por vínculo de descendencia (aunque sea adoptiva).

Es verdad que cada uno de tales impedimentos es cuestionable y ha de venir cuestionado. Se entendían (dadas ciertas creencias, que no son evidentes de suyo) en sociedades en las que el matrimonio se veía como la unión sexual (con contenido erótico) normal, para la felicidad y mutua satisfacción íntima de los dos cónyuges, una unión que —en las condiciones médicas de entonces— acarrea en la mayoría de los casos, en ciertos tramos de edad, una probabilidad de procreación.

Un matrimonio deserotizado no tiene por qué respetar ningún impedimento, salvo, si acaso, el de edad para consentir (siendo bastante arbitrario que les sea ilícito consentir a un hombre o a una mujer de 16 ó 17 años).

Ahora bien, quizá la supresión de impedimentos vaya más en la línea de abolir la institución legal del matrimonio que en la de extenderlo a parejas del mismo sexo.

Y es que un argumento que aduzca desigualdad o discriminación siempre puede atenderse de dos maneras, restableciendo la igualdad por un lado o por el otro. Si la existencia de impedimentos legales para establecer un vínculo discrimina a las parejas que se hallan, uno con relación al otro, en situación de impedimento, se acabará con tal discriminación, ya sea eliminando el impedimento, ya sea extendiéndolo a todos (decretando que también es un impedimento el ser de un sexo diferente); o sea aboliendo el reconocimiento legal de ese vínculo.

Si, a favor del matrimonio homosexual, el argumento ofrecido fue el rechazo a la supuesta discriminación que implicaba el impedimento de mismidad de sexo, en contra de su admisión jurídica se formularon dos.

El primer argumento en contra fue que el reconocimiento del matrimonio homosexual perjudicaba a los matrimonios de toda la vida, los heterosexuales, al privarlos de su dignidad social propia.

El segundo argumento es que tal reconocimiento violaba la Constitución, en cuyo art. 32.1 se dice: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio». A partir de ese precepto puede argumentarse de varios modos. Uno, por un razonamiento *sensu contrario*, nos haría ver que el constituyente, al reconocer sólo el derecho matrimonial al hombre y la mujer, prohibió una unión matrimonial que no se produjera entre dos individuos de distinto sexo. Otra inferencia sería la de que el precepto del 32.1 CE establece un derecho constitucional al matrimonio para el hombre y la mujer; mas no puede haber dos derechos al matrimonio, uno constitucional (para el hombre y la mujer) y otro no (hombre con hombre o mujer con mujer).

Ambos argumentos son muy débiles. Con relación al primero, he de responder que no se ve qué han perdido los matrimonios heterosexuales porque existan matrimonios homosexuales. Era poquísimo lo que tenían, pero ese poco no se les ha quitado; o, mejor dicho, si se ha erosionado aún más es por otras causas, sobre todo el reconocimiento del divorcio *exprés*, o libertad de repudio.

Quizá podría alegarse para reforzar el primer argumento —o darle un contenido más práctico y menos dignitarista— que los nuevos matrimonios, que también tienen derecho a adoptar, pueden entrar en competencia con los heterosexuales para la adjudicación de niños adoptables, o para la obtención de ayudas sociales (viviendas de protección oficial, becas de comedor, guarderías). Sin embargo, ese planteamiento parece poco relevante, dado el exiguo porcentaje de matrimonios homosexuales.<sup>57</sup>

Al segundo argumento respondo que en lo tocante a derechos no vale nunca el argumento *sensu contrario* (de que, en el supuesto de hecho A, sea lícito B, no se sigue jamás que, en el supuesto no-A, B sea ilícito). Y que podría haber dos derechos a algo, el uno amparado por la Constitución y el otro por una ley de rango infraconstitucional (cual sucede para algunas cosas en la diferencia entre españoles y extranjeros).

Eso sí, de ser verdad que los homosexuales estaban legalmente discriminados, lo es también que siguen estando constitucionalmente discriminados; habrían de exigir una reforma de la Carta Magna, porque ahora el hombre y la mujer están amparados, para unirse en matrimonio, por la Constitución, al paso que dos individuos del mismo sexo sólo lo están por una ley ordinaria, que se puede modificar por mayoría simple (más síes que noes).

En definitiva, no son convincentes ni los argumentos a favor ni los argumentos en contra. Ante esa falta de razones decisivas, la presunción podría ser una opción de permisividad o licitud. Para que una conducta esté prohibida hace falta una razón poderosa, tuteladora de valores socialmente merecedores de amparo legal, y eso hasta el punto de que tal protección haya de tener primacía sobre el valor de la libertad. Las restricciones a la libertad han de ser tasadas, justificadas una por una, y establecidas sólo en tanto en cuanto sean imprescindibles para proteger derechos ajenos o derechos futuros del propio agente (mas esto último sólo excepcionalmente).

Eso vale también para aquellos actos en los que se contraen obligaciones (y hay que recordar que en la práctica el vínculo matrimonial hoy está casi exento de ellas). Cada uno es dueño de obligarse (dentro de límites establecidos para proteger sus propios intereses futuros y los de terceros). Si, de ese principio de libertad, inferimos que dos individuos del mismo sexo han de ser dueños de establecer entre sí las obligaciones mutuas que acarree el nombre de «matrimonio» —muchas o pocas—, por las mismas habríamos de inferir otro tanto en relación a dos hermanos,

---

<sup>57</sup>. Es difícil saber cuál es el número de casamientos entre individuos del mismo sexo (se facilitan datos extrapolados por falta de informatización), pero parece que han ascendido al 1'5% del total, quizá menos. (Muchos convivientes homosexuales no desean casarse, a pesar de lo poco que significa el casamiento hoy.)

siendo más dudoso el caso de padre-hijo.<sup>58</sup> Los partidarios de la licitud del matrimonio homosexual deberían, por las mismas, reclamar que puedan establecer entre sí un vínculo matrimonial común, si lo desean, no ya dos, sino tres, cuatro o más individuos.<sup>59</sup>

Sin embargo, a esas consideraciones puede oponerse otra nada baladí. El derecho de asociación permite a los individuos asociarse para los fines lícitos de la vida, estableciendo en su contrato de asociación los derechos y obligaciones de sus miembros. Conque la ausencia de reconocimiento jurídico de una asociación o de un tipo de asociaciones no implica su prohibición. Ni siquiera implica que hayan de ser inexequibles las obligaciones estipuladas en el contrato de asociación, porque el Código Civil obliga a la observancia de las obligaciones contractualmente asumidas e incluso crea algunas obligaciones para terceros (no inmiscuirse en los asuntos de la asociación y no estorbar su actividad).

De manera que el principio de libertad no tiene por qué entrañar que el ordenamiento jurídico haya de otorgar un reconocimiento o un nombre legalmente establecido a una asociación libre entre dos o más individuos.

Por otro lado, que los registros públicos otorguen una inscripción, bajo una determinada denominación, a un negocio entre particulares implica que el Estado, en tal caso, lejos de contentarse con consentir o permitir ese negocio, le concede una determinada calificación jurídica, comprometiéndose a aplicar, ejecutar o respetar ciertas consecuencias jurídicas del tipo de negocio así calificado (sean muchas o pocas). Que un negocio no cumpla cierto requisito legal para ser así registralmente inscrito no implica prohibición de esos efectos jurídicos, sino sólo que el Estado no se compromete a otorgar esa calificación jurídica ni, en lo que a él concierne, a ejecutar o respetar las consecuencias jurídicas que tal calificación traería consigo.

Si, por no satisfacer todas las condiciones establecidas en el Código Civil, un negocio no puede registrarse como uno de compraventa, o de permuta, o de constitución de derecho real de usufructo, eso no está impidiendo la realización del negocio (y hasta puede que quepa inscribirlo bajo otra calificación o como un negocio atípico).

En lo tocante, concretamente, a nuestro asunto, el Estado puede tener motivos en contra de otorgar registralmente la calificación de «matrimonio» a una pareja homosexual sin que ello prohíba a sus dos integrantes darse a su unión, en sus documentos, el nombre de «matrimonio». Y una ley de parejas de hecho hubiera podido extenderles un trato favorable que viniera a hacer disfrutar a las parejas

---

<sup>58</sup>. Por la presumibilidad de coacción, aunque puede discutirse cuán fuerte sea el argumento.

<sup>59</sup>. En las discusiones que precedieron a la promulgación de la ley de 2005 se adujo que, si se expandía el ámbito de uniones entre varios que pudieran recibir la denominación de «matrimonio», habría que ofrecer un argumento para no seguir ampliando ese ámbito, y en concreto para excluir la unión de un ser humano con uno de otra especie. (Tal vez aquí entraría la dificultad de cómo constatar su consentimiento.) Yo plantearía el problema del derecho a casarse con uno mismo, constituyendo un matrimonio unimembre (a fin de tener hijos matrimoniales sin contraer vínculo conyugal con otro individuo).

irregulares (homo o hetero) los beneficios de los matrimonios, o muchos de ellos.

Pueden ser varios los motivos que válidamente puede tener el legislador para rehusar, en sus registros, esa calificación jurídica: estado de la opinión pública, infrecuencia de tales relaciones (sobre todo cuando pensamos en vínculos estables y con una proyección de permanencia vital), tendencias preponderantes en el derecho comparado, connotación antropológico-cultural del matrimonio. Habiendo así motivos, no sería una exclusión arbitraria; y no acarrearía daño ni perjuicio para los afectados, salvo el de no ver colmada una pretensión puramente nominal.

Las cosas habrían podido hacerse así provocando menos alboroto en la opinión pública y menos división por un asunto, a la postre, de escasa transcendencia jurídica.

Para concluir este apartado hay que insistir en que la significación práctica del matrimonio homosexual es hoy muy reducida: será un matrimonio libremente rompible por cualquiera de los dos cónyuges (de manera unilateral, intempestiva, inmotivada y exenta de consecuencias jurídicas); será un matrimonio sin comunidad de bienes (por lo menos a efectos tributarios, que en definitiva suelen ser los decisivos); será un matrimonio sin apenas derechos sucesorios; será un matrimonio sin asunción ni obligación de convivencia, ni menos de relación sexual (puesto que lo erótico pertenece al ámbito privado ante el cual la sociedad ha de ser ciega). En definitiva, será un matrimonio con muy pocas consecuencias jurídicas, como lo son todos los demás.

---

### §9.— ¿Una pluralidad de vínculos?

Los planteamientos hoy prevalentes en los temas matrimoniales incurren en un doble error:

- 1) desconocer el carácter antropológico del derecho;
- 2) ignorar el papel del pueblo como legislador, por tres vías: 1ª, los promulgamientos consuetudinarios; 2ª, la adhesión a unos principios y valores jurídicos (que el legislador legiferante ha de acabar recogiendo y proclamando formalmente); 3ª, la actuación como legislador negativo, rehusando inclinarse ante los mandatos del legislador oficial.

La preocupación de las mayorías políticas ha marchado por el sendero de cambios espectaculares de carácter simbólico, prácticamente nominal, de espaldas a la evolución real de los vínculos de pareja en la vida social.

En lugar de esa alharaca de cambios súbitos de fachada, emito aquí, a título de mera hipótesis de trabajo (y sin comprometerme a defenderla),<sup>60</sup> una línea evolutiva que podría constar de las nueve reglas siguientes.

---

<sup>60</sup> V. infra, apartado siguiente.

1º.— Puesto que la ley no ampara apenas al matrimonio, podría contemplarse suprimir esa institución legal, al menos en su configuración y denominación actuales.<sup>61</sup>

2º.— Respetando el carácter antropológico y sociológico del derecho, conviene dejar a la vida social misma seleccionar y determinar —sin imposiciones coercitivas— las formas de convivencia que la gente desea.

3º.— Las relaciones que voluntariamente contraigan los individuos para su vida común han de regirse por la ley general de los contratos; los cenobios o grupos de convivientes serían comunidades de bienes contractualmente instituidas; hay que abandonar la noción estrecha de lo contractual como lo que se rige por un ánimo de lucro, para volver a la noción histórica de que es contrato cualquier pacto o convenio que establezcan entre sí varios individuos o grupos para cualesquiera fines de la vida, dentro de lo legalmente autorizado.<sup>62</sup>

4º.— Han de respetarse las reglas generales del derecho de obligaciones y contratos, empezando por la de *pacta sunt seruanda*. Los convivientes establecen, en sus pactos, cláusulas sobre sus obligaciones recíprocas (en lo corporal, en lo afectivo, en lo económico, o en cualquier otro ámbito)<sup>63</sup> cuya inobservancia ha de acarrear la sanción indemnizatoria (que puede pactarse en el contrato de unión conyugal como cláusula penal, junto con una cláusula penitencial).<sup>64</sup> Asimismo ha de aplicarse la regla del art. 1256 CC, a saber: que el cumplimiento de un contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. Al igual que en cualquier negocio

---

<sup>61</sup>. Podría habilitarse un período de extinción, con un mantenimiento vitalicio para los matrimonios actuales.

<sup>62</sup>. Habría que permitir que la comunidad pueda subsistir con un solo miembro, en el caso de que los demás fallezcan o la abandonen. En tal caso, no se produciría ninguna transmisión patrimonial ni, por consiguiente, entrarían en juego los supuestos de plusvalía ni ningún otro similar.

<sup>63</sup>. Sujetas, eso sí, a la prohibición legal de atentar contra valores superiores del ordenamiento, como la vida, el bienestar, la felicidad, la salud, la igualdad y la fraternidad humana. En suma, estaría prohibida una cláusula que comportase sevicias o vejaciones, al igual que los pactos leoninos. En cambio pocas simpatías encontrará hoy la vieja opinión doctrinal de que son ilícitos los pactos que impliquen un compromiso a mantener relaciones sexuales, por implicar condiciones inmorales; no es inmoral mantener tales relaciones ni es contrario a los valores socialmente aceptados; al revés, revisten una consideración axiológicamente positiva el placer, la felicidad, el bienestar, el sano ejercicio de las capacidades humanas y, desde luego, el amor. Es perfectamente lícita la autolimitación de libertad que implica adoptar compromisos en ese ámbito, siempre y cuando sean compromisos libres y equitativos para mutuo beneficio (espiritual, psíquico y material). Ni es cierto que el ordenamiento prohíba establecer tales compromisos por una vía diferente de la ceremonia del matrimonio regular, el cual no es sino una de las posibles expresiones de la decisión de dos individuos de formar una pareja estable. (Lo que sí sería inmoral —y, por lo tanto, ilícito— sería comprometerse a sufrir malos tratos o humillaciones o a entregarse a prácticas sado-masoquistas o a prostituirse; es dudoso si lo sería comprometerse al sexo en grupo u otras prácticas miradas socialmente con ceño, aunque la duda debe dar ventaja a la presunción de licitud.)

<sup>64</sup>. A la objeción de que los pactos con obligaciones personales son incoercibles respondo que, efectivamente, un tribunal no puede forzar a nadie a realizar personalmente una acción (sea ésta de la índole que sea: dar clase, cantar, pintar, cortar leña, acariciar, traducir, vigilar, planchar o acompañar o amar), pero, por eso mismo, existen las obligaciones derivadas o subsidiarias, concretamente la de compensar a la parte perjudicada por la infracción de deberes contractualmente asumidos.

jurídico, han de distinguirse una primera fase de consolidación (en la que vale el desistimiento sin causa) de las fases ulteriores de más plena fuerza de obligar de las cláusulas contractuales.

5º.— Tales contratos de convivencia pueden tener duración definida o indefinida. En este último caso sólo es lícita la disolución inmotivada por iniciativa de una de las partes obligándola a pagar la indemnización por daños y perjuicios.

6º.— Como *ius cogens* para esos contratos, y para cualesquiera otros, ha de aplicarse el principio indemnizatorio de que han de abonarse tanto el daño emergente cuanto el lucro cesante. Quien en su juventud y belleza ha renunciado a otras posibles trayectorias —acaso más brillantes y prósperas— para unir su vida a la de otra persona tiene derecho —si ésta decide romper ese contrato de unión— a que la indemnización incluya el pago de todo ese lucro cesante, incluido el bien moral, no sólo el material, al igual que el daño emergente incluye también el daño moral.

7º.— Ha de reformarse el derecho de herencia,<sup>65</sup> admitiéndose sin limitaciones la libertad de testar y el pacto sucesorio (que podría inscribirse en el pacto de convivencia).<sup>66</sup>

8º.— También hay que reformar el impuesto a la renta, dando opción a los contribuyentes para venir gravados, sea como individuos singulares, sea como grupos de convivientes. (Si la sociedad reconoce el valor de la convivencia y el del amor, debería premiarse fiscalmente la opción comunitaria.)

9º.— Las medidas públicas de protección social (como la viudedad) han de adaptarse a esas mutaciones (estableciendo un derecho a favor del o la conviviente que cumpla ciertos requisitos).

Si se aplicaran esas nueve reglas, ¿qué sucedería? Los datos de la antropología nos hacen pensar que, si el matrimonio tiene el arraigo que tiene en la historia humana, es porque hay una tendencia espontánea del ser humano a la unión de pareja para la plena comunión de vida y mutua satisfacción, en todos los órdenes, de dos individuos, como manera normal de afrontar las tareas de la vida, como manera normal de vivir, de disfrutar y de arrostrar las dificultades.

Esa dualidad viene de la dualidad de sexos. De suyo el número 2 no es mágico. La naturaleza, en este planeta —o en esta galaxia, o en este mundo posible—, ha tenido predilección por el número 2; en la vida humana, en la relación inter-individual, ese número viene sólo de la bisexualidad. La procreación sigue en muchos casos asociada a la relación erótica, pero cada vez menos (contracepción y

---

<sup>65</sup>. Además, debería suprimirse el impuesto de sucesiones, el más injusto de todos; habría, en cambio, que restablecer el impuesto sobre el patrimonio, que grave las grandes fortunas, heredadas o no. Sólo suprimiendo el impuesto de sucesiones se pueden eliminar las discriminaciones.

<sup>66</sup>. V. Díez Picazo & Gullón, *op.cit.*, p. 515. Los pactos sucesorios se admiten en Alemania, Austria y Suiza. En los derechos forales españoles también se admite con cierta amplitud. Las normas de derecho internacional privado hacen exequibles en España pactos sucesorios válidos para nacionales de otros países.

reproducción asistida). Lo que sigue estando ahí, y seguirá de momento, es la anatomía y fisiología sexuada de los seres humanos (y de nuestros parientes vegetales y animales).

La aplicación de esas nueve reglas daría lugar a que, en lugar de una única relación, hubiera varias, diversamente tipificadas, con diferentes derechos y obligaciones. Podría vaticinarse que el resultado sería un resurgir del matrimonio presunto: la pareja humana eróticamente vinculada, típicamente heterosexual y con voluntad de permanencia. Ese matrimonio fáctico estaría al margen de registros, ceremonias nupciales o matriculaciones.

---

### §10.— Inconvenientes de la propuesta

La propuesta del apartado anterior, emitida como mera hipótesis, sufre, sin embargo, cuatro inconvenientes. Antes de criticarla, hemos de conceptualizarla bien. Se trata de encomendar la regulación de las relaciones íntimas de la gente al ámbito negocial privado, jurídicamente destipificado y, por lo tanto, confiado por entero a la libre iniciativa de las partes, que —según su saber y entender— decidirán plasmar o no sus convenios, explícitos o tácitos, en documentos privados o públicos.<sup>67</sup> Podría, dentro de esa opción, proponerse una panoplia de contratos de convivencia que los notarios y los bufetes de abogados tendrían a disposición de sus clientes, a fin de que éstos escojan.

El primer inconveniente de esa vía negocial privada se refiere al derecho de sucesiones. La opción es inseparable de la libertad de testar y de la admisión del testamento mancomunado (que existió en nuestro Derecho histórico hasta ser suprimida en 1889 por el Código Civil); como mínimo habría que abolir los derechos de legítima de los descendientes y, con mayor razón, de los ascendientes. Desconcertantemente no existen hoy en nuestra sociedad iniciativas que defiendan el testamento mancomunado y la libertad de testar; sin esa reforma del derecho de sucesiones, la opción del apartado precedente carece de sentido. El inmovilismo del derecho de sucesiones en nuestra legislación civil y la falta de una reivindicación social que reclame el abandono de las legítimas constituyen un obstáculo, hoy por hoy insalvable, para esa opción de confiar la regulación de las relaciones íntimas al ámbito negocial privado.

El segundo inconveniente es que ese camino también deja en lo incierto el alcance de los derechos de los convivientes desde el punto de vista del derecho público. Es de poca monta lo que atañe al derecho penal y al procesal, mercantil y administrativo (incompatibilidades, etc), porque sin duda los códigos se interpretarían por analogía. Pero hay una dificultad en torno a la seguridad social y sistemas equivalentes de prevención. ¿Quedaría el cónyuge (o el conviviente *more uxorio*)

---

<sup>67</sup> V. Giacomo Oberto, «L'autonomia negoziale della coppia di fatto: I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi», 2004. Disponible en la pág<sup>a</sup> web de Giacomo Oberto: <http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/famiglia.htm>.

desprotegido, careciendo de derecho a prestación sanitaria en virtud del vínculo negocial de convivencia? ¿No tendría un derecho de pensión? Ese inconveniente no es redhibitorio; porque, en primer lugar, también podría aplicarse la analogía (aunque hay que reconocer que la proliferación de figuras negociales podría hacerla ardua e incierta); y, en segundo lugar, podría regularse la materia de seguridad social con unos parámetros objetivos de convivencia, que incluso desatendieran el contenido y la denominación de los contratos de convivencia (constaran o no en escritura pública) para atenerse al hecho jurídico (no al acto): la convivencia continuada durante un período, más la declaración de los interesados ante el funcionario correspondiente, de su proyecto de mantenerla establemente en el futuro.<sup>68</sup> (Para los casos de incumplimiento de tal declaración, la ley prevendría las consecuencias jurídicas pertinentes.) En suma, el cambio en el orden del derecho familiar habría de ir acompañado de adaptaciones del derecho de la seguridad social, pero sería abordable.

El tercer inconveniente es que, si, al instaurar esa reforma, pudiera prever el legislador, como resultado, una evolución como la conjeturada al final del apartado anterior, entonces lo más razonable sería —tras un estudio sociológico adecuado que confirmara esa previsión— establecer directamente los conceptos jurídicos correspondientes a ese resultado previsto —atemperando acaso plazos y transiciones. De ese modo el legislador, en vez de limitarse a lanzar al mar una botella esperando a lo que pueda pasar, elabora un plan legislativo razonable, no arbitrario, sociológica y antropológicamente fundado, sin empero imponer a nadie acogerse a una figura jurídicamente diseñada.

El cuarto y último inconveniente de la propuesta del §9 es que desprotege a los imprevisores y a la parte negocial débil. Justamente el derecho de contratos típicos difiere del derecho general de las obligaciones en que ofrece modelos para que, en el ejercicio de su libertad contractual (pomposamente llamada «autonomía de la voluntad» en el derecho civil), los particulares puedan acogerse a figuras negociales predefinidas, en las cuales tienen vigencia unas obligaciones y unos derechos por *ius cogens*, indisponibles (lo cual se hace en beneficio de la parte débil y del orden público), y, además, también tienen vigor unas normas supletorias, de suerte que la imprevisión de los contratantes no producirá efectos deletéreos para el negocio jurídico que entablan. Ateniéndonos a la lección histórica, hemos de mantener esa regla de que el legislador tipifique las figuras más frecuentes de relación negocial privada, anudando unas consecuencias jurídicas, de suerte que, en caso de conflicto, sea posible al juez integrar la relación que se dé entre dos particulares como una de tal o de cual tipo legalmente previsto, previas las subsunciones y calificaciones jurídicas que sean menester, extrayendo así las consecuencias correctas en protección, sobre todo, de la parte débil.

Siendo decisivo el 4º inconveniente, nos toca justificar nuestra predicción (aunque no sea con una deducción científica, sino con unas consideraciones verosímiles e inexactas), a saber: que lo que emergería con vigor de ese relegamiento

---

<sup>68</sup>. Se limitaría el derecho a un solo conviviente.

de las relaciones íntimas a la esfera negocial privada sería un renacer del matrimonio como una asociación vitalicia entre dos seres humanos adultos de diverso sexo, en unión íntima, que compartan lo esencial de su vida y que disfruten de una comunidad de bienes.<sup>69</sup> Mi razón para esperar ese resultado es tratar de ver qué ha pasado en nuestras sociedades, y en las anteriores o exteriores que conocemos, a fin de entender en qué estriba la ventaja del matrimonio.

Un matrimonio típico es un dúo, en el que están representados los dos sexos de nuestra especie. Si en ella hubiera tres sexos, seguramente las uniones domésticas, los hogares, estarían formados por tres individuos, cada uno de uno de los sexos. Que estén representados los dos sexos se debe a que una de las funciones del matrimonio es la unión sexual entre sus dos miembros, para lo que sirve esa unión: necesariamente para el placer y la satisfacción de quienes lo practican (cuando lo practican) y, con ello, para la afirmación de su personalidad, para su felicidad o bienestar; accidentalmente para la reproducción.

Ese dúo matrimonial constituye un hogar, o sea: una unidad molecular de vida, expandible por la copresencia de hijos en ciertas fases de la vida. Esa molécula social, el hogar, es una asociación que racionaliza el uso del producto social: en primer lugar, como núcleo habitacional; en segundo lugar, como factor económico (los economistas conciben a los hogares como factores de producción y de consumo, no a los individuos sueltos).

Podemos perfectamente imaginar, en una antiutopía, una sociedad sin matrimonios ni nada parecido, en la que cada individuo viva en un hogar unimembre, constituyendo una unidad aparte como factor económico desde el punto de vista de residencia, gasto, ahorro, busca de empleo. Eso no impediría a tales individuos sueltos visitarse y holgarse libremente unos con otros. La crianza de los niños podría abordarse en orfanatos o internados, o alternativamente todas las familias serían uniparentales. Otra posibilidad sería que, en lugar de vivir cada adulto solo en un hogar aparte, se viviera en cenobios o conventos.

¿Qué inconveniente tendría esa sociedad de célibes? Que cada soltero viva aparte implica, ante todo, un uso irracional de los recursos y multiplica el gasto, porque muchos consumos se alcanzan más racionalmente aprovechándolos entre varios, especialmente los que tienen que ver con el alojamiento y los suministros regulares que lo acompañan. Y vivir en cenobios o conventos tiene el inconveniente de que, probablemente, el grado de felicidad o bienestar así alcanzable sería menor, porque cada uno se vería constreñido a compartir techo y mesa con individuos a los que no estaría ligado afectivamente, o no por una relación de afectividad sentimental como la que implica la relación de pareja.

Si al común de la gente la vida aislada le proporcionaría la misma felicidad, o una mayor o una menor, es algo en lo que cada quien puede tener presentimientos,

---

<sup>69</sup> Ese renacer no excluye en absoluto que haya un número de individuos y grupos que sigan otros caminos, que vivan en asociaciones de otro tipo: dúos hetero u homo, con configuraciones diferentes, tríos, cuartetos, quintetos, unos estables, otros inestables; sus relaciones estarían encomendadas a la libre negociación privada.

difíciles de corroborar por argumentos objetivos, que no aduzcan las preferencias subjetivas. ¿Se sería más feliz viviendo solo y visitándose cuando uno tenga gana que compartiendo, día a día, techo, mesa, cama, lumbre y ajuar? ¿Sería así mejor por estar uno más libre y porque las relaciones serían espontáneas, no encajonadas por la rutina? ¿Sería peor porque al final todo eso produciría una sociedad con mayor soledad, menos comunicativa, menos fraternal? Sin poder sustentar mis anticipaciones en una razón que me parezca objetivamente convincente, juzgo que esa sociedad sería peor, menos racional, menos satisfactoria, menos feliz.

Alternativamente podemos imaginar sociedades en las que se compartan algunos de esos bienes con uno y no así otros bienes, o éstos se compartan con otros. P.ej., cama con uno, ajuar con otro; techo con uno y patrimonio con otro o con ninguno. El que la asociación que comparta techo comparta también cama, mesa, lumbre y ajuar es sólo una de las muchas combinaciones posibles, una combinación que tal vez hemos adoptado por rutina, inercia y falta de imaginación.

¡Será! Pero desafío a cualquiera a ofrecernos relatos creíbles de las antiutopías organizadas de otro modo, mediante alguna de esas otras combinaciones imaginables. Es verdad que mi objeción no tiene mucho peso, porque estoy invitando al interlocutor a someternos un relato que vamos a enjuiciar nosotros, desde nuestros prejuicios, desde nuestros hábitos. Con todo, si históricamente ha prevalecido la familia bimembre expandida con la prole, es porque, de todas las fórmulas imaginables, es la más simple, la más económica, por ende la más racional organización de la vida social, y, en suma, la más satisfactoria para el bienestar de sus miembros.

---

### §11.— Cerrando el círculo: nuevos conceptos jurídicos en materia conyugal

Cerraré este artículo con una propuesta alternativa: el legislador podría tipificar varias figuras de contratos de cohabitación, en una escala de mayor o menor compromiso mutuo.

No conozco ninguna objeción jusnaturalista contra la existencia de varios vínculos conyugales, con mayor o menor intensidad de compromiso mutuo. Hay una objeción desde el derecho positivo, del siguiente tenor: «si se creara un matrimonio de segunda división cabría pensar en una inconstitucionalidad sobrevenida, pues, de modo consciente o inconsciente, vendría a hacerse la competencia al único modelo institucionalizado, quizá con el resultado de devaluarlo».<sup>70</sup> Dudo que sea así. Con una reforma legislativa como la que voy a proponer —que comporta el establecimiento de una pluralidad de figuras laxamente subsumibles bajo un concepto genérico de conyugio—, las disposiciones de la Constitución, sin alterarse, habrían de interpretarse, como cualquier ley, según la realidad social del tiempo en el que han de aplicarse.

---

<sup>70</sup> Gabriel García Cantero, «Matrimonio y parejas de hecho», *Aquí y ahora* N° 219/29-VI-2000, <http://www.archi-madrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/2000/jun2000/num219/Aqui/aqui3.htm>.

También se ha objetado (*ibid.*) que es absurdo establecer varios vínculos conyugales de diversa intensidad, porque, mientras los unos, al contraer matrimonio, consienten en ligarse por unos derechos y deberes mutuos, los otros, al preferir quedar al margen del enlace matrimonial, optan por vivir juntos sin estar sujetos a ningún deber del uno para con el otro. Respondo, en primer lugar, que, aunque ellos no escogieran estar ligados por ningún deber mutuo, eso no significa que no lo estuvieran, porque, al vivir juntos, realizan un hecho jurídico, susceptible de acarrear consecuencias jurídicas.

Que todas las obligaciones de los particulares se contraigan o por un contrato, o por un cuasi-contrato, o por un hecho ilícito (responsabilidad por daños o extracontractual) es un dogma jurídico razonable, pero sin valor absoluto. Nuestro sistema nomológico establece consecuencias jurídicas obligatorias para hechos lícitos no dañosos, como el engendrar. Luego el hecho de la convivencia podría, aun sin intención de las partes, entrañar consecuencias obligatorias, en tanto en cuanto genera una situación que puede llegar a ser desventajosa para un conviviente si el otro la rompe unilateralmente.

En segundo lugar, respondo que no es verdad que implique rechazo o inconsciencia de cualesquiera obligaciones mutuas el mero hecho de rehusar inscribir la relación como una de «matrimonio», con las formalidades ceremoniales establecidas en nuestra sociedad. Los convivientes pueden querer entablar una relación con una serie de derechos y obligaciones, incluso muchos más deberes que el actual matrimonio oficial, que es desgarrable unilateralmente porque sí en cualquier momento y sin previo aviso. Lo único que rehúsan es un nombre y una ceremonia; y eso puede tener muchas explicaciones, como lo vimos más atrás. Además, un número de parejas de hecho han acudido en diferentes períodos a procedimientos alternativos, como los contratos de convivencia (algunos, como lo vimos más arriba, uniones vitalicias con comunidad de bienes).

Siempre es más respetuoso de la libertad ofrecer a los individuos varias posibilidades alternativas, varios tipos o conceptos jurídicos para que escojan el más idóneo a su visión del mundo y a su plan de vida, dentro de una organización planificada y racional de la sociedad y de una previsión no-arbitraria de las conductas y costumbres de la gente. En consecuencia de lo cual podría el código civil proponer varios tipos de enlace conyugal o de pareja estable.

- 1º) Tendríamos el escalón más bajo, la unión hogareña o *contrato de casamiento*, por el cual dos individuos conviven bajo el mismo techo comprometiéndose a ayudarse mutuamente en diversas facetas de la vida (sentimental, corporal, laboral, educativa, recreativa), afrontando juntos las cargas del hogar común. La duración del contrato sería por tiempo definido (a plazo) o indefinido, previéndose una indemnización por ruptura intempestiva. En principio esta unión no comportaría derechos de seguridad social ni de herencia.
- 2º) Vendría por encima la *sociedad matrimonial*, que implicaría —además de las obligaciones del contrato de casamiento— un deber de fidelidad, un pacto de solidaridad y ayuda mutua, en la suerte y en la desgracia (consorcio), y una

comunidad de bienes gananciales, repartiendo equitativamente el disfrute de tales bienes. Entrañaría derechos de sucesión y de seguridad social.

3º) El *conubio*, vínculo vitalicio, con comunidad universal de bienes habidos y por haber, que podría persistir (sin que se produjera supuesto sucesorio) a la muerte de un cónyuge como comunidad unimembre. Además de las obligaciones mutuas de la sociedad matrimonial, implicaría un compromiso de duración vitalicia y el deber de tenerlo todo en común. Surtiría plenos efectos de seguridad social. En la sucesión intestada, todos los bienes pasarían al cónyuge superviviente.

La duración vitalicia del contrato no significa, claro, su irrevocabilidad. El conubio podría ser anulado por grave y persistente transgresión de los deberes conyugales o por libre y reiterado disenso de uno y otro. También podría anularse por decisión de ruptura de una de las partes, mediante un abono de la indemnización por el daño emergente y lucro cesante, junto con el pago de una suma penitencial.<sup>71</sup>

Esta reforma está en el espíritu de los tiempos; es modesta, asequible, moderada, flexible, configurable, abierta a muchas variaciones, matizaciones, colores y sensibilidades. Pero lo seguro es que, hoy por hoy, no se hará. Durante mucho tiempo seguiremos a la deriva.

---

<sup>71</sup>. Suenan hoy mal el compromiso de por vida. Adúcese que es contrario a la libertad suscribir un pacto irrevocable. Pero eso no es verdad. En primer lugar, un compromiso vitalicio no es lícitamente revocable sin causa justa, pero puede ser extinguido (cancelado, rescindido, anulado) por una razón válida. (En principio no lo es, desde luego, el matrimonio canónico; aun eso tiene sus límites por el ejercicio de los llamados privilegios paulino y petriano —dejando de lado el ancho resquicio de la nulidad rotal; sin embargo el abandono de esa rigidez extrema no tiene por qué comportar el de la vigencia de un contrato para toda la vida, una vigencia entendida con la debida flexibilidad.) No se ve por qué va a implicar un atentado contra la libertad suscribir un compromiso de por vida, máxime si uno lo ha hecho libre y espontáneamente. En el caso de la unión de pareja, además, como la misma va asociada a un plan conjunto de vida en todos los ámbitos, ingresar en tal unión y permanecer establemente en ella implica adoptar decisiones y renunciaciones que son irreversibles y que, a menudo, comportan consecuencias irreparables. Un plan general de vida encierra una vocación de perpetuidad.

v

**«DERECHOS DE BIENESTAR Y  
SERVICIO PÚBLICO  
EN LA TRADICIÓN SOCIALISTA»**

**por Lorenzo Peña y Gonzalo**

*Ética y servicio público*

coord. por Lorenzo Peña, Txetxu Ausín y Óscar Diego Bautista

México/Madrid: Plaza y Valdés. 2010

ISBN 9788492751945



# DERECHOS DE BIENESTAR Y SERVICIO PÚBLICO EN LA TRADICIÓN SOCIALISTA

por **Lorenzo Peña y Gonzalo**

---

en *Ética y servicio público*

coord. por Lorenzo Peña, Txetxu Ausín y Óscar Diego Bautista

México/Madrid: Plaza y Valdés. 2010

ISBN 9788492751945

pp. 173-232

---

## Sumario

1. Preámbulo: el porqué del problema. 2. Orígenes y delimitación del movimiento de ideas socialistas. 3. Las peculiaridades del anómalo socialismo de Carlos Marx. 4. Las raíces del antiestatismo de Marx. 5. Cuatro corrientes del socialismo reformista. 6. La cuestión de las nacionalizaciones. 7. Las aportaciones doctrinales de la Escuela de Burdeos y la noción de servicio público. 8. Los establecimientos públicos de promoción de la economía nacional. Las economías mixtas de la segunda posguerra mundial. 9. El incremento del gasto público como causa de la economía mixta. La Ley de Wagner. 10. Reacción marxista ante esas evoluciones: la tesis del capitalismo monopolista de Estado. 11. El sector público como instrumento para la satisfacción de los derechos de bienestar de la población. 12. Crisis del estado del bienestar. El neoliberalismo. 13. Conclusión

---

## Resumen

La tradición socialista es la familia de las corrientes doctrinales que, desde mediados del siglo XIX, han propuesto una satisfacción de las necesidades de las masas trabajadoras mediante la socialización de los medios de producción. Ha estado históricamente ligada tanto a la reivindicación de los derechos positivos o de bienestar como a la potenciación de los servicios públicos y a la creación de un sector público de la economía. Tales propuestas vinieron principalmente del socialismo de cátedra alemán, el fabianismo inglés y el solidarismo francés. Plasmáronse en las economías mixtas de la II posguerra mundial y en el estado

del bienestar, logros que se han visto fuertemente quebrantados en los últimos 30 años y que peligran ante la pujanza de las ideas neoliberales.

### **Abstract**

The socialist tradition stems from such doctrines as, since the mid XIX century, proposed to satisfy the needs of the toiling masses through the socialization of the means of production. It has been historically bound both to the claim of positive or welfare rights and to the enlargement of public services and the creation of a public sector of the economy. Such proposals were mainly put forward by German chair-socialism, English fabianism and French solidarism. They issued into the mixed economies and the welfare state implemented after world war II, achievements which have been strongly undermined in the last 30 years and which are at risk owing to the onslaught of neoliberal ideas.

## **§1.— Preámbulo: el porqué del problema**

En los debates sobre la fundamentación de los derechos humanos en la moderna filosofía jurídica española, algunos autores —como Gregorio Peces-Barba y Antonio Enrique Pérez Luño— se han adherido —con diferencias— a un planteamiento de capas o generaciones sucesivas, en el cual produciríase la incorporación de los derechos de bienestar a los derechos de libertad de la tradición liberal;<sup>1</sup> tal incorporación sería más o menos tardía y vendría de la mano de la tradición socialista. Frente a esos planteamientos, Francisco Laporta ha señalado que la tradición socialista ha sido reacia a hablar de derechos.

Hay que reconocer lo que de verdad encierra esa consideración, porque, en efecto, una gran parte de la tradición socialista se articuló en términos que rehuían planteamientos ético-jurídicos.

Sin embargo existen también en esa tradición —desde sus orígenes a comienzos del siglo XIX— formulaciones claras en términos de derechos del hombre, que incluirían un derecho a la justicia social o a vivir en una sociedad fraternal, libre del abuso que los trabajadores y desempleados sufrían a manos de las clases poseedoras. En este ensayo vinculo esa tradición y su defensa de los derechos de bienestar con la propuesta —que también hallamos en una parte de esa tradición— de un amplio servicio público y de un sector estatal de la economía.

## **§2.— Orígenes y delimitación del movimiento de ideas socialistas**

Al hablar de la tradición socialista —y a sabiendas de la plurivocidad y la ambigüedad extrema de la palabra «socialismo»—, opto por no seguir estrictamente ninguna de las definiciones ofrecidas por la lexicografía sino proponer una nueva: por «socialismo» voy a entender la familia de corrientes de pensamiento que, en

---

<sup>1</sup>. V. la tesis doctoral de Alejandro González Piña, «Los derechos humanos en la filosofía jurídica iberoamericana contemporánea: Tres modelos de análisis», Universidad de Alicante, nov. 2009. (Directores: Manuel Atienza y Juan Antonio Pérez Lledó.)

torno al medio siglo que transcurre de 1835 a 1885, abordan la cuestión social proponiendo alguna solución que implique disminuir el ámbito de la propiedad capitalista de los medios de producción y reemplazarla, total o parcialmente, por fórmulas jurídicas más acogedoras del derecho de los trabajadores a la felicidad, o —si se prefiere— al bienestar, a una vida humana satisfactoria sin sufrimiento ni angustia (en la medida de lo humanamente posible, claro).

Esa familia era calidoscópica y multiforme. En ella figuran los comunismos llamados «utópicos» de Owen y Fourier,<sup>2</sup> la doctrina de Marx y Engels, el obrerismo de Lassalle, el socialismo romántico de Sismondi, el estatismo democrático-social de Louis Blanc y Ledru-Rollin, el socialismo humanista de Lamennais y Mazzini, el anarco-federalismo de Proudhon, el socialismo de cátedra de Adolf von Wagner y, por último, el fabianismo inglés.

Por extensión serán socialistas los descendientes intelectuales de aquellas corrientes de la opinión y de la doctrina de mediados del siglo XIX, siempre que esté claro el parentesco intelectual, siendo acreditable el vínculo de transmisión doctrinal.<sup>3</sup>

En la década de los años 30 del siglo XIX aparecen en Francia —que lleva la delantera política e intelectual en el mundo de entonces— los términos de «socialismo» y «comunismo». El *Grand Larousse de la langue française*<sup>4</sup> aduce el empleo de «communiste» por Lamennais en 1834 en el sentido de partidario de la supresión de la propiedad privada. Aunque el término era nuevo, el concepto había surgido en el siglo XIV y había suscitado en el siglo XV y en la primera mitad del XVI, entre sus adeptos y los poderes establecidos, controversias doctrinales y guerras civiles.<sup>5</sup> Al comunismo cabe consignar un número de pensadores de los siglos XVII y XVIII: Campanella, Winstanley, Morelly, Mably, Babeuf (éste último fue el único que trató de realizar ese ideal mediante la lucha política). Pero será en los años que siguieron a la caída de Napoleón y al Congreso de Viena de 1815 cuando ese movimiento empiece a difundirse entre sectores intelectuales amplios y a encontrar un cierto eco entre las masas obreras.

Después del destronamiento de Carlos X en 1830, se verán fuertemente

---

<sup>2</sup>. Sobre la doctrina de Owen y su influencia en el movimiento obrero inglés ver *La época de las revoluciones europeas 1780-1848*, de Louis Bergeron, F. Furet & R. Koselleck, Madrid: Siglo XXI, 1976.

<sup>3</sup>. Queda fuera del socialismo así entendido el nacional-socialismo de los años 20 a 40 del XX en Alemania, pues su vínculo histórico-doctrinal con las ideas socialistas del medio siglo 1835-85 no está probado, sino que, antes bien, es seguramente ficticio y postizo —ya que, en rigor, ese movimiento tiene unos orígenes y una inspiración opuestos, además de que su realización práctica tampoco puede inscribirse en una estela de las aspiraciones sociales de mediados del siglo XIX. En qué medida quepa subsumir en el socialismo movimientos posteriores de autodenominación «socialista» es algo que queda fuera del presente ensayo; piénsese en los autoproclamados socialismos de Bourguiba, Nasser, Nehru, Nyerere, Ngouabi, Boumedién, Sankara, Chávez, E. Morales.

<sup>4</sup>. París, 1972.

<sup>5</sup>. La última de ellas, la insurrección de Münster en 1532-35.

decepcionados los anhelos de justicia social; pulularán entonces en Francia, Inglaterra y Alemania muchos brotes de comunismo, primero, y luego también de una tendencia más difusa, menos definida, que será el socialismo. Pierre Leroux en 1834 acuña el término;<sup>6</sup> la idea que vehiculaba ese discípulo disidente de las doctrinas de Saint-Simon era la de proponer una propiedad social, no la propiedad común; trataríase de sustituir la propiedad privada capitalista, con su divergencia social entre ricos y pobres, por un principio de socialismo o asociacionismo —a través de cooperativas que, aun siendo privadas, evitaran la diferenciación de clases sociales.<sup>7</sup> En algunas cosas se inspira Pierre Leroux en el comunismo de Fourier, con su principio de distribución «a cada cual según sus necesidades» —que retomará Marx en 1875, o sea cuatro decenios después.<sup>8</sup>

Configúrase en Francia el socialismo en la obra política de Louis Blanc, discípulo disidente de Pierre Leroux, que propugna la propiedad pública como solución de la cuestión social, a través de los talleres nacionales, que se realizarán, efímeramente, en la II República Francesa de 1848. En ésta va a encontrar un esplendor fugaz ese socialismo reformista que aboga por expandir los derechos del hombre incluyendo unos derechos de bienestar, basados en el deber de fraternidad humana. En ese momento hallamos la primera plasmación jurídica de ese naciente socialismo: la Constitución del 4 de noviembre de ese año. Ciertamente quedó sobre el papel, sin aplicarse nunca.<sup>9</sup> Sin embargo hubo frutos permanentes: sufragio universal masculino y abolición de la esclavitud en ultramar.

Esa Constitución declaraba en su Preámbulo que la República Francesa proponíase «asegurar un reparto cada vez más equitativo de las cargas y ventajas de la sociedad, aumentar el bienestar [*aisance*] de todos» y hacer acceder a todos los ciudadanos «a un grado cada vez más alto de moral, de luces y de bienestar» (*bien-être*). Ese mismo Preámbulo imponía a cada ciudadano francés el deber de contribuir al bienestar común, ayudar fraternalmente a sus conciudadanos y observar las leyes que regulan la sociedad, la familia y el individuo. Precisaba, además, el deber estatal de asegurar la existencia de los ciudadanos necesitados (*nécessiteux*), ya sea proporcionándoles un empleo, ya sea socorriéndolos. Así, quedaban constitucionalizados el derecho al trabajo y el derecho a la asistencia pública en caso de necesidad,

---

<sup>6</sup>. V. *Anthologie des oeuvres de Pierre Leroux*, París: Desclée de Brouwer, 1977.

<sup>7</sup>. Sobre el movimiento de cooperativas y asociaciones obreras (en una época en la que no se reconocía el derecho de asociación) en la primera mitad del siglo XIX ver Louis Bergeron, F. Furet & R. Koselleck, *La época de las revoluciones europeas 1780-1848*, ed. cit., p. 305.

<sup>8</sup>. En torno al año 1840 se perfilan dos grandes tendencias anticapitalistas: el socialismo de Pierre Leroux y los comunismos de Fourier, Cabet y Owen, que —a diferencia del primero— proponen la propiedad pública con exclusión de la privada aunque, eso sí, en pequeñas comunidades. En la enorme efervescencia intelectual de la época hay que añadir las tendencias socialistas y comunistas de Alemania y Suiza —Robbertus, Sismondi, Weitling y nuevas corrientes, como el antiautoritarismo de Proudhon en años siguientes, a lo que se añadirá el comunismo científico de Marx y Engels y luego el socialismo estatista de Ferdinand Lassalle.

<sup>9</sup>. Porque Luis Bonaparte ganó las elecciones presidenciales y, poco después, impuso su dictadura: el II imperio.

sumamente amplio en sí mismo y extensible a lo que hoy se denomina el «derecho de las personas dependientes»<sup>10</sup> —que no es un derecho a la salud sino un derecho a que, faltando la salud, el individuo obtenga los auxilios socialmente posibles para compensar su situación desventajosa.

Pese a que puede chocarnos la terminología de la época, está claro que hay en esa Constitución de 1848 avances que ni siquiera hoy se han incorporado plenamente a las constituciones modernas —p.ej. está faltando una adecuada constitucionalización del derecho a la asistencia pública en situaciones de infortunio. Quizá más básicamente está faltando constitucionalizar el derecho a la felicidad y el derecho a vivir en una sociedad fraternal.<sup>11</sup>

Tras chisporrotear un momento con la Comuna de París (1871, cuya reivindicación modestísima era el derecho a la alimentación, «le pain pour tous»), ese espíritu de 1848 va a irse perfilando en decenios sucesivos, por un lado abrazado a la ortodoxia revolucionaria prevalente en el medio obrero —aunque, en el fondo, fuera el abrazo entre posiciones discrepantes— y, por otro lado, adoptado por nuevas corrientes doctrinales desgajadas del tronco socialista o influidas por el socialismo.

Desde esos orígenes de hace 32 lustros el socialismo ha ido evolucionando, oscilando entre diversas formulaciones y propuestas. La cuestión más difícil que ha tenido que resolver —y ante la cual se ha dividido— es la de si las aspiraciones al bienestar de las masas laboriosas pueden satisfacerse mediante la extensión de los servicios públicos y una política de nacionalizaciones. En las precarias condiciones de mediados del siglo XIX tales intentos estaban condenados a fracasar; pero el

---

<sup>10</sup>. Aquí se toma «dependientes» en el sentido de *discapacitadas* o en situación de minusvalía —palabras que han caído en desgracia por sus connotaciones reales o presuntas. Algunos prefieren usar la locución eufemística de «diversidad funcional». El adjetivo «dependientes» es desafortunado, porque todos dependemos de los demás.

<sup>11</sup>. Al originarse la reivindicación moderna de las libertades individuales —entre fines del siglo XVIII y mediados del siglo XIX— estuvo en el transfondo el ideal utilitarista y eudemonista de la felicidad como principio de las políticas públicas y fin del obrar humano —presente en toda la Ilustración, de Leibniz y Shaftesbury a Diderot, d'Holbach, Helvétius, Beccaria y Bentham—. Sin embargo, no pudo entonces reconocerse un derecho a la felicidad porque hubiera desbordado el marco de la concepción individualista, según la cual las instituciones públicas sólo han de ofrecer un marco de regulación y arbitraje de conflictos, dentro del cual buscar —o no— la felicidad sería asunto meramente privado —para excluir así cualquier derecho subjetivo de resultados y, por lo tanto, cualquier obligación ajena de dar o hacer. De ahí que las Declaraciones de derechos emanadas de esa visión reemplazaran «la felicidad» por «la busca de la felicidad» como derecho natural del hombre (según figura, p.ej., en la Declaración de Independencia norteamericana de 1776). Hubo, sin embargo, alguna excepción. La Constitución republicana francesa del 6 de mesidor del año I (24 de junio de 1793) proclama en el art. 1 de su Preámbulo: «El objetivo de la sociedad es la felicidad común. Está instituido el gobierno para garantizar al hombre disfrutar de sus derechos naturales e imprescriptibles». Si el art. 2 dice que tales derechos son la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad, hay que entenderlos como medios o componentes del valor supremo recién proclamado, la felicidad común y compartida —lo cual, de algún modo, está implicando un derecho individual a participar en esa felicidad colectiva. Por eso el art. 21 impondrá la obligación estatal de ayudar a los ciudadanos desdichados (*malheureux*). En la misma línea la Constitución republicana francesa de 1848, según lo ya referido más arriba. No muy distante —aunque sí bastante más vago— es el principio estampado en nuestra Constitución gaditana de 1812 en el art. 13: «El objetivo del gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen».

precedente estaba sentado: tratábase de solventar la cuestión social —la miseria obrera y el anhelo de satisfacción de las necesidades básicas de toda la población— mediante la iniciativa y la propiedad públicas, mediante la acción del Estado.

### §3.— Las peculiaridades del anómalo socialismo de Carlos Marx

El socialismo o comunismo de Carlos Marx y Federico Engels introdujo una serie de novedades con relación a sus contemporáneos y, todavía hoy, presenta rasgos muy originales.

Marx rechaza tres aspectos comunes del socialismo de su época. En primer lugar rechaza fundar el socialismo en una crítica ética o axiológica de la sociedad capitalista o en una reivindicación de las necesidades insatisfechas de la población laboriosa o de los pobres en general. Por consiguiente rechaza fundar un proyecto socialista en la exigencia de respeto a unos derechos sociales. Otra variante u otra rama de ese mismo rechazo es la exclusión de todo planteamiento de la cuestión social en términos jurídicos.

Desde su punto de vista, la moral y el derecho son superestructuras de la base económica. Cada formación socio-económica es un entramado de relaciones de producción cuyo contenido es la actividad económica; tales relaciones dependen, en último término, del nivel de desarrollo de las fuerzas productivas (o sea del progreso técnico pero también del adiestramiento del factor humano que es la principal fuerza productiva).

Lo que en el capitalismo plantea la perspectiva socialista es que la necesidad de un ulterior crecimiento de las fuerzas productivas choca con las relaciones de producción existentes y demanda una abolición de la propiedad privada de los medios de producción. Ninguna exigencia ética ni jurídica tendría efectividad alguna en ese contexto. Lo que se impone es una ley histórica, la ley del progreso económico; un imperativo que todo pueblo ha de acatar y que hoy reclama la abolición del capitalismo para que los medios de producción pasen a ser propiedad colectiva del proletariado, organizado en clase revolucionaria.<sup>12</sup>

Sobre esa base, cabe perfectamente para Marx formular demandas ético-jurídicas favorables a esa transformación. Pero en ellas no se basa la proclamación del socialismo, que, antes bien, únicamente se asienta en ese reconocimiento de la dinámica de la historia humana.

En segundo lugar, Marx también rechaza todas las vías para una realización paulatina de un ideal socialista. Una de ellas era el socialismo de Estado (Louis Blanc, más tarde los socialistas de cátedra alemanes y, andando el tiempo, el

---

<sup>12</sup>. Si bien en este trabajo puede no ser precisa una definición de «capitalismo» o «capitalista», conviene apuntar que —sin pretensión de exactitud— cabe entender por «capitalismo» una sociedad en la que los medios de producción están en manos privadas, mientras que los mecanismos del mercado —o sea la acción de la oferta y la demanda— regulan las relaciones entre los diversos agentes económicos —tanto aquellas que los productores de bienes y servicios entablan entre sí cuanto las que establecen con los consumidores y con los trabajadores—.

fabianismo inglés, aunque éste inicialmente fuera poco estatalista). Otra de esas vías gradualistas era alguna variante del cooperativismo. Marx es holista: las relaciones de producción forman un entramado; cada entramado de tales relaciones tiene un carácter determinado: esclavista, feudal, capitalista, socialista. No caben mezclas ni parches. Unas gotas de propiedad cooperativa en el capitalismo no alteran la naturaleza de éste, siendo impotentes para afrontar los imperativos del mercado. Sólo cabe una destrucción del poder burgués represor que permita a las masas obreras adueñarse de los medios de producción. Cualquier vía reformista está bloqueada.<sup>13</sup>

Es más: no sólo no caben avances parciales o graduales sino que, mientras no se derribe el Estado burgués, la suerte del proletariado seguirá empeorando, sufriendo una creciente depauperación, absoluta y relativa, en virtud de las leyes de la economía capitalista: la de la tendencia decreciente de la tasa de la ganancia, la que impone la existencia de un ejército industrial de reserva (paro masivo) y la que determina los salarios por el costo de la producción y reproducción de la mano de obra modificada por la de la oferta y la demanda.

Repítese ese maximalismo o antirreformismo absoluto de Marx en otra de sus vigorosas y famosas fórmulas, que figuran en su folleto *Salario, precio y ganancia*:<sup>14</sup> la clase obrera debe comprender que el sistema actual, con todas las miserias que vuelca sobre ella, crea las condiciones para una reconstrucción económica de la sociedad; en vez del lema conservador «¡Un salario justo para una jornada laboral justa!» ha de profesar el lema revolucionario «¡Abolición del sistema de trabajo asalariado!».<sup>15</sup>

Un tercer rasgo del socialismo de Marx es (en parte al menos) un corolario de los dos anteriores: el Estado, superestructura social, es un instrumento de una

---

<sup>13</sup>. Frente al socialismo reformista, que aspiraba a mejorar la condición de las masas trabajadoras mediante medidas legislativas, señala, en su obra ya clásica V. G. Simkhovitch *Marxisme contre socialisme* (Paris: Payot, 1919, trad. R. Ricard, pp. 135-6) lo siguiente: «Marx, igual que Engels, consideraban medios estériles y de consecuencias reaccionarias cualesquiera intentos de solucionar las condiciones económicas mediante leyes. Los vemos estigmatizar la ley de las 10 horas [de trabajo] ... [como] instituciones ... reaccionarias y caducas. ... [Las] reformas no pueden mejorar la situación en absoluto, el progreso económico ha de ser traído necesariamente por una revolución». Sin embargo, más adelante —y según lo reconoce el mencionado autor— el propio Marx evolucionó, flexibilizando su antirreformismo social y abogando en el *Capital* (cuyo primer volumen se publicó en 1867) por la ley de las 10 horas y el control social. Sin embargo, tales pinceladas no alteraron su posición que, en lo esencial, estaba ya elaborada y que profetizaba la creciente depauperación absoluta y relativa de la clase obrera y la autodestrucción del capitalismo como efecto de la tendencia decreciente de la tasa de ganancia.

<sup>14</sup>. Informe pronunciado en inglés ante la I Internacional en 1865, v. *Obras escogidas* de Marx y Engels, Buenos Aires, Ed. Cartago, 1957, p. 302.

<sup>15</sup>. Dicho eso en 1865 —cuando ya estaban empezando a mejorar las condiciones vitales de las masas obreras en algunos países gracias a la incipiente legislación laboral— significaba rehusar su apoyo —o darlo sólo muy reticentemente— a la lucha por la mejora de las condiciones de trabajo y remuneración; Marx sólo ve un mérito a esa lucha, que es el de mantener el espíritu de combatividad y la autoestima colectiva del proletariado para prepararlo al asalto al poder. La acción reivindicativa la ve, en el mejor de los casos, como un componente más del regateo entre oferta y demanda en el mercado (en este caso el de fuerza de trabajo), destinado a estrellarse contra la inclemente tendencia del sistema capitalista a depreciar más y más el salario.

clase determinada cuya única misión es reprimir a las clases hostiles, ya que la lucha de clases es el motor de la historia. Antes de que la sociedad estuviera dividida en clases antagónicas no había Estado ni habrá Estado (ni Derecho) una vez que el proletariado victorioso haya destruido el aparato estatal burgués y se haya adueñado de los modos de producción, eliminando así la división de la sociedad en clases sociales.

Como instrumento de dominación de clase, el Estado tiene, y cumple, una sola tarea: reprimir a las clases adversas. Si es el Estado feudal, reprimir a los siervos y a los burgueses. Si es el Estado burgués, reprimir al proletariado. Cuando sea el Estado proletario, reprimir a la burguesía. Sus únicos órganos son los jueces, la policía, la gendarmería, el ejército, las prisiones. No entra en ese esquema la construcción de acequias, puertos, lonjas, mercados de abastos, casas de socorro, jardines, acueductos, alcantarillas, baños, obras de urbanización, plazas, foros, alumbrado público, correos, museos, escuelas, universidades, silos, almacenes, canteras, manufacturas, astilleros, hospitales, hospicios. Marx no desconoce la existencia de varias de esas instalaciones o actividades, pero, a su juicio, son episódicas o marginales, pues la creación y distribución de riqueza es obra de la sociedad, no del Estado. Bajo el capitalismo es obra de los capitalistas. Bajo el socialismo lo será de la clase obrera, erigida en sujeto colectivo. El Estado no tiene pitos que tocar en todo eso.

Aunque la evolución ulterior del marxismo determina que esa doctrina, en su pureza, haya sido frecuentemente matizada por sus partidarios hasta el extremo de apartarse de ella en casi todo, hay un aspecto esencial que merece destacarse: Marx parte de un derecho básico del ser humano colectivamente tomado: el derecho al progreso económico. Ciertamente que para él es también un hecho, y un hecho necesario. Pero es más que eso. Es la exigencia y la reivindicación del progreso económico lo que pronuncia una condena de los sistemas político-sociales que lo obstaculicen. Lo que desautoriza el poder de la burguesía, lo que desacredita definitivamente al régimen burgués capitalista, es que impide un mayor crecimiento de las fuerzas productivas. Percatarse de ese impedimento constituye, a sus ojos, un argumento decisivo para rechazar tal sistema.

Marx avizora una futura sociedad comunista en la que esté vigente el principio de Fourier, «a cada uno según sus necesidades», pero para acceder a ella será menester haber alcanzado previamente una abundancia económica que sólo puede venir con un mayor crecimiento de las fuerzas productivas.<sup>16</sup>

Si la doctrina de Marx alcanzó tan amplísima adhesión a lo largo de veintitantos lustros fue por algo. A mi juicio fue porque: (1) a diferencia de otros socialismos, ofrecía una argumentación que apelaba a la razón y no al corazón, y (2) reconciliaba la aspiración a una sociedad justa con una perspectiva de progreso económico —pues, al fin y al cabo, su reproche al capitalismo es el de obstaculizar

---

<sup>16</sup>. Quizá más realísticamente podría decirse que el pago de pensiones de jubilación sólo cabe en una sociedad de crecimiento económico, por lo menos si se combina con un aumento de la esperanza de vida.

el crecimiento de las fuerzas productivas. Creo que el socialismo del siglo XXI ha de recoger esos dos aspectos de la aportación de Marx, aunque rechace todos los demás, que han sido desmentidos por la experiencia.

Junto con sus aciertos, la concepción marxista incurrió en dos equivocaciones. Su primer error fue confundir holismo con maximalismo. Que las relaciones de producción constituyan un todo interrelacionado no implica forzosamente que no quepan híbridos dosificados, alteraciones graduales. De hecho toda estructura social es un híbrido, una mezcla abigarrada. Como en la naturaleza no hay círculos perfectamente redondos ni —salvo en el laboratorio— H<sub>2</sub>O sin mezcla, tampoco hay ningún sistema social puramente capitalista ni puramente nada. Todo eso es cuestión de grado. Un régimen puede ser 35% capitalista, 82%, etc. Los cambios graduales son posibles.

El segundo error de Marx es el aserto de que el Estado es la organización de la violencia imperante.<sup>17</sup> Marx no demuestra ese aserto porque es una definición. Pero, con él, es tautológico que no son actividades estatales ni la construcción de caminos ni la extinción de incendios ni el transporte ni el abastecimiento ni la creación de observatorios. Marx elaboró su doctrina cuando se concebía a sí mismo el Estado liberal como mero guardián del orden; no lo cambió cuando ese Estado se expandió asumiendo cada vez más actividades culturales, sociales y económicas, o sea cuando propulsó el servicio público en diversos ámbitos.

Ese segundo error estriba en otro, más profundo, que es la dicotomía entre sociedad civil y Estado —una tesis que Marx toma de Adam Smith y de Hegel y que le plantea un problema insoluble (en su marco teórico) sobre cómo organizará el proletariado la producción, ya que, a veces, se da cuenta de que difícilmente lo hará más que a través del Estado proletario —un Estado que, ocupándose de eso, no sería Estado sino que estaría suplantando a la sociedad.

En ese marco conceptual y doctrinal, entiéndese perfectamente el rechazo marxiano de cualquier discurso sobre derechos humanos y el excluir de antemano las reivindicaciones proletarias en términos de derechos sociales o socio-económicos. Cifrábase todo para Marx en el *quién*, no en el *qué* ni en el *cómo*. Lo que cuenta es si persiste la dominación económico-social de la burguesía —que, establecida en las relaciones de producción, viene reforzada por la acción represiva del Estado burgués— o si, rota ésta, el proletariado ha asumido colectivamente la propiedad de los medios de producción. Mientras persista el dominio burgués de poco pueden servir los derechos sociales, meros parches en el mejor de los casos. Y, una vez que el proletariado sea el amo, poco sentido tendrá esgrimir frente a él, como sujeto colectivo, reclamaciones individuales cuando la emancipación de la clase obrera implica forzosamente la de sus miembros.

Frente a esos esquemas doctrinales —desarrollados con enorme brillantez y fuerza persuasiva— poco influjo tendrán los de Louis Blanc y Lassalle quienes

---

<sup>17</sup>. Un error, por cierto emparentado con el que define el Derecho como un sistema intrínsecamente asociado a la coerción, cual es una tesis común en la filosofía jurídica.

«contribuyeron mucho al desarrollo de la idea de que el socialismo exigía la intervención del Estado, no sólo para regular las condiciones sociales y laborales, sino para responsabilizar de hecho al Estado del funcionamiento de la industria...»<sup>18</sup> Sin embargo, paradójicamente, el marxismo preservó su enorme audiencia en el siglo XX porque, precisamente en ese punto, sus lejanos seguidores, en la práctica, se apartaron del dogma.<sup>19</sup>

Adhiriéronse los unos a los Estados burgueses tratando de mejorarlos (aunque pagando un fielato a menudo deshonroso: avalar las acciones de dominación colonial, el sojuzgamiento de continentes enteros y las guerras de agresión).

Optaron los otros por encomendar a los Estados surgidos de la toma del poder revolucionaria una misión transformadora y planificadora, preservando instrumentos y, a menudo, orientaciones del Estado precedente pero bajo el ropaje ideológico de la transubstanciación de clase en virtud de la filiación de los nuevos grupos gobernantes (pagando también su propio tributo, que fue asumir los imperativos de la razón de Estado, frecuentemente amargos y alejados de los bellos ideales del mañana risueño).

---

#### §4.— Las raíces del antiestatismo de Marx

Para comprender mejor las raíces del error antiestatista de Marx hay que tener en cuenta algunos hechos. Desde la frase final del *Manifiesto Comunista* de 1848, la doctrina de Marx está fijada: «sus objetivos [los de los comunistas] sólo pueden alcanzarse derrocando por la violencia todo el orden social existente. [...] Los proletarios no tienen nada que perder en ella [en una Revolución Comunista] más que sus cadenas. Tienen, en cambio, un mundo que ganar».

Está claro que Marx elaboró esa teoría —a la que se atuvo hasta su muerte y a la que sus lejanos discípulos quisieron también mantenerse fieles— reflejando una realidad capitalista que era la de los inicios de la industrialización. Los ferrocarriles y la navegación de vapor estaban empezando. Las técnicas siderúrgicas eran todavía premodernas. La nueva maquinaria apenas estaba generalizándose en el sector textil. La ideología política prevalente era la de un Estado mínimo, con funciones de gendarme puro (ya fuera de signo liberal o monárquico-absolutista, pues no diferían en esa cuestión).

La generalización de las vías férreas cambiará por completo la situación. Directa o indirectamente el Estado tendrá que asumir su construcción y su mantenimiento o, al menos, su control. Las demandas sociales —unidas a la evolución técnico-productiva— llevarán a nuevos servicios públicos antes no imaginados: obras

---

<sup>18</sup>. Según lo dice E.D.H. Cole en *Historia del pensamiento socialista*, t. VII, México: Fondo de Cultura, 1965, 2ª ed., p. 278.

<sup>19</sup>. Pero, al hacerlo vergonzantemente, levantaron sus construcciones sobre cimientos de arena, con lo cual el edificio acabó desplomándose en 1991.

de urbanización, inspección laboral, suministro de agua y gas a las familias y alumbrado público, bibliotecas municipales, colegios en todo el territorio, transporte urbano; más tarde vendrán los seguros sociales. El proletario de 1848 podía estar de acuerdo en que, con un derrocamiento violento del orden existente, nada tenía que perder salvo sus cadenas. El proletario de 1898 no podía pensar así, ni pensó así. Menos aún el de 1948.

Los hechos daban un mentís a esa teoría. No hay en ello nada vergonzoso. Una teoría racional sobre hechos empíricos está para someterse a la prueba de los hechos, modificándose al compás de las comprobaciones empíricas. Lo malo fue que esa adaptación no se hizo; cuando se hizo, fue sinuosa y vergonzante, sin una reelaboración conceptual adecuada. Un replanteamiento racional habría llevado a los seguidores de Marx a confluir con otras corrientes socialistas, como el socialismo democrático de Ledru Rollin y Louis Blanc y, más tarde, el fabianismo inglés, el posibilismo francés y el socialismo de cátedra alemán. Aferrarse a las tesis de 1848 sin flexibilizarlas ni adaptarlas conducirá al derrumbe ideológico del marxismo en 1991.<sup>20</sup>

Todo eso puede explicar las raíces de los errores de Marx pero también la fuente de su enorme influencia, hoy desvanecida. A todo lo anterior, hay que añadir, sin embargo, que no cabe reprochar a Marx ni a ningún socialista haber hecho un planteamiento divorciado de la defensa de los derechos humanos, concretamente de los de bienestar. El marxismo, según lo hemos visto, afirma un derecho humano fundamental, incuestionable, de imperatividad absoluta y validez última y definitiva: el derecho de las poblaciones al progreso económico, si bien —¿cabe duda alguna al respecto?— ese derecho se cifra en ser el medio imprescindible para la satisfacción de las necesidades materiales e incluso espirituales de los seres humanos. Marx considera, es verdad, que no necesita predicar el respeto a ese derecho de cada uno a ver satisfechas sus necesidades, pero tal derecho está presupuesto y asumido en el derecho colectivo al progreso económico (al menos dentro de un enfoque holístico y ponderativo que reparta los sacrificios con un criterio correcto). Ni Marx ni nadie ha preconizado el socialismo más que como vehículo para la satisfacción de necesidades humanas, independientemente de que el reclamo de esa satisfacción viniera formulado, o no, en términos jurídicos, en términos de *derechos* o de *ius ad satisfaciendum*.

En su folleto de 1877 «Del socialismo utópico al socialismo científico», F. Engels retoma las ideas expuestas en el *Manifiesto* por Marx y por él mismo 29 años antes, pero esta vez tiene en cuenta un hecho nuevo: la creciente estatización de

---

<sup>20</sup> Ese desplome puede explicarse por muchas causas; pero una de ellas es que 28 lustros después del *Manifiesto comunista* casi todos los marxistas (quizá todos) seguían, erre que erre, sosteniendo que era imposible un tránsito del capitalismo al socialismo que no pasara por la toma del poder por los representantes del proletariado (aunque algunos de ellos esperaban una toma parlamentaria) y que el vigoroso sistema existente en la Europa occidental era capitalista, con lo cual sus logros eran los de la economía de mercado. (Ni siquiera reconocían la influencia del sistema moscovita en el desarrollo del estado del bienestar al oeste del Elba.) Al desmoronarse la unión soviética y desintegrarse el bloque oriental, sólo quedaba en pie —según ese enfoque— el viejo sistema capitalista criticado por Marx y Engels en 1848.

medios de producción sin que haya sido derrocada la burguesía; hecho no previsto para nada en la década de los 40. Reconoce que esa evolución «señala la vía por la que ha de producirse esa revolución» del proletariado. Éste, al derribar a la burguesía, tomará posesión de los medios de producción a través del Estado, para el Estado (o sea: proseguirá la estatización que ya estaba produciéndose anteriormente) y sentará así las bases para la extinción del Estado como órgano de represión de clase: «El gobierno sobre las personas es [entonces] sustituido por la administración de las cosas y por la dirección de los medios de producción».<sup>21</sup>

Pero a Engels podría responderse que esa dirección es también gobierno sobre las personas, no administración de las cosas. Si el sistema de órganos encargado de esa dirección no se extingue, hablar de extinción del Estado sólo significa que se atrofia o desaparece la función represiva. Una de dos: o el Estado es una organización represiva y nada más que represiva, o es otra cosa.<sup>22</sup> Si es lo primero, Marx y Engels incurren en inconsecuencia al atribuir al nuevo Estado revolucionario la tarea de dirigir la economía; habrían debido atenerse a su idea de que esa dirección sería asumida por organizaciones de la clase obrera al margen del Estado. Si esa concepción del Estado como mera organización represiva no es válida, entonces ni el Estado se extinguirá ni asoman razones convincentes para rechazar la estatización económica previa al hipotético triunfo revolucionario (como lo hicieron Marx y Engels, especialmente denunciando la nacionalización de los ferrocarriles en la Alemania imperial).

---

### §5.— Cuatro corrientes del socialismo reformista

Si el socialismo revolucionario de Marx arrolló a sus contrincantes y casi acabó monopolizando ideológicamente el espectro de lucha anticapitalista —propia-mente dicha— en las postrimerías del siglo XIX y en los primeros decenios del siglo XX,<sup>23</sup> no hay que desconocer, sin embargo, que, simultáneamente, iban produciéndose varios fenómenos que apuntaban en dirección inversa. Voy a enumerar en las páginas que siguen cuatro corrientes del socialista reformista.

La primera de ellas —relacionada, indirectamente, con el peculiar obrerismo alemán de Ferdinand Lassalle—, es el socialismo de cátedra, movimiento intelectual que va a trasladar la cuestión social a un plano de política legislativa y que —a través de las medidas tibias y paternalistas de Bismarck— dará los primeros pasos hacia el futuro Estado del bienestar. En la segunda mitad del siglo XIX Alemania es el centro del movimiento de ideas favorable a un incremento de la actuación del Estado en la

---

<sup>21</sup>. *Obras Escogidas*, op. cit, p. 547.

<sup>22</sup>. Una organización de servicio público auxiliada por el ejercicio de la potencia pública, según la tesis de Léon Duguit, que examinaremos más abajo.

<sup>23</sup>. Exceptuando la minoría anarco-sindicalista, aún más radicalmente opuesta a cualquier planteamiento socialista en términos de derechos sociales y de reivindicación de la acción del Estado.

producción con vistas a la satisfacción de las necesidades generales de la población (socialismo de Estado). Constitúyese en 1872 la *Verein für Sozialpolitik* (Unión para una política social) animada por Adolf Wagner, L. Brentano y W. Sombart, economistas vinculados a la escuela histórica (cuya rama posterior será la histórico-jurídica), que niegan las leyes económicas y,<sup>24</sup> por consiguiente, consideran que lo que suceda en la economía depende de qué decisiones tomen los gobernantes de la política económica.

La mencionada Unión, en conformidad con esos puntos de vista, formulará un plan de impulso a la creación de riqueza por el sector público y de redistribución social de la existente, un «socialismo desde la cátedra» —que fue irónicamente motejado de «socialismo de cátedra», suscitando la viva oposición del socialismo marxista, que ve, posiblemente, en él un contrincante. Gracias a esas iniciativas, el reaccionario príncipe von Bismarck dará los primeros pasos hacia el Estado del bienestar. (Más adelante me voy a referir a esa corriente doctrinal con mayor detenimiento.)

La segunda de esas cuatro corrientes se cobija en el propio seno del marxismo, siendo protagonizada por el revisionismo de Eduard Bernstein (1850-1932), el más prestigioso líder del socialismo alemán, ligado personalmente a Marx y Engels. A la postre, los socialistas de la II Internacional, primero, pero también los comunistas de la III, más adelante (años 30 y 40 del siglo XX), acabarán —sin renunciar de momento a los dogmas heredados— adoptando pragmáticamente una política de reivindicación de derechos sociales y auspiciando —no sin titubeos y zigzags— la creación y la consolidación del Estado del bienestar, fundado en la proclamación constitucional de los derechos positivos.<sup>25</sup>

La tercera de esas cuatro corrientes será el fabianismo inglés. En la Gran

---

<sup>24</sup>. V. el cap. 6 de *Estudios Republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*, México/Madrid: Plaza y Valdés, 2009, ISBN 978-84-96780-53-8.

<sup>25</sup>. Cabe mencionar aquí algunas concepciones doctrinales alemanas de la República de Weimar —en particular las de Gustav Radbruch (1878-1949) y Hermann Heller (1891-1933) —influido, a su vez, por Bernstein—, en oposición a Carl Schmitt, con quien, inicialmente, habían compartido inquietudes comunes—. Su motivación intelectual era, en cierto modo, inversa a la de las corrientes republicanas francesas que estudio más abajo (en el apartado 7), recalcando la idea de que, al tener el Estado obligaciones para con la sociedad civil —lo cual presupone el dualismo por mí criticado—, el Estado de derecho ha de complementarse con una faceta social: *sozialer Rechtsstaat*. (V. Nathalie Le Bouëdec, «Le concept de 'droit social': Gustav Radbruch et le renouvellement de la pensée du droit sous Weimar», *Astérior* [ISSN 1762-6110] N° 4, abril 2006, <http://asterion.revues.org/document497.html>; v. también Carlos-Miguel Herrera, *Juristes de gauche sous la République de Weimar*, París: Kimé, 2002, ISBN 2841742709.) Será influida por esas concepciones la Ley Fundamental de Bonn de 1949 —redactada por una comisión en la que destacó el político y jurista Carlo Schmid (1896-1979), discípulo de H. Heller. Todavía más lo serán la doctrina constitucional —en la pluma, p.ej., del catedrático de Marburgo, Wolfgang Abendroth (1906-1985)— y la jurisprudencia del Tribunal del Karlsruhe. Aun quedando tal concreción constitucional muy por debajo de las constituciones republicanas francesa de 1946 e italiana de 1947, —para no mencionar ya las del este de Europa—, la capacidad de irradiación del pensamiento germano será tal que ese concepto —o, quizá más bien, ese sintagma de «estado social de derecho»— será aclimatado a otras latitudes, retomándose en los hoy vigentes textos constitucionales de varios países de habla hispana. ¿Ha resultado jurídicamente fecundo dicho préstamo? O bien ¿ha aportado un mero membrete de contenido cuasi vacuo? La cuestión podemos dejarla aquí de lado.

Bretaña el socialismo de Marx nunca alcanzó la hegemonía; la influencia doctrinal preponderante entre los adversarios del sistema capitalista corresponderá a la Sociedad Fabiana, fundada en 1884.<sup>26</sup> Su creación y su influjo se explican por las peculiares condiciones intelectuales de la Inglaterra de su época, con su espíritu de debate cortés y tolerante, la tradición del liberalismo radical y de tintes sociales, el utilitarismo (J. Bentham, J.S. Mill)<sup>27</sup> y la pululación de capillas o grupos de religiosos disidentes así como el comunismo de Owen.

En medio de la enorme variedad de sus múltiples adalides y de la sucesión de etapas —que llegan hasta hoy mismo—, el socialismo fabiano ofreció una perspectiva de establecimiento paulatino y gradual del socialismo.<sup>28</sup> Los principales ideólogos fabianos fueron los esposos Sidney y Beatrice Webb,<sup>29</sup> una pareja que marcó con su pensamiento y su acción política medio siglo no sólo en la gran Bretaña sino internacionalmente.<sup>30</sup>

Según se fue perfilando en la obra de sus representantes —especialmente de los esposos Webb—, el pensamiento fabiano compartía rasgos comunes con el comunismo de Marx. Consideraba que el socialismo no podía recomendarse como mero fruto de la reflexión moral en contra de la evolución fáctica de las sociedades humanas, al margen del progreso histórico objetivo o como mera incidencia de la subjetividad ofendida; al revés, sólo era creíble y posible un socialismo que, continuando la marcha real de los hechos colectivos, prosiguiera, sin ruptura, la obra colectiva orientada al progreso de la humanidad. El socialismo había, pues, de continuar y mejorar la acumulación colectiva de riqueza y medios de bienestar y habría de ofrecer mayor y mejor eficiencia económica (la industrialización). También coincidían con Marx los fabianos en juzgar inevitable el advenimiento del socialismo,

---

<sup>26</sup>. V. Cole, *op. cit.*, pp. 1083ss.

<sup>27</sup>. J. S. Mill no fue, estrictamente, un socialista —o al menos no se lo suele considerar como tal—, pero frecuentemente se inclinó a tesis socialistas, abogando por una propiedad común de medios de producción para posibilitar una redistribución satisfactoria para todos. Así nos dice en su *Autobiografía* (cit. en *The New Cambridge Modern History*, vol. XI, Cambridge U.P., 1962, p. 114) que la cuestión social se cifra en cómo combinar la mayor libertad individual de acción con la propiedad común del material bruto del mundo (*the raw material of the globe*) y una igual participación de todos en los beneficios del trabajo conjunto. Y en esa misma línea (ibid, pp. 114-15) otros epígonos del utilitarismo suscribieron «la deuda del colectivismo al benthamismo» (A.V. Dicey) y la expansión de la actividad pública (Sidgwick), coincidiendo sí con representantes del neo-hegelianismo como Green con su énfasis en el *bien común* como principio de la acción estatal. Todo ello en el mismo período en que en Inglaterra se está instalando el socialismo fabiano (últimos decenios del siglo XIX), el cual es inseparable de todo ese transfondo intelectual. (Sobre su pensamiento v. Íñigo Álvarez Gálvez, *Utilitarismo y derechos humanos: La propuesta de John Stuart Mill*, México: Plaza y Valdés, 2009 [ISBN 978-84-96780-83-5] —con mi prólogo «Ubicación del utilitarismo de J. Stuart Mill en el panorama de las doctrinas éticas».)

<sup>28</sup>. V. Peter Beilharz, «Fabianism and Marxism: Sociology and political economy», *Australian Journal of Political Science*, 27/1, March 1992, pp. 137-146. (DOI: 10.1080/00323269208402186.)

<sup>29</sup>. V. Margaret Cole, *The story of Fabian socialism*, Stanford University Press, 1961, ISBN 9780804700917.

<sup>30</sup>. V. Cole, *ibid*, pp. 205ss.

en virtud de una ley histórica de progreso. La única diferencia entre marxismo y fabianismo consistía en que, para Marx, el avance al socialismo implicaba la destrucción violenta del Estado burgués, la apropiación colectiva de los medios de producción por el proletariado, organizado en clase, y con ello la eliminación de las relaciones capitalistas de producción, o sea de las que, en esencia, ligan al capitalista con el obrero asalariado —sin que tuviera sentido pronosticar cómo sucedería todo eso ni qué vendría después— mientras que el pensamiento fabiano vio posible el avance gradual dentro del ordenamiento jurídico existente, la paulatina apropiación de los medios de producción por unos poderes públicos investidos —según la propia concepción que ellos mismos invocaban— de la misión de velar por el bien común. Los fabianos confiaban en el poder de la opinión pública.

Adelantáronse tal vez los fabianos a los marxistas en defender la planificación económica frente a la economía de mercado. Y es que, antes de los años 20/30 del siglo XX, los marxistas habían enfatizado sólo su oposición a las relaciones capitalistas de producción como relaciones entre empresarios y asalariados, mientras que serán las experiencias de la economía soviética las que los llevarán a diseñar —como alternativa a las relaciones mercantiles o de compraventa de agentes económicos, cada uno de los cuales opera según sus intereses y previsiones— una economía estatalmente programada según un plan de producción y distribución colectivas.

Los fabianos siempre habían concedido gran importancia a la administración pública, confiando en su eficacia. Los marxistas habían creído, antes de 1924-1930, que tal administración era una burocracia parasitaria desechable, que formaba una máquina que debía ser aniquilada por la revolución —sin ser sustituida siquiera por otro aparato estatal nuevo (en tal caso la destrucción no había servido de mucho), dejando simplemente que colectivamente la clase proletaria asumiera el control de los medios de producción y los pusiera en marcha, pero sin ningún plan marcado por los poderes públicos.

Fue también fabiana, no marxista, la idea de promover la empresa pública como solución a las crisis e ineficiencia de la empresa privada. A las campañas a favor de las obras públicas (calzadas, diques, puentes, centros de enseñanza, hospitales, urbanización), sucedió un abultado programa de incremento del patrimonio público para la realización de servicios colectivos; programa que fue conquistando éxitos parciales: municipalización de obras y suministro de agua, gas y electricidad, medios de transporte urbano de pasajeros (tranvías), colegios, sanatorios, servicios funerarios, carga y descarga portuarias. Su proyecto de nacionalización ferroviaria sólo se realizó tiempo después.

Entre el socialismo fabiano de los Webb y el marxismo-leninismo acabaría produciéndose un encuentro (uniéndose en la distancia el mar y el cielo, si se quiere decir así), a pesar del virulento rechazo inicial del régimen bolchevique por los Webb. De un lado, ellos abogaron por la nacionalización de los medios de producción desde 1920 con su obra *A Constitution for the Socialist Commonwealth of Great Britain*. De otro, los soviéticos tuvieron que ir arrinconando sus sueños de

supresión del aparato estatal, dirección de masas, abolición del imperio de la ley y surgimiento de un nuevo orden extra-jurídico o posjurídico. También tuvieron que elevar al máximo nivel axiológico la defensa de una economía planificada frente a la anarquía del mercado (un tema apenas presente en la obra teórica de Marx y Engels o incluso en la de Ulianof).<sup>31</sup> De hecho los soviets de los años 20 y 30 asumieron y llevaron más lejos la labor del Estado precedente (zarista), aunque ahora basado en el principio de la apropiación colectiva de los medios de producción. Esa evolución los acercó a las tesis fabianas de la planificación, la empresa pública, la evolución gradual, la dirección administrativa de la economía.<sup>32</sup> Como contrapartida los esposos Webb también evolucionaron viendo ahora en la realización soviética una plasmación de sus propias ideas (sin por ello preconizar ninguna revolución violenta en los países que todavía no habían adoptado esa vía).<sup>33</sup>

Otro rasgo del pensamiento fabiano fue el reconocimiento del papel de los expertos y profesionales. Marx —y, en pos de él, Ulianof— consideraban que ni los administradores profesionales (servidores públicos) ni los expertos eran necesarios (por eso querían hacer añicos todo el aparato estatal existente); a lo sumo Ulianof aceptó servirse de expertos burgueses como auxiliares interinamente imprescindibles. Pensaba en la dirección colectiva por las propias masas organizadas. Los fabianos siempre consideraron las cosas de modo distinto; pensaron en sustituir al empresario privado (paulatinamente, eso sí) por una empresa pública, usando y perfeccionando

<sup>31</sup>. Vladimir Ilich Ulianof, 1870-1924, usó varios seudónimos políticos, el más conocido de los cuales fue «Nikolai Lenin». Me atengo a su apellido de familia.

<sup>32</sup>. Según lo puse de relieve en mi ensayo «La Fundamentación Jurídico-Filosófica de los Derechos de Bienestar» (en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por L. Peña & T. Ausín, México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006, ISBN 978-84-934395-5-2), la Unión Soviética fue el primer país en tener una constitución —la de diciembre de 1936— en la que se reconocían los derechos de bienestar (a pesar de pequeños anticipos parciales en las constituciones mexicana de 1917 y española de 1931): derecho a un puesto de trabajo (art. 118) —con garantía de estabilidad y de remuneración 'según su cantidad y calidad'—; al descanso (art. 119); 'a la asistencia económica en la vejez, así como en caso de enfermedad y de pérdida de la capacidad de trabajo' (art.120); a la instrucción (art. 121) —lo que incluía 'la gratuidad de toda clase de enseñanza'—; a la igualdad entre el hombre y la mujer 'en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política' (art.122). Menos conocido es que un año justo después de la soviética entró en vigor una nueva constitución republicana en Irlanda, inspirada en la doctrina social de la Iglesia Católica, cuyo art. 45 contenía varios derechos de bienestar de la población junto con una obligación condicional del poder público de tener iniciativas en la esfera productiva.

<sup>33</sup>. Su visión favorable de la sociedad planificada rusa se plasmó en su obra *Soviet Communism: A New Civilization?*, Londres, 1935. Esa evolución ideológica de los esposos Webb desata la virulenta crítica de Ludwig von Mises en *El socialismo: Análisis económico y sociológico*, 4ª edic. Madrid: Unión Editorial, 2003, pp. 530-1, donde los llama sarcásticamente por su título nobiliario, «Lord y Lady Passfield». Von Mises resume así su reproche a las ideas de Harold Laski y de los Webb (p. 532): «El programa de este intervencionismo contradictorio es imponer la dictadura supuestamente a fin de liberar al pueblo. La libertad que preconizan sus partidarios es la libertad para hacer las cosas [...] que ellos mismos quieren que se hagan [...] carecen de la facultad de pensar con lógica». Evidentemente para von Mises cualquier contradicción es ilógica. No se pregunta si la realidad es contradictoria ni, por ende, si hay que pensarla con una lógica paraconsistente. Por ello el conflicto entre libertad y bienestar —que esos socialistas ingleses abordan con el espíritu del gradualismo y la ponderación— él lo zanja con un rechazo absoluto a cualesquiera reivindicaciones de bienestar que puedan colisionar con reglas de libertad.

el *saber-hacer* y valorando a los profesionales y expertos.<sup>34</sup>

Paso ahora a la cuarta y última de las corrientes del socialismo reformista. La República Francesa<sup>35</sup> vio desarrollarse en su seno una serie de movimientos políticos e intelectuales —en parte desprendidos de la tradición socialista—, que abogaron por planteamientos de reforma social e intervención estatal a través del reforzamiento de los servicios públicos.

Como lo recuerda G.D.H. Cole,<sup>36</sup> en Francia, frente a Jules Guesde y su corriente marxista, brotó en 1882 el Partido Obrero Socialista Revolucionario, dirigido por Paul Brousse; pese a su denominación, era una formación posibilista,<sup>37</sup> ecléctica, orientada al logro de reivindicaciones de política legislativa en el marco de la III República.

En tandem con ese socialismo obrero posibilista floreció el radicalismo social o solidarismo representado por Léon Bourgeois,<sup>38</sup> auténtico precursor del Estado del bienestar y fundador de un planteamiento social-estatalista cuyo eje era una teoría del pacto social.<sup>39</sup> Aunque en el plano político-jurídico el principal representante del solidarismo francés fue Léon Bourgeois,<sup>40</sup> en el campo jusfilosófico será Léon

---

<sup>34</sup>. Una crítica relativamente benévola del fabianismo desde una óptica marxista ortodoxa la ofreció Paul M. Sweezy en «La economía política Fabiana», *The Journal of Political Economy*, junio de 1949. En la creación del moderno estado del bienestar será importante la labor del fabiano William H. Beveridge (1879-1973) —colaborador de Beatrice Webb—, autor del plan británico de 1942, proponiendo un *Social Service State*, que se plasmó posteriormente en el sistema inglés de seguridad social.

<sup>35</sup>. Establecida en 1870 al ser derrotado en Sedán Napoleón III.

<sup>36</sup>. *Historia del pensamiento socialista*, t. III, México: Fondo de Cultura, 1964, 2ª ed., p. 18.

<sup>37</sup>. Era posibilista en el sentido de que sus propuestas estaban encaminadas al logro de lo posible en el marco de la sociedad existente, no a derribarla.

<sup>38</sup>. 1851-1925. Doctor en derecho. Diputado radical del departamento del Marne. Desempeñó varios ministerios y por breve tiempo la presidencia del Consejo. Fue uno de los inspiradores de la sociedad de naciones en 1919. V. de Bourgeois tres obras publicadas por Alcan en 1902: *Esquisse d'une philosophie de la solidarité*, *Applications sociales de la solidarité*, y *La Solidarité*. (V. esp. el capítulo IV de ésta última, «Dette de l'homme envers la société, le quasi-contrat social».) V. también: Serge Audier, *Léon Bourgeois. Fonder la solidarité*, París: Michalon, 2007; Marie-Claude Blais, *La solidarité. Histoire d'une idée*, París: Gallimard, 2007; Jacques Donzelot, *L'invention du social*, París: Seuil, 1994. Entre los filósofos y pensadores que rodearon a L. Bourgeois mencionaré a Célestin Bouglé y a Alfred Fouillée.

<sup>39</sup>. V. José Luis Monereo Pérez y José Calvo González, «Léon Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación», acc. <http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/17duguit.htm>.

<sup>40</sup>. Como lo dice el conservador Jacques Bainville en *La Tercera República francesa* (Madrid: Doncel, 1975, p. 145) Léon Bourgeois inaugura en 1895 una política encaminada a un «socialismo prudente y práctico», traducción del «bienestar material y moral», «que iba a distribuir el bienestar por el canal de las subvenciones, puestos, pensiones, retiros». «Es una idea muy popular la de que, guardados por algunos ricos, existen vastos tesoros de los que bastaría sacar una pequeña parte para que todo el mundo fuera feliz. De ahí derivaba el impuesto sobre la renta, concebido como un medio de establecer la justicia fiscal y de que las grandes fortunas contribuyeran al alivio de los más desheredados».

Duguit (1859-1928), al frente de la escuela de Burdeos, quien traducirá esa doctrina social a un potente cuerpo de teoría.

La idea esencial de Bourgeois es la del cuasi-contrato, según la cual, desde que el individuo nace y crece en una sociedad, viene vinculado con ella por un cuasi-contrato, una relación sinalagmática de solidaridad que determina derechos y deberes recíprocos, por lo cual la prosperidad de cada uno ha de ajustarse a un principio de contribución a la prosperidad general, al bien común.<sup>41</sup>

Los radical-socialistas de León Bourgeois sólo pretendían imponer al propietario privado unas limitaciones en el ejercicio del *ius utendi, fruendi et abutendi*, principalmente mediante una fuerte fiscalidad (impuestos a la renta y las sucesiones), para sufragar gastos sociales en provecho de las masas desfavorecidas, juntamente con el establecimiento de normas reguladoras del ejercicio de la función dominical. Aunque los adversarios del solidarismo y del socialismo en general —como von Mises— le reprocharon inventar unas limitaciones insólitas o novedosas del derecho de propiedad, ese derecho es un haz de atribuciones que no existe por la naturaleza de las cosas —sino como resultado de la convención y en virtud de las conveniencias de tal o cual sociedad— y que siempre ha estado sujeto a limitaciones.

La propiedad es el derecho de usar un bien, aprovecharse de él y deshacerse de él. Un único derecho a esas tres conductas, de suyo diversas (si no la expresión sería pleonástica). Diversas y separables. Todas las sociedades que han reconocido propiedad privada la han limitado. Unas veces existe un *ius utendi* sin *ius fruendi*, o viceversa (fideicomisos; a menudo un *ius utendi et fruendi* sin *ius abutendi*: propiedades vinculadas o inalienables —en otro tiempo de manos muertas y hoy la propiedad intelectual). Cualquier propiedad está sujeta a ciertas servidumbres, o sea: el propietario está obligado a dar, hacer o dejar-hacer ciertas cosas con relación a su propiedad. Unas servidumbres son legales, otras contractuales, otras consuetudinarias. En sentido lato, son servidumbres también las cargas fiscales, junto con los derechos de tránsito, derechos de los vecinos y medianeros, ciertas obras (tendido de cables o tuberías), así como la más genérica limitación del uso del propietario en virtud de la prohibición de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas y la obligación de soportar ciertas acciones ajenas. También el derecho a desprenderse del bien está muchísimas veces limitado (p.ej. en virtud de derechos de tanteo o retracto, para no hablar ya de los bienes irrenunciables, p.ej. los de ciertas fundaciones y patrimonios fiduciarios).

Por lo tanto, el solidarismo, en ese punto, no inventa nada. El propietario, por el mero hecho de tener su propiedad viviendo en una sociedad, entra en una red de vínculos con la sociedad y con los demás miembros de la misma, gracias a la cual

---

<sup>41</sup>. Ese planteamiento de Bourgeois fue vigorosamente atacado por Charles Gide —a pesar de pertenecer también a la corriente solidarista: la teoría de Bourgeois implica que cada uno es deudor y es acreedor de la sociedad; ¿qué criterio existe —pregunta Gide— para evaluar ese crédito y esa deuda? ¿No es la solidaridad así entendida una caridad cristiana secularizada? ¿No se llega, por ese camino, a algo muy similar al comunismo? La teoría del cuasi-contrato de L. Bourgeois, con modificaciones, viene defendida en el capítulo 1 de mi libro *Estudios republicanos*, *op.cit.*, en una versión que, espero, escapa a esas objeciones.

le es lícito ejercer su poder dominical, pero también tiene que ejercerlo según unos preceptos y unos cánones que favorecen a la colectividad y a sus compañeros de sociedad. Igual que hay contratos *factis* (o *rebus*), el vínculo social lo contraemos por beneficiarnos de nuestra pertenencia a la sociedad, aprovechándonos de las ventajas acumuladas por ésta a lo largo de generaciones sucesivas (aprendiendo, caminando por los espacios públicos o permaneciendo en ellos, siendo protegidos por los guardias de eventuales agresiones, accediendo en la plaza a la oferta de mercaderías, etc.).

Lo nuevo en el solidarismo era tematizar ese vínculo que implícitamente han reconocido todos los jurisconsultos desde la Antigüedad tratando de escudriñar el fundamento y el criterio de delimitación de las obligaciones que cada individuo contrae con la colectividad y con sus compañeros de sociedad en virtud de dicho vínculo.

---

### §6.— La cuestión de las nacionalizaciones

Esos cuatro movimientos que preconizaban, a través de la acción de la conciencia pública, una intervención estatal, una política legislativa tuteladora de los derechos de bienestar, no estaban exentos de sus propios errores y de sus derivas, de sus compromisos a menudo inconfesables y de sus ambivalencias. No siempre han dejado una imagen halagüeña. Pero, en medio de sus flaquezas y hasta de sus vergüenzas, hay que ver lo positivo que aportaron para sentar las bases del futuro Estado del bienestar.

Uno de los problemas que vinieron pronto suscitados en la controversia entre esas corrientes socialreformistas y el socialismo revolucionario marxista ortodoxo fue el de las nacionalizaciones. Todo el movimiento socialista obrero de finales del siglo XIX había heredado de sus antepasados ideológicos una profunda desconfianza hacia el Estado, concebido como una organización del enemigo de clase.

Cuando el partido socialista alemán —al volver a la legalidad en 1890, tras la dimisión de Bismarck— se planteó si había de propugnar en su programa la nacionalización de medios de producción, fueron rechazadas en el congreso de Erfurt (1891) las mociones en ese sentido. Para los ortodoxos, capitaneados por Karl Kautsky,<sup>42</sup> la nacionalización, en el marco del Estado alemán, significaba «la entrega de más poder económico a una autoridad ejecutiva que representaba a la burguesía capitalista aliada al feudalismo y a la aristocracia. Sólo después de que el Estado fuese reconstruido por la revolución, podría convertirse en instrumento para que la causa de los trabajadores avanzase mediante la administración del Estado popular». El programa se abstiene, pues, de abrazar la vía de las nacionalizaciones, sosteniendo: «no puede realizarse el paso de los medios de producción a posesión

---

<sup>42</sup>. V. Cole, op. cit, p. 27.

de la colectividad sin que se haya posesionado [la clase obrera] del poder político»;<sup>43</sup> una tesis ortodoxamente marxista, pero de un significado y un alcance indefinidos, porque la posesión de los medios de producción se perfila a favor de la sociedad —y, claramente, no del Estado.<sup>44</sup>

Por su lado, los revisionistas de Bernstein tampoco fueron firmes partidarios de la nacionalización, sino que fueron derivando hacia una visión proclive a lo que —en términos de las corrientes actuales— podríamos llamar «la instauración de una ética de los negocios», o una «responsabilidad social de las empresas», confiando más en un sector privado remozado gracias a la presión social que en la acción de los poderes públicos o en el reforzamiento del servicio público.<sup>45</sup>

Tampoco el socialismo posibilista francés o el fabianismo inglés tenían claridad sobre la tarea de las nacionalizaciones. En Inglaterra los fabianos tendían mucho más a favorecer la municipalización; sin embargo, ésta no dejaba de ser una asunción de funciones económicas por un poder público, aunque fuera el local. Persistía, en el fondo, un imagen del Estado como la de una máquina puramente política, entendiendo «política» en un sentido convencional como organización militar, de orden público, administración de justicia y relaciones internacionales —o sea la imagen mítica que del Estado habían tenido los adeptos del «laissez-faire» en la tradición individualista y privatista de Locke, Adam Smith, Benjamin Constant y el aristócrata Alexis de Tocqueville, así como los *founding fathers* del federalismo norteamericano (Jefferson, Madison, Hamilton, etc.)

A pesar de las reticencias doctrinales del marxismo que ya he estudiado más atrás, en la práctica todos los programas socialistas, de todas las tendencias, incluyeron una panoplia más o menos amplia de derechos sociales. A medida que los propios gobiernos liberales o conservadores emprendieron reformas legislativas de orden social, viose forzado el movimiento socialista a ampliar esa tabla reivindicativa para marcar su propia identidad política.<sup>46</sup> Así resurgió el derecho al trabajo, que ya había defendido Louis Blanc durante la revolución francesa de 1848 y que había

---

<sup>43</sup>. Eso tampoco quiere decir que tuvieran que optar por la nacionalización en el marco de un poder revolucionario, porque la doctrina marxista era ambivalente respecto al papel del futuro Estado, confiando más que en un nuevo aparato estatal, en la acción colectiva de la clase proletaria, sin definir por qué vías o medios de organización no-estatal se realizaría.

<sup>44</sup>. Quizá mayor interés ofrecen las reivindicaciones sociales concretas: gratuidad de la justicia, de los sepelios, de la atención médica, de la enseñanza; que el seguro obrero fuera íntegramente costado por el Reich, legislación protectora del trabajo; impuestos progresivos sobre renta y sucesiones. No tenemos ahí, sin embargo, un derecho al trabajo, a la jubilación, a la vivienda, ni apenas al descanso, ni a la alimentación, ni a una prestación por desempleo, ni menos, a la asistencia en situaciones de infortunio. Faltaba aún mucho camino por andar hasta que se reclamara un estado de bienestar; ¡no digamos ya hasta que se consiguiera!

<sup>45</sup>. Sobre cómo Eduard Bernstein se apartó de su propuesta inicial de nacionalización paulatina de la industria para defender unas relaciones de producción en las que gran parte de la actividad económica siga en manos privadas, v. Cole, op. cit., pp. 274-5.

<sup>46</sup>. V. Cole, *ibid.*, pp. 67ss.

sido consagrado en la Constitución de la II República; un derecho al trabajo que implicaba el de obtener un salario justo,<sup>47</sup> lo cual iba en contra de la tradición marxista y socialista-obrera en general que descartaba la invocación de justicia y que consideraba la relación salarial en sí misma como un mal absoluto e inatenuable, abogando por su eliminación pura y simple.

---

### §7.— Las aportaciones doctrinales de la Escuela de Burdeos y la noción de servicio público

Léon Bourgeois no había podido perfilar un criterio claro sobre el alcance de esa deuda que tiene contraída con la sociedad cada individuo que, gracias a ella, ha desarrollado sus capacidades. Duguit dará un paso con su teoría del servicio público. Para Duguit el vínculo sinalagmático entre individuo y sociedad se plasma en un convenio entre el gobernante y el gobernado. Éste acepta la autoridad del gobernante, el cual, correlativamente, ofrece —en prenda de su legítima autoridad— un servicio público, unas prestaciones de provecho común que van de la construcción y el mantenimiento de obras públicas a la administración de justicia y policía, estableciendo, a cambio, limitaciones a la propiedad privada en beneficio general. El campo de tales servicios públicos queda por determinar, sin que existan criterios definitivos u obvios que lo delimiten. Es contraíble y expandible según las variaciones de la conciencia colectiva, las demandas o aspiraciones de la población y las posibilidades técnicas y organizativas.<sup>48</sup>

De ese modo, la escuela de Burdeos, encabezada por Léon Duguit, reducirá todas las actividades de los poderes públicos a una sola, la del servicio público, subsumiendo bajo ese concepto las de orden público, administración de justicia, prevención o remedio de calamidades, defensa militar y recaudación de tributos. Opúsose a esa escuela la de Toulouse, dirigida por Hauriou, que señaló como noción central la de la potencia pública (*puissance publique*).

Durante cierto tiempo la escuela de Burdeos fue hegemónica en el derecho administrativo francés. Concebir toda la actividad de las administraciones públicas como servicios públicos fue una seña de identidad francesa, rechazada en otros países —como España— donde el servicio público se concebía de modo más restringido. Definíase entonces al norte de los Pirineos el servicio público como una empresa o institución que, bajo la alta dirección de los gobernantes, se destina a satisfacer

---

<sup>47</sup>. Cole, *op. cit.*, p. 88.

<sup>48</sup>. Duguit fue decano de la Facultad de Derecho de Burdeos durante los dos últimos lustros de su vida. Su principal discípulo será Georges Scelle (1878-1961), que llevará el solidarismo al derecho internacional, proclamando la existencia de un vínculo biológico entre los seres humanos en que ha de fundarse esa solidaridad planetaria (aunque, hasta donde lo sabe el autor de este ensayo, no desarrolló una teoría de los servicios públicos internacionales, en lo cual no capitalizó plenamente la herencia doctrinal de Duguit). V. É. Pisier, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, París: LGDJ, 1972; C. Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*, París: Gallimard, 1982.

necesidades colectivas del público.<sup>49</sup> Además de que esa definición se aplicaba un poco difícilmente a los servicios de justicia y policía, surgía también el problema de en qué medida era servicio público la gestión por el Estado de un patrimonio propio que no estuviera afecto a una prestación de provecho común. Por otro lado, se ha objetado que también la actividad económica privada —ya sea efectuada con o sin ánimo de lucro— redundaba en provecho general del público, razón por la cual es tutelada por los poderes públicos.<sup>50</sup> La doctrina francesa resolvió el problema aduciendo que cualesquiera actividades que emprendía la administración pública tendían, directa o indirectamente, a un solo fin, que era satisfacer necesidades generales de la población —incluso cuando la administración gestionaba el patrimonio del Estado.<sup>51</sup> La conclusión era que la frontera entre servicios públicos y otras actividades es imprecisa y cambiante.

Más grave ha sido la brecha que en esa ideología re-publicana y solidarista ha abierto el escepticismo sobre la noción de necesidad pública. En los últimos decenios (coincidiendo con la embestida neoliberal, por otro lado) el concepto se ha tambaleado. Los escépticos se han deleitado en mostrar sus ambigüedades, la ausencia de criterios claros de aplicación y la problematicidad de la noción misma de lo público. En definitiva habría circularidad: repútase de necesidad pública lo que emprende una administración pública porque así lo hace; seguiríase de ahí que lo característico del derecho administrativo sería el *quién*, no el *qué*; sería —según la escuela de Toulouse— el conjunto de actividades de la potencia pública.

Esas críticas son excesivas. Podemos admitir que hay dos nociones de servicio público: una angosta y la otra ancha. En sentido angosto es servicio público una prestación emprendida por la administración pública —o que ésta debería, si no emprender, al menos confiar a algún órgano de ella dependiente o por ella controlado— cuando se caracteriza por estos tres rasgos:

- Generalidad de beneficiarios: sin que forzosamente toda la población se aproveche directamente, un conjunto muy amplio sí lo hace, no existiendo, en principio obstáculos para que cualquier habitante se incluya en ese conjunto.
- Igualdad o imparcialidad: al prestarse ese servicio, no quedan favorecidos unos más que otros, no se entra en tratos privilegiados o reservados con unos con exclusión de otros.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup>. V. Georges Vedel & Pierre Devolvé, *Droit administratif*, t. 1, París: PUF, 1958, p. 112.

<sup>50</sup>. No lo es meramente por el ejercicio de la libertad de actuar, sino por contribuir al bienestar colectivo, aunque haya actividades de dudosa utilidad como los juegos de azar o la expendición de productos intoxicantes.

<sup>51</sup>. V. Jacques Moreau, *Droit administratif*, París: PUF, 1989, p. 313.

<sup>52</sup>. Notemos, si embargo, que esa imparcialidad rara vez puede ser absoluta; muchos servicios públicos favorecen más a unos que a otros y su prestación puede acarrear la percepción de tasas diferenciales; p.ej. el transporte público de pasajeros beneficiará más a los abonados, que usan el servicio regularmente, o a ciertos sectores de la población, como familias numerosas, que obtendrán tarifas con descuento, o incluso al propio personal del servicio, al que se dispensará un trato de favor. Todo es cuestión de grado. Esas excepciones o atenuaciones, en sí y dentro de un

— Continuidad: la prestación obedece a una necesidad permanente (no a una mera conveniencia), por lo cual ha de realizarse continuadamente, no obedeciendo, por ello, a demandas ocasionales (aunque las intervenciones concretas sí respondan a contingencias singulares, como, p.ej., actividades de salvamento).

Esos tres rasgos son susceptibles de graduaciones. Ninguna prestación es totalmente general ni, por ende, perfectamente imparcial; ni tampoco la continuidad tiene que ser total, día y noche los 365 días del año. El alumbrado nocturno beneficia poco a los que sólo salen de día; el servicio de silos agrarios opera estacionalmente.<sup>53</sup> La lista de actividades que son o merecen ser de servicio público (en ese sentido angosto) constrúyese por tanteo, según las aspiraciones de las masas y la evolución de la conciencia pública —unas veces en expansión, otras en contracción.

En sentido ancho, son actividades de servicio público cualesquiera que pueden emprender los poderes públicos, redundando, directa o indirectamente, en un beneficio tanto colectivamente del cúmulo que forman los habitantes del territorio cuanto, distributivamente, si no de cada uno de tales habitantes, sí de muchos de ellos —una muchedumbre de límites abiertos.

No son, en sentido estricto, servicios públicos las actividades realizadas por la administración pública que no revisten los tres rasgos más arriba enumerados. Así las actividades de mantenimiento del orden y de imposición de la ley no vienen generalmente caracterizadas como, servicios públicos en sentido estricto —aunque es debatible el fundamento de esa exclusión.<sup>54</sup>

Tampoco lo son las actividades industriales y comerciales (salvo las organizadas para atender necesidades colectivas de la población y de conformidad con esos tres principios). Cuando existen empresas públicas que fabrican medicamentos o conservas alimenticias, almacenan materiales de construcción, transportan artículos textiles, o distribuyen vehículos, es porque, al realizarse esas actividades, se incrementará la riqueza colectiva, aumentará la prosperidad económica y, así, indirectamente, el bienestar general (p.ej. a través de una mayor recaudación tributaria, aplicable a gastos sociales). No obstante, tales actividades no son, en sentido estricto, de servicio público, en tanto en cuanto quien las emprende no puede ajustarse, en esa prestación, a los cánones de continuidad, generalidad e imparcialidad.

---

margen, no empañan sustancialmente el principio de imparcialidad. Sobre las condiciones que la jurisprudencia francesa establece para la legalidad de los tratos diferenciales, v. Jacques Moreaux, *op.cit.*, p. 338.

<sup>53</sup>. Pero hay razones obvias en virtud de las cuales esas prestaciones son de pública utilidad, porque satisfacen necesidades generales de la población (no forzosamente de cada individuo directamente). Igualmente, aunque los servicios de oncología no benefician a quienes no sufren cáncer ni en sí ni en sus allegados, cualquiera está sujeto a ese riesgo. Tampoco los colegios reportan utilidad directa a las familias que no tienen niños, pero todos se benefician, de algún modo, de que se eleve el nivel cultural de la sociedad.

<sup>54</sup>. Puede decirse que tales actividades no son prestaciones y que no aportan un provecho a quienes se relacionan directamente con ellas; la utilidad puede ser para terceros, como lo es el arresto de delincuentes. Sin embargo, el concepto común y corriente del servicio público sí abarca tales actividades.

Cualesquiera que sean los problemas de clasificación, la noción de servicio público puede considerarse esencial, pero hoy está amenazada por la actual orientación de la Unión Europea, que propugna reemplazarla por la de servicios de interés general, que pueden ser —y normalmente serán— privados, aunque redundando de algún modo en un provecho más o menos generalizado. Pero una noción de servicios (privados, o posiblemente privados) «de interés general», lejos de mejorar conceptualmente, introduce mayor confusión, o sencillamente sirve para hacerlo todo borroso. ¿Son de interés general los servicios de las quinielas, la práctica del polo, las artes marciales, el alpinismo de alta montaña, las cenas de añoviego, los cruceros por el Caribe, la cirugía estética, los vuelos supersónicos, los ejercicios espirituales según S. Ignacio? ¿Qué servicio no es —en una medida o en otra— de interés (muy) general?<sup>55</sup> A diferencia de los servicios públicos, esos nuevos servicios privados dizque de interés general pueden beneficiar a unos sí y a otros no, o a unos mucho más que a otros, prestándose unas veces sí y otras no.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup>. El problema surge sólo cuando el concepto de servicios de interés general se opone al de servicio público; éste último requiere ser prestado —o al menos supervisado— por las autoridades, ya que su generalidad es genuina, aunque no sea total (tiende virtualmente a satisfacer necesidades de toda la población en aspectos esenciales o vitalmente muy significativos). En cambio, un servicio que no se ajusta a ese criterio pero sí es «de interés general» parece simplemente una prestación que responde a demandas (no a necesidades) de muchos. Así diluida la noción, no es de extrañar que se privaticen los servicios públicos, pasándose al sector privado —a la «sociedad civil»— incluso el ejercicio de las funciones de potencia pública: la vigilancia de los lugares y edificios públicos se confía a compañías de seguridad privada y hasta la prevención de la piratería se encomienda a empresas de mercenariado. Es crucial, en este punto, distinguir necesidades y demandas; un distingo difuso, desde luego, pero fundado. Tan demanda es la de agua, pan o ajos como la de anís, escopetas o disfraces; pero no son igualmente conceptuales como necesidades. Los críticos del distingo (generalmente de orientación neoliberal) aducen que las necesidades son o bien infinitas o, si no, exiguas (de rigurosa supervivencia). Así razona Jesús Prados Arrarte en su libro *El socialismo democrático: Un éxito y una esperanza de futuro* (Madrid: CUPSA editorial, 1976, p. 137). Una defensa del principio de distribución según las necesidades —junto con una dilucidación de ese concepto— la ofrezco en mi trabajo «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones, op.cit.*, pp. 163-386. Mi línea argumental es que la noción de necesidades es irreductible a la de demandas; éstas —en el sentido aquí pertinente— son puramente subjetivas y dependen del poder adquisitivo (sólo demandamos lo que esperamos obtener). Las necesidades son objetivas, existiendo independientemente de que esperemos verlas satisfechas o no; su grado de existencia está en función de cuán requeridas sean para nuestra vida y nuestra prosperidad. Hay necesidades —como las de cultura, solaz, confort, alivio y perspectivas vitales de mejora— que no son de mera supervivencia, pero que existen en mayor o menor grado. No son necesidades los antojos en que pueden estribar variopintas demandas (o, si se quiere, preferencias o deseos), como, p.ej., juegos de vídeo, caviar, golf o vacaciones en Tahití. No hace falta, para que sea correcto un distingo conceptual, que esté perfectamente clara la línea de demarcación o que dispongamos de un criterio preciso.

<sup>56</sup>. Así, una empresa de mensajería privada sirve a tales comarcas, no a tales otras porque así lo han decidido los empresarios en aras de su mayor rentabilidad. Sobre todo este problema, v. Franck Moderne, *L'idée de service public dans le droit des états de l'Union Européenne*, París: L'Harmattan, 2001. Mencionaré, en particular, la evolución de los establecimientos públicos de enseñanza universitaria e investigación científica en la Unión Europea (en conexión con al proceso de Bolonia), tendente a impulsar un funcionamiento que obedezca a criterios y móviles mercantiles, a una orientación hacia la transferencia de conocimiento en provecho de determinadas empresas (a cambio, naturalmente de una contraprestación económica), con lo cual esos establecimientos difícilmente seguirán siendo servicios públicos en sentido estricto.

## §8.— Los establecimientos públicos de promoción de la economía nacional. Las economías mixtas de la segunda posguerra mundial

Una de las mayores amarguras de nuestra vida es que nuestros enemigos se apropien, en parte, de nuestros ideales y, con más medios que nosotros, los lleven a cabo. Eso les sucedió a los socialistas alemanes con el reaccionario imperialista, el canciller de hierro, príncipe de Bismarck, quien estableció un sistema de seguros sociales entre los años 1883 y 1889 (enfermedad, accidentes laborales, vejez), desde luego precario e insuficiente, pero que para sus beneficiarios constituía un logro inmenso, extendiéndose su ejemplo al Imperio Austro-Húngaro, Italia, Holanda y Noruega en años sucesivos.<sup>57</sup> Cualesquiera que fueran los defectos de tales sistemas de previsión social o las maniobras de instrumentalización propagandística de los gobernantes conservadores, el hecho es que la lucha de la clase obrera había desembocado en unos logros y que negarlo con una posición maximalista implicaba abandonar el enfoque racional en el que el socialismo científico había fundado su superioridad.

Pero, no limitándose a auspiciar desde el poder estatal un sistema de seguros sociales —que, en su tiempo, eran esencialmente privados— también impulsó Bismarck, mediante la empresa pública, el desarrollo económico de la Alemania reunificada bajo hegemonía prusiana (principalmente las vías férreas, cuya rentabilidad permitió financiar la política social). Fue importantísima y decisiva la intervención estatal para impulsar el crecimiento económico; eso en una época, en medio de la ideología individualista decimonónica, en que, presuntamente (sobre el papel), la creación de riqueza se atribuía en exclusiva al sector privado («la sociedad»), confiándose al Estado sólo la función de garante del orden. Esa ideología fue traicionada por todos los gobiernos que decían asumirla, y más por aquellos cuya intervención económica era más necesitada. Conque de hecho, indirectamente, la acción gubernamental venía a atender las necesidades sociales, aunque fuera de manera injusta —más provechosa para quienes menos la necesitaban.<sup>58</sup>

Cabe decir que los avances técnicos, industriales y comerciales que Carlos Marx, en *El Manifiesto comunista*, atribuyó generosamente a «la burguesía» —a los capitalistas, al sector privado— fueron siempre —al igual que lo habían sido desde siglos atrás— en gran medida resultado de la acción emprendedora y patrocinadora de los poderes públicos.<sup>59</sup> Lejos de que el Estado fuera una simple superestructura flotante por encima de la base económica presuntamente realizada y organizada por

---

<sup>57</sup>. V. *Historia económica mundial* de Valentín Vázquez de Prada, t. II. Madrid: Rialp, 1978, p. 315.

<sup>58</sup>. V.L. Bergeron, F. Furet & R. Kose Heck, *La época de las revoluciones europeas 1280-1848*, Madrid: Siglo XXI, 1976, p. 300.

<sup>59</sup>. Ya Fernand Braudel había puesto de manifiesto que las grandes obras regias, aun las suntuarias (como el Monasterio del Escorial y el castillo de Versalles), habían sido los motores económicos de las economías de sus respectivos reinos. Es un mito el relato de un crecimiento de las fuerzas productivas en el ámbito de la «sociedad civil» infrapolítica al margen de la iniciativa estatal.

«la sociedad civil»,<sup>60</sup> las fuerzas productivas eran creadas, en gran medida, por iniciativa y financiación públicas y bajo la dirección estatal, surgiendo el empresariado privado como un epifenómeno oportunista, posibilitado por el favor del poder.

La justificación de tal desempeño la proporcionaron los socialistas de cátedra y los economistas de la escuela histórica, siendo Friedrich List (uno de sus próceres) quien lo supo ver con mayor claridad, aduciendo que, mientras el inversionista privado busca finalidades también particulares (típicamente de lucro), corresponde a los poderes públicos actuar en aras del poderío de la economía nacional, concretamente de la mejora de la calidad y la cantidad de bienes producidos. Ese objetivo puede deberse a varias consideraciones políticas, sean las de prestigio, las de asentar el poder militar o cualesquiera otras, pero evidentemente —al margen de cuál sea la mentalidad de los gobernantes que asumen esa tarea— lo que está consiguiéndose es incrementar la prosperidad pública.

En realidad los socialistas de cátedra estaban teorizando un fenómeno viejo. Ya desde siglos atrás<sup>61</sup> las autoridades estatales emprendieron la creación de manufacturas regias, y otras obras destinadas, al menos en parte, a incrementar o fomentar la riqueza del país.<sup>62</sup>

La intervención estatal en la economía no fue, a fines del siglo XIX, exclusiva ni característica de Alemania. Los ferrocarriles (que por sí solos constituían el renglón más importante de la actividad productiva) eran monopolio estatal en varios países.<sup>63</sup> Cualquiera puede entender fácilmente que, aunque la propiedad de las vías férreas sea privada, es siempre, en realidad, una concesión pública, porque, si el tendido vial se efectuara sin el instituto jurídico de la expropiación, el regateo pronto lo haría económicamente imposible (pudiendo decirse otro tanto de las obras de expansión urbana o ensanches).

Otro fenómeno que determinó la intervención pública en la economía fue lo imperativo de un principio de solidaridad ante el infortunio mercantil. Hasta bien

---

<sup>60</sup>. Para una crítica del concepto de «sociedad civil», v. «El valor de la hermandad en el ideario republicano radical», capítulo 1 de mi libro *Estudios Republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*, México/Madrid: Plaza y Valdés Editores, 2009, ISBN 978-84-96780-53-8.

<sup>61</sup>. En realidad desde el siglo XVII, en la medida en que se aplicaron algunos de los consejos de los arbitristas. Acerca de éstos v. Elena García Guerra, «Entre la teoría y la práctica: El pensamiento arbitrista castellano durante la Edad Moderna en Castilla» (<http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento11377.pdf>) y Ricardo García Cárcel «El pensamiento económico del Siglo de Oro» (<http://www.artehistoria.jcyl.es/histes/contextos/6671.htm>) así como la entrada en Wikipedia (<http://es.wikipedia.org/wiki/Arbitrismo>).

<sup>62</sup>. Y en sus orígenes el Estado mismo asumió las obras públicas —principalmente los caminos y las canalizaciones— como una función cuya caracterización como de servicio público o de promoción sería problemática.

<sup>63</sup>. Desde 1840 la construcción y explotación de ferrocarriles habían sido en varios países monopolizadas por el Estado, constituyendo el eje de todo el desarrollo industrial. Bélgica debió a ese monopolio estatal su lugar preeminente en el crecimiento económico posterior. Y el zar Nicolás II estatalizó los ferrocarriles rusos —una transformación económica que ni mencheviques ni bolcheviques apreciaron en su verdadero alcance. La futura economía soviética continuará esa obra zarista más de lo que se suele creer.

entrado el siglo XIX regíanse las quiebras por códigos de comercio que, con punitiva aspereza —y en nombre del principio «el que pierde paga»—, presumían la culpa del empresario en bancarrota, tratándolo con severidad. El quebrado cargaba siempre con la responsabilidad; el cierre de la empresa era un mal asumible.

¿Siguen siendo socialmente viables tales reglas cuando lo que está en juego es la continuidad de compañías ferroviarias, navieras, mineras, bancos o aseguradoras? En aras de la utilidad pública, estará justificado que se involucre el Estado, asegurando la continuación de esa actividad y salvando al público de la catástrofe. Para ello tendrá que haber tomado previamente medidas de prevención, como fondos de garantía y mecanismos de intervención y control. Lo de que el empresario lleva sus negocios según su omnímoda voluntad y a su propio riesgo y ventura dejó de ser aplicable hace mucho tiempo —salvo para la calderilla.<sup>64</sup>

Por esas razones la intervención pública va a acrecentarse como única respuesta posible a la crisis de 1929, la cual produjo transformaciones económicas que acabaron con el capitalismo (si es que hasta entonces podía llamarse así al sistema económico occidental; en todo caso lo era en medida mayor de lo que sucederá a partir de entonces).

Von Mises afirmaba que era el nacionalsocialismo alemán el que había introducido entonces una forma de socialismo, aunque diversa de la rusa.<sup>65</sup> La realidad es que el socialismo nazi fue menor que el que fue establecido, p.ej., en USA con el New Deal del Presidente Roosevelt,<sup>66</sup> principalmente con la creación de la Tennessee Valley Authority,<sup>67</sup> la Public Works Administration (que en 1938 dará empleo a casi 4 millones de obreros), la National Recovery Administration y otros establecimientos de intervención pública.<sup>68</sup> El ulterior desmantelamiento del

---

<sup>64</sup>. Hoy con la crisis económica lo volvemos a ver. Los ultra-neoliberales coinciden con algunos radicales anticapitalistas en reclamar que el Estado, inhibiéndose, deje caer en bancarrota a las empresas, sean financieras, siderúrgicas, eléctricas, aseguradoras, aeronáuticas, de telecomunicación o cualesquiera otras. ¡Cúmplase la ley del mercado y perezca el mundo!

<sup>65</sup>. Hay mucho de mito en esa visión de una economía nacionalsocialista. En 1932, antes de llegar Hitler a la cancillería, fueron fusionados el banco DANAT y el Dresdner, tomando el Estado alemán una participación del 75% del capital, a la vez que también adquiría el 35'6% del Deutsche Bank. En el III Reich los bancos fueron re-privatizados y, en parte, desregulados.

<sup>66</sup>. V. Maurice Niveau, *Histoire de faits économiques contemporains*, París: PUF, 1992, pp. 244ss. Ya su predecesor en la presidencia, Hoover, había creado la Reconstruction Finance Corporation, rompiendo el dogma de la no intervención pública en la economía.

<sup>67</sup>. Cuya significación real excede con muchísimo lo modesto o geográficamente ceñido de su denominación.

<sup>68</sup>. También formaban parte de esta política intervencionista la juridificación de los convenios colectivos, la intervención en el mecanismo de la producción y del mercado agrarios y otras actuaciones del New Deal que implantaron un sistema económico que en muchos aspectos ya no era propiamente capitalista (si bien las sentencias de la Corte Suprema en 1935-36 supusieron un revés temporal en esa estatalización). V. Valentín Vázquez de Prada, *Historia económica mundial*, t. II, Madrid: Rialp, 1978, pp. 377-8. Además en 1934 la propiedad del oro pasó de la Reserva Federal al Estado norteamericano. Con las reformas en el sector monetario y crediticio —que incluyó la

sector público de la economía norteamericana nunca ha devuelto del todo la plenitud de la actividad productiva al sector privado.<sup>69</sup>

Si de USA pasamos a Francia, vemos que ya el gobierno del Frente Popular, presidido por Léon Blum, tomó medidas de intervención económico-social en 1936, que restablecieron el pleno empleo. Con la nacionalización de las industrias de armamentos y la intervención en la Banque de France así como con la participación mayoritaria en Air France y en compañías ferroviarias, el Frente Popular venía a reforzar un sector público de la economía ya existente desde años atrás: minas de potasio, crédito agrícola, crédito hotelero, importación de petróleos, tráfico fluvial del Ródano, Radio París, etc.

En 1945 a todo eso se añadirá una multitud de nuevos establecimientos nacionalizados, muchos de ellos incautados a la oligarquía colaboracionista (porque masivamente la alta burguesía había sido afecta al régimen del mariscal Pétain). Victoriosa la República Francesa, extiende su patrimonio productivo: ferrocarriles, transportes marítimos y aéreos, correos, telecomunicaciones (incluido el monopolio de la radiodifusión y la telegrafía inalámbrica), agencias de prensa (Havas y France Presse), industrias químicas, metalúrgicas y aeronáuticas, establecimientos de crédito,<sup>70</sup> seguros, energía, combustibles minerales (Charbonnages de France), minas, en gran medida la edición y la difusión de prensa, aprovisionamientos, suministros de electricidad y gas. Hay que preguntarse más bien qué no estaba nacionalizado.

Aunque ya a mediados de la década de los 60 principia una ola de privatizaciones,<sup>71</sup> el movimiento nacionalizador conocerá una resurrección tardía en 1982 con la llegada al Elíseo de François Mitterrand (y, sobre todo, del Primer Ministro Pierre Mauroy a Matignon); será, eso sí, de corta duración, porque un bienio después el nuevo presidente «se convertirá a Europa» —según sus propias palabras—, lo cual anticipaba ya la nueva ola de privatizaciones de años siguientes.

Pero volviendo al período de las tres décadas gloriosas (1945-75), Francia vive no sólo en un régimen económico en buena medida estatalizado sino además

---

devaluación del dólar— salió perdiendo la oligarquía financiera (el Banco Morgan p.ej), prosperando, en cambio, bancos advenedizos, como Lehman Brothers y Goldmann Sachs. Paul Mazur, un directivo del primero, lamentaba la «trágica falta de planificación» en el sistema capitalista.

<sup>69</sup>. Eso sí, la axiología del establishment norteamericano y lo arcaico y obsoleto de sus instituciones jurídico-constitucionales han impedido que en USA se constitucionalicen los derechos de bienestar, siendo así los EE.UU. el país más retardatario entre los que están dotados de régimen constitucional.

<sup>70</sup>. El Crédit Lyonnais, la Société générale, la Banque nationale pour le commerce et l'industrie, el Comptoir national d'escompte de Paris y la Banque de France.

<sup>71</sup>. Al ser nombrado ministro de Hacienda Valéry Giscard d'Estaing. V. *infra* dos notas más abajo.

planificado.<sup>72</sup> En teoría el Plan Económico es indicativo (salvo para las empresas directa o indirectamente controladas por la Administración). En la práctica es imperativo. Y es que el empleador privado no puede despedir a ningún trabajador sin autorización administrativa; los precios están controlados;<sup>73</sup> el cliente principal es el sector público; hay control de cambios. En tales condiciones el empresario que desafía las indicaciones del Plan económico nacional tiene escasas probabilidades de éxito.

Prodúcese así —aunque, hay que admitirlo, con inflación—<sup>74</sup> una expansión productiva constante —sólo interrumpida por dos cortas recesiones en 1952-53 y en 1958-59—<sup>75</sup>, con un aumento del nivel de vida, ahora fomentado por las conquistas sociales: salario mínimo garantizado, jubilaciones, enseñanza gratuita, asistencia sanitaria, vacaciones pagadas. Ese mayor poder adquisitivo del consumidor repercute en ampliación de la demanda de bienes y servicios, generando risueñas oportunidades para las empresas y una tendencia al pleno empleo (Francia dará entrada a millones de inmigrantes laborales).<sup>76</sup> Esa economía semi-socialista será la que coseche los grandes logros que equivocadamente serán laureles del capitalismo.<sup>77</sup>

En los párrafos precedentes he centrado mi exposición en hechos franceses por dos razones. De un lado es normal referirse al mismo país en el que se había

---

<sup>72</sup>. El 21 de diciembre de 1945 se crea el Commissariat général au Plan a cuya cabeza se coloca, paradójicamente, a Jean Monnet —un hombre de ideas antisocialistas absolutamente ajeno a la Resistencia y ligado a los círculos empresariales, futuro inspirador de la unidad europea bajo hegemonía conjunta franco-alemana.

<sup>73</sup>. El advenimiento de la V República en 1958 trajo inicialmente un plan de rigor, auspiciado por Jacques Rueff y Antoine Pinay, que desbloqueó los precios, orientándose a una economía más abierta. Sin embargo en 1963 tuvo que restablecerse el bloqueo de precios para contener la inflación.

<sup>74</sup>. En el contexto doctrinal de la época hasta los economistas profesaban mayoritariamente ideas keynesianas. El economista británico A. W. Phillips señaló una correlación inversa entre la inflación y el paro en el Reino Unido, admitiéndose tal tesis de manera general. Al recibir el premio Nobel de economía en 1975 Milton Friedman (continuidor de la obra de F.A. von Hayek y Ludwig von Mises), su influencia más el fenómeno de la «estagflación» de aquellos años propiciaron el clima político-intelectual que desembocó en el auge neoliberal que hemos tenido en los últimos decenios.

<sup>75</sup>. Habría que añadir el malhadado —aunque exageradamente llamado así— «plan de estabilización» francés instaurado por el ministro de hacienda, Valéry Giscard d'Estaing, del 12 de septiembre de 1963, que ralentizó, sin detenerlo, el crecimiento económico durante un par de años.

<sup>76</sup>. Ese largo período de vigoroso y continuado crecimiento económico confirmó una hipótesis del economista inglés de origen húngaro Nicholas Kaldor —uno de los adalides de la economía del bienestar— a saber: que la redistribución de ingresos hacia las capas pobres incentivaría la demanda de modo que, a la postre, también los más adinerados podrían hacer mejores negocios, con lo cual aumentaría la prosperidad general. V. su libro *Essays on Value and Distribution*, London: Duckworth, 1960.

<sup>77</sup>. Fue el reconocimiento legal de los derechos sociales lo que creó el clima adecuado para ese tercio de siglo de esplendor económico y de bienestar. Fueron logros de la economía planificada, en gran medida estatalizada, dirigida e intervenida por los poderes públicos, con un monopolio del servicio público sobre amplísimos sectores de la actividad económica, con potentes empresas públicas en todos los campos de la economía, con una imposición altamente progresiva y una mano de obra fuertemente protegida por el Estado.

formado doctrinalmente la escuela solidarista de Burdeos y, antes, el pensamiento radical-socialista de León Bourgeois que tanto influyó en ella; esos planteamientos ideológicos no fueron ajenos a los desarrollos de política socio-económica del Frente Popular y de la IV República — si bien muchas veces los realizadores políticos no comulgaban en absoluto con las ideas solidaristas; y en la V República la presidencia de de Gaulle (1958-69) continuará, en lo esencial, una orientación socio-económica en gran medida socializante y, desde luego, estatista, a pesar de inspirarse en ideas de origen católico-conservador.

La segunda razón es que la economía francesa de la segunda posguerra es un caso paradigmático de economía mixta. No es, sin embargo, el único. Otros no muy disímiles fueron los de Inglaterra (con las nacionalizaciones laboristas y el *welfare state*), Italia (*Instituto per la Ricostruzione* [IRI] y ENI), Alemania occidental (—si bien ésta será la primera en embarcarse en una ola de privatizaciones en la época de Adenauer, bajo presión estadounidense).<sup>78</sup>

### §9.— El incremento del gasto público como causa de la economía mixta. La Ley de Wagner

Jamás ningún país vivió en economía de mercado. Los mecanismos de economía mercantil nunca son ni pueden ser exclusivos ni siquiera perdurar sin la coexistencia de actividades públicas no mercantiles, o sea no sujetas a la ley de la oferta y la demanda —e.d. al regateo, a la ley del más fuerte (económicamente). Pero en la economía moderna, menos que nunca. Entre otras razones por la demanda social de una expansión del gasto público, de la cual es consecuencia inevitable una economía mixta —en virtud de la estatización de una gran parte del aparato productivo—.

¿Podría expandirse el servicio público en sentido estricto —aumentando sus prestaciones a la población— sin que los medios de producción pasaran, siquiera en parte, a estar englobados en el sector público? Al asumir la administración pública una tarea, la sustrae al sector privado. Podrá, eso sí, realizar sólo actividades que sean o gratuitas o prestadas por un precio inferior al que establecería el mercado; pero al hacerlo, ha sacado, de todos modos, esa parte de la actividad económica del ámbito de la iniciativa privada.

<sup>78</sup>. Habría que mencionar aquí el caso español: instaurado el régimen nacional-sindicalista en 1939, zarpó sin ningún proyecto ni plan económico, sin ninguna perspectiva que no fuera palabrería superficial. Tras dar palos de ciego imitando los modelos alemán e italiano —sin éxito ni quizá convicción ni medios—, seguirá, ya en la posguerra mundial, el ejemplo de más allá de los Pirineos, potenciando el INI y estableciendo una política económica similar a la de otros países europeos en los años cincuenta (un gran sector público y una economía mixta) hasta que el nuevo equipo tecnocrático de Ullastres y López Rodó —apadrinados por el influyentísimo subsecretario de la presidencia— impusiera en 1959 el plan de estabilización, anticipo de la política neoliberal que prevalecería a partir de la transición. Hoy se moteja despectivamente como «política autárquica y dirigista» cualquier orientación en la cual se propulse el sector público, se desee regular la actividad económica mediante un plan y se aspire a promover la prosperidad nacional, asociando todo eso a un régimen que si, efímeramente, en 1945-59 pudo buscar ese itinerario económico, pronto cambió de rumbo.

Pero es más: no existe frontera nítida entre actividades que son realizadas a título de servicio público en sentido estricto y otras actividades que redundan en una utilidad general (indirecta) de la población.

Una vez puesto en marcha el proceso de ampliación de los servicios públicos, éstos inevitablemente desbordarán el marco preestablecido, extendiéndose a campos de actividad donde la prestación ya no se ajuste (o menos) a los tres principios de generalidad, imparcialidad y continuidad y que, en cambio, puedan comportar beneficio económico para el establecimiento encargado de la prestación. Es más, cuando dejan de estar auxiliados e incluso, en parte, financiados por esa ganancia de establecimientos públicos con actividad productiva mercantil, los servicios públicos corren el riesgo de anemia. No es, pues, casual ni mucho menos que el aumento del gasto público haya tendido a implicar la expansión de la esfera de la economía mixta.

En sus *Fundamentos de economía política* (1863),<sup>79</sup> el parlamentario, catedrático de la Universidad berlinesa y fundador de la *Verein für Socialpolitik*, Adolf von Wagner (1835-1917), formuló la famosa ley que lleva su nombre (la ley de Wagner) según la cual, con el progreso económico, genérase también una tendencia al aumento más que proporcional del gasto público (o sea al incremento del porcentaje de dicho gasto) como consecuencia de demandas crecientes de la población. Como ya lo he indicado más arriba, Wagner era miembro del círculo de economistas de la escuela histórica, opuestos a la entonces naciente escuela marginalista —que luego monopolizaría todo el campo de la economía académica. Propugnó reemplazar la propiedad privada por la propiedad estatal de los medios de producción en muchas áreas.<sup>80</sup>

Wagner basó su conclusión en un análisis tricotómico de la actividad de la administración pública:

- (1) orden público y mantenimiento de la ley;
- (2) producción directa de bienes materiales;
- (3) prestación de servicios a la población (en su época, correos, sistema bancario, instrucción).

Esa tripartición es la que, con otra terminología, acepta mayoritariamente la doctrina jurídico-administrativa española. En esos tres frentes prodúcese una tendencia creciente a la estatización como resultado de los progresos técnicos y económicos: mayores inversiones requeridas, implicación de esferas más variadas de la actividad que desbordan el campo de la iniciativa privada, mayor litigiosidad al hacerse más complicadas las relaciones mercantiles y laborales, aspiraciones mayores

---

<sup>79</sup> La *Grundlegung der Politischen Ökonomie* tuvo varias reediciones y, con los años, su autor fue perfeccionando mejor sus ideas.

<sup>80</sup> V. Avelino García Villarejo & Javier Salinas Sánchez, *Manual de Hacienda Pública*, 3ª ed., Madrid: Tecnos 1994, pp. 91ss, 311ss.

al bienestar de la población.

La previsión de Wagner se ha cumplido.<sup>81</sup> Entre 1960 y 1980, el porcentaje de gasto público con relación al producto nacional bruto pasó: en España del 13'7 al 31'4; en Austria, del 32'1 al 48'4; en Australia del 22'1 al 34'1; en Francia, del 34'6 al 46'2 y en Bélgica del 30'3 al 51'7. (En USA por el contrario, casi permaneció estable: 27'8 y 33'2 respectivamente.)

A pesar de que ya antes de 1980 había comenzado el viraje neoliberal, los porcentajes siguieron creciendo. Para 1997 A. Bustos Gisbert da estos datos:<sup>82</sup> en Alemania, un porcentaje de 50; en España de 45'2; en Italia de 52; en Francia de 54'6; en Finlandia de 57. (Irlanda, en cambio, no llegaba al 40%.)

La ley de Wagner está, pues, confirmada. No es una ley económica inexorable (no existen leyes económicas en verdad), pero sí una tendencia de las sociedades modernas.

---

#### §10.— Reacción marxista ante esas evoluciones: la tesis del capitalismo monopolista de Estado

Desde el campo marxista se vio con hostilidad el proceso de creación de economías mixtas en el mundo occidental, porque contradecía los dogmas oficiales de su escuela. Hubo un gran economista que sí se percató de esa evolución, el ruso de origen húngaro Eugenio Varga,<sup>83</sup> sus tesis fueron, lamentablemente, estigmatizadas.<sup>84</sup>

La tesis oficial (según la proporcionaba en 1955 el *Manual de economía política* de la Academia de Ciencias de la URSS)<sup>85</sup> fue la siguiente: «Pese a las afirmaciones de los economistas burgueses, que presentan la estatización de las empresas bajo dominación política de la burguesía como un 'paso hacia el socialismo', no tiene nada en común con el socialismo. La propiedad estatal en los países burgueses es una variedad de propiedad capitalista en la cual el propietario no

---

<sup>81</sup>. V. *ibid.* pp. 312-3. Esa ley, evidentemente, no estaba formulada con el utillaje conceptual de la ciencia de la hacienda pública posterior; no se somete fácilmente, por lo tanto, a la prueba de la experiencia; pero ha servido de inspiración a enunciaciones matemáticamente rigurosas y empíricamente comprobables —aunque la idea en sí no se agota en ninguna de tales fórmulas. V. Amos C Peters, «An Application of Wagner's 'Law' of Expanding State Activity to Totally Diverse Countries», <http://www.unc.edu/~acpeters/Wagner.pdf> (acc. 2010-01-10). Destaca entre quienes perfilaron algunas de esas formulaciones Richard Musgrave en *Fiscal Systems*, New Haven and London: Yale University Press, 1969.

<sup>82</sup>. *Lecciones de Hacienda Pública I*, Madrid: Colex, 2001, 2ª ed., p. 53.

<sup>83</sup>. «Eugen Varga», que era su nombre germanizado, será reemplazado en Moscú por el rusificado «Evgeny Samuilovich Varga».

<sup>84</sup>. Él se libró de la excomunión, pagando el rescate de la autocritica.

<sup>85</sup>. Texto francés de las Éditions Norman Béthune, París, 1971, pp. 284ss.

es el capitalista particular, sino el Estado burgués, subordinado a un puñado de grandes monopolios. La estatización de las empresas viene utilizada por los monopolios para reforzar la explotación de la clase obrera y de todos los trabajadores y para multiplicar sus ganancias».

El texto ahonda en esa idea, sosteniendo que la ampliación del gasto público es un medio de aumentar la explotación de los trabajadores y, con ella, su depauperación. En cuanto a la planificación en los países capitalistas, la juzga imposible porque el Estado no es dueño de los medios de producción.

Es palmaria la petición de principio en que incurre el redactor de ese Manual. En el fondo de su planteamiento hay un abandono de la concepción contradictorial de las cosas, característica del materialismo dialéctico. Podría refutarse la metodología del autor del Manual con las consideraciones de Engels en su *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*.<sup>86</sup> El manualista desconoce que un mismo hecho, una misma realidad, puede comportar rasgos mutuamente contradictorios, siendo hasta cierto punto así pero también, en algún grado, no-así. No se da cuenta de que el nexo jurídico —por mucho que sea (según el dogma marxista) una superestructura de la economía— adquiere realidad propia, que repercute en lo económico, de suerte que, siendo todos los ciudadanos co-titulares (jurídicamente) de los bienes de producción públicos, en alguna medida se traduce eso en la realidad de las relaciones económico-sociales —por mucho que las élites de la oligarquía financiero-industrial instrumentalicen a la clase política. Desconoce también que la función hace al órgano; que el ejercicio de la función política —y de una determinada función política— transmuta, de algún modo, la naturaleza de quien la desempeña, con una fuerza de gravedad que contrarresta la manipulación de los poderes fácticos del empresariado. Por lo cual ese dogmático repetidor se empeña en negar lo obvio: que las cosas evolucionan, que lo gris oscuro puede hacerse gris claro.

La realidad de los hechos desmiente todos los asertos del Manual que he citado. El aumento del gasto público, la estatización parcial de medios de producción y la planificación económica presuntamente indicativa acarrearán, no la depauperación de las masas laboriosas, sino el estado de bienestar, o sea la implementación de los derechos positivos (el derecho a un trabajo fijo, a una vivienda, a la salud, a la jubilación, al descanso, a la cultura; todo en medida insuficiente, con demasiadas limitaciones, en un ámbito excesivamente reducido, pero, así y todo, constatablemente mejor que cualquier situación precedente).

---

<sup>86</sup>. En *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana* dice Engels que, desde el punto de vista dialéctico, ya no nos infundirían respeto esas antítesis irreducibles para la vieja metafísica todavía en boga: de lo verdadero y lo falso, lo bueno y lo malo, lo idéntico y lo distinto, lo necesario y lo fortuito; sabemos —precisa— que esas antítesis sólo tienen un valor relativo, que lo que hoy reputamos como verdadero encierra también un lado falso, ahora oculto, pero que saldrá a la luz más tarde, del mismo modo que lo que ahora reconocemos como falso guarda su lado verdadero, gracias al cual fue acatado como verdadero anteriormente. V. mi artículo 84. «Engels y las nuevas perspectivas de la lógica dialéctica», en *Estudios sobre filosofía moderna y contemporánea*, comp. por M<sup>a</sup> Isabel Lafuente, León: CEMI (Universidad de León), pp. 163-218. ISBN 84-600-3777-0.

El partido comunista francés había participado en la comisión parlamentaria que preparó el proyecto constitucional de 1946 rechazado en el plebiscito del 5 de mayo;<sup>87</sup> también participó en la redacción de un proyecto aguado que sí obtuvo aprobación plebiscitaria. La Constitución de 1946 reconocía los derechos de bienestar.<sup>88</sup>

Como parte integrante de los primeros gobiernos de la IV República, el partido comunista contribuyó decisivamente a la creación de los nuevos servicios públicos de bienestar social (ante todo el sistema de cuidados médicos) y a la expansión del sector público de la economía.<sup>89</sup> Expulsado en 1947 del gobierno,<sup>90</sup> el desgraciado PC francés, dirigido por Maurice Thorez, se vio llevado a declarar negro lo que meses antes consideraba blanco, asumiendo la tesis dogmática de que las nacionalizaciones bajo «el capitalismo» en nada reducían el carácter burgués de la propiedad ni comportaban la menor utilidad para las masas trabajadoras.

De ser verdaderas esas tesis, no se vería qué han perdido esas masas cuando se ha emprendido la senda de las privatizaciones, a consecuencia del auge de las doctrinas neoliberales desde 1975. Pero cualquiera puede darse cuenta de lo que han perdido. Si el Estado del cual es uno ciudadano tenía un patrimonio de mil escudos y ahora sólo tiene uno de 500 escudos, el proletario —que no tiene nada individualmente— ha perdido la mitad de su haber. Es verdad que sus posibilidades de influir en cómo se gestionaba eran más teóricas que efectivas —porque los mecanismos electorales siempre están viciados y la mejor democracia es más ficticia que real. Pero algo influía. Y en algo se beneficiaba. Al menos algún *ius fruendi* le caía. Tras la privatización, ninguno. Eso ha perdido. Los servicios sociales que se financiaban gracias a ese patrimonio público ya no se pueden financiar. (Muchas empresas públicas eran deficitarias, pero su acción promovía la riqueza nacional, gracias a la cual el Estado detraía fiscalmente unas sumas para financiar sus servicios gratuitos o de precio inferior al del mercado. Tras las privatizaciones, ese mecanismo deja de funcionar y el mantenimiento de los servicios está en peligro.)

---

<sup>87</sup>. Anteriormente ya había formado parte de la mayoría parlamentaria que trajo el gobierno del Frente Popular en 1936 y que llevó a cabo las nacionalizaciones a que me he referido más arriba.

<sup>88</sup>. Pero el texto final descafeinó esa constitucionalización, relegándola al Preámbulo y, además, diluyéndola en vaguedades.

<sup>89</sup>. La nacionalización se efectuó en dos olas, la primera en 1944-45 y la segunda en 1945-47; en ambos casos la participación del partido comunista fue decisiva (aunque tuvo que vencer titubeos ideológicos internos).

<sup>90</sup>. La expulsión se realizó —bajo presión estadounidense— el 5 de mayo de 1947. En los gobiernos precedentes el PCF (que había obtenido 28'2% de los votos en las elecciones legislativas de octubre de 1946, siendo así el principal partido político de la República) había ocupado altísimas responsabilidades ministeriales (y no ministerios de poca monta como le sucederá en 1981-84 y 1997-2002). El ministro de trabajo —que (junto con el, igualmente comunista, secretario de la CGT, Georges Brisson) redactó y presentó las *Ordonnances*, firmadas y promulgadas por el presidente de Gaulle los días 4 y 19 de abril de 1945, estableciendo el sistema nacional de seguridad social— fue el comunista Ambroise Croizat, siendo defendidas ante la asamblea constituyente por la diputada comunista Marie-Claude Vaillant-Couturier. También era comunista el ministro de Industria, Marcel Paul, que redactó las *Ordonnances* de abril de 1946 de nacionalización de las fuerzas productivas.

Esa ceguera de los marxistas (al menos de los ortodoxos) tenía unas raíces ideológicas que hemos examinado en los apartados 3 y 4. Dentro de tal concepción, la visión del futuro, incluso del inmediato, no pasa, en principio, por la estatización de nada, pues lo que creen es que, derrocando a la burguesía y estableciendo una dictadura revolucionaria del proletariado, se suprime el obstáculo que cohíbe o impide a la clase obrera, colectivamente, tomar posesión de las fábricas y demás medios de producción.

Sin embargo, jamás el marxismo había encontrado una fórmula viable, practicable o siquiera imaginable de cómo la clase obrera —en cuanto sujeto colectivo— podría hacer nada semejante; y, por eso, en las pocas ocasiones en las que las tareas de la lucha práctica lo forzaron a pergeñar sus proyectos o hacer propuestas susceptibles de difundirse entre las masas, tuvo que acudir a la estatización de medios de producción; desde luego siempre con referencia a un Estado en el cual la burguesía habría sido ya derrocada, pero, aun así, teniendo que renunciar, a medias, a un elemento esencial de su visión de las cosas —que era el de que el Estado es sólo un instrumento de represión, es la organización de gendarmes, jueces, militares y carceleros para aplastar a la clase opuesta a aquella que tiene el poder político; lo demás no es Estado, sino sociedad civil.<sup>91</sup>

Cuando, durante la I Guerra Mundial, se aceleró la evolución de las estructuras económicas hacia una creciente participación estatal en la dirección e incluso en la realización de actividades productivas y distributivas, ya algunos socialistas alemanes habían hablado de socialismo de Estado. Desde las filas del marxismo ortodoxo, Ulianof replicó que lo que se establecía era *capitalismo monopolista de Estado*, CME.<sup>92</sup> Tal caracterización de 1917 pasó a constituir un dogma de fe del nuevo credo marxista-leninista.

Sin embargo, de suyo ese rótulo de CME no sustituía a un análisis conceptual y fáctico.<sup>93</sup> Ese CME será capitalismo, será monopolista (en un sentido muy lato, por otro lado), pero es de Estado; y, al ser de Estado, es otra cosa que lo que había descrito Marx en el Capital.

---

<sup>91</sup>. Así ya en el *Manifiesto Comunista* de 1848 Marx y Engels exponen —en la parte programática, al final de su larga disquisición— una propuesta de «centralizar todos los instrumentos de producción en manos del Estado, es decir del proletariado organizado como clase dominante»; sólo que ese «es decir» no pasa de ser una locución sibilina que encierra un enigma: ¿es el Estado burgués lo mismo que la burguesía organizada como clase dominante? Si sí, entonces decir que el Estado burgués está en manos de la burguesía equivale a decir que está en manos del propio Estado; en realidad es difícil ver en ese aserto otra cosa que una enunciación atropellada para salir del paso de una dificultad vislumbrada que se prefiere obviar de momento.

<sup>92</sup>. V. E.H. Carr, *The Bolshevik Revolution 1917-1923*, vol. 2, Londres: Macmillan, 1952, pp. 362-3. Tal locución fue acuñada por Ulianof en un folleto escrito poco antes de la toma del poder por los bolcheviques, «El inminente desastre y cómo prevenirlo».

<sup>93</sup>. Ulianof lo definía por la conjunción de estos cinco rasgos: centralización forzosa del capital financiero en un único banco bajo control público; nacionalización de los carteles o asociaciones empresariales de comercialización; abolición del secreto mercantil; agrupamiento forzoso de las empresas; organización de la población en cooperativas de consumo.

Es más: en varios escritos posteriores a la toma del poder en noviembre de 1917, el propio Ulianof reconoce que para la Rusia Soviética instalar un CME constituiría un progreso; y, tomando como modelo la organización económica planificada de Walter Rathenau en el imperio alemán,<sup>94</sup> Ulianof pronto preconizó la elaboración de planes económicos; en la práctica, sin embargo, sólo unos cuantos años después de su muerte se lanzará Rusia a la construcción de una verdadera economía planificada.

Lo interesante para la temática del presente ensayo es que Ulianof viera con buenos ojos un CME en las condiciones del Estado proletario. Ulianof parece no percatarse de una diferencia; en ningún momento dice ni sugiere que el capitalismo a secas sea aplicable en la Rusia soviética, ni, menos, el monopolista. Pero sí el CME. Luego algo habrá en éste último que marque una diferencia esencial con relación al que no es de Estado. Por otro lado, si lo único que hace que la estatización de la producción sea CME —y no socialismo— es que el Estado sea dirigido por los capitalistas, está claro que lo que lo diferencia del socialismo es sólo político, es únicamente quién dirige la máquina estatal; de suyo, como forma de organización político-económica, es neutral respecto a esa diferencia. Por lo tanto, su establecimiento es el de una organización que el Estado proletario puede heredar y continuar, a diferencia de la estructura del capitalismo privado, que tendrá que eliminar.

En resumen, el rótulo de CME es una etiqueta infamante con escaso fundamento, que tiene tres defectos: (1) desconoce lo que la realidad así rotulada tiene en común con el socialismo; (2) expresa una visión maximalista de que un Estado tenga que ser o bien 0% o, si no, 100% proletario (o burgués); y (3) aplica tal caracterización tomando en consideración sólo un factor, a saber: los vínculos entre las élites privadas y los grupos políticamente preponderantes —en lugar de tener en cuenta otro factor, la función o el papel que realmente desempeña el Estado, cualesquiera que sean sus mecanismos de selección de gobernantes, procedimientos de decisión y color ideológico de los titulares del poder.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup>. Su precedente doctrinal lo había sentado el, ya más arriba citado, economista —y socialista de cátedra— Friedrich List.

<sup>95</sup>. En el PCF pervivió la fijación con el tema del CME. (V. «Le Parti communiste français (PCF) et l'alternance» de Joël Thalineau, tesis de DEA, Universidad François Rabelais de Tours, <http://www.memoireonline.com/02/09/1942/Le-Parti-communiste-français-PCF-et-lalternance.html>, acced. en 2010-01-08.) En 1966 el PCF consagró a la cuestión un debate —celebrado en Choisy-Le-Roi—, publicando el volumen colectivo: *Le capitalisme monopoliste d'État*, París: Ediciones Sociales, 1971. Frente a la visión marxista ortodoxa de la dirección del PCF, surgió un planteamiento muy sugerente del CME: el del filósofo marxista greco-francés Nicos Poulantzas (1936-1979), en sus dos obras *Pouvoir politique et classes sociales*, París: Maspéro, 1968, y *Les classes sociales dans le capitalisme aujourd'hui*, París: Seuil, 1974. La tesis de Poulantzas es doble: de un lado, hay una autonomía de lo político, que no es un simple instrumento mecánicamente manejado por las clases sociales, sino que tiene su propia dinámica; de otro lado, lo económico no existe nunca desligado —ni nítidamente deslindado— de lo político: la intervención del Estado no es un fenómeno reciente, provocado por una crisis del capitalismo, sino que siempre ha constituido una de sus funciones naturales. (En conexión con eso, Poulantzas también analizó las nuevas clases medias, en particular la nueva pequeña-burguesía de Estado —una clase o capa social en cierto modo similar a la *nobleza de toga* de que hablara Lucien Goldman [1913-1970] con relación a los últimos siglos del antiguo régimen; v. su obra *Le dieu caché*, París: Gallimard, 1955.)

### §11.— El sector público como instrumento para la satisfacción de los derechos de bienestar de la población

Respondiendo a anhelos y reivindicaciones de las propias masas —que expresaban sus necesidades y su deseo de participar en el bien común de la sociedad— la tradición doctrinal socialista (con lucidez intelectual o sin ella, según los casos) influyó para afianzar y ampliar la misión de servicio público de las administraciones estatales (y municipales) e, inseparablemente, para crear un fuerte sector público de la economía como instrumento para satisfacer los derechos de bienestar.

Tal ampliación tiene dos componentes. El uno es el papel que desempeñan los servicios públicos, en sentido estricto, como instrumentos de la satisfacción de esas necesidades. El otro, más polémico, es que su afianzamiento va ligado al desarrollo de un sector público de la economía.

En cuanto al primer componente, según lo dicen George Dupuis, M.J. Guédon y P. Chrétien en su libro *Droit administratif*:<sup>96</sup> «Bajo la influencia del pensamiento socialista, las necesidades colectivas han sido mejor identificadas, afirmándose la convicción de que el individuo —al igual que los diferentes grupos que puede crear— es verdaderamente acreedor respecto al Estado, imponiéndole múltiples acciones positivas (especialmente en los terrenos de la educación, la salud y la protección social. [...]) Desarrollando su papel de regulación de los mercados y redistribución de las rentas, el Estado asume directamente gran número de actividades industriales y comerciales».

Pero, ¿qué se hace el segundo componente mencionado? Los citados autores relativizan la demarcación entre actividades de servicio público en sentido estricto y actividades de fomento o promoción de la prosperidad económica:<sup>97</sup> cuando un establecimiento público se encarga de una actividad industrial o comercial, nunca actúa por puro afán de lucro; y, por otro lado, los servicios públicos propiamente

---

En esos debates intervendrán Louis Althusser, François Hincker, etc. También podemos traer a colación que, por esos años 60-70, se discutió mucho el concepto —que aparece en Marx alguna vez— de un sistema socio-económico antiguo no-esclavista, el «modo de producción asiático», caracterizado precisamente por una gran intervención pública en la economía. (V. Centre d'Etudes et de Recherches Marxistes, *Sur le mode de production asiatique*, Éditions Sociales, 1969, y Jacques Goblot & A. Pelletier, *Matérialisme historique et histoire des civilisations*, Éditions Sociales, 1973.) No resultó convincente el reiterado esfuerzo de adaptación ideológica del PCF por dos razones: (1ª) cada flexibilización acababa en nuevos erizamientos dogmáticos; (2ª) se asoció a una estrategia y una táctica que suscitaron muchas oposiciones —dentro de su propio campo de opinión— y que no pudieron evitar el inexorable declive. Mencionaré, por último el interesante artículo de Étienne Balibar «Communisme et citoyenneté: Réflexions sur la politique d'émancipation à partir de Nicos Poulantzas», *Actuel Marx*, nº 40 (2006). Balibar es uno de los pensadores originales que, procedentes del marxismo, ofrecen hoy reflexiones válidas sobre los derechos humanos en una perspectiva que no renuncie a los ideales y valores asumidos en esa tradición.

<sup>96</sup>. París: Armand Colin, 2002, 8ª ed. p. 495.

<sup>97</sup>. *Ibid.*, p. 496, n. 1.

dichos tampoco pueden prescindir del todo de consideraciones de rentabilidad y productividad. En ambos casos habrán de aplicarse reglas teleológicas de ajuste de medios a fines, una racionalidad instrumental, ponderándose el gasto con el resultado.

Dado lo indeterminado del concepto de utilidad pública —ya sea en sentido estricto de necesidad de la población, ya en el más amplio de beneficio colectivo de todos los habitantes en su conjunto—, es normal que la determinación del ámbito de actividades del servicio público —en sentido estricto o lato— se deje a la discrecionalidad de los legisladores, de donde resultan incongruencias y hasta decisiones arbitrarias.<sup>98</sup> La tendencia propia del servicio público es a expandirse y a generar otras actividades estatales que sólo son servicio público en sentido lato, las cuales también tienden, por su propia dinámica, a absorber un mayor ámbito de actividades sociales.

Entre 1860 y 1980, aproximadamente, había transcurrido un período a lo largo del cual las reivindicaciones de las masas laboriosas habían ido reclamando los derechos positivos o de bienestar, en respuesta a lo cual fueron formulándose programas socialistas, fue ampliándose legislativamente (y después constitucionalmente) el reconocimiento de derechos positivos, fueron ensanchándose los servicios públicos y fue intensificándose la intervención del Estado en la economía, todo ello de conformidad con la ley de Wagner.<sup>99</sup> De haberse dejado operar a esos mecanismos espontáneos y de haberse permitido influir sin estorbos a las demandas de la población, paulatinamente el sector privado habría quedado reducido a proporciones modestas. Pero surgió una barrera: la ideología neoliberal, que ha trabajado con ahínco para adelgazar y achicar al sector público.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup>. Si en Francia la producción y distribución de fluido eléctrico ha venido siendo durante mucho tiempo un servicio público estricto, en España siempre ha estado en manos del sector privado (aunque bajo una regulación pública).

<sup>99</sup>. Sin que en esa evolución haya repercutido tanto como a menudo se cree la particular teoría económica de Keynes. Para ser objetivos habría que reconocer el influjo del maestro de Keynes, Arthur Cecil Pigou (1877-1959), el más destacado académico de la escuela del bienestar de Cambridge, quien se basaba en las ideas utilitaristas de Bentham, con el principio de obtener el mayor grado de bienestar para el mayor número de miembros de la colectividad; de donde se seguiría «prácticamente cualquier medida social que suponga una mayor participación en la renta real de los estratos más pobres de la sociedad», según A. García Villarejo & J. Salinas, *op.cit.*, p. 86.

<sup>100</sup>. Según la doctrina ortodoxa de la Hacienda Pública, la adecuada extensión del sector público debería ceñirse al ámbito de los bienes públicos, que serían aquellos cuya suficiente o satisfactoria oferta por las empresas privadas sería difícil —o imposible—, en virtud de dos rasgos: (1) su no rivalidad (que se beneficie uno no reduce la cantidad del bien para el consumo o beneficio de otros) y (2) su no-exclusionariedad (es difícil o imposible privar del beneficio del consumo a quienes no paguen el precio que corresponda). (V. el ensayo «La regla de asignación de los bienes públicos» de Julia Barragán en este volumen; v. también A. García Villarejo & J. Salinas, *op.cit.*, pp. 115ss.) Nótese, empero, que —dejando al margen el delicado problema del criterio de delimitación de tales bienes— mi tesis es incompatible con esa ortodoxia, pues estoy sosteniendo —yendo en pos de la tradición socialista— que el ámbito de legítima intervención pública no tiene que confinarse a tales bienes, pudiendo haber motivos válidos para que abarque cualesquiera otros cuando su producción o distribución por entidades públicas —o bajo intervención pública— conduzca a buenos resultados para el interés público —el cual incluye no sólo la prosperidad de la economía nacional, sino también su equitativa distribución—, aunque la empresa privada, en régimen de mercado, pueda conseguir resultados igual de satisfactorios —o incluso más satisfactorios en algunos aspectos— (siempre, claro, que haya razones para optar por el sector público, que pueden ser de muy diversa índole, p.ej. propiciar una mayor igualdad

## §12.— Crisis del estado del bienestar. El neoliberalismo

Desde 1980 o así prodúcese una contraofensiva, ya antes formulada por los monetaristas, que se deleita en mostrar las inconsecuencias, las contradicciones y los derroches del estado del bienestar.<sup>101</sup> La intervención económica del Estado es fuertemente rechazada; el sector público de la economía se desmantela. Privatízanse los servicios públicos (o, cuando no, son sometidos a la huida del derecho administrativo, o sea: se regirán por el derecho privado y se verán forzados a abandonar criterios de derecho público, actuando como agentes con ánimo de lucro y sujetos a la competencia mercantil).

El gran teórico inspirador del neoliberalismo fue el ya varias veces mencionado economista austríaco Ludwig von Mises, quien sometió a una durísima crítica al socialismo de cátedra (y a cualesquiera otros intentos de hallar una vía intermedia entre socialismo o comunismo y capitalismo duro y puro —que es lo que él defiende).<sup>102</sup> Von Mises afirma (a mi juicio con razón); «Los socialistas de cátedra, al defender el estatismo y postular la estatización de las grandes empresas y el control y guía de las demás por parte del Estado, hicieron auténtica política socialista».<sup>103</sup>

Von Mises considera que el principal error de los socialistas de cátedra fue desconocer la existencia de leyes económicas, creyendo que la autoridad política puede imponer una dirección a los propietarios de los medios de producción que, manteniendo nominalmente su titularidad dominical, la socave o erosione al someterla a mandamientos gubernativos. von Mises argumenta que la acción de las leyes económicas determina que la intervención pública en la economía fracasará si no se lleva a cabo una socialización integral.<sup>104</sup>

En otra obra,<sup>105</sup> von Mises denuncia que, en confluencia con el estatismo —que, de suyo, podía provenir de otras familias ideológicas y obedecer a otras motivaciones—, el socialismo ha ido socavando y arrinconando al sistema capitalista, propiciando así su demolición, según una táctica de acoso y derribo que habría hallado en Carlos Marx a uno de sus más lúcidos forjadores. Ese sabotaje se ha

---

social).

<sup>101</sup>. V. Pierre Rosanvallon, *La crise de l'État providence*, París: le Seuil, 1981.

<sup>102</sup>. *Crítica del intervencionismo (El mito de la Tercera Vía)*, Madrid Unión Editorial, 2001, pp. 112ss.

<sup>103</sup>. *Ibid.*, p. 115.

<sup>104</sup>. Von Mises, p. 245, ofrece esta definición: «se llama socialismo, comunismo o economía planificada al sistema de cooperación social basado en la propiedad pública de los medios de producción».

<sup>105</sup>. Ludwig von Mises, *El socialismo: Análisis económico y sociológico*, 4ª ed., Madrid: Unión Editorial, 2003, cap. XXXIV, «Los métodos del destrucionismo», pp. 471-99.

emprendido por las siguientes vías: la legislación laboral, o sea la protección legal del trabajo —con la consiguiente regulación pública de las condiciones de la prestación laboral—; el seguro social obligatorio, particularmente el de enfermedad; el derecho de huelga y la legalización de la acción de los sindicatos —que convierte el derecho a holgar en una prohibición de no participar en la huelga—; las nacionalizaciones y socializaciones; el seguro contra el paro; la política fiscal —impuestos progresivos de renta y patrimonio; la inflación —resultado inevitable de la política crediticia y monetaria estatalista. Por esas vías, se habría pulverizado el florecimiento de la economía de mercado y sentado las bases de un asalto revolucionario, conducente a una disgregación social.<sup>106</sup>

Ni el diagnóstico de von Mises ni sus vaticinios se han confirmado. Tenía el don de las profecías erróneas.<sup>107</sup> El gran esplendor económico vino como resultado de esos presuntos males, que, en realidad, por aquellos años —en torno a 1922—, apenas estaban empezando. Será la II posguerra mundial la que marque el apogeo de todos esos factores: una nacionalización o socialización de más de la mitad del sector productivo; una enorme expansión de los seguros universales obligatorios de cuidado a la salud, jubilación, familia numerosa, vivienda, colocación y movilidad; unos impuestos directos altamente progresivos; una regulación de la huelga que restringirá el derecho de los empleadores a reemplazar el trabajo de los huelguistas por esquirols (y, por ende, el derecho a ser esquirol) y otorgará amplios poderes a los sindicatos —a cambio de que éstos, renunciando a objetivos revolucionarios, se comprometan a privilegiar la vía de la negociación; una normativa mucho más protectora del trabajador en cuanto a permanecer en el puesto de trabajo (prohibición de despidos improcedentes), salarios, condiciones de prestación laboral, asuetos, jornadas, elección de representantes del personal, participación de éstos en la gestión; una política crediticia y monetaria expansiva, que, si bien trajo una inflación, propició un florecimiento de los negocios y de la contratación laboral y un aumento de las remuneraciones reales.<sup>108</sup>

Cae fuera de los límites de este ensayo estudiar las críticas a la ideología solidarista del servicio público y al estado del bienestar —ya sean las neoliberales u otras. Toda obra humana es imperfecta. El estado del bienestar de la segunda

---

<sup>106</sup>. Tales consideraciones se escribieron en 1922, en medio de un difundido pavor ante la proximidad de una revolución proletaria de signo comunista en toda Europa central, una perspectiva que nunca pasó de ser un sueño de unos, una pesadilla de otros, y que se desvaneció para siempre un par de años después.

<sup>107</sup>. Fruto de su dogmatismo que él consideraba científico; profesaba la fe del carbonero en las leyes económicas. V. el capítulo 6 de mi libro *Estudios Republicanos*, *op.cit.*

<sup>108</sup>. Como lo ha demostrado Jacques Marseille en *L'argent des français* (París: Perrin, 2009; parcialmente accesible en [http://www.jacquesmarseille.fr/Ouvrages/Argent\\_des\\_francais.asp](http://www.jacquesmarseille.fr/Ouvrages/Argent_des_francais.asp)), los períodos largos de inflación son aquellos en los que más han bajado los precios reales, o sea aquellos en los que más se ha elevado la capacidad adquisitiva de las masas trabajadoras.

posguerra mundial —construido en torno al servicio público— lo fue.<sup>109</sup> Había que mejorarlo; no destruirlo ni «desconstruirlo». Con la actual crisis de superproducción (iniciada en 2007) está teniendo lugar un nuevo viraje de la conciencia pública y una reapreciación de la tradición socialista, del servicio público y del Estado del bienestar.<sup>110</sup> Es demasiado pronto para saber hasta dónde llegará esta nueva tendencia ideológica (en la cual se inscribe —huelga decirlo— el presente ensayo).<sup>111</sup>

---

### §13.— Conclusión

Retomando una tesis central del socialismo de cátedra, he sostenido que la actividad de la administración pública encaminada a promover la prosperidad general —aun en aquellos casos en que no está efectuando una prestación que directamente satisfaga una necesidad general de la población— constituye una función confiada a los poderes públicos.

Esa tesis tiene que afrontar el argumento de quienes esgrimen la máxima de la subsidiaridad, o sea: que los poderes públicos sólo han de emprender actividades que, siendo útiles a la sociedad, no sean suficiente o eficazmente realizadas por la iniciativa privada. Desde un punto de vista aquí sustentado nada prueba la verdad de ese principio de subsidiaridad.<sup>112</sup>

Pero ni siquiera desde la adhesión al principio de subsidiaridad la promoción o el fomento de la prosperidad nacional puede ser tarea confiada sólo a la iniciativa privada. Hacerlo no sería ni realista ni siquiera razonable. Tal vez haya sociedades del extremo oriente donde la mentalidad del capitalista pueda abarcar un móvil patriótico, pero en otras sociedades plantearlo así sería soñar. Jurídicamente, además, la obligación de promover la prosperidad o la riqueza nacional no podría imponerse

---

<sup>109</sup>. Lo he defendido en mi ensayo «Por un Reparto Igualitario (Defensa del Estado del Bienestar)» (2005-12-19), repr. en *Lecturas filosófico-jurídicas (2005-2007) (Ejercicios didácticos)*, acc. <http://hdl.handle.net/10261/15158>.

<sup>110</sup>. Una aportación reciente a una crítica de la ideología del libre mercado —desde las enseñanzas de la crisis económica— es el libro de James K. Galbraith *The Predator State: How Conservatives Abandoned the Free Market and Why Liberals Should Too*, Nueva York: The Free Press, 2008. Galbraith también aboga por una economía fuertemente estatalizada y planificada, aduciendo, como ejemplo a seguir, las transformaciones de la presidencia de F.D. Rossevelt en los años 30.

<sup>111</sup>. Felizmente en este aspecto el autor de este trabajo no está, ni mucho menos, en minoría de a uno —sin que sea menester aducir aquí un elenco de las confluencias entre su posición y la de otros juristas y filósofos del derecho del mundo de habla hispana, donde sigue siendo vigorosa la reivindicación de los derechos de bienestar. El lector hallará un provecho especial en la lectura de dos libros de Francisco J. Contreras Peláez: *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid: Tecnos, 1994, ISBN 84-309-2560-0, y *Defensa del Estado Social*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad, 1996, ISBN 84-472-0304-2.

<sup>112</sup>. Si los adeptos de esa máxima de subsidiaridad quieren decir que las sociedades donde se aplica están mejor que aquellas en que no se aplica, eso está por demostrar. La experiencia parece, más bien, avalar la hipótesis opuesta, que abonaría en el sentido de un principio inverso de subsidiaridad: dejar a los particulares (sólo) aquellas actividades que el Estado no esté en condiciones de asumir eficientemente.

al capitalista porque sería un deber de contenido difícilmente determinable.<sup>113</sup>

Está claro, sin embargo, que la prosperidad colectiva es un elemento del bien común, y en definitiva el esencial, porque sólo una sociedad próspera puede practicar una redistribución de medios de bienestar que permita satisfacer las necesidades de la población, o sea los derechos positivos de los habitantes del territorio.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup>. Hoy se habla de una responsabilidad social del empresario y de la ética de los negocios. Me temo que esa ingenuidad sólo sirve, inadvertidamente, para un fin encubridor. De ser verdad lo de las leyes económicas, el empresario sólo podrá seguir un móvil: maximizar sus ganancias; si no, la supuesta racionalidad del mecanismo mercantil se vendrá a pique. Aunque, en realidad, la psicología del empresario real no es así (ni, por lo tanto, hay leyes económicas que valgan), la interferencia de consideraciones morales es absolutamente improbable y, desde luego, impotente. En el mejor de los casos, las actuaciones benévolas que no sean de obligado cumplimiento legal serán pura publicidad y *marketing* disimulado —cuando no meras operaciones de ocultamiento. Además de ser una ilusión apelar a una conducta generosa o a un abandono de la codicia para seguir confiando en el sector privado, socava la única base de presunta racionalidad del sistema mercantil de economía privada, que es la creencia en el milagro de que la avidez de cada uno se transmute en la conveniencia de todos por el arte de birlibirloque del mercado, o la mano invisible. Lo que necesitamos es la regulación jurídica estricta, la inspección y la planificación estatales y la devolución al sector público de una gran porción de la economía. Para una fuerte crítica del moralismo económico, v. Frédéric Lordon, *L'Intérêt souverain: Essai d'anthropologie économique spinoziste*, París: La Découverte, 2006 y *La Politique du capital*, París: Odile Jacob, 2002.

<sup>114</sup>. Agradezco mucho los comentarios a una versión preliminar de este ensayo que tuvieron la amabilidad de hacerme Antonio Enrique Pérez Luño, Marcelo Vásquez Carrasco, Liborio Hierro y Lilian Bermejo Luque.

El trabajo de investigación que ha dado como resultado la redacción de este ensayo forma parte del Proyecto: «Una fundamentación de los derechos humanos desde la lógica del razonamiento jurídico» [HUM2006-03669/FISO] así como del Programa de Actividades de I+D de la Comunidad de Madrid S2007/HUM-0461 (Trust-CM), «La cultura de la legalidad: Transparencia, confianza, responsabilidad».

VI

«**Derechos y deberes de nuestros  
hermanos inferiores**»

por **Lorenzo Peña y Gonzalo**

*Animales no humanos entre animales humanos*

ed. por Jimena Rodríguez Carreño

Madrid: Plaza y Valdés, 2012. Pp. 277—328

[www.plazayvaldes.es/libro/animales-no-humanos-entre-animales-humanos/1435/](http://www.plazayvaldes.es/libro/animales-no-humanos-entre-animales-humanos/1435/)

ISBN 978-84-15271-15-4



# Derechos y deberes de nuestros hermanos inferiores

[Rights and duties of our inferior brothers and sisters]

por **Lorenzo Peña y Gonzalo**

---

publicado en:

*Animales no humanos entre animales humanos*

ed. por Jimena Rodríguez Carreño

Madrid: Plaza y Valdés, 2012. Pp. 277—328

[www.plazayvaldes.es/libro/animales-no-humanos-entre-animales-humanos/1435/](http://www.plazayvaldes.es/libro/animales-no-humanos-entre-animales-humanos/1435/)

ISBN 978-84-15271-15-4

---

## Sumario

0. Un planteamiento de los derechos animales desde una perspectiva naturalista.  
1. El concepto de hermanos inferiores. 2. Las sociedades animales intra e interespecíficas. 3. Las sociedades humanas y la anexión a las mismas de individuos de otras especies. 4. Domesticados y cautivos. 5. Los animales de labor. 6. La civilización del caballo. 7. ¿Abolición de la esclavitud animal? 8. Por un nuevo estatuto jurídico del animal no humano. 9. Objeciones. 10. Bibliografía

---

## **§0.— Un planteamiento de los derechos animales desde una perspectiva naturalista**

Strawson distinguió entre las metafísicas descriptivas y las revisionarias; las primeras se ocuparían de describir, quizá racionalizando, nuestro esquema conceptual del mundo, mientras que las segundas se dedicarían a proponer esquemas conceptuales alternativos. Parcialmente similar a esa distinción está la que opone a dos maneras de entender las ramas de la filosofía que involucran la afirmación de juicios de valor, como la ética, la estética y la teoría del conocimiento: la manera crítica y la naturalista.

El enfoque crítico —o transcendental— de cualquiera de esas disciplinas filosóficas significa que quien lo adopta plantea radicalmente la cuestión del criterio

con el cual va a profesar o abrazar unas tesis u otras que impliquen juicios de valor, o más concretamente de tal o cual valor en particular. Ese planteamiento crítico aspira a no partir de presuposición alguna, en pos de evidencias autocertificadoras que —desde fuera de nuestras prácticas habituales de valoración o apreciación— sienten fundamentos radicales e incontrovertibles para pronunciar determinados juicios de valor, prescindiendo de toda la experiencia individual y colectiva.

En el terreno de la ética las bases del enfoque crítico las sentaron Hume —con su principio de irreducibilidad de los asertos de deber-ser a los asertos de ser— y, sobre todo, Kant, quien, más que ningún otro filósofo, ha planteado la necesidad de buscar un fundamento racional para la decisión humana que no presuponga ninguna premisa empírica o fáctica. Más cerca de nosotros podemos subsumir bajo ese tipo de actitud el intuicionismo ético de Moore.

Frente a tales enfoques, surge un planteamiento naturalista, que, en verdad, fue el de casi toda la filosofía precartesiana, la *philosophia perennis*, y ha sido también, en lo esencial, el subyacente a filosofías como las de Leibniz (pese a su racionalismo apriórico), Shaftesbury y Hegel, así como de muchos filósofos analíticos contemporáneos, escaldados por la crítica de Quine a la dicotomía radical entre verdades analíticas y sintéticas (o *a priori* y *a posteriori*).

Para el enfoque naturalista hay que partir de una mirada a lo que es; el *debe* no es radicalmente irreducible al *es* (aunque el nexo entre ambos sea complicado). Las reflexiones filosóficas sobre los valores —cognoscitivo, estimativo o práctico— sólo pueden discurrir desde el estudio de lo que es para, eventualmente, plantear lo que debe ser, como una reclamación, explícita o implícita, de lo que ya es, como compleción de una tarea de autoenmienda de la propia praxis humana (praxis cognoscitiva, praxis contemplativa o praxis activa).

Inscritos en el planteamiento naturalista, los enfoques de raigambre quineana han empezado a ganar un poquito de reconocimiento en la filosofía práctica. El equilibrio reflexivo de Rawls podría verse como una modulación de tal índole, a pesar de la deuda intelectual de Rawls hacia Kant.

Situándose también resueltamente en el enfoque naturalista, el autor de este ensayo va a abordar el problema de la relación ético-jurídica entre el hombre y otras especies animales con las cuales está unido por relaciones de convivencia social tratando de entender, para empezar, cómo funcionan las reglas que, en las diversas sociedades, se estatuyen para canalizar las conductas de modo provechoso al bien común y cómo, desde esa perspectiva, cabe plantear una reforma de nuestros códigos de conducta que modifique en parte nuestra relación con aquellos individuos de otras especies con quienes hemos decidido convivir, formando con ellos un tipo de sociedad o asociación interespecífica. Tales individuos animales no-humanos son seres capaces de tener conductas, con voluntad y entendimiento, que obedecen o desobedecen y a los cuales hemos impuesto deberes de sumisión. De hecho en nuestras relaciones con ellos hay un código de comportamiento que les dictamos y que conlleva prohibiciones y obligaciones. Justo es que, como contrapartida, les reconozcamos derechos.

Esta manera de proceder marca una ruptura con el rupturismo, o fundamentalismo, para el cual no hemos de presuponer relaciones efectivas ni reglas ya establecidas, para mejorarlas o reformarlas, sino que hemos de idear, desde la nada, unos principios auto-evidentes como criterios de racionalidad práctica exentos de contaminación empírica y, más aún, de respeto a prácticas consagradas por el hábito. Tales fundamentalismos son los que prevalecen en los debates filosóficos sobre la ética animal, tanto por quienes son defensores de derechos animales (u otros principios que implican, en todo caso, una condena de muchas de nuestras prácticas con respecto a los no-humanos) cuanto por quienes rehúsan a los no-humanos cualesquiera títulos que nos obliguen a modificar tales prácticas.

En todos esos casos, se busca un criterio de racionalidad práctica patente por sí mismo, que determine qué características intrínsecas ha de tener un individuo para que lo consideremos portador de un valor, titular de un derecho o destinatario de un deber. En los planteamientos kantianos y similares será algo así como la capacidad de ese individuo de ajustar su propia conducta a un principio de racionalidad práctica igual que el que nosotros escojamos. Luego se discutirá sobre si los no-humanos tienen o no esa capacidad —o cualquier otro fundamento intrínseco que se escoja, según las diversas teorías—. En la mayor parte de los casos, la conclusión será, desde luego, negativa, infiriéndose de ahí que los no-humanos ni son destinatarios de deberes ni titulares de derechos ni tal vez siquiera portadores de valor alguno.

Por su lado, el fundamentalismo animalista encontrará como criterio uno, también irrecusable, que quepa atribuir por igual al hombre y a sus compañeros del reino animal (o a muchos de ellos), de suerte que así todos serían acreedores de un trato esencialmente igual, que luego se modularía en virtud de diversas consideraciones. Así, para muchos tal criterio sería la capacidad de sufrir.

A diferencia de tales enfoques, los naturalistas —como el aquí adoptado— difícilmente pueden suministrar criterios radicalmente generalizables a todas las situaciones imaginarias. No nos aclaran (o sólo indirecta y parcialmente) sobre cuál debería ser nuestra actitud si nos halláramos con individuos inteligentes extraterrestres, o espíritus puros (ángeles) o quimeras. Las ambiciones de la teoría aquí propuesta son modestas, limitándose a abogar por una rectificación, en ciertos aspectos, de códigos de conducta ya vigentes en nuestra relación con individuos de otras especies que, como resultado de hechos contingentes, resultan ser animales no humanos entre animales humanos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>. Varias de las ideas del presente ensayo guardan afinidad con las que expone Elizabeth Anderson, «Animals Rights and the Values of Nonhuman Life», en [Sunstein & Nussbaum], pp. 276-298. He leído su escrito cuando ya el mío estaba muy avanzado, por lo cual me abstengo de comentar muchas consideraciones atinadas y pertinentes que contiene.

## §1.— El concepto de hermanos inferiores

Nuestro estudio se refiere a nuestros hermanos inferiores. Vamos a analizar esos conceptos para fijar, después, unos cánones que sirvan para determinar unos deberes y derechos de unos con relación a los otros.

Cuando hablamos de nuestros hermanos inferiores nos referimos, ya sea a todos los animales que no pertenezcan a la especie humana, ya a aquellos que pertenecen a especies que compartan con la nuestra una serie de rasgos zoológicos comunes y con las cuales estamos emparentados muy de cerca.

Como primera aproximación, cabe decir que un animal, en el sentido lato en que aquí lo consideramos, es un miembro de una especie de organismos pluricelulares heterótrofos dotados de capacidad sensorial o perceptiva. El desarrollo de esa capacidad va ligado a una aptitud locomotriz, que sin embargo no está presente en todas las especies animales, pero cuya ausencia indica un menor grado de animalidad.

En esa amplia acepción, los animales formamos uno de los cinco reinos en los que se ha subdividido el tronco común de los seres vivos en la Tierra.<sup>2</sup>

Esa primera aproximación es insuficiente. Hay un cúmulo de especies, emparentadas entre sí, que comparten rasgos adicionales. Para nuestros propósitos son animales sólo los miembros de especies que reúnen estas cinco características:

- 1ª) son seres que nacen, prosperan y decaen, tienen salud y enfermedad y, al final, mueren;
- 2ª) tienen reproducción sexual anisogámica y diferenciación individual macho/hembra (no hermafroditismo);
- 3ª) tienen y ejercen capacidad de locomoción;
- 4ª) tienen un aparato nervioso concentrado y órganos sensoriales, junto con sistemas circulatorio, respiratorio y digestivo;
- 5ª) están genéticamente emparentados entre sí de manera más estrecha que con los demás organismos vivientes.

Esa quintuple caracterización nos permite excluir de nuestro ámbito, p.ej, a los celentéreos, cuyo sistema nervioso no es concentrado (y que, por lo tanto, no tienen un centro perceptivo individual que unifica la actividad vital del organismo en cuestión).

De entre las muchas especies animales, hay un grupo al que podemos llamar el de «los animales avanzados». El rasgo distintivo principal es que su sistema nervioso está fuertemente concentrado en una masa, el encéfalo. Mi hipótesis es que todos ellos son capaces, no sólo de percepción, sino también:

---

<sup>2</sup> Exclúyense del reino animal las bacterias, los protozoos, las algas, los hongos, las plantas y otros taxones; para nosotros baste calificar a todos ellos como *seres vivos no animales*.

- 1) de apercepción (para usar el vocablo de Leibniz), o sea de conciencia, de capacidad de percatarse, aperebirse, ver el mundo que los rodea («ver» en un sentido lato de tener una imagen pluri-sensorial unificada, que aúna los estímulos de los diversos órganos sensoriales);<sup>3</sup>
- 2) de capacidad para sentir dolor y placer, en virtud de lo cual el sistema nervioso de ese individuo realiza unos movimientos (decisiones) que son seguidos por movimientos corporales que lo acercan a las fuentes del placer y lo alejan de las del dolor (esquemalizando deliberadamente las cosas).

La conciencia es un enigma que se esfuerzan por esclarecer los zoólogos, neuro-fisiólogos, psicólogos y filósofos. Es una capacidad para ver el mundo, para tener una imagen propioceptiva y otra del medio ambiente o entorno, con una polaridad de inclinación o apetito y desinclinación o repulsión, en función de lo que es provechoso o perjudicial al organismo en cuestión. Todo eso parece requerir ese centro de percepción y apetición que en los cordados y, sobre todo, en los vertebrados es el encéfalo.<sup>4</sup>

¿En qué medida los moluscos, insectos, arácnidos, equinodermos etc tienen, total o parcialmente, esas características de los animales avanzados? No lo sé. Seguramente varias especies de esos géneros, o taxones, tienen ambas en grado mayor o menor. Los científicos siguen investigando.

De entre los animales avanzados, según los hemos caracterizado, hay un grupo que podemos llamar el de los «animales superiores», que agregan a los rasgos ya apuntados éstos adicionales:

- 1) están más estrechamente emparentados entre sí que con los demás;
- 2) tienen inteligencia y voluntad;
- 3) poseen aptitud de desarrollar y modificar sus hábitos de conducta.

La inteligencia o razón es la capacidad para averiguar cosas nuevas combinando varios datos (premisas), de tal manera que el individuo en cuestión —aplicando una regla explícita o implícita— cruce, unas con otras, diversas constataciones empíricas para inferir una conclusión. La voluntad es, similarmente, la aptitud —estrictamente correlativa— de mandar al propio cuerpo un movimiento o una quietud en función, no de una constatación cognoscitiva aislada, sino de una pluralidad de las mismas y, principalmente, de la ausencia de otras constataciones. En un ser con voluntad no se da una concatenación automática (instintiva) que

---

<sup>3</sup>. Sobre la conciencia animal, v. el apartado «The Complexity of animal consciousness» en [Regan], pp. 73ss.

<sup>4</sup>. Un estudio muy influyente sobre la conciencia es el del neurólogo Antonio Damasio, *The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness*, Londres: Heinemann, 1999.

Sobre la centralidad de la conciencia o autoconciencia en los debates sobre el estatuto óntico de los animales no humanos, v. Gary L. Francione «Animals — Properties or Persons?», en [Sunstein & Nussbaum, 2004], pp. 108-142. Francione ejemplifica la equiparación —más abajo criticada como una confusión— entre *ser-persona* y *no-ser-cosa*, entendiendo por «cosas» los entes que legítimamente pueden ser objetos de propiedad.

conduzca forzosamente a un comportamiento por la mera presencia de un cierto impulso sensorial o de una constatación aislada.

La aptitud de desarrollar y modificar sus costumbres, hábitos de vida o de conducta, es la capacidad de los individuos de ciertas especies de alterar, de modo estable y persistente, su comportamiento de manera que el patrón de conducta así adquirido varía en función de los estímulos recibidos y se adapta al medio. En un sentido lato, claro está, cualquier ser vivo, aunque no sea un animal, adquiere hábitos, patrones de vida o de relación con el medio que se van modificando en función de éste. Aquí se trata de algo mucho más fuerte: la capacidad de ciertos animales de asumir esos hábitos, aceptarlos, adoptarlos o resignarse a ellos, que coexiste con ocasionales rechazos. En suma esta capacidad de habituación implica la inteligencia y la voluntad del animal, por las cuales éste decide sujetar su conducta usual a ciertas pautas que entiende más convenientes —dado el medio en el que actúa— pero que también tiene capacidad de rechazar, haciéndolo en determinados casos por la acción de algunos mecanismos neuro-psíquicos.

La única diferencia entre la especie o raza humana y las demás especies animales es el grado mayor en el que los hombres son capaces de aplicar su inteligencia y su voluntad —individual pero, sobre todo, colectiva— para satisfacer sus necesidades, así como la mayor plasticidad o adaptabilidad de sus costumbres y el desarrollo de fuertes instrumentos de acumulación cultural, como son el lenguaje de doble articulación, las técnicas de fabricación de instrumentos y el atesoramiento del saber colectivo. Por separado ningún rasgo de éstos deslinda netamente al hombre de los demás animales.

Nada diferencia al hombre del animal, como nada diferencia a la tortuga del animal. Lo que sí diferencia al hombre de los demás animales es que el hombre tiene una singularidad de especie que podemos designar por un sustantivo abstracto, «humanidad». Esa singularidad es un principio de especiación o especificación —similar al principio de individuación de que discutía la filosofía escolástica.

No es una heceidad escotista, un no-sé-qué, sino que es susceptible de un análisis (igual que, para Leibniz, cualquier individuo tiene un concepto individual que no es un mero «ser-éste», sino que estriba en una particular e irrepetible concurrencia de rasgos universales). El genoma humano está integrado por moléculas, cada una de las cuales es susceptible de aparecer en el de otras especies. Es una combinación singular lo que hace que se trate de genoma humano.

Una particular combinación de ingredientes en su genoma marca, pues, la especificidad de cada especie. El resultado es que a la misma le corresponden unas capacidades y una cierta adaptabilidad al medio que no son las mismas que las de las otras especies. La manera de vivir de una especie de abejas es diferente de la de una especie de arañas. Cada una es única, singular, irrepetible. Cada una ocupa un lugar propio, un nicho ecológico. Cada una se relaciona con las demás de un modo que no es idéntico al de otras.

Para cada especie hay algo en lo que ella es superior a las demás, puesto que

es ella la mejor adaptada a vivir de cierto modo en cierto medio. Ninguna especie es absolutamente superior o absolutamente inferior a las demás. Cada una es superior en ciertas cosas e inferior en otras. Sin embargo, eso no es óbice para considerar que, globalmente, unas tienen un valor superior a otras (aunque tal aserto, desde luego, hay que probarlo, caso por caso —o, cuando no, hay que apreciarlo como una conjetura o una estimación subjetiva). Hay una escala razonablemente construida en la que los animales tienen más valor que los seres vivos que no son animales; los animales avanzados, más valor que los no avanzados; los superiores más valor que los otros; los humanos, más valor que los no-humanos. Ese mayor valor estriba en que ejemplifican, en mayor grado, ciertas cualidades valiosas, como son la vida, el conocimiento, la conciencia, la inteligencia, la fuerza de voluntad, la solidaridad.

Ahora bien, la verdad de este aserto apenas importa, en el fondo, para las tesis esenciales del presente ensayo. Que el ser humano sea superior a los demás animales, que los animales avanzados sean superiores a los celentéreos, que éstos sean superiores a los hongos, todo eso, en definitiva, es una apreciación axiológica prescindible para lo que voy a sostener más abajo. Nótese bien que esa superioridad a secas no implica superioridad absoluta. Sería una superioridad en valor, habida cuenta de todo, que no es opuesta a que un ser inferior, en general, sea superior en muchas cosas, como es obvio.

Hablar, pues, de especies inferiores se hace relativamente a un contexto. En la sociedad de las hormigas, son inferiores los pulgones sujetos a vivir como simbioses o cautivos (la calificación precisa les corresponde a los zoólogos). En las sociedades humanas son inferiores los individuos de otras especies a ellas anexionados, bajo cualquiera de las dos modalidades que luego consideraremos.

Para cerrar ya este apartado, cabe preguntar en qué me baso al calificar a las demás especies animales de especies hermanas. Es curioso que la locución «nuestros hermanos inferiores» se haya usado desde hace tantos siglos (como mínimo desde San Francisco de Asís en el siglo XII). La cercanía entre el hombre y los demás animales siempre ha sido percibida y siempre ha intrigado. La teoría de la evolución, desde Lamarck para acá, ha resuelto la incógnita. Nos parecemos porque somos parientes. Más que meros parientes, los humanos somos hermanos de aquellos no humanos de los que nos separan unos pocos millones de generaciones, e.d. aquellos con quienes compartimos un antepasado común de hace menos de cien millones de años.

Es el parentesco genético lo que determina esa hermandad. Sin embargo, imaginemos que un día los científicos llegaran a la conclusión de que la teoría de la evolución es falsa —o es verdadera bajo una modalidad muy diferente de las de Lamarck y Darwin y tal que no sería afirmable que cualesquiera dos individuos del reino animal están genéticamente emparentados entre sí—. ¿Carecería entonces de fundamento referirnos a las demás especies de mamíferos como especies hermanas? Opino que no. Los hechos que han conducido a buscar una explicación en la teoría de la evolución persistirían, aunque se alcanzara una explicación alternativa. Sin embargo, eso no significa que el quedar desbancada la teoría de la evolución sería

inocuo. Seguiríamos hablando de hermandad, pero ya en un sentido casi metafórico, en todo caso elástico. Hoy por hoy, con los datos de la ciencia contemporánea, podemos afirmar una hermandad propiamente dicha sin lugar a dudas.

## §2.— Las sociedades animales intra e interespecíficas

Las especies vivas han desarrollado dos modos distintos de vivir: en solitario y en sociedad. Tal alternancia es comparable a la que se ha dado en las estrategias de tamaño: las unas han aumentado su volumen, las otras han tendido a reducirlo, especializándose cada una en un modo de relación con las demás y con el medio ambiente en general. Así sin más no cabe decir ni que sea mejor ser un animal de gran volumen, como un elefante o un cachalote, o uno pequeño, como una hormiga. Cada uno tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Con la transformación del medio geográfico, la evolución va llevando a modificaciones de tamaño para una mejor adaptación.

Similarmente, unas especies o sub-especies optan por la vida en grupo, para aprovechar las ventajas de la cooperación; otras por la vida aislada, que no deja de tener las suyas. De nuevo hay evoluciones cruzadas, adaptaciones, alternancias. Hay especies en las que se encuentran formas de vida aislada y de vida social.

La mayor parte de las sociedades o asociaciones de individuos del reino animal (o del vegetal) son intraespecíficas, o sea: congregan a miembros de la misma especie. Son ampliamente conocidas las colonias de celentéreos. Mayor complejidad tienen las sociedades de ciertos artrópodos, principalmente arácnidos —como el *anelosimus eximius*— e insectos sociales: abejas, avispas, hormigas y termitas.

Entre los animales superiores alternan —a veces en la misma especie— modos de vida social y modos de vida solitaria —con asociación procreativa ocasional— así como hay eslabones intermedios y formas de transición. Esas sociedades intraespecíficas alcanzan diferentes niveles de complejidad, según la mayor o menor división del trabajo, la organización jerárquica, el grado de solidaridad de los miembros del grupo, las formas de canalizar y resolver los conflictos, las relaciones entre los diferentes grupos sociales de una misma especie. Las sociedades humanas son sociedades intraespecíficas como cualesquiera otras, aunque en su evolución exhiban algunas características propias, como les sucede a las sociedades de cualquier otra especie.

La especie humana es social, toda ella. El hombre es un animal paradójico: fuerte y débil. Conjuntamente puede ser muy potente y alcanzar un enorme éxito en la lucha por la vida. Individualmente es muy débil, siéndole difícil o imposible sobrevivir. Esa socialidad natural o congénita la ha heredado del tronco común que lo une a los bonobos, sus parientes más cercanos de las especies que han sobrevivido hasta el día de hoy. Sus modos de relacionarse guardan algo de ese origen común, aunque cada especie haya tenido su propia evolución.

A la vez que esas asociaciones intraespecíficas, tenemos las interespecíficas,

que son variadísimas y que se suelen clasificar atendiendo al grado de interacción entre las especies participantes y al beneficio o perjuicio recíproco, o no recíproco, que la relación conlleva para unos o para otros: neutralismo, competición, mutualismo o simbiosis, cooperación, comensalismo, depredación, inquilinismo, parasitismo.<sup>5</sup>

El hombre ha entrado en todas esas asociaciones con unos u otros animales no humanos. En algunas de ellas siendo el beneficiado, en otras el perjudicado y en otras ambas cosas a la vez.

Hay también asociaciones interespecíficas cuya clasificación ha oscilado, porque constituyen casos intermedios. Y es que hay grados diversos de provecho. A veces la asociación reporta alguna utilidad para una especie pero también algún perjuicio, mientras que reporta una utilidad bastante mayor para la otra.

En las especies de animales superiores las sociedades necesitan una jerarquía muy diferente de las sociedades de animales que operan esencialmente por instinto. Un animal superior tiene apercepción, inteligencia y voluntad. Por lo tanto su conducta puede desviarse de la pauta de comportamiento provechosa para el grupo; y frecuentemente se producen tales desviaciones. Para contrarrestarlas, no basta la fuerza del instinto, sino que hace falta inventar otro procedimiento. La naturaleza lo halló: la fuerza de la jerarquía, por la cual en los grupos sociales de animales superiores unos individuos actúan como líderes y otros siguen ese liderazgo. La selección de los líderes se efectúa de modos muy diversos, a menudo a través de enfrentamientos. La obediencia al líder dista de ser incuestionable, salvo en algunas especies en las que hay mayor seguridad. Tanto la discutibilidad del líder como su incuestionabilidad tienen sus ventajas y sus inconvenientes.

En una sociedad de animales superiores, particularmente de mamíferos, los líderes establecen unas reglas de conducta tales que ajustarse a las mismas es provechoso para el grupo. El sentido, la legitimidad de las reglas, es esa función de provecho al bien colectivo, a la preservación y acrecentamiento de la vida del grupo.

---

### §3.— Las sociedades humanas y la anexión a las mismas de individuos de otras especies

La sociobiología ha sido fundadamente cuestionada por la extravagante y abusiva reducción a que frecuentemente condujo, en la que muchas facetas culturales de las sociedades humanas quedaban rebajadas a meras apariciones de rasgos sociobiológicos heredados de nuestros antepasados en la evolución zoológica.

El rechazo de tales exageraciones no puede hacernos desconocer el núcleo racional de ese tipo de enfoques, que es señalar lo que compartimos con los demás animales y el fondo común de pautas de conducta, individual y social, que hemos heredado de un tronco del cual nuestra especie es sólo una ramita. Sin merma de sus

---

<sup>5</sup> Sobre la clasificación de las sociedades animales v. la entrada «asociación» en el *Diccionario Oxford-Complutense Ciencias*, Madrid: Ed. Complutense, 2000, p. 80.

particularidades, ha de estudiarse la sociedad humana como un caso de sociedad animal, no perdiéndose de vista las analogías, aunque sin negar lo original en la evolución de las sociedades humanas.

La asociación cooperativa con otras especies es una de las particularidades de ciertas sociedades humanas —bastante reciente, pues apenas empieza a producirse al final del paleolítico, o sea al iniciarse el último centésimo de nuestra permanencia colectiva en la Tierra. (La primera de tales asociaciones fue la que unió a grupos humanos con perros, siendo dudoso cuándo se produjo; en todo caso, hace seguramente más de 10.000 años.) Esa asociación cooperativa es la que aquí me interesa. Voy a centrarme, pues, en relaciones sociales que entablamos con ciertos animales que conviven con nosotros en nuestra sociedad, que ya no es puramente sociedad humana.

Son dos los tipos de relaciones entre los hombres y animales de otras especies que pasan a vivir en una sociedad preponderantemente humana. Podemos distinguir los animales cautivos y los domesticados.

No entran aquí las relaciones que tenemos o hemos tenido con otros animales de mera hostilidad o competición, ni las de depredación, ni menos las de separación. No es que en tales relaciones no se planteen problemas a la hora de reelaborar racionalmente nuestras pautas de comportamiento. Mas no son el tema de la presente reflexión. Lo que me interesa aquí es el vínculo con animales de otras especies que quedan anexionados a sociedades humanas, bajo una u otra de esas modalidades de cautiverio o de domesticación.

Al ser anexionados a una sociedad humana, esos animales no humanos pasan a tener con los hombres unas relaciones de convivencia, que tienen que regirse por unas reglas, ya que estamos hablando de animales superiores, con voluntad, que necesitan ajustarse a una disciplina para poder vivir en común. Es todavía oscuro el origen de la cohabitación con el perro, pero es seguro que en seguida se estableció una jerarquía en la que el hombre dominaba al can y no al revés. Y, aunque con muchas variaciones y matices, ésa es la tónica: en las asociaciones interespecíficas que tiene con otros animales superiores, anexionados a una sociedad humana, el hombre domina y marca las reglas.

Por eso podemos hablar de esos otros animales como inferiores. Dejando de lado las consideraciones desarrolladas más arriba sobre las escalas de valor, y dejando de lado también que, para cada especie, es ella la superior y las otras las subordinadas, está el hecho de que en las sociedades conjuntas de humanos y no humanos hay una clara asimetría. Los hombres incluyen a esos no humanos en su sociedad. Viven animales no humanos en una sociedad esencial y preponderantemente humana, no al revés. La asimetría determina que, en tales sociedades mixtas, los humanos sean superiores y los no humanos inferiores.

En cualquier sociedad intraespecífica de animales superiores hacen falta —ya lo he dicho— unas reglas y una jerarquía, porque esos seres, dotados de voluntad, pueden cooperar, pero también pueden oponerse unos a otros, dado que no actúan

por mero instinto. Al pasar de una sociedad exclusivamente formada por individuos de una especie a una sociedad mixta, también es menester fijar unas reglas.

Siempre que se fijan reglas de conducta se establecen y distribuyen deberes y derechos, correspondiendo los unos a los otros. En una manada, el líder o los líderes determinan una obligación de itinerario, de espacio, de actuación en la defensa o el ataque, a la cual quedan sujetos los integrantes del grupo; mas éstos tienen correlativamente derechos a cuyo servicio están esas reglas: de ser socorridos, participar en el consumo de los alimentos conseguidos por la labor común y disfrutar de los otros bienes de obtención colectiva, como el cobijo. El reparto puede ser extremadamente desigual y frecuentemente lo es. Hay repartos inicuos. Mas las sociedades en las que se implantan tales iniquidades tienden a ser muy inestables, al perder su cohesión social. Si ser miembro del grupo no acarrea disfrutar de unos derechos, o sea si las relaciones internas del grupo tienden a ser las del parasitismo o la depredación, entonces sólo la fuerza puede mantener al grupo unido.

Algunas sociedades humanas han desarrollado métodos para producir internamente una diferenciación en subgrupos entre los cuales se han dado relaciones de parasitismo o aprovechamiento de unos por otros, siendo la esclavitud el caso más visible, pero extensible, en alguna medida, a otras formas de desigualdad social. Solemos pensar que en las sociedades esclavistas hay unos, los individuos libres, que tienen derechos y otros, los esclavos, que sólo tienen deberes.<sup>6</sup> ¿Ha habido sociedades así, llevadas a ese extremo? Es dudoso. En la medida en que una sociedad se acerque a tal pauta de distribución tan radicalmente diferenciadora, el esclavo sólo permanecerá en la sociedad a viva fuerza. Y no siempre será fácil organizar su sumisión por el empleo de la fuerza, salvo que se trate de una minoría.

La mayor parte de las sociedades esclavistas han reconocido algunos derechos a los esclavos. Pensamos, como sociedades esclavistas típicas, en la Mesopotamia de Hamurabí, la Roma antigua o las colonias de plantación europeas en América en siglos recientes. En todas ellas los esclavos tenían algunos derechos, aunque pocos. La lista de derechos fue variando históricamente, no siempre, ni mucho menos, en el sentido de una evolución dulcificadora. Tenían (dentro de ciertos límites) el derecho a ser manumitidos, si su dueño lo decidía. A veces tenían derecho, también con permiso del dueño, a acumular un peculio, actuar en el tráfico jurídico, desempeñar diversos oficios. Casi siempre tenían el derecho de no ser arbitrariamente matados y recibir alimentación. Los códigos esclavistas europeos de los siglos XVII al XIX fijaron otros derechos: cobijo, vestido, en ocasiones relación familiar, práctica religiosa, festejo. Todo eso era poco, pero no es correcto decir que la visión jurídica de la época implicaba que eran seres sin derecho alguno. El derecho de acción judicial fue muy discutido y en general les fue rehusado, salvo casos de controversia sobre su posible estatuto de individuos libres. Mas la discusión ya implicaba que se veía en ellos a seres titulares de algunos derechos.

Es erróneo, pues, creer que la abolición de la esclavitud significó el paso de

---

<sup>6</sup> Según la famosa expresión de Hannah Arendt, carecen del derecho a tener derechos.

una sociedad en la que algunos miembros carecían completamente de derechos a otra en la que hay igualdad de derechos. Ni lo uno ni lo otro es verdad. Cualquier sociedad organizada atribuye derechos y deberes diferentes a diversos miembros, en función de varios parámetros. (Es más, en nuestra sociedad estamos aún lejos de admitir que no ha de haber derechos desiguales entre los individuos sólo por su nacimiento o sus genes. Los que nacen en familias ricas tienen un derecho de herencia del que carecen los hijos de padres pobres —para no hablar ya de muchísimas otras desigualdades, como el derecho de nacionalidad y hasta el de habitar un territorio.)

Reconocerle derechos a un individuo, humano o no humano, no implica, pues, reconocerle iguales derechos o igual dignidad (igual rango social).

La inclusión o anexión de individuos de otras especies en sociedades humanas —mixtas— implica que a los humanos les otorga esa sociedad ciertos derechos con respecto a esos no-humanos, lo cual equivale a decir que a esos no-humanos se les imponen deberes.

El modo de imposición varía: con relación a los animales cautivos es un modo violento, por la coerción; con relación a los domesticados, aunque siempre la coerción está presente, hay un recurso, mayor o menor, a métodos más suaves de persuasión y acostumbramiento, por los cuales se inculca a esos miembros no-humanos de nuestras sociedades mixtas la sujeción a las reglas que fijamos sólo los humanos. Lo que se plantea es si a esa imposición de deberes (y prohibiciones, o sea deberes de no hacer) la acompaña un otorgamiento de derechos. Mi tesis es que algunos derechos siempre se han otorgado, aunque fueran irritantemente exiguos.

Un individuo no humano en cautiverio es comparable a uno humano. En muchas sociedades humanas a los miembros de la misma especie reducidos a cautividad se les reconocen los dos derechos de (1) recibir sustento y (2) no ser torturados por capricho. Tal reconocimiento no se ha dado siempre, pero posiblemente ha habido una tendencia perpetua y universal hacia la admisión de esas dos reglas, incluso en la más remota antigüedad —si bien es cierto que fueron frecuentemente conculcadas. Esos dos derechos son, evidentemente, mínimos. La evolución del derecho de guerra, desde muy temprano, tendió a ampliarlos paulatinamente hasta desembocar en los convenios internacionales humanitarios de los siglos XIX y XX sobre los derechos de los prisioneros de conflictos bélicos. (Que no basta ratificar un convenio lo prueba Guantánamo. De ahí no se sigue, empero, que estampar los derechos sobre el papel sea irrelevante.)

Ha sufrido muchos altibajos la extensión de esos dos derechos del cautivo humano a derechos del cautivo no humano. Hoy mismo cabe preguntarse en qué medida es una violación del segundo de esos dos derechos la utilización de tales individuos cautivos para, infligiéndoles un gran sufrimiento, causar el solaz de los espectadores (p.ej en la tauromaquia). Volveré sobre esto más abajo. Notemos que aun a los individuos cautivos destinados a padecer esos tratos crueles no suele ser lícito infligirles arbitrariamente cualquier maltrato que se le antoje a su guardián —si bien las sanciones a quienes violan tales derechos son poco efectivas.

#### §4.— Domesticados y cautivos

El animal domesticado también sufre coerción y coacción en casi todos los casos, incluso en el de los modernos animales de compañía hogareña, cuya libertad de movimientos queda cercenada e incluso impedida por barreras que les ponemos, así sea por su propio bien. Sin embargo, la domesticación significa que el individuo en cuestión no está sometido a viva fuerza —o sólo por la fuerza—, sino que se ha habituado a sujetarse a la obediencia que le imponen los humanos y a conformar su conducta según las expectativas y las pautas que los humanos le han inculcado. Lo cual quiere decir que la sumisión del animal domesticado es voluntaria, aunque no sea libre. No obstante, hay muchos casos intermedios y no pocas oscilaciones, con episodios de rebeldía o insumisión de muchos animales domesticados, cuya situación se aproxima no pocas veces a la de animales cautivos.

También a los individuos domesticados se les han reconocido siempre —juntamente con los dos derechos de que, en teoría, disfrutaban los cautivos— cinco derechos adicionales: cobijo; protección frente a agresiones ajenas (por humanos o no humanos); alimentación adecuada; cuidado veterinario; limitación razonable de las cargas que se les imponen.

La historia del aprovechamiento de individuos de otras especies domesticados en las sociedades humanas nos revela las dimensiones pavorosas en las que esos cinco derechos han sido sistemáticamente violados por los humanos, no sólo cuando les ha convenido sino, lo que es más grave, muchas veces sin necesidad ni ventaja de ningún tipo, por simple maldad. Asimismo es verdad que pocas veces se han expresado los códigos legislativos en términos de reconocimiento de esos cinco derechos mínimos —mucho menos de otros derechos de bienestar. Ni han faltado tampoco los que, sin pudor, han afirmado, en diversos momentos, la plena licitud de las prácticas de maltrato extremo sumamente frecuentes.

Sin embargo, cabe preguntarse: antes de la reprobación del maltrato animal en autores como Leonardo da Vinci, Michel de Montaigne,<sup>7</sup> Benito Jenónimo Feijóo y Jeremías Bentham y antes de que sus ideas empezaran a hallar un balbuceante reconocimiento en la legislación de algunos países avanzados en el siglo XIX —como Inglaterra y, en medida mucho menor, Francia—, ¿era unánime la creencia de que a los animales domesticados era lícito hacerles cualquier cosa y que no tenían derecho alguno? Opino que la respuesta es negativa.

Me baso en que, cuando por fin se estatuyen las primeras y tímidas medidas legislativas de protección animal en la Inglaterra de comienzos del siglo XIX, no se objeta a ellas que estén prohibiendo conductas humanas usuales, sino que prohibir

---

<sup>7</sup>. Sobre el animalismo de Montaigne v. Thierry Gontier, «Intelligence et vertu animale: Montaigne lecteur de la zoologie antique», *Rursus*, 3 (2007), pp. 1-17. <http://rursus.revues.org/115>, acc. 2010-03-19.

Sorajbi —[Sorabji], p. 205— examina las ideas animalistas de Montaigne y su deuda al legado griego de Plutarco, Porfirio y Sexto Empírico.

el maltrato animal significa vedar una conducta que, siendo moralmente reprobable, pertenece a la esfera de la actuación privada de cada uno, que no debería sufrir interferencias del poder público a no ser por motivos de utilidad social, sin que ningún motivo así pueda aducirse para justificar tal prohibición. O sea: a esas alturas, en la Gran Bretaña por lo menos, las prácticas prohibidas eran consideradas infrecuentes —aunque posteriormente se irán desentrañando muchos maltratos innecesarios y muchos actos de crueldad gratuita que habían pasado desapercibidos.

Es cierto que el que una conducta fuera infrecuente en la Inglaterra victoriana no implica que lo haya sido en otras latitudes y en otros períodos históricos. Sin embargo, el hecho es que, desde la antigüedad, ha habido una minoría de pensadores, literatos y filósofos que han reprobado el maltrato animal —al menos cuando es gratuito— y que esas tomas de posición no parecen haberse planteado como afirmaciones escandalosas u ocurrencias extravagantes —a diferencia, p.ej, de la condena de la esclavitud. La lectura de las obras literarias de la antigüedad tampoco corrobora la hipótesis de que los miembros humanos de la sociedad vieran como perfectamente natural y anodino infligir cualesquiera maltratos a los animales domesticados por puro capricho, no alimentarlos o no protegerlos. Considerábase, en realidad, que iba en el interés del propio dueño humano respetar esos derechos mínimos. Los usos y costumbres, ya que no la ley, imponían (en mayor o menor medida) esos derechos, cuya violación acarreaba una sanción: la reprobación del prójimo.

La evolución de las mentalidades modernas, desde el siglo XVIII para acá, va a ir empezando a determinar un paulatino reconocimiento legislativo de derechos de los miembros no-humanos de nuestras sociedades. No el surgimiento de tales derechos, sino su afianzamiento y su expansión. Todo ello en un proceso sumamente lento que, felizmente, está comenzando a acelerarse en los últimos lustros —o a lo sumo un par de decenios.

Dejando de lado la consideración sobre los animales cautivos, voy a limitarme aquí a reflexionar sobre los domesticados. El concepto de domesticación es, evidentemente, difuso. Entre el cautivo y el domesticado hay transiciones.

Propiamente la domesticidad o domesticación se limita a ciertas especies de aves y de mamíferos, aunque el grado de domesticación de éstos últimos es mayor porque el estrecho parentesco que nos une a ellos se traduce en una gran similitud anatómica y fisiológica y, por consiguiente, en la probabilidad de un significativo parecido neuro-psíquico, lo cual, unido al modo de vivir de algunas especies de mamíferos, nos ha permitido imponer a sus miembros unas pautas vitales en que consiste la domesticidad.

Como ya lo he dicho, un animal domesticado es uno que se somete voluntariamente (aunque no por ello libremente) al dominio humano y, aunque sea forzado, acepta las costumbres que le inculca e impone el ser humano.

Los usos de la domesticación han sido variados, pudiendo destacarse los cuatro siguientes: trabajo —incluyendo la utilización de algunos animales como

auxiliares de caza (halcones, águilas, perros); aprovechamiento alimenticio (carne, leche, huevos); producción de lana, cuero y hueso; distracción y compañía —animales hogareños modernos.

---

### §5.— Los animales de labor

De esos cuatro usos recién mencionados, aquel en el que me voy a centrar es el primero, la explotación de los animales para aprovecharnos de su trabajo. Fue la primera de las domesticaciones prehistóricas y ha sido, con mucho, la más importante hasta bien entrada la revolución tecnológica del siglo XX.

Es difícil imaginar el avance de la civilización humana a lo largo de los últimos milenios sin la utilización del cuero, la lana y los productos de alimentación obtenidos a expensas de los no-humanos incorporados a nuestras sociedades; difícil, pero tal vez no imposible. Lo que es enteramente inconcebible es ese progreso sin el trabajo animal.

Para acumular su potencial y sus medios de obtener el bienestar colectivo, o sea la riqueza, el hombre combina su inteligencia con unos instrumentos de producción, formando esa combinación las fuerzas productivas. El desarrollo o crecimiento de las fuerzas productivas significa un aumento en calidad y cantidad. De nada sirve incrementar o elevar el conocimiento o inventar nuevos procedimientos técnicos si no hay cómo y a qué materiales aplicarlos. Y la acumulación y el perfeccionamiento de tales instrumentos materiales se interrumpe sin el concurso del ingenio, que contribuye a idear nuevos modos de utilización y nuevos métodos de producción.

En ese proceso las sucesivas generaciones humanas operan cumulativamente gracias a la herencia colectiva que les dejan las precedentes. Los avances civilizatorios han sido posibles por esa combinación de materiales y de técnicas, gracias a los procedimientos de intercambio y transmisión de conocimientos: la escritura, el libro, finalmente la imprenta. Tales inventos no habrían podido transformar en unos pocos milenios la sociedad humana como lo han hecho sin la acumulación de medios materiales: una red de ciudades, enlazadas entre sí, unos racimos de estudiosos, una mano de obra capacitada y evolucionada que aprende a emplear nuevos materiales en vasta escala, aplicando nuevas técnicas.

Nada de todo eso es imaginable sin un gigantesco esfuerzo de trabajo, sin la aplicación de fuerza para modificar, ensamblar y transportar grandes masas de materiales a fin de erigir puentes, diques, caminos, edificios, puertos, canales de riego, acueductos. El hombre cuenta con la fuerza muscular de sus brazos y la capacidad locomotora de sus pies. Es inmenso lo que, con tales fuerzas, logró la civilización mesoamericana. Cuánto más lejos hubiera podido ir es un enigma.

El camino real de avance de la gran masa de la humanidad ha seguido la senda de utilización de fuerzas como el viento y el agua, pero su aprovechamiento tardó en llegar, porque en realidad, para eso hacía falta una previa acumulación de

saber y de materiales que no estaba dada.

Lo que impulsó decisivamente la marcha adelante fue la gigantesca aportación de fuerza animal: elefantes, bueyes y otros bovinos (yaks, búfalos, etc), camélidos (llamas, camellos, dromedarios), en algunos lugares renos y perros de tracción; pero, sobre todo, équidos, principalmente el asno y el caballo.

---

### §6.— La civilización del caballo

La civilización humana actual es la civilización del caballo. Sin su auxilio no se hubieran podido construir las carreteras, ni levantar los museos y las bibliotecas, ni desarrollar la agricultura de los tiempos modernos, ni unir las ciudades por una potente y rápida red de transportes, ni llevar en grandes cantidades grano y víveres del campo a la urbe, ni trasladar a los astilleros los troncos usados para hacer barcos, ni construir las fábricas, ni trazar los tendidos de líneas férreas de los inicios del ferrocarril.

Inventada la máquina de vapor, ésta comenzó a utilizarse masivamente en el siglo XIX para la navegación y el transporte ferroviario —accesoriamente también para la manufactura textil y otras. Si bien, para algunos usos, eso fue desplazando el recurso a la energía caballar, el gigantesco crecimiento que tal cambio supuso para las fuerzas productivas requirió una utilización adicional de energía, que, en las condiciones tecnológicas de la época, la máquina de vapor no podía suministrar. Conque, en vez de disminuir la utilización de la energía equina, la segunda mitad del siglo XIX y los primeros lustros del siglo XX vieron un aumento considerable de esa utilización.

Las grandes urbes de comienzos del siglo XX funcionaban por la muchedumbre de equídeos explotados para la tracción de bienes y de pasajeros. La mayor parte de las localidades no estaban ligadas directamente a la red ferroviaria, siendo preciso ahora transportar volúmenes muchísimo mayores de mercancías, cosa que sólo podía hacerse por el uso del caballo.<sup>8</sup>

También hay que mencionar, claro está, el empleo bélico del caballo (y de otros animales de tracción). Tal uso, asociado a las clases aristocráticas y privilegiadas, es el que otorgó al arte de la equitación su alta distinción, su prestigio de escuela y su refinamiento. Pero la verdadera historia, la historia de los hechos masivos de la vida cotidiana de las poblaciones, tiene más que ver con esos otros usos del caballo que he mencionado más arriba.

A los equinos —y, en menor medida, a los demás animales de labor— somos, pues, deudores de ese trabajo para cada uno de los componentes de la edificación de nuestra sociedad civilizada: la agricultura, el transporte, la edificación de ciudades.

Sólo ya entrado el siglo XX las nuevas tecnologías fueron eliminando el uso

---

<sup>8</sup>. Como lo recuerda Daniel Roche, [Roche], había en Francia en 1930 tres millones de caballos —y eso que el declive en el recurso a la energía equina había empezado algo antes de la I guerra mundial.

de la energía animal, principalmente de la equina, en un proceso de sustitución primero lento y luego aceleradísimo. Aunque hay territorios donde tal proceso aún no se ha consumado, en general el uso del caballo ha cambiado radicalmente, pasando ese animal a ser ahora un instrumento de pasatiempo y ejercicio deportivo.

Tan inmensos servicios prestados por la especie equina a la sociedad humana no han suscitado ni un suficiente reconocimiento ni un trato a la altura de la gratitud debida.

No voy a decir que la relación entre hombre y caballo se haya entendido como una en la que a éste le incumbían sólo deberes —impuestos por el mandato del hombre— y no derechos. Como ya lo he señalado más arriba, esa visión extrema no se ajusta a la realidad de las mentalidades.

Dijeran lo que dijeren aquellos filósofos que, espiritualizando al ser humano, lo desligaban del mundo animal;<sup>9</sup> predicaran lo que predicasen las confesiones religiosas de raigambre mosaica, que concebían la creación de Adán y Eva como un origen absolutamente separado del de los demás miembros del reino animal e independiente del mismo; afirmaran lo que afirmasen muchos otros pensadores, como los aristotélicos que, sin caer en el espiritualismo, reservaban únicamente al hombre la capacidad de pensar y la de inferir;<sup>10</sup> fueran cuales fuesen las ideologías oficiales sobre la relación entre el hombre y los demás animales; la gran masa de la población siempre creyó que el caballo es un ser dotado de inteligencia y voluntad, que teme y espera, que quiere y que rehúsa, que sabe e ignora, y que sabe contar (cuando está acostumbrado a recibir tres latigazos y ya ha recibido dos, está temiendo el tercero).<sup>11</sup>

Más que nadie, tenían tales creencias acerca de los animales no humanos, particularmente de los caballos, quienes, en su profesión, se ocupaban de ellos: instructores de equitación, hipiatras, herradores, arrieros, cocheros, jinetes. No les es fácil a los historiadores saber exactamente qué opinaban; en la medida en que nos han quedado testimonios, todos parecen haber presupuesto —unánimemente y sin el

---

<sup>9</sup>. Como lo ha estudiado en detalle Richard Sorabji, la filosofía antigua titubeó acerca de si había que reconocer pensamiento, conciencia y razonamiento a los animales no-humanos. Aristóteles se lo negó pero, a cambio, expandió el concepto de percepción, incluyendo en él la memoria, de manera que muchas operaciones intelectuales pudieran caer en el campo de aquello que comparten el hombre y otros animales. El legado de ese pensamiento filosófico recogido por la Edad Media no rebaja, pues, unilateralmente, a todos los no-humanos a la condición de seres carentes de pensamiento.

<sup>10</sup>. Para una exposición magistralmente bien trabada de la tesis oficial de toda la tradición aristotélico-escolástica de que los animales no-humanos carecen de pensamiento (*caerent uita intellectuali*) v. «Bruta non intelligunt», *Psychologia*, párrafos 108ss, pp. 446-456.

<sup>11</sup>. El divorcio entre el pensamiento elitista antropolátrico —que veía a los «brutos» como individuos sin creencias ni voluntad— y el popular, que percibía la comunidad entre humanos y no-humanos, la registra Sorabji al recordar el episodio de un espectáculo organizado por Pompeyo, que consistió en acorralar a unos elefantes para matarlos. El público, apiadado de los paquidermos, imploró con lágrimas la clemencia, castigando a Pompeyo por su crueldad. V. [Sorabji], pp. 124-5.

menor titubeo— que el caballo es un ser racional, con vicios y virtudes, que tiene personalidad y temperamento individuales, que tiene necesidades, que posee conocimiento y representación, que unas veces se somete al mandato humano a viva fuerza y bajo pura coacción mas otras veces lo hace persuadido por una combinación de halagos y castigos y por un cálculo de su propio interés —en unas condiciones que él no ha escogido.

Es más, no pocas de las descripciones que nos han dejado los maestros del arte ecuestre —que se escalonan a lo largo de casi 300 lustros, desde Jenofonte hasta los tratadistas de hipología científica de años recientes— nos revelan una idea del caballo que, ciertamente, hoy podemos considerar excesivamente antropomórfica (y susceptible de rectificación gracias a los avances de una etología llevada a cabo con métodos y protocolos rigurosos), pero que acerca la imagen de la psique equina a la de la humana, hasta el punto de que, leyendo a esos autores, tiene uno la impresión de que sólo la configuración somática distingue al jinete y a su montura —lo cual no es óbice para que se siguiera llamando «bruto» al no-humano. Cabe hablar a veces de un contrato entre el hombre y el caballo;<sup>12</sup> un contrato desigual, un acuerdo totalmente asimétrico, pero, así y todo, un convenio en el que el caballo aprende qué le es lícito y qué le está prohibido, qué obligaciones le incumben, qué cargas y tratos tiene que soportar, y qué expectativas puede tener como contrapartida. Si la principal de éstas es el alimento, no hay que olvidar que se trata de sociedades donde la mayor parte de la población humana gastaba principalmente en comer porque el sustento era lo más importante, casi lo único considerado genuinamente necesario. De todos modos ese contrato también proporcionaba al caballo otras expectativas: cobijo, cuidados, cierta protección.

Si en filósofos platónicos como Plutarco el reconocimiento de la capacidad de pensar de los animales no humanos conlleva también una actitud de benevolencia y benignidad hacia ellos,<sup>13</sup> no sucede lo mismo en la masa de la población, culta o ignorante, que, habiéndoselas en su praxis diaria con los caballos, les atribuía esas cualidades de inteligencia y voluntad.

En su tratado de equitación Jenofonte ofrece consejos de cierta suavidad en el manejo de la montura, pero sobre todo para él se trata de evitar la crueldad gratuita o inútil, principalmente los castigos motivados por la cólera. En algunas

---

<sup>12</sup> V. Véronique de Saint Vulry, «Mieux que les aides, les contrats», *Cheval Magazine* n° 340 (marzo 2000), acc. <http://saint-vulry.pagesperso-orange.fr/pages/articles11.htm> 2010-12-01. El contrato que redacta esa autora contiene una lista precisa de los deberes y derechos del jinete y los del caballo, al cual se concede un margen de autonomía. Otros escritores sobre el arte ecuestre insisten en que la relación sólo es provechosa cuando se consigue que el caballo sienta confianza y respeto por su amo. V. Bob Russell, «Respect and Trust vs. Injury», acc. <http://www.buckingv.com/nh.html> 2010-12-06. Este autor cita la frase de un caballista: «Your horse always notices when you notice or don't notice». A quienes niegan que los caballos u otros cuadrúpedos tengan conciencia o conocimiento de segundo orden ese aserto debería hacerlos reflexionar. Verdad es que tales afirmaciones se hacen en el contexto de un saber no científico; pero tampoco es científico el que tenemos generalmente acerca de los demás humanos.

<sup>13</sup> V. La concepción pro-animalista de Plutarco ha sido estudiada en rigor por Sorajbi. V. en particular [Sorajbi], p. 125 y pp. 178-9.

páginas de su famosísimo escrito no deja de hacer recomendaciones que, sin duda, calificaríamos de crueles. No propone ni siquiera innovación alguna en el uso de los arneses de su época, que eran instrumentos de tortura.<sup>14</sup>

Y es que la equitación de la Grecia clásica era difícil y muy violenta, porque el hombre no había inventado aún instrumentos de dominio más eficaces que se irán ingeniando en siglos posteriores: la silla, el estribo, la herradura.

Al llegar la imprenta en el siglo XV, se produce una elevación del arte ecuestre gracias, no sólo a las academias italianas de equitación, sino a la difusión internacional de sus manuales. Ya en el siglo XVI descuella el napolitano Federigo Grisone, quien es autor de *Gli ordini di cavalcare*, 1550.<sup>15</sup> Grisone dulcifica los instrumentos de control por una observación más precisa del comportamiento equino, pero, a la vez, inventa tremendos trucos coercitivos para intimidar a los caballos refractarios. A los que tienen una voluntad viciosa hay que someterlos a la obediencia humana a viva fuerza —lo cual no le impide afirmar que ama mucho a los caballos. De todos modos, no olvidemos que esos maestros viven en sociedades que no son muy compasivas con los propios humanos de las clases sociales inferiores —y que, en particular, pueden mostrarse más duras para con los esclavos humanos que para con los no humanos.

En pos de Grisone vendrán otros como el ferrarense Cesare Fiaschi y el también napolitano Giambattista Pignatelli, quien instruye al francés Antoine de Pluvinel (1552-1620), a cuyos métodos persuasivos de doma y amaestramiento han contrapuesto algunos los más conservadores de Salomon de la Broue (1530-1610).<sup>16</sup> Esos maestros —junto con el inglés William Cavendish, marqués de Newcastle (1592-1676)— son los fundadores de la escuela barroca. Su más brillante ilustración será la Escuela de equitación española de Viena, allí establecida por el emperador Carlos VI —muerto en 1740— tras su derrota como pretendiente al trono de España durante la guerra de sucesión (1702-1714).

---

<sup>14</sup>. Así, p.ej., Jenofonte ([Xenophon] VIII 3) recomienda, para obligar al caballo a saltar: «Si no quiere [saltar], golpéele alguien con un látigo o un palo por detrás con la mayor violencia posible». Pero Jenofonte no duda que el caballo es un ser que razona y aprende a cumplir su deber que hay que explicarle por un código semiótico no verbal (VIII 13). Reconoce asimismo Jenofonte que el caballo tiene conductas y es un sujeto con acciones y preferencias. También dice en otro texto (la *Ciropedia*) que es capaz de dar o rehusar su aquiescencia, incumbiendo al buen jinete obtenerla.

<sup>15</sup>. Un siglo antes de la obra de Grisone había aparecido *De equo animante* de Leone Battista Alberti (1441), quien parece que había leído a Jenofonte en griego; la primera traducción latina de Jenofonte se publica en 1537.

<sup>16</sup>. Algunos ofrecen una visión más favorable al gascón de la Broue, quien también fue discípulo de Pignatelli. Fue autor del primer tratado francés de equitación, *Des préceptes du cavalier françois*, La Rochelle, 1593. En ese libro escribe: «Le libre consentement du cheval amène plus de commodités que les remèdes par lesquels on tâche de le contraindre». De la Broue tendrá una influencia póstuma mayor que la de su contemporáneo y rival, Pluvinel, quien no publicó nada durante su vida; su obra póstuma será *L'Instruction du roi en l'exercice de monter à cheval*. Los dos principios de las innovaciones de Pluvinel fueron los de ponderación y tacto, plasmados en estas dos máximas: (1ª) no hay que descuidar la psicología del caballo; y (2ª) éste es un ser sensible e inteligente, cuyo bienestar hay que tomar en consideración. Por eso descartó varios procedimientos brutales que recomendaban sus predecesores, los maestros italianos.

Ya en el siglo XVIII surge, a partir de ahí, la escuela clásica propiamente dicha, instituida por François Robichon de la Guérinière (1688-1751), quien racionaliza y dulcifica el arte de la equitación.<sup>17</sup> La Guérinière muere el mismo año en que el primer volumen de *L'Encyclopédie* viene publicado por Diderot y d'Alembert, quienes invitan a Claude Bourgelat (1712-1779) —abogado lionés y director de una academia ecuestre en la ciudad del Ródano— a encargarse de redactar los artículos sobre temas hípicas. Bourgelat escribirá unos 250, además de haber corregido los de otros colaboradores precedentes; había conocido a La Guérinière, cuya obra continúa, pero sobre una base más científica, puesto que va a ser el fundador de la hipiatría moderna.<sup>18</sup>

El lema de ambas escuelas es el de gobernar al caballo como un buen monarca gobierna a sus súbditos, con la menor violencia posible, obteniendo su aquiescencia aunque fuera forzada.<sup>19</sup> La comparación se erigió en una visión ampliamente reiterada de la monarquía absoluta, en una imagen un tanto idílica, en la cual el rey transmitiría su voluntad al pueblo casi sin que se notara y sería prestamente obedecido como si formaran un solo cuerpo.<sup>20</sup>

En el siglo XIX tiene lugar una división de corrientes que escindió a la alta sociedad de la época entre la que encabezó François Baucher y la de Antoine Cartier d'Aure, que continuaba —simplificándolas— las tradiciones de la equitación militar o de alta escuela. Baucher, que se vio como un innovador, es famoso por su eslogan (tomado de su maestro italiano Federigo Mazzuchelli): «aniquilar toda voluntad del caballo, reemplazándola por la del jinete». Es difícil expresar más claramente el reconocimiento de que el caballo es un ser dotado de voluntad. A pesar de la enormidad de ese propósito aniquilatorio, parece que Baucher fue suavizando sus métodos.<sup>21</sup>

Frente a Baucher reacciona un autor español, J. Hidalgo y Terrón en (Hidalgo, 1883): «Negar a Mr. Francisco Baucher su competencia en el arte hípico-ecuestre sería el mayor absurdo» (v. II, p. 219). Sin embargo, Hidalgo se muestra

---

<sup>17</sup>. François de la Guénimière fue autor de *École de la cavalerie* (1729), biblia de la equitación, que retoma la tradición anterior, depurándola de las prácticas crueles y de métodos rebuscados o excesivamente severos. Su obra rezuma el espíritu ilustrado y racionalista de su siglo.

<sup>18</sup>. V. Frédéric Magnin, «Airs, en terme de Manège: La fabrique des articles consacrés à l'art équestre dans l'Encyclopédie» de *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, 2009/1 (nº 44)

<sup>19</sup>. La mayor aportación al estudio de esas tradiciones y al análisis de su enorme significación técnica, económica, política y cultural la ha hecho el fecundo especialista francés, Profesor Daniel Roche (del *Collège de France*), en una larga serie de artículos, libros y conferencias, de los que mencionaré sólo uno: [Roche].

<sup>20</sup>. Sobre la frecuente comparación entre el arte ecuestre y la política del monarca, v. A Blaineau, [Blaineau], pp. 206ss.

<sup>21</sup>. Los eruditos se refieren a un «Baucher segunda manera» que, en lugar de aniquilación, habló de reducción y de armonización. Baucher sufrió un grave accidente en 1855, de resultas del cual padeció una discapacidad para el resto de sus días.

muy crítico con su método (que «raya en lo absurdo e inhumano», y «pone al caballo en una sobreexcitación nerviosa imposible de descifrar», a diferencia de «la suavidad, el halago, la paciencia» de la equitación clásica: p. 224).

La equitación es, para Hidalgo, el arte del cabalgador de gobernar al caballo usando unas ayudas para indicarle su voluntad (v. I, p. 43). Nuestro autor entiende que hay una auténtica comunicación entre jinete y caballo, afirmando: «han de ser sus indicaciones claras, precisas y combinadas».<sup>22</sup> Y es que, como sucede en cualquier sistema semiótico, las señales de que se sirve el hombre para comunicarle al caballo sus instrucciones pueden ser claras u oscuras, precisas o difuminadas, con una franja de graduaciones.

Similarmente, Hidalgo sostiene (v. I, p. 163) que hace falta un conocimiento exacto del genio y la personalidad de cada caballo. Unos son coléricos, y hasta vengativos (llegando al suicidio); otros pecan de cobardes o perezosos. «Caballo malicioso es el que retiene sus fuerzas por picardía y espera siempre la ocasión de ganar al jinete para emprender cualquier género de defensa y conseguir librarse de la opresión del hombre; [...] el día en que encuentran ocasión, emprenden la defensa de nuevo y aún con más vigor». Hidalgo loa al buen caballo «verdadero, paciente, sufrido y noble», «dócil e inteligente», culpando de su rebeldía a los malos équites porque «se ve mortificado y constantemente provocado por ese cúmulo de exigencias que tan frecuentemente sufre de parte de los aficionados» (p. 41, v. II).

Hidalgo condena «los malos tratamientos» (v. II, pp. 233ss) como método para amansar a los caballos difíciles, interpelando a un autor francés en estos términos: «Ahora bien: ¿Este caballo se ha domado? ¿Se ha entregado por convencimiento?». A su juicio, «sin privarles absolutamente de nada y, por el contrario, prodigándole los mayores cuidados» se consigue que se entreguen por voluntad y convencimiento.

Esas ideas asombran hoy. En el mundo hípico actual suelen usarse otras expresiones. De un lado, se quiere prescindir del antropomorfismo. Ya no se habla de la voluntad del caballo ni de su convencimiento; a veces hasta se omite hablar del complejo sistema de signos ántropo-hípico. Se rebaja el caballo a un ser perceptivo que ni piensa ni tiene conciencia y al cual se adiestra o amaestra con reflejos condicionados pavlovianos.

De otro lado, en la medida en que se opta por un mayor reconocimiento de las necesidades de bienestar del caballo —reconociéndolo, explícita o implícitamente, como un ser consciente—, chirría hablar de sumisión, obediencia, rebeldía, formulándose las relaciones cual si se tratara de cooperación, camaradería y amistad.

---

<sup>22</sup>. Hidalgo está apuntando aquí una dificultad que sufre el destinatario de unas normas cuando son confusas o contradictorias entre sí; es el problema que Lon Fuller abordó con su teoría meta-jurídica que introducía, entre otros constreñimientos del concepto de Derecho, los de congruencia y claridad. Cuando se violan, se produce un estado de perplejidad. Que el caballo experimente perplejidad o duda refuta el argumento de Davidson en contra de que los animales no-humanos tengan creencias, porque dizque no tendrían dudas. V. al respecto la discusión en [Sorajbi], p. 43.

Creo que por ambos lados se ha retrocedido desde los tratados decimonónicos. En cuanto a lo segundo, digo que la hipocresía no merece ser catalogada de virtud.<sup>23</sup> La relación entre el hombre y el caballo podrá ser beneficiosa para éste (desde luego el caballo doméstico difícilmente podría sobrevivir en un medio no humano, así que tiene interés vital en sujetarse al dominio del hombre); podrá, y deberá, ser un dominio suave, moderado, compasivo; pero al caballo no se le pregunta si quiere o no ser montado ni si desea o no recibir las señales humanas por medio de las llamadas «ayudas» —que no son ciertamente indoloras. Sus primeras reacciones prueban que es forzada su aceptación de esa compañía humana, jamás en pie de igualdad. ¡Las cosas como son!

En cuanto a lo primero, o sea la acusación de antropomorfismo, no deja ésta de tener su parte de fundamento verídico. Las emociones y vivencias psíquicas de individuos de otras especies no son probablemente idénticas a las humanas. Además, todavía la etología —y en este caso concreto la hipología— no ha avanzado suficientemente para poder atribuir con seguridad a los miembros de la especie equina vivencias que podamos denominar o describir en términos de correspondientes vivencias humanas. Estamos en un terreno en gran medida precientífico; nuestro saber es inexacto, aproximativo y analógico.

No obstante, hay que evitar caer en el error inverso, el anti-antropomorfismo. Quienes, a lo largo de la historia, han trabajado con caballos sólo han conseguido dar un sentido a su relación con ellos en términos de seres con entendimiento y voluntad. Aunque haya en tales apreciaciones un margen de error y de imprecisión, es inverosímil que se haya tratado de un malentendido o de una pura ilusión como la de creer en duendes o en ninfas o atribuir voluntad a un volcán o sensibilidad a un árbol. Más probable parece que su visión tenga un fundamento y corresponda, aproximadamente, a la realidad.

Por otro lado, existe un estrecho parentesco entre hombres y caballos, que comparten un amplio patrimonio genético, lo cual no prueba pero sí sugiere que poseen muchas similitudes no sólo somáticas, sino también neuro-psíquicas.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup>. Una crítica a los discursos del estilo bonachón aquí criticado la ofrece el coronel de caballería Loïc de la Porte du Theil, defensor de la tradición militar clásica francesa. Aun recomendando la benevolencia en el ejercicio ecuestre, afirma que el jinete tiene que conseguir e imponer la sumisión del caballo; lamenta, según sus palabras, «une certaine mouvance *baba cool* [qui] voudrait laisser croire qu'il suffit d'un murmure dans le creux de l'oreille du cheval pour le dresser». Ni un instante duda que el jinete necesita que la voluntad del animal equino se adhiera a la del humano, insistiendo en que tal adhesión, junto con la costumbre de obedecer, no se alcanzan ni a viva fuerza ni sólo por la sugestión; que la dulzura no ha de implicar permisividad. Agrega que el equino tiene que saber que el hombre es el amo. Hasta haberlo comprendido, el caballo planea sus resistencias, espera las ocasiones para iniciar una secuencia acumulativa de insumisiones, que hay que ir venciendo. Estén de acuerdo o no con sus recomendaciones, todos concordarán en que presentan una imagen del caballo como ser voluntarioso, con planes de vida, inteligentísimo y racional, al que el hombre sólo somete cuando logra ser aún más voluntarioso e inteligente. Su opinión no hace más que reflejar el consenso en el mundo hípico acerca del caballo como un ser que entiende y modifica sus creencias al inferir conclusiones de premisas. V. [http://www.amisducadrenoir.fr/page\\_11.htm](http://www.amisducadrenoir.fr/page_11.htm), acc. 13 Sept. 2010.

<sup>24</sup>. V. C. M. Wade et al. «Genome sequence, comparative analysis, and population genetics of the domestic horse», *Science*, Vol. 326/5954, pp. 865-867 (2009-11-06), DOI: 10.1126/science.1178158.

De todos modos, queda mucho por averiguar. El estudio etológico de los animales no humanos domesticados es todavía incipiente.

### §7.— ¿Abolición de la esclavitud animal?

Hemos visto cómo la sociedad humana, en su evolución, llegó —aunque tardíamente— a incorporar a individuos de otras especies, tal vez al comienzo por voluntad de éstos (los primeros canes asociados a cazadores del último período paleolítico), pero después por imposición humana. Una incorporación así constituye una variedad de sociedad o asociación interespecífica, que es un fenómeno ampliamente representado en los diversos ámbitos del ser vivo y, más concretamente, en el reino animal.

También hemos podido hacer un análisis de los dos tipos principales de esa incorporación: cautiverio y domesticación. Nuestro recorrido se ha centrado en algunos no-humanos domesticados, que han sido, a lo largo de los últimos milenios, nuestros auxiliares forzosos, sin los cuales no habríamos acumulado las fuerzas productivas hasta edificar una civilización como la actual. La relación que les hemos impuesto ha sido la de esclavitud, ni más ni menos. Idéntica —no meramente similar— a la que unía a unos hombres con otros hasta la abolición de la esclavitud humana.

Las relaciones entre amo y esclavo pueden ser duras o blandas. En diferentes períodos históricos ha habido esclavos bien tratados, cuyo bienestar venía protegido por el amo y que incluso gozaban de un margen concedido de autonomía —desde luego muy limitada y nunca asegurada—. Lamentablemente tales situaciones han sido excepcionales. El trato prodigado por los humanos a sus esclavos animales no ha sido mejor, sino, en general, mucho peor.

Hemos visto también que la condición de esclavo no implica la ausencia total de derechos, una ausencia inconcebible cuando a un ser dotado de voluntad se le imponen deberes y prohibiciones. Igualmente hemos recordado que ha sido, a lo largo de la historia, exiguo el elenco de los derechos concedidos a los esclavos, humanos o no humanos; y que en él se han incluido sólo derechos mínimos.

Eran sociedades duras, donde la crueldad era cotidiana y frecuente y donde la compasión no abundaba, porque los recursos tampoco abundaban. Siendo sociedades temporalmente muy próximas a la nuestra —unas pocas generaciones nos separan—, eran de una precariedad, de una pobreza y de un primitivismo de medios técnicos que nos harían horrorizarnos si tuviéramos que vivir en ellas durante un año.

Nuestra sociedad ha resuelto el problema de la esclavitud humana aboliéndola. Los hombres que eran esclavos pasaron a ser, primero libres, y después iguales en derechos a los demás. Tal distinción ha dejado de existir. (Otras injustas desigualdades sociales persisten.)

En la ética animalista contemporánea, una gama amplísima de corrientes se pronuncian en contra del especismo, o sea de cualquier punto de vista según el cual la pertenencia de especie es moralmente relevante. El antispecismo predica un trato

igual de los moralmente iguales. Y ve como moralmente iguales a todos los seres con capacidad de percibir y padecer, o sea dotados de *sentiencia*.

Ese trato moralmente igual no significa los mismos derechos, evidentemente, puesto que nadie propone el derecho de voto para los no humanos; mas sí el reconocimiento de algún derecho fundamental común del cual se derivarían después los derechos de cada uno. Así, el derecho a un trato igualmente respetuoso para todos los sentientes —el respeto, p.ej., al principio de dignidad animal preconizado por Martha Nussbaum— llevaría luego, en su aplicación concreta, a derivar tales derechos para los animales humanos y tales otros para los no humanos.

Un inconveniente de ese enfoque ético es que es un planteamiento transcendental. No tiene en cuenta que las reglas morales y las jurídicas surgen naturalmente en una sociedad para propiciar el bien común de sus miembros, por lo cual las reglas diseñadas por una sociedad prevalentemente compuesta por seres de una especie sirve, ante todo, a dichos seres.

Todos los animalistas a quienes he leído admiten que los miembros de una especie, sea la que fuere, tienen derecho a la vida y, por lo tanto, a buscarse la vida según lo posibiliten su anatomía y su fisiología, aunque sea a costa de otras. Los carnívoros tienen derecho a cazar y los herbívoros a defenderse de esa caza.

A tenor de ese principio general, los humanos tienen y han tenido derecho a cazar y a pescar. En qué medida la caza y la pesca actuales respondan a genuinas necesidades es muy cuestionable. Lo que me parece seguro es que, si la base para reconocer un derecho a cazar o pescar es ésta, entonces los hombres perderán pronto (y muchos lo han perdido ya) tal derecho a cazar y pescar, porque no lo van a necesitar para alimentarse.

También han tenido los humanos derecho a cautivar y esclavizar a individuos de otras especies, aunque ese derecho siempre haya ido acompañado de un deber de cierto respeto mínimo a los individuos cautivos y domesticados (esclavizados). De nuevo cabe preguntarse hasta qué punto las justificaciones siguen valiendo. Es dudoso en qué medida necesitamos a esos no-humanos, sea para la experimentación científica, sea para matarlos y comer su carne o sea para aprovecharnos de su trabajo o de cualquier otra manera. La dieta vegetariana es más sana y razonable, ecológicamente preferible, más respetuosa del bienestar animal y muchísimo más apta para resolver el problema del hambre en el mundo.<sup>25</sup> También el aprovechamiento del trabajo animal va a ser cada vez menos necesario, siendo ya totalmente prescindible en muchos territorios del planeta.

---

<sup>25</sup>. Si bien es un asunto muy discutido, varios estudiosos del problema del hambre consideran que su principal causa hoy es el aumento de la ganadería destinada al sacrificio, la cual consume unas cantidades crecientes de agua y alimentos que podrían sustentar a un número mucho mayor de individuos de nuestra propia especie, actualmente desnutridos. Desde el ángulo del animalismo, opino que la opción vegetariana es la única admisible (salvo en caso de necesidad). Desarrollar mi argumento desborda los límites de este ensayo. (No se me ocultan las dificultades de varia índole que suscita la propuesta vegetariana.) Un ataque bien argumentado en contra de la tesis de que el vegetarianismo está implicado por la defensa del bienestar animal lo ofrece el libro de R. G. Frey *Rights, Killing and Suffering: Moral Vegetarianism and Applied Ethics*, Blackwell, 1983.

Aun admitiendo que es así, y aun acercándome mucho a la tesis antispecista, no la suscribo. No creo que la pertenencia de especie sea moralmente irrelevante. Lo que sostengo es que no es una diferencia abismal de todo o nada.

Es éticamente aceptable que nuestra sociedad humana conceda y reconozca más derechos a los humanos y menos a los no humanos, no sólo porque ellos no necesitan algunos de los derechos que reclamamos para nosotros —como la libertad de palabra o el sufragio— sino, básicamente, porque somos nosotros quienes marcamos el código de deberes y derechos que nos relaciona con individuos de otras especies incorporados a nuestra sociedad. En un sentido lato podemos decir que negociamos con ellos esa tabla, en función de su resistencia, haciéndoles ver que llegamos a un *modus vivendi* al que no les queda más que amoldarse, una vez que lo hemos establecido.

Uno de los lemas con que se expresa a menudo la reivindicación antispecista es el del fin de la esclavitud animal o, lo que viene a ser igual, la abolición del concepto de un animal como un bien susceptible de propiedad. (Sobre la igualdad práctica entre ambos conceptos volveré en seguida.)

Esa abolición, sin embargo, si ha de ir más allá de la maniobra puramente verbal, ha de significar que ningún individuo de otra especie esté sujeto a cautiverio o domesticidad. Se me ocurren tres medios imaginables para conseguirlo, pero tienen consecuencias inaceptables: (1) dar muerte a todos los cautivos y domesticados; (2) ponerlos en libertad —aceptando su compañía o presencia en nuestros hogares o campos si ellos libremente lo piden—; (3) abrir para ellos espacios geográficos separados (*apartheid* de especie), en los cuales se los obligará a residir y a los que nosotros no tendremos acceso.

Un lema todavía más radical es el de la liberación animal. En realidad, se trataría de implementar el segundo o el tercero de los dos medios recién considerados. Esa norma de liberación animal es, probablemente, la conclusión lógica de dos premisas juntas: la de abolición de la esclavitud animal y la prohibición de dar muerte. Si tomamos en serio el argumento antispecista, llegaremos a esa conclusión, porque el antispecismo no será compatible con la licitud del exterminio de especies no humanas.

Cuando Thomas Jefferson, a fines del siglo XVIII, acarició la idea de una emancipación colectiva de los esclavos humanos de los Estados Unidos de América, sostuvo que había que posponerla hasta que fuera posible un plan masivo de limpieza étnica consistente en expulsar, coercitivamente, a todos los negros de Norteamérica rumbo a África. (Tales ideas se plasmarán, decenios después, en la creación del Estado de Liberia.) Jefferson era un latifundista dueño de vastas plantaciones con muchísimos esclavos. No podía admitir que en la sociedad americana civilizada se permitiera que todos esos negros anduvieran libres (a pesar de que desde hacía siglos había negros libres y emancipados, aunque a la sazón carentes de ciudadanía).

Jefferson tenía una visión del ser humano errónea e insincera, porque desmentía su pomposa frase, estampada en la declaración de independencia de 1776

—en buena medida redactada por él—, de que todos los hombres son creados iguales y dotados por su creador con derechos inalienables a la vida, la libertad y la busca de la felicidad.

Los errores de Jefferson eran dos. Primero, creía en la existencia de razas humanas. Y, segundo, pensaba que unas poblaciones humanas son inferiores y otras superiores. Imaginemos que hubiera llevado razón en ambas cosas. P.ej, pensemos que, en lugar de haberse quedado sola en el planeta para representar a toda la especie humana, nuestra raza, la del *homo africanus* —también llamada *homo sapiens-sapiens* y anteriormente «hombre de Cromagnon»—, hubiera continuado coexistiendo con otras razas (o subespecies o variedades —dejo a los antropo-paleontólogos zanjar esa duda): el *homo europeus*, o neanderthalense, y otras más. Imaginemos, además, que esas diversas razas tuvieran aptitudes intelectuales de desigual nivel. Y sigamos imaginando que, en tal coexistencia, el *homo africanus*, o sea nosotros, hubiera, aprovechando su superioridad intelectual, esclavizado al *homo europeus* y a otras razas.

El progreso de las ideas éticas hubiera llevado, antes o después, a abolir tal esclavitud; pero entonces se hubieran planteado dilemas difíciles. Este experimento mental lo interrumpo aquí, dejando al lector el placer de continuarlo según su fantasía.

Mucho más difícil sería el dilema que nos plantearía un proyecto de liberación animal, o de fin de la esclavitud animal, porque, en la hipótesis del escenario recién imaginado, se trataría de cómo podríamos coexistir —sin dominar unos a otros— variedades diferentes de la misma especie, que podrían, tal vez, llegar a un compromiso de repartirse zonas geográficas del planeta.

El fin de la esclavitud animal implicaría, en cambio, opciones ninguna de las cuales es aceptable. Algunos autores se han recreado en describir lo que sucedería si se adoptara alguna de esas opciones. Para mis propósitos no es menester entrar en tales detalles.<sup>26</sup>

---

### §8.— Por un nuevo estatuto jurídico del animal no humano

Si, por consiguiente, no parece viable pensar en una abolición de la esclavitud animal, o sea en poner fin a las dos situaciones jurídicas en que hoy se encuentran entre nosotros muchos miembros de otras especies —la de cautivos y la de domesticados—, eso no significa que la única alternativa sea la de mantener exactamente el *status quo*.

El *status quo* no es, en rigor, un *status*, sino que está en proceso de cambio.

---

<sup>26</sup> Un escenario de horror de los imaginables resultados de la abolición de la propiedad animal aparece en David Favre «A New Property Status for Animals» en [Sunstein & Nussbaum], pp. 234-50. La intención del autor es refutar tales temores. Favre propone que la relación de dominio pleno del animal humano sobre uno no-humano sea reemplazada por una relación definible en términos de *common law* que vendría a ser una especie de fideicomiso.

De un lado, se ha otorgado a muchos no humanos una protección por el Código Penal, que, al imponer prohibiciones a los humanos, concede indirectamente a los no humanos el derecho correlativo de estar libres de ciertos maltratos. Por otro lado, la legislación medio-ambiental también a veces les ha reconocido algunos derechos, si bien esa misma legislación es, tal vez más a menudo, lesiva para los animales domesticados (p.ej. con la reintroducción coercitiva de depredadores, que hacen sufrir lo indecible a poblaciones de animales domesticados a quienes entregamos indefensos a sus garras). En tercer lugar, existen códigos deontológicos profesionales, con fuerza jurídica, que —en diversos ámbitos de actividad— van paulatinamente reconociendo unos derechos de bienestar a una gama cada vez más amplia de animales: legislación sobre crianza, transporte, mataderos, ejercicio de deportes ecuestres, animales hogareños. En tales casos las violaciones de esos derechos animales pueden dar lugar a sanciones no penales.

Están faltando dos cosas esenciales, que son las que hoy se plantean. En primer lugar, y sobre todo, está faltando una norma sustantiva con rango de ley que establezca la tabla de derechos y deberes que tienen los dueños de animales no humanos con relación a ellos —tabla que, por vía de consecuencia lógico-jurídica, implica otra, correlativa, de obligaciones que a esos dueños les es lícito y hasta obligatorio imponer a los animales no humanos de su propiedad y de los derechos que tienen que reconocerles.<sup>27</sup>

Y, en segundo lugar, derivativamente, está faltando una norma procesal que permita reclamar el respeto a los derechos así reconocidos a individuos de otras especies; un cauce que no sea el sancionatorio, ni por lo tanto el penal, sino que transcurra por las vías del derecho civil.<sup>28</sup>

Ambas reformas juntas equivalen a reconocer la personalidad jurídica del animal domesticado o cautivo, igual que en las sociedades esclavistas se reconoció

---

<sup>27</sup>. Interpelan a los defensores de la idea de derechos animales alegando que quien no tiene deberes no puede tener derechos. Pero los animales no humanos que viven entre nosotros tienen deberes. Sus dueños están legitimados para imponérselos y para sancionar el incumplimiento. No es directamente la ley la que impone los deberes —salvo el genérico de soportar los mandamientos del dueño. (¿O es que sobre los esclavos humanos no pesaba deber alguno cuando la ley no decía cuáles?) Lo que sucede es que el ejercicio de la potestad dominical está necesitando una ley que lo regule en el respeto a los valores superiores, entre otros el de fraternidad animal. A tenor del Estatuto jurídico del animal no-humano (domesticado o cautivo), éste seguiría teniendo el deber de obediencia a su amo, quien, a su vez, tendría la obligación de mandarles respetar los intereses ajenos y el bien público. Las sanciones por actos de desobediencia se seguirían confiando igualmente a los amos. No se trata de restablecer los juicios esporádicos de animales no-humanos que sucedieron a fines de la Edad Media en varias localidades y que constituyen un enigma histórico-jurídico. Un punto de vista muy diferente del aquí propuesto es el de Tom Regan —en [Regan], p. 285—, para quien hay una dicotomía conceptual entre pacientes y agentes morales; los primeros sólo tienen derechos, mas no deberes, por carecer de «las capacidades cognitivas y otras necesarias para dar cuenta de lo que han hecho o dejado de hacer». En su visión kantiana sólo están sujetos a obligaciones los individuos capaces de determinar sus decisiones por razones imparciales. ¿No es una exigencia desmesurada?

<sup>28</sup>. Puede sorprender una propuesta de conceder derechos procesales a los animales no-humanos incorporados a nuestra sociedad —sin cuestionar su condición jurídica de objetos bajo la propiedad o el dominio de personas físicas o jurídicas—. No soy el único en proponerlo. Ver Cass R. Sunstein, «Can Animals Sue?» en [Sunstein & Nussbaum, 2004], pp. 251-262.

a veces (no siempre) la personalidad jurídica del esclavo.<sup>29</sup>

Esa doble reforma legislativa es perfectamente realizable, a la altura de los tiempos; podría empezar siendo modesta, para ir ampliando después el catálogo de derechos; o, al revés, podría emprenderse de entrada un plan ambicioso.

El dueño de un animal no humano conservaría, con respecto a él, el derecho de propiedad, o sea el triple derecho de usar al animal, aprovecharse de él y disponer de él (*ius utendi, fruendi et abutendi*), pero con limitaciones, en el respeto a los derechos de los demás humanos y del propio animal bajo su dominio. (Cualquier derecho de propiedad es limitado.) Entre los derechos del dueño estarían: limitar la libertad del animal no-humano en cuestión; usarlo para su propio servicio sin abusar de sus fuerzas; y corregir, moderada y proporcionadamente, su indisciplina.

Entre los derechos del animal no humano estarían: (1) el derecho de libertad en todo cuanto fuera compatible con el uso y disfrute legítimos del propietario y con los intereses asimismo legítimos de otros miembros de la comunidad —humanos y no humanos; y (2) derechos de bienestar: cuidados veterinarios, alimentación suficiente, esparcimiento, actividad y ejercicio físico, trato no-humillante, comunicación, cobijo, protección frente a las agresiones.<sup>30</sup>

En el ámbito procesal se trataría de autorizar a que el respeto a esos derechos del animal no humano pudiera, en su nombre e interés, reclamarse en sede judicial por oficinas u organizaciones —públicas o privadas— de defensa de los animales y por determinados individuos humanos que pudieran aducir un interés legítimo y personal, en virtud de relaciones de vecindad u otras similares. La decisión judicial favorable a los derechos del animal no humano implicaría un mandamiento de conformidad —con una prohibición de continuar la actuación violatoria de derechos—, el pago de las costas procesales y, en ciertos casos, una indemnización que engrosaría un fondo público de tutela de los animales (con el cual se podrían sufragar gastos para remediar la incuria y el abandono de ciertos propietarios).

---

## §9.— Objeciones

1ª. Si se promulgara esa ley del Estatuto del animal no humano, entonces a todos ellos habría que tratarlos igual, mientras que, en realidad, pertenecen a especies muy diversas, que no se relacionan con nosotros del mismo modo. En lugar de eso, la agenda razonable empezaría por conceder un estatuto jurídico a nuestros parientes más cercanos, los grandes simios.

---

<sup>29</sup> Sobre los pleitos en los cuales algunos esclavos, o sus representantes, actuaron como parte litigante, v. [Steven M. Wise], pp. 100ss.

<sup>30</sup> En este punto tal vez el lector puede preguntarse si el autor de este ensayo considera que a nuestros hermanos inferiores hemos de tratarlos con justicia, si la justicia ha de regir nuestras relaciones con ellos. Desde luego que sí. Prefiero entender por «justicia» uno de los valores que han de presidir el ordenamiento jurídico y que consiste en dejar o dar, sin discriminación, a cada uno lo suyo. En sentido lato, justo es lo justificado, o sea la conducta o decisión no arbitraria. En cualquiera de los sentidos estamos obligados a ser justos con todos, humanos o no humanos.

**Respuesta.** Lo uno no quita lo otro. Pero, en general, no es verdad que el reconocimiento del estatuto jurídico del animal no humano implique la igualación de los derechos y deberes de todos. El texto de la ley precisaría que tales derechos son diversos según las necesidades y posibilidades del animal y según su relación con los humanos. Habría una escala, una graduación, la cual podría tomar en consideración dos factores: el grado de convivencia y el de parentesco interespecífico.

**2ª.** ¿No es ya una vejación, una cosificación, considerar al animal un objeto de propiedad, o sea un esclavo? ¿No es ello incompatible con su reconocimiento como sujeto de derechos, o sea persona?

**Respuesta.** No lo es. Un sujeto de derecho puede carecer de libertad y estar bajo el dominio de alguien. En el Derecho romano se usó la expresión de *persona seruilis*. Evidentemente un sujeto de derechos que es, a la vez, un ser o un bien en propiedad de alguien tiene un estatuto jurídico particular. De eso se trata. Nada se gana discutiendo si los animales no humanos son cosas, porque «cosa» puede querer decir cualquier cosa, cualquier ente. Si por «cosas» se entiende «no-personas», entonces no son cosas.

**3ª.** Si el fundamento legítimo para establecer unas reglas de conducta es el hecho de que las decide una comunidad para su propia conveniencia, entonces, por las mismas, nosotros —sea cual sea esa pluralidad del tal «nosotros»— podemos fijar las reglas que nos dé la gana, excluyendo de los derechos a los demás, a los extranjeros, a los que no son de los nuestros. Sean cuales sean los derechos de los humanos respecto a los no humanos, habrían de fundarse en principios superiores.

**Respuesta.** Efectivamente hay unos principios superiores, a los que, por ley natural, ha de ajustarse cualquier ordenamiento. Hay una comunidad de seres vivos del planeta y, dentro de ella, hay una de todo el reino animal, que se rige por una ley natural de que a cada una es lícito buscar su propia prosperidad. La actual potencia de la especie humana nos ha llevado a descubrir los límites de esa licitud. Mas tales límites no caen del cielo, sino que los hallamos desde el análisis conceptual de nuestra propia normativa.

Lo que nos fuerza a transcender los ordenamientos grupales, los de sociedades autolimitadas territorialmente o por cualquier otro criterio (tribus, naciones, pueblos, sectas), es percatarnos de que también pertenecemos a una comunidad más amplia, que es la humanidad. Hoy nos damos cuenta de que nuestra sociedad o comunidad humana también abarca a muchos individuos no humanos a quienes hemos incorporado —bajo títulos y por motivos diversos— al conglomerado que formamos con ellos.

Así pues, aunque establezcamos preferentemente nuestras reglas para nuestro propio interés de seres humanos, no podemos desconocer los intereses legítimos de esos miembros inferiores de nuestra sociedad —inferiores no sólo y no tanto por la inferioridad de sus capacidades, sino porque no forman, en igual medida, parte del «nosotros», sino que están anexionados al mismo en condiciones de subordinación.

**4ª.** Los animales no tienen derechos, aunque nosotros tengamos obligaciones

para con ellos. Del mismo modo, tenemos obligaciones de respeto al medio ambiente y al patrimonio histórico-artístico, sin que éstos tengan derechos.

**Respuesta.** En [Peña, 2009] he criticado ese presunto distingo, que es puramente artificial, mera logomaquia. No atribuimos derechos a los ríos, ni a los mares, ni a las montañas, ni a los palacios porque ni tienen intereses ni pueden prosperar ni pueden morir ni les imponemos prohibición alguna ni los sometemos a sanciones. El animal no humano que está en situación de cautiverio o domesticación sí es sometido a prohibiciones y a deberes de soportar acciones humanas; tiene intereses y también deseos, esperanzas, temores. Es un sujeto de derechos, aunque no libre.

**5ª.** Los animales no son personas. Una persona es un ser auto-consciente que tiene una imagen diferenciada de sí mismo y del mundo que lo rodea, con planes de vida, una visión de su propio itinerario y una capacidad de decisión con libre albedrío.

**Respuesta.** Si se exige libre albedrío para ser una persona, no hay personas.<sup>31</sup> De todos modos, los progresos de la etología parecen confirmar la verdad de Pero Grullo: los animales no humanos de especies emparentadas con la nuestra piensan, esperan, desean, temen, recuerdan, conocen, manifiestan u ocultan su conocimiento, planean, agradecen, se vengan; tienen personalidad individual. Seguramente no vale la pena pelearse por el uso o no de la palabra «persona»; pero es difícil hallar una objeción convincente y desprejuiciada en contra de considerarlos personas.<sup>32</sup>

**6ª.** Esa atribución a los animales de conciencia, de pensamiento, de planes de futuro y de una imagen del pasado carece de fundamento; en el mejor de los casos es una mera hipótesis, que habrá que confirmar. La carga de la prueba incumbe al que la alega.

**Respuesta.** La atribución es verosímil. En primer lugar viene confirmada por el sentido común, por la larga experiencia de la humanidad, especialmente de quienes, a lo largo de siglos, han tenido trato más cercano con esos parientes nuestros, cuyo testimonio habría que refutar con pruebas científicas, no meras sospechas. Y, en segundo lugar, los avances —aún incipientes— de la etología también parecen ir en la misma dirección. En caso de duda, ¿por qué no optar por la hipótesis más respetuosa de intereses ajenos?

---

<sup>31</sup>. En otros escritos he argumentado a favor del determinismo y, por lo tanto, en contra del libre albedrío; p.ej. en *Hallazgos Filosóficos*, Salamanca: Univ. Pontificia, 1992.

Las mejores defensas del libre albedrío siguen siendo las de los neoescolásticos, sobre todo los más exentos de inconsecuencias, los suarecianos. V. el artículo «Philosophica demonstratio realitatis liberi hominis arbitrii» por F.M. Palmés, en su *Psychología*, en *Philosophicae Scholasticae Summa II*, Madrid: BAC, 1959, pp. 695-716.

<sup>32</sup>. Es casi sistemática la confusión entre los dos *conceptos* de persona y de ser-libre, e.d. de individuo que no se halle en el dominio de otro. Aunque en la propia tradición de las ideas jurídicas se produjo a veces esa confusión, se fue depurando. Un exponente de la misma, entre muchos otros, es Tom Regan, [Regan], p. 348; eso lo lleva a opinar que es menester poner fin a la situación jurídica de que los animales no humanos sean objeto de propiedad.

Si lo que se está exigiendo es una prueba irrecusable de que los animales no humanos piensan, son conscientes y padecen, no la habrá nunca, como tampoco la tiene nadie de que los demás seres humanos piensan o de que el mundo existe o de que la vida no es el sueño de un cerebro en una probeta manipulado por un experimentador.

7ª. Los animales no hablan. Por lo tanto es imposible probar que piensan. Quizá es imposible que piensen, porque pensar es hablarse a sí mismo.<sup>33</sup> Si no piensan, no son personas ni pueden ser considerados sujetos de derechos.<sup>34</sup>

**Respuesta.** Los animales no humanos comunican sus sentimientos, tanto unos a otros como a seres de otras especies. También entienden las señales que les enviamos (si no, no serían domesticables). Por tanto, aunque sea rudimentariamente, disponen, aunque no de lenguaje, sí de sistemas de comunicación o códigos semióticos, que emplean con discernimiento y a menudo con tino u oportunidad.

Por otro lado, nada prueba que su pensamiento no use como soporte las percepciones o sus huellas en la memoria sensorial —las imágenes mentales—, que pueden servir de sucedáneo del lenguaje, al igual que probablemente les sucede a los humanos antes de dominar el lenguaje de doble articulación.

Pensar es tener conceptos, combinarlos en juicios y usar varios juicios para inferir conclusiones. Eso puede hacerse cuando una palabra da soporte a un concepto y una cierta combinación de palabras a un juicio; en un ámbito mucho más restringido, también puede hacerse si el soporte del concepto es una imagen sensible;<sup>35</sup> entonces una combinación de tales imágenes expresará un juicio. Pensando por imágenes, éstas se revisten de valor simbólico.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup>. Concebir el razonamiento como un debate silencioso en el fuero interno se remonta a Platón en el *Teeteto* 189E-190A. La misma idea vuelve en sus diálogos tardíos, *El Sofista* y *Filebo*.

<sup>34</sup>. En la filosofía del lenguaje y de la mente contemporánea parece haber predominado —al menos hasta muy recientemente— la tesis de Donald Davidson, quien rehusa a los no-humanos actitudes proposicionales por carecer de lenguaje. V. su «Rational Animals» *Dialectica* 36 (1982), pp. 318-27, repr. en E. Lepore and B.P. McLaughlin (eds), *Actions and Events: Perspectives in the Philosophy of Donald Davidson*, Oxford, 1985, pp. 473-80.

Un punto de vista más matizado ha sido propuesto, con amplia aceptación, por Daniel Dennett («Conditions on Personhood» en A. Rorty (ed.), *The Identities of Persons*, Berkeley-Los Angeles, 1976, pp. 181.7) para quien adscribir actitudes proposicionales a los animales es factible cuando su comportamiento puede venir analizado por nosotros en términos intencionales.

<sup>35</sup>. Sobre un pensamiento por imágenes, sin palabras, v. el apartado de «Wordless Thought» en Steven M. Wise, [Wise, 2000], pp. 158ss.

<sup>36</sup>. La investigación conducente a este ensayo forma parte de las actividades del Grupo de Estudios Lógico-jurídicos, JuriLog, integrado en la línea «Conceptos y valores» del Instituto de Filosofía del CCHS-CSIC, así como del Programa S2007/HUM-0461 (Trust-CM) «La cultura de la legalidad: Transparencia, confianza, responsabilidad».

**§10.— Bibliografía**

- Alexandre Blaineau, «Le cheval, le cavalier et l'hippocuntaure: Technique équestre et métaphore politique chez Xénophon», *Cahiers des études anciennes*. N<sup>a</sup> XLV (2008), pp. 185-211. <http://etudesanciennes.revues.org/268>, acc. 2010-04-07.
- Valérie Camos, Frank Cézilly, Pierre Guenancia & Jean-Pierre Sylvestre (coords.), *Homme et Animal: la question des frontières*. París: Quae, 2009.
- Peter Carruthers, *The Animals Issue: Moral Theory and Practice*, Cambridge U.P., 1992.
- Paola Cavalieri, and Peter Singer (eds), *The Great Ape Project: Equality beyond Humanity*. London: Fourt Estate, 1993.
- Paul Chauchard, *Sociétés animales, société humaine*, París: PUF, 1970.
- Yves Coppens & Pascal Picq (eds), *Aux origines de l'humanité*. París: Fayard, 2001, 2 vols.
- E.H. Edwards, *Horses: Their Role in the History of Man*. Londres: Willow Books, 1987.
- José Hidalgo y Terrón, *Obra completa de equitación*. Madrid: R. Velasco, 1883, 2 vols.
- Pablo de Lora, *Justicia para los animales: La ética más allá de la humanidad*. Madrid: Alianza, 2003
- P. McGreevy, A. McLean, A Warren-Smith, D. Goodwin, N. Waran, *Proceedings of the 1st International Equitation Science Symposium*. Melbourne: Australian Equine Behaviour Centre, 2005.
- Jesús Mosterín y Jorge Riechmann, *Animales y Ciudadanos: Indagaciones sobre el lugar de los animales en la moral y el derecho de las sociedades industrializadas*. Madrid: Talasa, 1995.
- Lorenzo Peña, «La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos», *Persona y Derecho* N<sup>o</sup> 61, 2009, pp. 73-102.
- Tom Regan, *The Case for Animal Rights*. Londres: Routledge, 1984.
- Jorge Riechmann, *Todos los animales somos humanos*. Universidad de Granada, 2003.
- Daniel Roche, *La culture équestre de l'Occident, XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècle: Le cheval moteur: essai sur l'utilité équestre*, Volume 1. París: Fayard, 2008.
- Richard D. Ryder, *Animal Revolution: Changing Attitudes Towards Speciesism*. Oxford. Blackwell, 1989.
- Peter Singer (ed), *In Defence of Animals*. Oxford: Blackell, 1985.

Peter Singer, *Animal Liberation*:. N.Y: Harper-Collins, 2002 (1ª ed. 1975).

Richard Sorabji, *Animal Minds and Human Morals: The Origins of the Western Debate*. Ithaca. Cornell, 1993.

Cass R. Sunstein and Martha C. Nussbaum (eds), *Animal Rights: Current Debates and New Directions*. Oxford U.P., 2004.

Steven M Wise, *Rattlin the Cage: Toward Legal Rights for Animals*, N.Y., Merloyd, 2000.

Xenophon, *Perí Hippiês (El arte de la equitación)*, en *Scripta Minora*, Vol. VII, ed. bilingüe de E.C. Marchant, Harvard U.P., 1984 (1925), pp. 296-363.



**VII**  
**«Una fundamentación  
jusnaturalista  
de los derechos humanos»**

**por Lorenzo Peña y Gonzalo**

*Bajo Palabra*

II Época, N° 8. 2013, pp. 47-84

ISSN 1576-3935



# UNA FUNDAMENTACIÓN JUSNATURALISTA DE LOS DERECHOS HUMANOS

A NATURAL-LAW FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS

por **Lorenzo Peña y Gonzalo**<sup>1</sup>

---

## Resumen

Este artículo demuestra que, a menos que se reconozcan unas normas de Derecho natural, no existe ningún fundamento para los derechos humanos, lo cual significa que el jurista no podrá demostrar una razón válida para incorporarlos a la legislación positiva donde no lo estén. Una norma de Derecho natural es aquella que se deduce, por una correcta regla de inferencia lógico-deóntica, de cualquier norma positiva y, por lo tanto, existe en todos los ordenamientos jurídicos, aunque no esté formulada. Este estudio se lleva a cabo por dos vías: la historia conceptual de la noción de derechos humanos y el análisis lógico-conceptual de los mismos.

## Palabras-clave

Derecho natural, derechos humanos, derechos del hombre, ley natural, fundamento, lógica deóntica, jusnaturalismo, Declaración universal de 1948.

---

## Abstract

This paper proves that, unless certain Natural-Law norms are recognized, Human Rights lack any foundation, which means that no lawyer will be able to show any compelling reason for them to be incorporated into positive law wherever they have not been legally sanctioned yet. A Natural-Law norm is one which, in virtue valid deontic-logic inference rules, can be deduced from any positive norm and hence

---

<sup>1</sup>. El presente trabajo se inscribe en las tareas de realización del proyecto «Los límites del principio de precaución en la praxis ético-jurídica contemporánea» [FFI2011-24414], Plan Nacional de I+D+i. (IP: Txetxu Ausin.)

exists in every legal system, even if not formally enacted. Our study is pursued by two ways: a conceptual-history account of the notion of Human Rights and a logical and conceptual analysis thereof.

### **Key-words**

Natural-Law, Human Rights, rights of man, foundation, deontic logic, legal positivism, 1948 Universal Declaration.

---

### *Sumario*

0. Introducción. 1. El histórico vínculo entre la ley natural y los derechos naturales del hombre. 2. De la Declaración de 1789 a la abolición de la esclavitud. 3. El itinerario de los derechos humanos a partir de 1848. 4. Ley natural y derechos del hombre en la tradición católica. 5. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). 6. ¿Es la dignidad humana el fundamento de los derechos del hombre? 7. La Declaración y su influjo posterior. 8. ¿Aportó algo a esa evolución el positivismo jurídico? 9. ¿Qué son los derechos humanos? 10. El positivismo jurídico es incompatible con la fundamentación de los derechos humanos. 11. El principio jusnaturalista del bien común, fundamento de los derechos del hombre. 12. Aclaraciones: el Derecho natural y el principio de vivir según la naturaleza.

---

## §0. Introducción

¿Tienen vigencia jurídica los derechos humanos, o derechos fundamentales del hombre? ¿Desde cuándo? ¿Sólo donde y cuando hayan sido positivizados al incorporarse a leyes efectivamente promulgadas? Y, si poseen valor jurídico independientemente de tales promulgamientos, ¿en virtud de qué?

Sólo podemos contestar a estas preguntas a través de un doble acercamiento. Primero mediante un estudio de historia conceptual, que desentrañe la matriz jusnaturalista de esos derechos. Y, a partir de ahí, mediante un análisis lógico-conceptual, el cual nos mostrará cómo, sin el reconocimiento de un Derecho natural, los derechos del hombre carecen de fundamento, aunque no por ello forzosamente de motivación.

---

## §1. El histórico vínculo entre la ley natural y los derechos naturales del hombre

Aunque, en su enunciación literal, la noción de *derechos humanos*, o derechos del hombre, se pone en circulación con la Declaración francesa del 26 de agosto de 1789, nadie desconoce que existe una génesis de la misma en siglos precedentes —cuya dilucidación ha dado lugar a apasionadas controversias— así como un desarrollo conceptual posterior, hasta el punto de que nuestra noción actual de los derechos del hombre —sin dejar de ser deudora, principalmente, de la citada declaración revolucionaria francesa— es un concepto de tal riqueza y complejidad que difícilmente podrían reconocerla como obra indirectamente suya los asambleístas de aquel verano versallés.

Han abundado en la historia de las ideas jurídicas quienes han rastreado anticipaciones de la Declaración de 1789 (en disputa mutua, según lo he recordado ya), pero tampoco han escaseado quienes, no sin serios motivos, han preferido ver en esa solemne proclamación una novedad radical, un corte abrupto que —pese a las afinidades parciales con los precursores— rompe, en cierto sentido, la continuidad.

Para que nos inclinemos por la visión continuista o por la discontinuista, lo que tenemos que preguntarnos es cuál es el meollo de la Declaración de 1789.

Si ese meollo es el concreto haz de libertades individuales (si bien se mira extremadamente parco), independientemente del ámbito subjetivo de su titularidad, entonces el texto en cuestión aparece muy en la línea de varios documentos pertenecientes al pronunciamiento secesionista de las colonias inglesas de Norteamérica, a su vez inspiradas en la tradición *whig* británica. Desde esa óptica hay similitudes notorias entre la Declaración francesa y el *Bill of rights* norteamericano, que es el conjunto de las diez primeras enmiendas a la Constitución federal de los Estados Unidos de América. Ese *Bill* fue propuesto al congreso a la vez que los Estados Generales del reino de Francia emprendían su labor revolucionaria y fue adoptado en primera instancia por la Cámara de Representantes exactamente cinco

días antes que el texto versallés —si bien, a causa de los mecanismos federales, sólo entrarán en vigor el 15 de diciembre de 1791, cuando ya los franceses se encaminaban a una segunda, y más profunda, revolución, que se consumará en 1792 al derribar la monarquía e instaurar una república de orientación social e igualitaria, antagónica, en buena medida, respecto de los valores que perdurablemente arraigaron en las instituciones estadounidenses.

Aun desde ese punto de vista, fue un error historiográfico omitir otros muchos antecedentes, incluida la corriente de opinión jurídica antidespótica que nunca se había extinguido en Francia y que se había originado en su propia tradición tardo-medieval, reavivada en las revoluciones populares de la Liga, en el siglo XVI, y de la Fronda, en el XVII, y soterradamente conservada (en cierto sentido) por algunas instituciones jurisdiccionales —en particular, los *Parlements*, a pesar de su conservadurismo—. Tal corriente influyó mucho, sin lugar a dudas, en Montesquieu, indirectamente en Condorcet, y (aunque ya sufriendo una dramática metaformosis) en el origen mismo de las ideas de 1789. Porque varias de las reclamaciones de 1789 había quedado ya, bajo formulaciones dispares, un poco prefiguradas en esa tradición gala —igual que en otras similares en España (principalmente en los reinos orientales de la misma), en algunos Estados germanos y en algunas municipalidades libres italianas—.

La novedad del texto versallés no estriba, sin embargo, en proclamar un haz de libertades individuales. Más significativa y característica es su adopción de un enfoque legicentrista (abrazando el dogma rousseauiano de que la ley es la expresión de la voluntad general).<sup>2</sup> Tal enfoque está totalmente ausente de las declaraciones norteamericanas, ancladas en la *common law*, en la cual el Derecho es principalmente consuetudinario y jurisprudencial.

Pero tampoco es eso lo más relevante de la Declaración de 1789. Lo es, en cambio, que se proclamen derechos del hombre, de todo ser humano, y ello por vez primera en un texto que quiere tener vigencia jurídica (y que acabará adquiriéndola cuando —a regañadientes y forzado por el motín del pueblo parisino— Luis XVI se resigne a sancionarla y promulgarla el 5 de octubre del mismo año).

Podemos cuestionar tal novedad si leemos literalmente la Declaración norteamericana de independencia de 1776 (cuyas fuentes de inspiración son muy variadas y no se circunscriben a la tradición *whig* inglesa), pues en ella se sostiene que todos los hombres nacen dotados por el Creador por tres derechos: a la vida, a la libertad y a la busca de la felicidad. Pero esa Declaración no es, ni aspira a ser, más que un preámbulo. Su único contenido jurídico es la proclamación de la secesión; lo demás es, a lo sumo, una exposición de motivos —aunque en rigor ni siquiera eso, sino más bien un manifiesto filosófico para que la decisión secesionista halle eco favorable en la opinión ilustrada de Europa.

---

<sup>2</sup> No obstante, ese legalismo de los revolucionarios franceses, por debajo de la ideología tomada de Rousseau, continúa una vieja aspiración del poder central francés de instaurar la primacía del mandamiento del legislador único, bajo la inspiración de dos valores: seguridad jurídica y no-anquilosamiento del sistema de normas.

Es menos importante saber qué derechos o libertades se atribuyen al hombre, a cada hombre, que atribuirles a todos —de manera innata, por Derecho natural y a título de derechos naturales— una titularidad radical de derechos, sin que, en ese ámbito, exista discriminación alguna entre súbditos y no súbditos de aquel Estado particular que enuncie y promulgue la Declaración. La gran aportación de la revolución francesa es su humanismo naturalista, al radicar los derechos esenciales en la propia naturaleza humana, como atributos a ella inherentes y de ella inseparables.

Ese aspecto es, filosóficamente, el más destacado y, políticamente, el más novedoso de la revolución francesa de 1789-1799. En eso marca un hito en la historia universal. Hay un antes y un después. Antes, los Estados y, dentro de ellos, los órganos de poder de los mismos otorgaban a sus súbditos unos derechos y les rehusaban otros (al edictar prohibiciones); pero ningún derecho se otorgaba a los no súbditos (o no-ciudadanos, según diríamos hoy —en terminología de la época se diría los «no regnícolas») salvo por tolerancia, condescendencia, costumbre o —en el mejor de los casos— por venir a ello comprometidos por tratados internacionales.

Desde la más remota antigüedad existió en verdad un entramado jurídico que puede considerarse precursor de los modernos Institutos del Derecho público y del Derecho privado internacionales, eso que el genio romano va a denominar *ius gentium*. Ese complejo *ius gentium* rige las relaciones entre los hombres de diversas naciones y, sólo por vía indirecta, también las relaciones entre Estados. Para los jurisconsultos romanos y para los jusfilósofos medievales el *ius gentium* es un cuasi-derecho natural, en el sentido de que, si bien proviene de los requerimientos de la invariable y constante naturaleza humana —una vez, eso sí, distribuida en una pluralidad de naciones y pueblos—, fluctúa en su contenido, en los derechos y obligaciones recíprocos que comporta, modulándose al compás de las costumbres, las conveniencias del intercambio y las situaciones de hecho provocadas por la acción de unas u otras gentes.<sup>3</sup>

A pesar de la enorme veneración (en teoría) por el *ius gentium* —que pocos monarcas se atrevieron a tildar de nulo y no-vinculante, aunque en la práctica solieran hacer caso omiso—, podemos afirmar (quizá generalizando) que nunca existió ninguna asunción legislativa de respetarlo en el Derecho interno de los Estados. Por otro lado los derechos individuales que se reconocían a los hombres de otras naciones en ese *ius cogens* se referían únicamente a relaciones de extranjería, a relaciones entre ellos y los nacionales. El *ius cogens* carecía, por ello, de cláusula alguna que contuviera (bajo la forma que fuera) una atribución universal de ciertos derechos a todos los seres humanos.

Pero si, en el plano de las normas jurídicas, la Declaración del 26 de agosto de 1789 irrumpe —en este aspecto— como una atrevidísima y revolucionaria novedad, en el plano del pensamiento filosófico-jurídico tenemos un claro reconocimiento de

---

<sup>3</sup>. Así el *ius gentium* no acarrea los mismos deberes hacia pueblos pacíficos que hacia pueblos entregados a la guerra de agresión y rapiña.

una titularidad natural de derechos por cualquier ser humano, en virtud del mero hecho de serlo, desde la filosofía estoica —que influyó en las grandes escuelas de jurisconsultos romanos de los siglos II y III—, que sería retomada (sin muchas novedades de contenido, aunque sí de fundamentación) por el pensamiento cristiano a partir del siglo IV y que se transmitirá a la doctrina jusfilosófica posterior hasta desembocar en el jusnaturalismo de la Ilustración, verdadera fuente de inspiración directa de la Declaración de 1789.

Podemos, pues, afirmar, sin temor a la duda, que la noción de derechos humanos es, en la cultura mediterránea, al menos tan vieja como la filosofía estoica de la antigüedad clásica.<sup>4</sup>

La conclusión de los párrafos precedentes es, por consiguiente, la de que efectivamente podemos hablar de un surgimiento revolucionario de los derechos humanos en la Declaración versallesa de 1789 por ser el primer texto jurídico que reconoce a todo ser humano —viva donde viva, cualquiera que sea su cuna, cualesquiera que sean sus progenitores, cualesquiera que sean su clase social, su sexo y su edad— unos derechos naturalmente inherentes, irrenunciables, imprescriptibles e inalienables (a fuer de corolarios de la propia naturaleza humana), jurídicamente válidos y oponibles *erga omnes*, en el Derecho interno de sus respectivas naciones al igual que en el Derecho Internacional público y privado. Pero la novedad de 1789 no va más allá. Juridifica —o, mejor dicho, positiviza— por vez primera el reconocimiento de la existencia de unos derechos naturales del hombre, de todo hombre; no inventa esa noción, que se había transmitido en el pensamiento jusfilosófico desde Zenón de Citio (h. el año 300 a.C.).

Un reproche se ha dirigido, con razón, a los estoicos y a los jurisconsultos y jusfilósofos que, a partir de ellos, van a presuponer, asumir, fundamentar y desarrollar la idea de que todo ser humano es titular de unos derechos por el mero hecho de serlo, en virtud de su pertenencia natural a nuestra gran familia humana, a la *humanitas*.

¿Cuál era el catálogo de tales derechos? No iba mucho más lejos del derecho a, siendo reconocido como un ser humano, venir tratado con justicia y benevolencia; en los más audaces —como Séneca— se reconoce que todos, aun los esclavos, han de ser destinatarios de un genérico amor fraterno. No se les reconoce, empero, el derecho a ser emancipados (si bien es cierto que los jurisconsultos de inspiración estoica introducirán el principio extralegal del *fauor libertatis*, o presunción de libertad); ni siquiera se reclama, en su nombre, el derecho oponible a no ser maltratados; menos todavía se reivindicaban otros derechos de la época moderna, como la libertad de pensamiento y de palabra o el derecho a la intimidad.

Sin embargo, ¿qué hemos de pensar sobre esa inconsecuencia? A lo largo del (si bien se mira) breve lapso de 420 lustros que van de Zenón de Citio a 1789 se perfila el reconocimiento de unos derechos naturales del hombre (los ya citados de

---

<sup>4</sup> Dejo aquí de lado la exploración de ideas similares en otras tradiciones —algunas en parte solapadas y otras desconectadas—, como las de Persia, China, la India y el mundo islámico.

derecho a la justicia y a la benevolencia) sin extraerse —más que tardía y paulatina— la conclusión lógico-deóntica de un derecho universal a la libertad.

En primer lugar, lo que puede parecer una eternidad es un período corto en la historia de la humanidad, que se remonta a un millón de años (o, si arbitrariamente excluimos de la humanidad a las razas pre-Cromagnon, a unos ochenta o cien mil años). Ninguno de nosotros saca, al día siguiente de haber aceptado un principio, todas las consecuencias del mismo.<sup>5</sup> Pensar, deducir, se lleva tiempo. ¿Cuánto tiempo? Depende. Para asuntos de enorme complejidad, el avance puede durar años, decenios, siglos o milenios. Cada generación hereda el haber acumulado de las anteriores y, con ese utillaje conceptual, sigue adelante.

En segundo lugar, a lo largo de esos 420 lustros se van dando muchísimos pequeños pasos. Ya he aludido a la doctrina jurisprudencial de la presunción de libertad, defendida por Gayo, Ulpiano y demás lumbreras del pensamiento jurídico del alto imperio. Fruto de sus concepciones fue la constitución antonina del emperador Caracalla que en el año 212 extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio. En siglos posteriores se sufren retrocesos —principalmente por el azote de las tribus germánicas invasoras, que sumieron en la barbarie buena parte de la alta edad media. Ulteriormente habrá una paulatina recuperación (sobre todo con el redescubrimiento del Derecho romano en Bolonia a comienzos del siglo XII).

Paso a paso va abriéndose camino la idea de libertad. En las cartas y los fueros tardomedievales se reclaman derechos concretos de libertad, aunque inicialmente restringidos a los habitantes de un lugar no nacidos en la servidumbre ni manumitidos. La ampliación será un proceso lento, gradual. Entre los siglos finales de la Edad Media y los primeros de la Edad Moderna, se extinguen, en la casi totalidad de Europa occidental y en la mayor parte de la central, la servidumbre rural y urbana. No desaparece, en verdad, la esclavitud, —que, al revés, ve ampliarse su ámbito subjetivo con la llegada involuntaria de cautivos de África (de las dos Áfricas, del norte y del sur del Sahara). Más adelante, se confina esa institución a los territorios ultramarinos.

¿Cuándo empieza una reivindicación moderna de derechos humanos universales que, aunque sea imperfectamente, podamos entender como anticipativa de la Declaración de 1789? No hay fecha ninguna. Un hito lo marcan las leyes ya mencionadas encaminadas a la paulatina manumisión de los siervos (que se aceleró a raíz de las *jacqueries* de los siglos XIV y XV); en ellas se recuerda el aserto bíblico de que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, en lo cual se basan su valor y su merecimiento, que lo acreditan para ser generalmente libre.

Los jusfilósofos escolásticos repiten que el Derecho natural no establece ni, en principio, permite la propiedad ni la servidumbre (dos instituciones que entonces estaban estrechamente emparentadas y que eran solidarias entre sí); sólo que las

---

<sup>5</sup>. Sobre todo si se interponen prejuicios o intereses que obstaculizan la inferencia.

había ido introduciendo el *ius gentium* —como efecto de los pecados y las debilidades humanas—; y, una vez introducidas, sería injusto eliminarlas, por las peores consecuencias que de ello se seguirían.

Poquito a poco se fue erosionando ese argumento pragmático a favor de las injusticias establecidas. Quienes lo adoptaban reconocían las dos premisas siguientes. (1ª) Todo hombre tiene un derecho natural a ser tratado con justicia; y (2ª) La propiedad privada (desigualdad de bienes) y la esclavitud o servidumbre (desigualdad de condición social) implican injusticia porque sólo pudieron instituirse, en violación de las normas de justicia, creando así una situación de hecho contraria al Derecho natural. La segunda premisa parece implicar que quien tenga derecho a ser tratado con justicia tiene derecho a no sufrir esa doble institución injusta. De ahí, por la premisa 1ª, se deduce que todo hombre tiene derecho a vivir en una sociedad sin propiedad privada ni desnivelamientos de condición social. Un corolario inmediato es que todo hombre tiene derecho a ser libre.<sup>6</sup>

De Vitoria y Tomás Moro a Mariana, Campanella y Grocio,<sup>7</sup> de éstos

<sup>6</sup> En su sabio tratado *Ethica* (contenido en el libro *Philosophiae Scholasticae Summa*, t. III, Madrid: BAC, 1958) el P. Ireneo González, S.J., despliega un amplio arsenal de argumentos lógicos e históricos para sostener la afirmación de que no sólo la existencia de propiedad privada es una institución de Derecho natural, sino, además, que tal ha sido la doctrina de los Padres de la Iglesia y de los doctores escolásticos, los modernos igual que los medievales. Sobre la discusión histórica, v. *ibid.*, pp. 674-681. No cabe en este artículo abordar sus interesantes disquisiciones —en absoluto compartidas por quien esto escribe. Su principal instrumento hermenéutico es la delimitación entre derecho civil, derecho de gentes y derecho natural, una tripartición cuyos confines fueron oscilantes. Los medievales sostuvieron mayoritariamente que la propiedad y la servidumbre existían por *ius gentium*, pero el P. González entiende que ese *ius gentium* era, en rigor, una parte del *ius naturae* —aunque reconoce que algunos intérpretes lo conciben como derecho positivo. Sin embargo, de ser correcta la lectura que brinda el P. González, habría que concluir que para los medievales la servidumbre o esclavitud era, asimismo, una institución de Derecho natural. Y es que hasta el siglo XIX no se produce la separación entre el estatuto jurídico de propiedad y el de servidumbre. Otro autor jesuita ha sostenido la tesis opuesta a la de Ireneo González: Rubianes, Eduardo, S.J., *El dominio privado de los bienes según la doctrina de la Iglesia*, Quito: Ediciones de la Universidad Católica, 1975.

También Antonio Truyol y Serra, en su *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (Madrid: Alianza, 1995, 12ª ed.) interpreta a la mayoría de los Padres de la Iglesia y a la generalidad de los filósofos escolásticos medievales en el sentido de que para ellos la propiedad privada era, *per se*, contraria al Derecho natural —aunque fuera, *per accidens*, compatible con él en el estado actual de las cosas, tras la caída subsiguiente al pecado original y como castigo. V. *ibid.*, t. I, pp. 256-257, donde se afirma: «De algunos [Padres de la Iglesia] puede decirse que consideraron la comunidad de bienes como el estado originario y natural de la humanidad», enumerando a los Capadocios (S. Gregorio de Nacianzo y S. Basilio), S. Juan Crisóstomo y S. Ambrosio. Resume la visión de todos ellos así: «Los bienes de este mundo son para el aprovechamiento común del linaje humano. El régimen de propiedad privada es, en último término, una desviación con respecto a la intención primera del Creador y es consecuencia del pecado, del deseo inmoderado de lucro, del impulso de los vicios». Va más lejos, atribuyendo a S. Juan Crisóstomo y a S. Basilio el propósito de «restablecer en lo posible la comunidad primitiva mediante una especie de contribución forzosa de los ricos». En el t. II de la misma obra, Truyol afirma (p. 29): «El pensamiento cristiano medieval había considerado la propiedad privada como una institución de derecho de gentes».

<sup>7</sup> Sobre cómo se generó en la escolástica española del Siglo de Oro —particularmente a partir de los desarrollos de Vitoria y Las Casas— el concepto de *iura naturalia* y cómo ese pensamiento jusnaturalista hispano influyó en Grocio, v. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1998 (7ª ed.), p. 31. Para este destacado justilósofo (*ibid.*, p. 115) «La Constitución del 78 se inserta abiertamente en una orientación jusnaturalista, en particular de la tradición objetivista cristiana que considera los derechos de la persona como exigencias previas

—pasando por Ralph Cudworth, Richard Cumberland, François Fénelon, G.W. Leibniz, Christian Wolff, Emeric de Vattel y Jean-Jacques Burlamaqui— a Mably, Diderot, Morelly y Rousseau, toda la evolución del racionalismo ilustrado de la Edad Moderna expresa un creciente rechazo de las inconsecuencias y las cobardías del pensamiento acomodaticio, que sin dejar, entre tanto, de ser mayoritario, iba perdiendo terreno entre los círculos esclarecidos —los cuales, más tarde, acabarán determinando un cambio de opinión de las masas populares.

No hubo, pues, —según la errónea lectura de Michel Villey—<sup>8</sup> ruptura alguna entre el Derecho natural de los antiguos y medievales y los derechos del hombre de la época contemporánea. Como tampoco hay ninguna dualidad conceptual entre «ley natural» y «Derecho natural»;<sup>9</sup> ni es verdad —cual lo imaginan algunos neoescolásticos— que el dizque hipertrofiado Derecho natural «racionalista» de los modernos se aparte de un mucho más austero Derecho natural de la *philosophia perennis*, el cual, sabiamente, se habría abstenido de erigir, sobre los básicos principios jurídico-naturales, toda una construcción sistemática. La presunta dicotomía viene fácilmente desmentida por cualquier estudio de los textos de la Escuela de Salamanca —y las otras afines en la España del siglo de oro—, donde hallamos esa misma construcción, incluso con mucho mayor detalle que en sus epígonos ilustrados de allende los Pirineos en los siglos XVII y XVIII.

Menos aún cabe hablar —cual lo ha pretendido una sesgada historiografía— de una «escuela del Derecho natural» inaugurada (o prohijada) por Grocio, pero cuyo principal representante sería Pufendorf, la cual, habiendo roto con la escolástica, compartiría con Locke y otros pensadores británicos de la tradición *whig* el exclusivo mérito de generar la idea de los derechos naturales del hombre. La figura de Pufendorf jugó un papel equívoco y, a la postre, de menor calado que el de la corriente principal, intelectualista o racionalista, algunos de cuyos adalides se han citado en el párrafo anterior.

Y es que el Derecho natural de Pufendorf se basa en una doctrina voluntarista (y, por eso, se acopla bien a la adhesión de ese jusfilósofo al absolutismo de la dinastía sueca), a diferencia del intelectualismo de la tradición tomista, continuado

---

a su determinación jurídico-positiva y legitimadoras del orden jurídico y político en su conjunto». (El autor de este artículo no está tan convencido de la inspiración jusnaturalista de nuestra vigente Constitución.)

<sup>8</sup>. Un comentario a la tesis de Villey —que opone, de la manera más absoluta, el Derecho natural a los derechos naturales del hombre— lo ofrece Xavier Dijon, en *Droit naturel*, Vol. 1: *Les questions du droit*, París: PUF, 1998, pp. 89-91.

<sup>9</sup>. Entre quienes se han adherido a esa presunta dicotomía podemos citar a Blandine Barret-Kriegel. Sólo que en sentido opuesto a la doctrina mayoritaria. Su libro *Les droits de l'homme et le droit naturel* (París: PUF, 1989) contiene certeras consideraciones, al fijarse en cómo los derechos del hombre provienen de una cierta concepción de la humanidad que se encuentra en la Escuela de Salamanca. (Como me lo ha señalado Juan Cruz, el membrete «Escuela de Salamanca» opera hoy en los medios académicos internacionales con una denotación extendida, pues de hecho abarca a toda la escolástica española [incluyendo la portuguesa] del Siglo de Oro.)

por la leibniziana.<sup>10</sup> El voluntarismo se encuentra con una insalvable dificultad para cimentar los deberes y los derechos en la naturaleza, puesto que, siendo, a su juicio, asunto de decisión, podrían ser otros aunque la naturaleza del hombre fuera la misma.

---

## §2. De la Declaración de 1789 a la abolición de la esclavitud

De todo lo anterior se desprende que los revolucionarios franceses de 1789 fueron audaces pero también receptores de una milenaria tradición reivindicativa de la fraternidad humana, de una justicia basada en ese nexo de hermandad natural, una justicia que comportaba deberes y derechos de cualquier ser humano con relación a cualquier otro.<sup>11</sup>

La Constitución del reino de Francia de 1791, al incorporar en su texto la Declaración versallesa, constitucionaliza los derechos naturales del hombre, aunque escatimados con parca enumeración.

Muchísimo más generosa va a ser la Constitución jacobina del 24 de junio de 1793,<sup>12</sup> que de nuevo se fundamenta explícitamente en el Derecho natural. Su preámbulo reitera un principio de 1789: «El pueblo francés, convencido de que el olvido y el desprecio de los derechos naturales del hombre son las únicas causas de las desgracias del mundo, ha resuelto exponer, en una Declaración solemne, esos sagrados e inalienables derechos [...] para que el pueblo tenga siempre ante sus ojos las bases de su libertad y su felicidad, el magistrado la regla de sus deberes y el legislador el objeto de su misión. En consecuencia, proclama, en presencia del Ser Supremo, la siguiente declaración de los derechos del hombre y del ciudadano».

Pero el articulado que sigue, al quedar así incorporado al propio texto constitucional, tiene un carácter directamente normativo e inmediatamente exigible. Es un amplio catálogo de derechos, no sólo de no maleficencia (de libertad), sino también de beneficencia (de bienestar). El art. 1 afirma que el fin de la sociedad es la felicidad común y que el gobierno se instituye para garantizar al hombre sus derechos naturales e imprescriptibles. El art. 2 enumera tales derechos: la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad, quedando así la igualdad en primer lugar. De conformidad con esa preeminencia de la igualdad, el art. 3 sostiene que todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley. El art. 4 declara nulas las leyes que

---

<sup>10</sup>. Sobre las vivísimas controversias que suscitó la doctrina de Pufendorf y sobre la extendida reprobación de su voluntarismo, v. Fassò, Guido, *Historia de la filosofía del Derecho*, t. 2, *La Edad Moderna* (trad. J.F. Lorca Navarrete), Madrid: Pirámide, 1982, pp. 130-131; y Rodríguez Paniagua, José María, *Historia del pensamiento jurídico*, t. I, Madrid: Universidad Complutense, 1996 (8ª ed.), pp. 155-161.

<sup>11</sup>. Sobre los orígenes de la Declaración de 1789, v. González Amuchastegui, Jesús, *Orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid: Editora Nacional, 1984 (con textos de Jellinek, Boutmy, Doumergue y Posada).

<sup>12</sup>. Todos los datos que figuran en este artículo sobre las sucesivas constituciones francesas y sus vicisitudes provienen de Godechot, Jacques, *Les constitutions de la France depuis 1789*, París: Garnier-Flammarion, 1995.

ordenen una conducta que no sea justa y útil para la sociedad o prohíban una que no sea socialmente perjudicial. Ya hemos visto que, en la Declaración jacobina, el derecho de propiedad viene relegado al cuarto y último lugar; pero es que, además y sobre todo, su enunciación en el art. 16 afirma que son bienes de propiedad privada de alguien los frutos de su trabajo y de su industria —aunque expresamente no niega que puedan serlo otros ni asume la propuesta de Robespierre de definir la propiedad como el disfrute de aquello que la ley otorgue a cada uno (con lo cual el respeto al derecho de propiedad privada nunca podría constreñir al legislador).

La Declaración constitucional de 1793 enumera, a renglón seguido, una serie de derechos sociales: el derecho a la subsistencia, al trabajo y, cuando éste falte, a unos socorros públicos que la aseguren (prestación por desempleo, en nuestra terminología actual); derecho a la instrucción. Agréganse, por último, derechos colectivos del pueblo soberano (imposibles de ejercer a menos que la soberanía sea, como lo proclama esa Constitución, una e indivisible): derecho a dotarse de una nueva constitución, sin tener que conformarse a la establecida por una generación precedente, y derecho a la insurrección si el gobierno llegara a violar los derechos del pueblo.

Consecuente con ese jusnaturalismo que hace titular a todo ser humano de unos derechos esenciales —entre ellos la libertad personal—, la Convención Nacional (dominada por los jacobinos) va a decretar el 4 de febrero de 1794 (16 de pluvioso del año II) la abolición de la esclavitud en los territorios ultramarinos de la República. En esa abolición encontramos la realización efectiva del viejo principio estoico de la hermandad universal entre los hombres.

Esa fecha del 4 de febrero de 1794 es el más decisivo jalón en la marcha milenaria de la humanidad a su reconciliación fraterna consigo misma, sobre la base de los derechos naturales del hombre. Cuando el verdugo de la revolución, Napoleón Bonaparte, pretenda restablecer la esclavitud (a raíz del Tratado de Amiens con los ingleses, de 1802), se producirá, como resistencia, la segunda gran revolución, la del pueblo negro de Santo Domingo, que pronto va a derrotar a las tropas francesas, instaurando la primera república emancipada del yugo colonial —por lo cual cabría, tal vez legítimamente, ver en esa revolución haitiana un capítulo aún más importante de la historia universal que la propia revolución francesa.

Volviendo a las controversias que se habían desarrollado en la Convención Nacional de la I República francesa, nos percatamos de que la oposición entre jacobinos y girondinos tenía algo que ver con la cuestión de los derechos naturales del hombre. Para los moderados o girondinos el Derecho natural, por sí solo, no tiene fuerza suficiente para fundamentar los derechos individuales, que han de sustentarse, más bien, en el pacto social y, por lo tanto, en la concordante voluntad general de los habitantes de un territorio erigido en estado independiente. Por eso la configuración y el alcance de tales derechos están —según ellos— sujetos al convenio entre conciudadanos, variable y contingente, al albur, en parte, de las tradiciones, la

historia y las conveniencias sociales.<sup>13</sup>

Los jacobinos, en cambio, consideraban que todas esas circunstancias pueden constituir inevitables constreñimientos para el ejercicio de los derechos, pero nunca alterar su existencia ni su titularidad.

Se ha dicho —no sin cierta base— que el pensamiento girondino acabaría prevaleciendo. Veremos en seguida cómo hay que matizar ese aserto.

---

### §3. El itinerario de los derechos humanos a partir de 1848

Si bien la Constitución de la II República francesa, del 4 de noviembre de 1848, ya no mencionará el Derecho natural ni adoptará la locución de «derechos naturales del hombre», es manifiesta su inspiración jusnaturalista.

Ya su Preámbulo proclama «en presencia de Dios y en nombre del pueblo francés», su obediencia a unos valores que, con meridiana claridad, se reconocen como cánones supraconstitucionales —y no como resultados de un pacto o una decisión: la equidad, el bienestar de todos, la moralidad, la ilustración. El art. III de dicho Preámbulo, además, afirma tajantemente: la República «reconoce deberes y derechos anteriores y superiores a las leyes positivas».

¿Qué mayor jusnaturalismo puede haber? Unos deberes y unos derechos anteriores y superiores a la legislación positiva son, por definición, deberes y derechos de la Ley Natural. Esa Constitución es la primera en renunciar a la guerra de conquista. Reitera los derechos sociales de 1793, enunciándolos como el derecho a la asistencia fraternal de los conciudadanos. Por otro lado, instaure nuevas libertades, como la de reunión y asociación. En el orden social, establece el derecho del obrero a relaciones equitativas con el patrón y el de los trabajadores en general a que la República emprenda obras públicas que empleen a los desocupados, además de instituir seguros que amparen a los enfermos, desvalidos y viejos.

Así pues, en vez de basar los derechos fundamentales del individuo en la voluntad general, ésta sólo aparece válida en tanto en cuanto se ajuste al reconocimiento y respeto de los derechos del hombre, detallados —según lo hemos visto— con un enfoque igualitario y fraternalista que va más lejos que el de los jacobinos de 1793.

Verdad es que tales referencias serán abandonadas en las constituciones posteriores de la República francesa. La III, la de 1871, nunca se dotará, en rigor, de una constitución, sino de un ramillete de leyes constitucionales adoptadas por puro pragmatismo. En ellas estaban ausentes los derechos naturales del hombre porque también lo estaban los derechos fundamentales del individuo, cuya única tutela jurídica quedaba —a lo largo de los 14 lustros de aquel régimen burgués— a la merced de la legislación ordinaria, de los actos administrativos y de una jurisprudencia

---

<sup>13</sup>. De ahí que rechazaran la abolición de la esclavitud, dejándola para algún siglo posterior.

maniatada por el omnímodo legalismo de la doctrina jurídica que por entonces alcanza la hegemonía: el positivismo jurídico (que en esas postrimerías del siglo XIX estaba ya dejando de ser la extravagancia de un puñado de juristas, en su mayoría anglosajones).

Ya en el último tercio del siglo XIX se va a constitucionalizar, esta vez en España, un amplio catálogo de derechos, aunque ni uno solo de bienestar. Se lleva a cabo en la Constitución de 1869, cuya inspiración jusnaturalista es patente. Fueron interesantísimos, apasionados y corteses los debates de aquella magna asamblea, que congregó a obispos y tribunos ateos, a profesores panteístas y abogados moderantistas, a hombres de diversas clases, convicciones, trayectorias y esperanzas para su Patria. En tales controversias un tema pareció perfilarse: el de que los derechos esenciales del hombre son ilegislables. Por ser supralegales, supraconstitucionales —o sea, normas de Derecho natural—, la ley ni siquiera estaría habilitada para regular su ejercicio. Evidentemente tal exaltación comportaba una visión muy idealista, desconocedora de los conflictos entre derechos.

Más explícita todavía es la Constitución de la I República (no promulgada pero sí adoptada por las Cortes constituyentes el 17 de julio de 1873) al afirmar en su *Título preliminar*: «Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales». Tras enumerar ocho derechos fundamentales —tildados de «derechos naturales de la persona»—, el citado Título concluye así: «Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva». Es, sin lugar a dudas, la expresión más rotunda de jusnaturalismo que se haya formulado en un texto constitucional.

El articulado de la nonnata Constitución de 1873 reiterará, ampliará y detallará esos ocho derechos esenciales del Título preliminar; es innegable que en la mente del constituyente de 1873 ese desarrollo no hace sino explicitar lo ya implícito en la enumeración del exordio. Hay que notar que se trata de derechos de toda persona, español o extranjero, aunque en un caso el articulado, en su tenor literal —desmentido por el contexto— sólo parezca regular algunos de tales derechos para los españoles. Ese humanismo del texto republicano de 1873 explica que en el mismo se reconozca el derecho de inmigración: «Art. 27°. Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas».

He señalado que en ese momento (1869) todos aceptan la existencia del Derecho natural y todos coinciden en fundar en él los derechos fundamentales del individuo.<sup>14</sup>

Ahora bien, nos topamos en ese momento con un menor énfasis en la defensa

---

<sup>14</sup> Todos salvo aquellos carlistas que se han retraído de participar en la asamblea y salvo los incipientes grupos de inspiración proudhoniana —más tarde bakuninista— que rechazan todos esos conceptos, porque en una sociedad sin estado no habrá necesidad alguna de derechos del hombre y en una con estado son imposibles.

del Derecho natural fundante de los derechos individuales entre el sector progresista (predominantemente krausista) y con alguna reticencia del pensamiento católico conservador, que no rechaza en absoluto la existencia de un Derecho natural, pero que sí piensa que éste es deficiente y precario cuando no viene iluminado por la fe; y, en la medida en que recibe esa luz, deja de ser puro Derecho natural. La fe es, en efecto, una iluminación sobrenatural.

---

#### §4. Ley natural y derechos del hombre en la tradición católica

Tengo que remontarme aquí a la larga y sinuosa aceptación del Derecho natural en la tradición católica.

Ya hemos visto que habían sido los filósofos estoicos quienes sentaron los cimientos del Derecho natural. Ulpiano define el Derecho natural como aquello que la naturaleza prescribe a todos los animales, entre ellos el hombre. Los emperadores cristianos Teodosio y Justiniano, en sus compilaciones legislativas, recogen y asumen esa definición.

Más tarde, sin embargo, S. Isidoro de Sevilla reservará la ley natural al ser humano, basándola, no en los imperativos de la naturaleza, sino en la razón, que sería patrimonio exclusivo del ser humano. Para distanciar aún más la ley natural, propia del hombre, ser espiritual, de las exigencias de la naturaleza, que constreñirían a los animales no humanos, S. Isidoro va a identificar la ley natural con la divina, sin quedar muy claro el distingo entre ley divina natural y ley divina positiva.<sup>15</sup>

Simultáneamente toda la alta Edad Media va a darle mil vueltas —lo mismo en tierra cristiana que en tierra musulmana— a las complicadas relaciones entre fe y razón, con fórmulas sugerentes pero de significado ambiguo, como la anselmiana de *fides quaerens intellectum*.

Va a ser necesaria la aportación de los escolásticos tardíos —de Abelardo a comienzos del siglo XII a Santo Tomás en la segunda mitad del XIII— para ir despejando dudas, delimitando los terrenos de la fe y de la razón. El Derecho natural es alcanzable por la sola luz de la razón, sin necesitar para nada la guía de la fe y sin mezclarse con ningún dato sobrenatural. Su estudio pertenece a la filosofía y a la ciencia jurídica, ninguna de las cuales ha de acometerse mirando a los contenidos de la fe, puesto que las verdades filosóficas y las de Derecho natural están perfectamente al alcance de un pagano y de un infiel.

Mas esa postura intelectualista y naturalista siempre se topó con cierta resistencia en algunos sectores, como los agustinianos y los franciscanos, por motivos diversos. Para los seguidores de San Agustín el pecado original había dañado, corrompido y degradado profundamente la naturaleza humana, incluyendo su aptitud intelectual, por lo cual ni siquiera nos son bien cognoscibles, sin el auxilio de la fe, las verdades que, de suyo, son racionalmente accesibles (y lo eran efectivamente para

---

<sup>15</sup> V. Crowe, Michael B., *Natural Law*, Leiden: Brill, 1977, pp. 70-71.

Adán y Eva antes de la caída). Así pues, los principios del Derecho natural tampoco nos son —en ese enfoque— claramente evidentes, a menos que nos dejemos iluminar por la revelación sobrenatural.

Por su lado, la escuela franciscana tiende al voluntarismo, que rechaza, por lo tanto, que los preceptos de Derecho natural los instituya Dios porque tiene necesariamente que instituirlos, porque son justos, porque su entendimiento infinito se lo manifiesta así y, porque, siendo un ser perfectamente benevolente, tiene, en sus actos de voluntad, que seguir el dictamen infalible de su entendimiento. Esa necesidad la abraza Santo Tomás y cuatro siglos después la desarrollará Leibniz. Pero el voluntarismo lo ve de otro modo: es preceptivo no matar porque Dios así lo ha decidido; sería, incluso por Derecho natural, preceptivo matar si tal hubiera sido su decisión.

Fideísmo y voluntarismo se dan la mano, en dosis mayores o menores, en una gama de pensadores y predicadores. En esa doble tradición se ubica Martín Lutero. El primer protestantismo, sin rechazar del todo el Derecho natural, será muy desconfiado hacia él, justamente por la depravación del hombre tras el pecado que le impide hacer nada bueno sin el auxilio de la gracia sobrenatural.

La enseñanza oficial de la Iglesia Católica va a abrazar la doctrina de Santo Tomás de Aquino, pero va a fluctuar ante las crisis y los movimientos novedosos que cuestionen su autoridad en nombre de la naturaleza. Así, ya en el Renacimiento tenemos entre muchos humanistas una exaltación del *homo naturalis*, que radica en la humana naturaleza una aptitud para la verdad y el bien que parece entrar en conflicto con el pecado original. Y, ante eso, hay repliegues y fijaciones fideístas. Todavía más resurge una fuerte tendencia, más o menos abiertamente fideísta, en el magisterio eclesiástico frente a la insolencia del racionalismo naturalista del siglo XVIII y su vástago, el liberalismo del XIX. Los Sumos Pontífices Gregorio XVI y Pío IX, en sucesivas encíclicas, van a condenar la tesis metodológica de que a un católico le es lícito estudiar filosofía sin atender a los contenidos de la fe.

Particularmente explícita es la famosa Encíclica *Quanta cura* de Pío Nono (1864),<sup>16</sup> que condena (reiterando la postura de sus predecesores) la libertad de conciencia. No puede haber libertad para el mal ni para el error. Por lo tanto el pensamiento no puede desarrollarse sin atender a las verdades reveladas. Es cierto que la pura luz natural de la razón es capaz, en principio, de llegar a la verdad, pero, dada la fragilidad de la naturaleza caída del hombre, hay una gran propensión al error. Del mismo modo, sería tener una idea excesivamente optimista de la naturaleza humana confiar en unos principios de Derecho natural que el ser humano pudiera comprender sólo por la razón, desconociendo que ésta es, hoy, una naturaleza contaminada por el pecado, que propende al mal. El apartado III de la Encíclica estigmatiza el naturalismo, a saber: la doctrina de que «la mejor constitución de la sociedad [...] requiere [que] [...] sea conducida y gobernada sin atender a la religión, como si no existiera, o, al menos, sin hacer distinción entre la religión verdadera y las

---

<sup>16</sup> V. <http://www.papalencyclicals.net/Pious09/p9quanta.htm>, consultada en 2013-05-28.

falsas». Y el apartado IV precisa que, una vez que se descarte la religión de la vida política y se deje de lado la revelación, la sociedad quedará sin otro fin que amasar riquezas, los hombres sólo perseguirán su placer y su interés. El pensamiento del soberano pontífice está bien claro: hay, sin duda, un Derecho natural pero éste, sin el auxilio de la fe, sin la guía de la revelación sobrenatural, es incapaz de regular justamente la sociedad. Una sociedad que no profese públicamente la verdadera religión está condenada a la injusticia y al desorden. Por consiguiente, aunque hay Derecho natural, es casi como si no lo hubiera.

El Anejo de dicha Encíclica papal, el *Syllabus errorum*, enumera una serie de yerros que los católicos tienen obligatoriamente que evitar. Uno de ellos es el naturalismo, según el cual (punto III) «La razón humana es el único juez de lo verdadero y de lo falso, del bien y del mal [...] y le bastan sus solas fuerzas naturales para procurar el bien de los hombres y de los pueblos». También se condena (punto XIV) esta tesis: «La filosofía debe tratarse sin mirar a la sobrenatural revelación».

A finales del siglo XIX, con el pontificado de León XIII, se esboza una tímida revisión de esas enseñanzas. Reintrodúcese la oficialidad de la doctrina filosófica de Santo Tomás.<sup>17</sup> Si, desde enfoques hostiles a la Iglesia, esa imposición se ha visto (no sin motivos) como una intromisión indebida de la autoridad, hay que reconocer, empero, que, con la restitución del tomismo, se venía también —discretamente— a superar esa tendencia fideísta que tanto había desacreditado al catolicismo oficial a lo largo de varios pontificados. Los pasos decisivos en el abandono del fideísmo, en la reconciliación con la razón y en la rehabilitación del Derecho natural los va a dar el breve pero fructífero pontificado del insigne y bondadoso jurista Jaime della Chiesa, que reinó como Benito XV (1914-22).

Pero volvamos al reconocimiento de los derechos naturales en las constituciones. Si en 1873 nuestra abortada Constitución republicana asume, en su máximo esplendor, el enfoque jusnaturalista, la restauración borbónica de diciembre de 1874 y la Constitución canovista de 1876 serán simultáneas con el auge del juspositivismo, aunque éste tardará todavía varios lustros más en hacerse prevalente en las Facultades de Derecho.

En España todavía en esos años predomina la escuela krausista, que fue la que reintrodujo en la Universidad española las cátedras de Derecho natural.<sup>18</sup>

Remontándonos ligeramente hacia atrás, hay que recordar que ya en el medio siglo largo que transcurre entre el congreso de Viena (1815) y la liberalización de las monarquías absolutas de Europa central (años sesenta), el liberalismo doctrinario o moderado había, no digamos que abiertamente renegado del Derecho natural, pero

---

<sup>17</sup>. En la Encíclica *Aeterni Patris*, 1879. V. [www.papalencyclicals.net/Leo13/I13cph.htm](http://www.papalencyclicals.net/Leo13/I13cph.htm), cons. en 2013-05-28

<sup>18</sup>. La primera cátedra de Derecho Natural y de Gentes se había establecido, en los Reales Estudios de S. Isidro, en Madrid, en 1770. Bajo el reinado de Carlos IV se suprimieron tales cátedras, por temor justamente a lo subversivo de la enseñanza del Derecho natural. Se restablecerán en el reinado de Isabel II, por obra de la revolución liberal y por la incipiente influencia krausista.

sí puesto sordina a su invocación, propicia a reclamar demasiados derechos o derechos excesivamente amplios para todos los seres humanos, cuando los moderados sólo querían pocos derechos para pocos hombres (entre otras razones porque defendieron, hasta el último momento, la persistencia de la esclavitud —que en España sólo será abolida por el Pacto de Zanjón en 1880; la República la había abolido en la provincia de Puerto Rico, pero no había tenido tiempo de hacerlo en la isla de Cuba).

Todavía no podemos hablar en aquel tiempo, a mediados del siglo XIX, de juspositivismo (como no sea en el estrecho círculo de la jurisprudencia analítica inglesa, inaugurada por John Austin, el discípulo de Bentham). Pero ya hay una desconfianza hacia el Derecho natural, por su potencial emancipador y revolucionario. Hemos visto que esa desconfianza es común a todos los sectores conservadores, liberales y absolutistas.

Las constituciones del siglo XX prescindirán, en cambio, del fundamento de los derechos naturales, al menos en su tenor literal. El avance de los derechos humanos en absoluto queda fielmente reflejado en el ilusorio esquema de las tres o cuatro presuntas generaciones sucesivas de derechos humanos (tan caros a los constructores de moldes superpuestos según pautas artificiales).

Lo que sí es verdad es que los derechos de bienestar, ya reconocidos (en la terminología de la época) por las constituciones republicanas francesas de 1793 y de 1848, hallarán un incipiente registro en la Constitución mexicana de 1917, en la alemana de dos años después, en la de la república soviética rusa de 1918 (con una enunciación que desafía los usuales modelos jurídicos) así como en la republicana española de 1931.

El verdadero avance lo darán: en 1936 la Constitución de la URSS y al año siguiente la de la nueva república irlandesa (de inspiración católica).<sup>19</sup> Avances que, en parte, vinieron posteriormente incorporados a las grandes constituciones democrático-republicanas de la segunda posguerra mundial (como la francesa de 1946 —principalmente en su primera versión, que fracasó, como en seguida vamos a ver— y la italiana del año siguiente).

En Francia la asamblea constituyente aprobó un proyecto de Constitución progresista el 19 de abril de 1946. Sin usar la locución «Derecho natural», está clarísima su inspiración jusnaturalista, al proclamar en su Preámbulo «que todo ser humano posee derechos inalienables y sagrados que ninguna ley puede vulnerar»; teniendo en cuenta que en la doctrina constitucionalista francesa siempre se ha entendido que la Constitución es una ley, eso significa que ese texto se está inclinando ante normas supraconstitucionales y, por ende, de Derecho natural. A renglón seguido afirma que, como consecuencia de lo recién enunciado, «decide,

---

<sup>19</sup>. Las aportaciones de esas dos constituciones —de inspiración tan distinta y aun opuesta, pero, sin embargo, coincidentes en incorporar decisivamente los derechos sociales— se estudian en Peña, Lorenzo, «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por Peña, Lorenzo y Ausín, Txetxu. México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006. ISBN 978-84-934395-5-2.

como en 1793, 1795 y 1848, inscribirlos [tales derechos supraconstitucionales] en el encabezamiento de su Constitución».

Ninguna Constitución anterior y poquísimas posteriores van a regular con la generosidad y el detalle de ese magnífico proyecto constitucional francés de abril de 1946 los derechos de libertad y los de bienestar. La propiedad recibe una definición que se inspira en la de Robespierre: según el art. 38, es el derecho de usar, disfrutar y disponer de aquellos bienes que a cada quien le garantice la ley. Nuevamente tenemos que el legislador no queda sujeto al respeto de una propiedad privada supralegislativa. Además el art. 36 limita el ejercicio del derecho de propiedad a la utilidad social, reservando a la colectividad la propiedad común de los servicios públicos y empresas en situación de monopolio. Correlativamente a esos derechos, todos están obligados «por el deber de contribuir al bien común y a la fraterna ayuda mutua» (art. 39).

Desgraciadamente, el plebiscito del 5 de mayo de 1946 arrojó un resultado negativo, con un 53% de noes. La nueva asamblea constituyente va a elaborar un proyecto muchísimo más conservador, cuyo Preámbulo —si bien se reconoce vagamente que todo ser humano posee derechos inalienables y sagrados (una manera tenue de mantener un vestigio jusnaturalista, aunque descafeinado)— instituye como canon de los derechos humanos la tabla versallesa de 1789, aunque (a título, aparentemente, programático más que normativo) agrega algunos principios sociales a favor de los trabajadores. En el articulado de la nueva Constitución están ausentes los derechos humanos.

Escarmentados por la amarga derrota del mes de mayo, los sectores progresistas tragaron con todas esas concesiones, que dejaban en agua de borrajas lo que había querido ser una ambiciosa carta humanista y garantista. Así y todo, el nuevo plebiscito del 13 de octubre se saldó con una mayoría de nueve millones de síes frente a ocho de noes y siete de abstenciones y votos blancos. O sea, sólo un 36% del cuerpo electoral se pronunció a favor del nuevo texto. La inmediata posguerra no empezaba muy bien para los derechos humanos. Felizmente la Constitución italiana de 1947 va a suponer una enorme mejora.

Dada la doctrina jurídica predominante en la época, los redactores de las constituciones de este período se cuidan mucho de invocar el Derecho natural o de calificar a los derechos fundamentales que reconocen como derechos naturales del individuo humano. Pero una cosa es lo que dicen y otra lo que hacen. Y lo que hacen, en la medida en que constitucionalizan tales derechos, es —comoquiera que se formule en cada caso— expresar su reverencia por tales derechos. En ningún momento, y bajo ningún aspecto, abordan la cuestión de si se va a estipular o no que haya derechos de libertad y de bienestar como se decide si la república va a ser unitaria o federal, si el parlamento será unicameral o bicameral o si el mandato presidencial durará 4, 5, 6 ó 7 años.

En tales asuntos, los poderes constituyentes desarrollan un discurso en el que se remiten a la conveniencia práctica o a la voluntad general, cuando no a la pura decisión arbitraria de la asamblea constituyente. En cambio, al incorporar la

constitucionalización de los derechos individuales, lo hacen en términos que indican que el poder constituyente está obligado a tal incorporación por principios vinculantes supraconstitucionales. No es la voluntad del legislador constituyente la que funda los derechos de la persona; es el reconocimiento de tales derechos, su incorporación al texto constitucional, lo que otorga a éste su legitimidad; una legitimidad por el contenido, no por el mero hecho contingente de la voluntad mayoritaria (pues ya la amarga experiencia alemana había demostrado que ésta podía avalar también el establecimiento de un régimen ilegítimo).

---

### §5. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

Llegamos así a 1948.<sup>20</sup> El 10 de diciembre de ese año la Asamblea General de las Naciones Unidas —reunida en el Palacio Chaillot, en París— aprueba la Resolución 217 (III) A, cuyo contenido es la Declaración Universal de Derechos Humanos, DUDH, la cual unifica y pone en el mismo plano los de libertad y los de bienestar.

La Declaración no brotaba de la nada. Ya la Carta de las Naciones Unidas (junio de 1945) «reafirma su fe en los derechos humanos fundamentales y en la dignidad y el valor de la persona humana», encomendando a los Estados miembros la tarea de promover «el respeto y la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión».

Para plasmar ese compromiso genérico en un texto más preciso se había pensado inicialmente en una Carta de Derechos (un *Bill of rights* internacional), que habría tenido fuerza vinculante de *ius cogens*. Era prematuro. Sólo en 1966 se realizará esa aspiración (imperfectísimamente) con dos Tratados que tardarán aún diez años más en alcanzar vigencia (relativa a los países que los han ratificado, a menudo con numerosas reservas).<sup>21</sup>

Múltiples eran las dificultades a que se enfrentaba el proyecto de una Carta internacional de derechos. Semejante Carta habría instituido unas obligaciones convencionales; por el principio lógico-deontológico de la correlación entre derechos y deberes, tales obligaciones implicarían unos derechos correlativos, que serían los derechos fundamentales del hombre. Pero, así concebidos, tales derechos serían sólo facultades de los súbditos de los Estados signatarios —o, en el mejor de los casos, de cualesquiera seres humanos sólo con relación a esos Estados, fundados en esas obligaciones voluntariamente asumidas por los mismos. No serían, pues, derechos inherentes a la persona humana anteriores y superiores a tales compromisos estatales

---

<sup>20</sup> Sobre esa Declaración y la historia de la noción de *jusnatural*, v. Ishay, Micheline R., *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, University of California Press, 2008, ISBN 9780520256415.

<sup>21</sup> Un escueto e interesante resumen de la gestación de la Declaración lo ofrece Juan Antonio Carrillo Salcedo en *Dignidad frente a barbarie: La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, Madrid: Trotta, 1999, pp. 47 y ss.

o interestatales.

De plasmarse en una Carta con valor de *ius cogens*, los derechos valdrían lo que valieran los artículos concretos en que se enunciarían, en lugar de valer principalmente por el espíritu del conjunto. Tal documento habría sentado que, desde su adopción en adelante, los seres humanos tendrían ciertos derechos fundamentales o esenciales. No era eso lo que se buscaba. Antes bien, queríase un reconocimiento universal de que, por su común pertenencia a la familia que todos formamos, los seres humanos estamos ligados, los unos con los otros, por un vínculo recíproco de hermandad, del cual se deduce que cada uno es titular de unos derechos exigibles frente a todos (*erga omnes*) y que, correlativamente, pesa sobre él un deber de respetar y satisfacer iguales derechos de los demás.<sup>22</sup>

Conque de la idea de una Carta se pasó a la de una Declaración. De su redacción se encargó una Comisión de Derechos Humanos (CHR), presidida por la ex-primer dama estadounidense, D<sup>a</sup> Leonora Roosevelt,<sup>23</sup> e integrada por ciudadanos de tres reinos —Inglaterra, Canadá y Australia (las dos últimas, sendos dominios británicos)— y de cinco repúblicas: Chile, Líbano, China, Francia y Bielorrusia.

En esa Comisión redactora brillaron, por su destacada participación: el vicepresidente, el filósofo y dramaturgo Dr. Chang Peng-Chun —representante de la China nacionalista del Kuo Mintang—; el relator, un cristiano maronita libanés (filósofo y teólogo, adepto de Santo Tomás de Aquino), Charles Habib Malik; el abogado canadiense John Humphrey; y el jurista francés René Cassin —presidente vitalicio de la Alianza Israelita Universal—.<sup>24</sup> De cada uno de ellos se ha dicho que fue el principal redactor del texto. Sin duda, todos hicieron aportaciones destacadas.

Inclínome a pensar que sobresalieron las consideraciones de R. Cassin, destacado pensador y político francés, quien aportó a los trabajos de la comisión, no sólo la tradición de las Declaraciones francesas (y el espíritu del fracasado proyecto constitucional galo de la primavera de 1946), sino también otras contribuciones, como la del solidarismo francés (tan caro al republicanismo radical del Norte de los Pirineos).

No cabe desconocer que los trabajos de la comisión redactora fueron precedidos y acompañados por amplias consultas, en las cuales se tomó nota del parecer de personalidades de varias partes del mundo: de Francia (Jacques Maritain,

---

<sup>22</sup>. Una interesante, aunque escueta, descripción de todo el complicado proceso que condujo a la redacción y a la aprobación de la DUDH se encuentra en Oraá, Jaime y Gómez Isa, Felipe, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, pp. 43 y ss.

<sup>23</sup>. Sobre el destacado papel de D<sup>a</sup> Leonora, v. Glendon, Mary Ann, *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York: Random House, 2001. ISBN 978-0-679-46310-8.

<sup>24</sup>. Inglaterra estuvo representada por Charles Dukes; Chile por Hernán Santa Cruz (de quien hablaré más abajo); Bielorrusia por Alejandro Bogomolof; Australia por William Hodgson.

el filósofo neotomista que —bajo el rótulo de «personalismo»<sup>25</sup> había propuesto una síntesis de la doctrina católica con el legado de las Luces y de la revolución, agregando una dimensión social y comunitaria, en ruptura con el individualismo);<sup>26</sup> de Inglaterra (Aldous Huxley), de China, de la India (el Mahatma Gandhi), del Oriente Próximo, del bloque soviético, de América Latina.

Es de señalar el jusnaturalismo al que, por lógica jurídica, se vieron llevadas las propuestas de algunos de los partícipes en la deliberación, que, sobre el papel, profesaban empero, oficialmente, alguna versión del positivismo jurídico.<sup>27</sup>

En la coincidente perspectiva de varias de las influencias que se manifestaron en la comisión —concretamente el confucianismo del Dr. Chang, el tomismo de Charles Malik y Jacques Maritain y el solidarismo de Cassin—, deberes y derechos son recíprocos, basándose la titularidad de unos derechos esenciales del individuo humano en la común pertenencia a la familia humana, en el deber de fraternidad recíproca dimanante de esa pertenencia, y no en la mera clasificabilidad del individuo bajo un determinado concepto específico, o en su separada posesión de la abstracta forma sustancial *homo*. De donde se sigue que no habría derechos humanos si no hubiera humanidad. (Un individuo humano que fuera el único miembro de la especie en un universo sin ningún semejante ¿sería titular de derechos humanos?)

Ni siquiera se funda dicha titularidad en los rasgos enaltecedores típicamente poseídos por los animales de tal especie, que la Declaración va a recoger en su artículo 1, a saber la razón y la conciencia. (Esa conciencia —una adición propuesta

---

<sup>25</sup>. Rótulo popularizado por Emmanuel Mounier con una orientación algo distinta. V. Coutel, Charles & Rota, Olivier (eds), *Deux personnalistes en prise avec la modernité: Jacques Maritain et Emmanuel Mounier*, Arras: Presses Université, 2013.

<sup>26</sup>. Maritain siempre fue un pensador muy *sui generis*, desde sus comienzos, con un itinerario vital e intelectual extremadamente singular. Estuvo, en 1936-39, entre las poco abundantes personalidades católicas que se alinearon a favor de la República Española. A partir de esa experiencia —que lo enfrentará a algunos amigos suyos, como el R.P. Garrigou-Lagrange, O.P.— irá sentando las bases de una doctrina democristiana, un humanismo católico abierto a los tiempos modernos. Dejando aquí de lado su enorme producción en otras disciplinas filosóficas, y limitándonos a la filosofía político-jurídica, cabe citar: *Humanisme intégral* (1936), *De la justice politique* (1940), *Les droits de l'homme et la loi naturelle* (1942), *Christianisme et démocratie* (1943), *Principes d'une politique humaniste* (1944), *La personne et le bien commun* (1947) y la obra póstuma *La loi naturelle ou loi non-écrite*. Sus adversarios se cebaron en las enormes coincidencias entre las doctrinas de Maritain y las que un siglo antes había defendido otro gran pensador francés, el P. Félicité de Lamennais, que fue condenado y excomulgado por el Papa Gregorio XVI y que inspiró la obra de Giovanni Mazzini *I doveri dell'uomo*. Claro que esa polémica tenía lugar antes del Concilio Vaticano II.

<sup>27</sup>. El jusnaturalismo que inspira el texto de la DUDH ha sido puesto de relieve por Antonio Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. A. Pentimalli y B. Ribera, Barcelona: Ariel, 1993, pp. 49-50: «La matriz jusnaturalista, inspirada sobre todo por Occidente, aparece en el Preámbulo [...] el derecho a rebelarse contra la tiranía, propio de toda concepción jusnaturalista [...] está bastante diluido [...] Tal como se ha dicho antes, mientras que los países socialistas querían que este derecho se proclamara abiertamente, los occidentales se oponían por temor a legitimar la insurrección. La solución de compromiso consistió en [un] reconocimiento edulcorado [...]». Si eso es así, no resulta nada claro que Cassese lleve razón al atribuir principalmente a los occidentales la inspiración jusnaturalista.

por el Dr. Chang— tiene el sentido, no del inglés *awareness*, sino de la conciencia ética, de la empatía, compasión o benevolencia.) Esos dos rasgos se enuncian en ese artículo como motivos para que los seres humanos cumplan su deber de conducta mutuamente fraterna, cuyo detalle estriba en el respeto y la satisfacción de los derechos humanos. Mas una cosa es que constituyan el motivo y otra que sirvan de fundamento. Los individuos de la familia humana, por tener razón y empatía, han de percatarse del fundamento de los derechos, actuando en consecuencia, con un comportamiento fraterno.

El fundamento es el haz de valores cuya solemne proclamación inaugura el Preámbulo: la libertad, la justicia, la paz, el reconocimiento del valor intrínseco y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Dejando de lado la circularidad de la redacción (probablemente retórica), parece verosímil interpretar ese aserto en el sentido de que lo que funda los derechos es el cúmulo de los valores de paz, justicia, igual valor (dignidad) de todos y, principalmente, la co-pertenencia a la familia humana. A ello se agregan, en el párrafo siguiente, otros valores —posiblemente concreciones de algunos de los anteriores—, como el vivir libres del temor y de la miseria y la libertad de palabra y de creencias.

Los debates de la comisión pusieron de manifiesto que —según perspicaces palabras de Maritain—<sup>28</sup> era más difícil ponerse de acuerdo sobre el fundamento de los derechos que sobre los derechos mismos. Sin embargo eso no era del todo exacto. Por un lado, no se logró un pleno acuerdo sobre la lista de los derechos. En seguida me voy a referir a las ocho abstenciones.<sup>29</sup>

Un riguroso análisis jusfilosófico pondría de relieve numerosos contenidos dudosos en el articulado de la Declaración. Si ésta, globalmente tomada, va a constituir, sin duda, un avance para la lucha por los derechos del hombre, tal valoración sólo es correcta cuando prescindimos del detalle de su catálogo, de sus vacíos y silencios, de sus vaguedades y de sus ocasionales excesos.

Y si, con relación al contenido, distó de haber unanimidad, en cambio sí se alcanzó, acerca de los fundamentos, más acuerdo del que sugiere Maritain. Vamos a examinarlo.

---

## §6. ¿Es la dignidad humana el fundamento de los derechos del hombre?

Según lo he constatado unos párrafos más atrás, en lo tocante al fundamento se alcanzó un amplio consenso al basar la Declaración en la vigencia supralegislativa de ciertos valores supremos de la humanidad, el principal de los cuales era el valor del propio ser humano —que en el texto de la Declaración enuncia con el vocablo de

---

<sup>28</sup>. V. Killough, Patrick, «Jacques Maritain: Ideological foes can cooperate». [http://www.patrickillough.com/philosophy/jacques\\_maritain.html](http://www.patrickillough.com/philosophy/jacques_maritain.html), consultada en 2013 00:14:04-05-02.

<sup>29</sup>. Quien esto escribe opina que estaban cargados de razón seis de ellos en un punto esencial, que era el de la propiedad privada o pública.

«dignidad humana».

En el Preámbulo se emplea —en su versión inglesa— la hendíadis «the dignity and worth of the human person». Juzgo perfectamente verosímil que con tal hendíadis se esté queriendo precisar que, al hablar de «dignidad», la Declaración desliga esa palabra de sus connotaciones histórico-semánticas de rango, de excelstitud, de elevación en una jerarquía o de honrabilidad o reverenciabilidad, para entenderla como lo valioso del ser humano. Así entendida, la dignidad (o sea: el valor-y-dignidad) del ser humano se toma como un hecho, no como un derecho ni como un deber.

No es que el ser humano deba ser digno ni que tenga derecho a serlo, sino que lo es; lo es, en el sentido de tener ese valor-y-dignidad, e.d. en el sentido de que es un ente valioso. Doblemente valioso, de manera absoluta y relativa. Absoluta, en tanto en cuanto un mundo sin humanidad es peor que uno con humanidad. Relativa en el sentido de que para un ser humano otro ser humano es un ser valioso, por el nexo de hermandad que los une.

No está de más aquí una digresión sobre esa incorporación de la dignidad a la DUDH,<sup>30</sup> cuando ese concepto estaba ausente de las declaraciones francesas de 1789, 1793, 1795, 1848, 1946 (proyecto constitucional frustrado), de las declaraciones americanas y de casi todas las demás declaraciones de derechos humanos.<sup>31</sup>

De Pico della Mirandola a fines del siglo XV a Kant, trescientos años después, la dignidad ha estado prácticamente ausente —exceptuando su papel en Pufendorf—,<sup>32</sup> igual que había estado ausente de toda la reflexión ética y jurídica de toda la multifacética tradición prekantiana y seguirá ausente hasta 1948.<sup>33</sup>

Si bien en la teología católica del último tercio del siglo XX, tras el Vaticano II, se ha tematizado la dignidad como un concepto esencial, basado en la creación

---

<sup>30</sup> V. Malpas, J.E. & Lickiss, Norelle (eds), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Springer Verlag, 2007, ISBN 9781402062810.

<sup>31</sup> Sólo aparece en el Título Preliminar, art. 1, de la no-promulgada Constitución republicana española de 1873, que reclama para todos los hombres «el derecho a la vida y a la seguridad y a la dignidad de la vida». Ahí la dignidad es un derecho: el derecho a vivir dignamente. No es un hecho que fundamente los derechos.

<sup>32</sup> V. Saastamoinen, Kari, «Pufendorf on Natural Equality, Human Dignity, and Self-Esteem», *Journal of the History of Ideas*, 71/1, 2010, pp. 39-62.

<sup>33</sup> El auge del concepto de dignidad en una amplísima gama de concepciones jusfilosóficas en los últimos decenios ha llevado a sus más entusiastas paladines —con vistas a mostrar sus hondas raíces— a rastrearlo en la historia del pensamiento filosófico y jurídico, acudiendo a procedimientos hermenéuticos discutibles. Así Gregorio Peces-Barba —en *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Madrid: Dykinson, 2003 (2ª ed)— se complace en aducir, como exponentes de la idea de dignidad humana, a cuantos pronunciaron juicios laudatorios del ser humano, alabando sus excelentes cualidades y aptitudes o defendiendo una visión antropocéntrica del cosmos. El inconveniente de ese método interpretativo es que demuestra demasiado, pues, con tal criterio, pocos habrá habido que no creyeran en la dignidad humana (tal vez los agustinianos —incluyendo a los protestantes y jansenistas—, por su visión pesimista del hombre tras la caída). El máximo campeón de la dignidad humana será Descartes, quien lleva al extremo la elevación del hombre por sobre los demás animales al reducirlos a puras máquinas.

del hombre a imagen y semejanza de Dios, esa creación, en el pasado, no se había conceptualizado en tales términos, pues no se había usado la locución *hominis dignitas*; mucho habrá que hurgar en las obras de los doctores de la Iglesia o en los textos preconciarios del magisterio eclesiástico para hallar un sintagma de ese tenor.

Se ha querido ver en esa súbita irrupción de la dignidad en la Declaración de 1948 una manifestación de influencia filosófica de Kant. Me resulta inverosímil tal influencia, porque ni entre los redactores ni entre los pensadores consultados había simpatizantes de la filosofía kantiana; más bien todo lo contrario. Los tomistas —y Maritain en particular— eran, por entonces, acerbos críticos de todo lo que fuera kantismo. No parece nada probable que los pocos juristas integrantes de la comisión redactora fueran lectores de los *Fundamentos de la metafísica de las costumbres* o que estuvieran familiarizados con la noción kantiana de *Würde*.

Es más, si estudiamos esa noción, descubrimos hondas discrepancias entre la misma y lo que aparece en la DUDH como «el valor y dignidad del hombre». Kant explícitamente rechaza asociar la dignidad (*Würde*) del hombre con el valor; antes bien, opone radicalmente ambos conceptos. Para Kant todo valor es relativo: algo vale en tanto en cuanto un determinado observador así lo aprecia; aquello, en cambio, que no es relativo, aquello que es un fin en sí mismo, excede cualquier valor por ser inapreciable, no-evaluable; y eso, sólo eso, tiene dignidad. En suma, lo que tiene dignidad carece de valor y lo que tiene valor carece de dignidad.

Para Kant, además, no es tanto el ser humano el que tiene dignidad sino el libre albedrío y la moralidad (dos conceptos que él vincula indisolublemente). El hombre es digno por ser la sede del libre albedrío y de la moralidad; digamos, pues, que es derivativamente digno.<sup>34</sup>

Mi conjetura hermenéutica privilegia el influjo axiológico, frente al formalismo kantiano.<sup>35</sup> Un valor es una cualidad que merece objetivamente ser apreciada o estimada, haciendo, por consiguiente, apreciables a los entes que de ella participen. En el texto de la Declaración, son valores los ya mencionados de paz, justicia, libertad y fraternidad. Pero también la humanidad misma es un valor. Es un valor porque, en tanto en cuanto un ente participe de la humanidad, en tanto en cuanto sea un ser humano, será un ente valioso. Igual que toda conducta justa es valiosa y que lo es toda actitud fraternal, también todo ser humano es valioso, por el mero hecho de ser un humano; su presencia en el mundo agrega a éste un valor

---

<sup>34</sup>. V. Sensen, Oliver, «Kant's Conception of Human Dignity», *Kant-Studien*, 100/3, Sept. 2009 pp. 309-331, ISSN (Online) 1613-1134, ISSN (Print) 0022-8877, DOI: 10.1515/KANT.2009.018.

<sup>35</sup>. Parece corroborada por lo que, al respecto, aseveró el representante chileno, Hernán Santa Cruz: «Percibí claramente que estaba participando en un acontecimiento histórico verdaderamente significativo, en el cual se había alcanzado el acuerdo sobre el supremo valor de la persona humana, un valor que no brotaba de la decisión de un poder político, sino del mero hecho de la existencia —que daba lugar al inalienable derecho a vivir libre de la privación y de la opresión y a un pleno desarrollo de la propia personalidad. En la Gran Sala [...] había una atmósfera de genuina solidaridad y hermandad entre hombres y mujeres de todas las latitudes, como no la he vuelto a ver jamás en ningún encuentro internacional». V. <http://www.un.org/en/documents/udhr/history.shtml>, consultada en 2013-05-24.

adicional. La Declaración exhorta a los hombres a reconocer ese valor del ser humano, ajustando su conducta (activa y omisiva) a tal reconocimiento.

El tenor de la Declaración dice, a las claras, que esos derechos no los decretan, no los instituyen los declarantes —la asamblea general en nombre de la organización de la cual constituye uno de los órganos de gobierno, la ONU, que a su vez aspira a representar a toda la humanidad. En lugar de que la Declaración sea un acto de decisión, un mandamiento, un convenio o pacto, es un texto que afirma unas verdades axiológicas y deónticas, es una obra de entendimiento, no de voluntad. La asamblea entiende, asevera y proclama que todos los hombres tienen esos derechos esenciales, en virtud de su valor y de su co-pertenencia a la familia humana.

---

### §7. La Declaración y su influjo posterior

Una vez estudiados los debates de la fundamentación y redacción, paso a examinar someramente la votación. Expresáronse 48 votos a favor, ninguno en contra, con sólo ocho abstenciones.<sup>36</sup> De éstas, podemos descontar las de dos reinos, la racista Unión Surafricana (todavía entonces un dominio británico) y Arabia Saudita. Ambos se oponían, frontal y radicalmente, a los valores, principios y contenidos humanistas de la Declaración.

Los otros seis abstencionistas eran los países eslavos: Rusia, Ucrania, Bielorrusia, Polonia, Checoslovaquia y Yugoslavia.<sup>37</sup>

Doña Leonora Roosevelt opinó que la parcial disconformidad del bloque oriental provenía del artículo 13, que reconoce a todos el derecho a abandonar su país natal (un derecho rehusado en el bloque oriental). Otros estudios apuntan en una dirección bien distinta: esas seis abstenciones fueron causadas por haberse rechazado la propuesta rusa de considerar como uno de los derechos esenciales del hombre el que asiste a un pueblo oprimido de levantarse contra un poder injusto,<sup>38</sup> al igual que su enmienda al artículo 17: los eslavos concebían que el derecho a tener propiedad se entendiera con una disyunción —individual o colectiva—, mientras que

---

<sup>36</sup>. Además, el reino de Yemen y la República de Honduras se ausentaron de la votación.

<sup>37</sup>. Yugoslavia no adoptó su decisión por seguir la batuta rusa, puesto que ya había sido excomulgada, al venir expulsada del *Cominform* el 28 de junio de 1948. Notemos que, en cambio, el único país no eslavo con un gobierno comunista, Rumania, votó a favor de la Declaración. Ello me lleva a preguntar si, más allá de la obediencia política, no había una motivación cultural. En efecto: Rumania ya estaba totalmente incorporada a la esfera de influencia soviética, a raíz de la abdicación forzada del rey Miguel, último monarca reinante de la casa de Hohenzollern-Sigmaringen, el 30 de diciembre de 1947. El 13 de abril de 1948 se proclama la República Popular Rumana, con una constitución calcada de la de la URSS. El gobierno estaba, ya entonces, totalmente dominado por el partido comunista, que en seguida completará la nacionalización del 90% de la industria.

<sup>38</sup>. V. Antonio Cassese, *op.cit.*, pp. 42 y ss. y especialmente p. 50.

la intransigencia del bloque atlántico impuso, en su lugar, una conyunción,<sup>39</sup> con lo cual quedaba reconocido como un derecho esencial del individuo el de tener propiedad privada.<sup>40</sup>

Para apreciar la posición de los rusos y sus aliados, es menester considerar lo que supuso su adhesión a la ideología de los derechos humanos, teniendo en cuenta su trayectoria previa. Hasta poco antes, imbuidos de la ideología marxista-leninista, habían sostenido que el Derecho es una superestructura dependiente de la base económica de la sociedad, variable en función de las modificaciones de tal base o estructura socio-económica, determinada, en última instancia, por el estadio de crecimiento de las fuerzas productivas. Según esa teoría, el Derecho no es una institución humana perpetua, sino un sistema de reglas que sólo surge allí donde hay un poder estatal; y el poder estatal es un aparato que sólo aparece en las sociedades escindidas en clases antagónicas, siendo el instrumento de la clase dominante para aplastar a la clase dominada. De ese modo, no hay ni puede haber Derecho natural, porque en el Derecho no hay absolutamente nada natural, ya que el Estado no es natural. La sociedad humana primitiva careció de estado (era el estadio del comunismo primitivo) y la futura volverá a estar libre de estado; en ambos extremos de la cadena histórica hubo y habrá una sociedad anárquica, sin coerción alguna. Con el Estado surge el Derecho; pero, igual que hay un salto del Estado esclavista al feudal, otro de éste al burgués, otro de éste al proletario, surgen sendos sistemas jurídicos que —aunque utilicen instrumentos conceptuales acarreados del período precedente— son, en rigor, nuevos por su contenido de clase.<sup>41</sup>

Tenemos así una versión muy radical del positivismo jurídico, una especie de superpositivismo, en el cual lo único que funda un sistema de normas es la fuerza de la clase que se ha hecho por el poder, imponiéndose dictatorialmente a las clases adversas. (No me detendré aquí en considerar la similitud entre esa concepción y la de Trasímaco en *La República* de Platón sobre la justicia como la conveniencia del más fuerte.)

De esa fuerza prevalente brotan los actos de voluntad colectiva que establecen un ordenamiento jurídico favorable a los intereses de la clase victoriosa. Para Marx era errónea, infundada y hasta nociva cualquier invocación de unos valores o

---

<sup>39</sup>. Esa inflexibilidad occidental en exigir ese presunto derecho a la propiedad privada (que —según lo hemos visto— había sido considerada contraria al Derecho natural por la mayoría de los jusfilósofos escolásticos) contrasta con la laxitud en reconocer (art. 16) el derecho al matrimonio como uno que asiste a «los hombres y las mujeres que hayan alcanzado la edad adulta». ¡Pintoresca enunciación (amañada para autorizar la poligamia)! Su tenor literal se presta a las lecturas más disparatadas y grotescas, mientras que, de hecho, no protege en absoluto el derecho a formar una pareja de vida conyugal, con los derechos y deberes inherentes.

<sup>40</sup>. También parece que los rusos objetaron la redacción del 2º párrafo del art. 2 —un asunto de tecnicidad jurídica en el que no vamos a entrar aquí.

<sup>41</sup>. Sobre la evolución de la doctrina legal soviética y sus raíces en la teoría marxista de la superestructura jurídica, v. McCoubrey, H., *The development of naturalist legal theory*, Londres: Croom Helm, 1987, capítulo 6, pp. 105-129, y Conde Salgado, Remigio, *Pashukanis y la teoría marxista del Derecho*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.

principios éticos o jurídicos anteriores o superiores a los intereses de clase, cualquier noción de unos derechos naturales del hombre. En rigor no habría nada políticamente pertinente común a todos los hombres, a los explotadores y los explotados. Los llamados «derechos del hombre» eran sólo los derechos del burgués, interesado, para afianzar su dominación, en una formal «igualdad ante la ley» que ocultaba la diferencia radical de condición, que imposibilitaba a los explotados a gozar en la práctica de la tutela de esa ley presuntamente neutral.

Tales posiciones fueron, y siguieron siendo, dogma común no sólo de los partidos comunistas, sino también de los socialistas y socialdemócratas —al menos sobre el papel— hasta la segunda mitad del siglo XX.

Mucho camino había hecho falta para que, sin abjurar de tales creencias, los rusos modelaran, empero, su propio sistema jurídico según parámetros en el fondo jusnaturalistas, que impregnan ya la propia Constitución soviética de diciembre de 1936, salvando algunos detalles y quitando escasas huellas —quizá más aparentes que reales— de la concepción bolchevique de 1917.

Un nuevo trecho hubieron de recorrer para, de tales planteamientos originarios, pasar a sus argumentaciones de 1948, como su defensa del derecho natural de los pueblos a la insurrección contra un poder injusto y opresor. Es difícil imaginar una tesis más alejada del marxismo. Para Marx los oprimidos no tienen derecho alguno a resistir al opresor, porque, mientras están bajo su poder, el Derecho lo define el opresor; una vez que la han derribado (por mera cuestión de hecho y gracias a una cambiante correlación de fuerzas), el nuevo poder instituye la prohibición de que se subleve la clase derrotada —que ahora está destinada a sufrir necesariamente opresión para evitar que recupere su anterior supremacía.

Tenemos, pues, que sólo una común aceptación de valores y principios de Derecho natural pudo hacer confluir, bajo la presidencia de D<sup>a</sup> Leonora Roosevelt, a hombres y mujeres de orígenes ideológicamente tan discrepantes como el liberalismo laico, la escolástica católica, el confucianismo, el marxismo-leninismo y el solidarismo republicano.

Sin embargo, la Declaración —en parte por sus defectos pero también en parte por sus cualidades— disgustó a muchos juristas. Son conocidas, en particular, las reticencias expresadas, ya en 1949, por Joseph L. Kunz, exiliado austríaco que había sido discípulo de Hans Kelsen: la invocación del Derecho natural no había salvado a nadie ni estaba salvando a nadie de los nuevos horrores de guerras y otras crueldades. Ni siquiera los Estados democráticos se ajustaban a los cánones de la Declaración.

Podría objetársele que, desde el punto de vista normativista kelseniano, una ley privada de eficacia (incumplida) no deja de ser ley; la ineficacia sobrevenida del conjunto de las normas de un sistema jurídico sí determina, en cambio, que éste deje de ser derecho vigente. Pero, en el fondo, dados sus supuestos juspositivistas está claro que lo que está objetando es que se aspire a instituir un nuevo derecho internacional que se remita a principios jusnaturalistas, que se funde en valores y no

se plasme en reglas precisas, basadas exclusivamente en la voluntad coincidente de las partes contratantes, que así quedarían sujetas a un estricto cumplimiento.

Parecidas objeciones fueron también formuladas por el eminente internacionalista Hersch Lauterpacht en su monografía *International Law and Human Rights* (1950). Lauterpacht era asimismo originariamente austríaco y, por ello, fue descartado como representante del Reino Unido en la comisión redactora del texto de 1948. Como es de esperar, dada su obediencia juspositivista, Lauterpacht hubiera preferido un tratado, un precepto de *ius cogens* internacional exento de cualquier connotación jusnaturalista. Lauterpacht rechaza implícitamente que haya grados de juridicidad, no concibiendo como jurídico más que un precepto que sea *ius cogens* en sentido fuerte y pleno.

Contra la Declaración argumenta que, al no ser un texto jurídico, sólo puede tener valor moral; pero el valor moral de un texto depende de la sinceridad de sus signatarios, que justamente quedaba desmentida por la conducta real de los gobiernos. Otra crítica (mucho más acertada) la dirige al alcance desmesurado del artículo 29, que limita el ejercicio legítimo de los derechos reconocidos a los «justos requerimientos de la moralidad, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática». Es ésa una cuestión relativa a los conflictos entre derechos (y a la parcial condicionalidad de la facultad de ejercer los derechos al cumplimiento de los deberes de fraternidad y contribución al bien común). La hoy ampliamente admitida noción de ponderación era claramente contraria a los supuestos doctrinales que emanaban del normativismo.

Tales reacciones, que procedían de un ambiente jurídico del máximo prestigio, alentaron el ulterior descrédito de la Declaración. No hay que olvidar que en 1947 casi la mitad de la humanidad vivía aún bajo el yugo colonial. Un año después, gracias a la independencia del Hindostán británico (al principio poco más que nominal), la proporción había bajado, pero todavía la población de extensísimas zonas del sur de Asia y casi toda África estaba formada por «nativos» o «indígenas» cuya existencia se desarrollaba bajo una opresión cruel y degradante (incluidos los trabajos forzados), que mantenía, por la fuerza, una miseria forzosa. Por otro lado el principio de no discriminación racial era absolutamente contrario a arraigadas prácticas institucionales prevalentes en los Estados Unidos hasta los años 1960.<sup>42</sup> Tampoco se querían aún sacar los colores al régimen surafricano del Apartheid, buen aliado de Occidente en la guerra fría.

Los derechos socio-económicos afirmados en la Declaración se veían en el Mundo Libre como retóricos, o incluso como obstáculos al libre mercado, a la libertad de empresa y, por lo tanto, a la libertad a secas. Los occidentales se arrepentían de haber cedido al consentir en tales derechos, que diluían en un magma lleno de colisiones lo que debía ser la genuina tabla de derechos, a saber: los

---

<sup>42</sup>. A la larga, sin embargo, se producirá, bajo las presidencias de Eisenhower, Kennedy y Johnson, un cúmulo de reformas legislativas antidiscriminatorias, siendo muy dudoso que se hubieran adoptado de no ser por la fuerza atractiva de la Declaración de 1948 y su utilización argumental en la confrontación entre los dos bloques.

decimonónicos de libertad, y nada más.

Va a consumir ese paso atrás el primer tratado vinculante de derechos humanos posterior a la Declaración —el convenio de Roma de salvaguardia de los derechos del hombre (1950), ratificado por los Estados miembros del Consejo de Europa—. Si, de un lado, contiene y agrava (en su art. 17) la cláusula restrictiva y condicionalizadora del artículo 30 de la DUDH,<sup>43</sup> por otro excluye totalmente los derechos de bienestar o de prestación, retornando al individualista siglo XIX (y a un siglo XIX en el que estuviera ausente una Constitución como la francesa de 1848).

Tras los procesos de descolonización tendrá lugar un nuevo cambio de opinión, que conducirá a la firma de los dos convenios internacionales de derechos humanos de 1966; sólo que ahora, los de libertad van por un lado, en un pacto propio, y los de bienestar en otro pacto. Hoy tenemos que China ha ratificado el segundo, no el primero, y USA ha hecho lo inverso.

La Declaración de 1948 había yuxtapuesto los derechos positivos (de bienestar, de beneficencia, de prestación) y los derechos negativos (de libertad, de no-maleficencia, de no-obstaculización ajena). En la guerra fría los del bloque oriental se jactaron de sus realizaciones con relación a los segundos, justificando las violaciones de los primeros en el principio de limitación o condicionalidad del art. 29 de la DUDH. Por el contrario, los occidentales se ufanaron de la efectiva vigencia en sus países de los derechos de libertad, al paso que se esforzaron por rebajar los de bienestar a meras pautas programáticas no justiciables y, por lo tanto, carentes de valor exequible.

A pesar de todas esas críticas y de esos problemas políticos, la DUDH vuelve a brillar, sin haber quedado en absoluto eclipsada por los pactos de 1966. Sólo ella encarna ese espíritu jusnaturalista, esa íntima unión de unos derechos con otros, esa mutua referencia de derechos y deberes humanos, ese fundamento fraternalista que hace radical la titularidad de los derechos en la pertenencia a la familia humana, en el vínculo de hermandad —y, por ende, de solidaridad— que nos une a todos los que compartimos la humana naturaleza.<sup>44</sup>

Terminada la guerra fría —durante la cual la DUDH fue alternativamente esgrimida, en todo o en parte, por los unos o por los otros—, se ha tendido a superar la escisión entre los derechos positivos y los negativos que acarreó la dualidad de los

---

<sup>43</sup>. Es difícil comprender cómo, en su momento, suscitó tanta disconformidad en un sector de la doctrina internacionalista el art. 29 de la DUDH, cuando muchísimo más grave es el 30, que, si se toma a rajatabla, excluye del ámbito de protección del derecho de libre expresión a cuantos, p.ej., propongan abolir la institución del matrimonio. Sobre cómo esa cláusula liberticida fue todavía agravada en el Convenio de Roma de 1950 y en documentos europeos posteriores, v. Peña, Lorenzo, «La doble escala valorativa del proyecto constitucional europeo», en *Valores e historia en la Europa del siglo XXI*, 2006, ed. por Rodríguez Aramayo, Roberto y Ausín, Txetxu, México-Barcelona: Plaza y Valdés, pp. 357-415. ISBN 978-84-934935-4-5.

<sup>44</sup>. Sobre toda esa evolución, v. Bernstorff, Jochen von, «The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: Genesis and Symbolic Dimensions of the Turn to Rights in International Law», *European Journal of International Law*, Vol. 19 Nº 5, 2008, pp. 903-924.

pactos de 1966, con una visión unificada. Se ha formulado el principio de indivisibilidad: Declaración de Bangkok de 1993 y de Viena del mismo año; en ésta se afirma «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados. La comunidad internacional ha de tratar los derechos humanos globalmente, de manera justa y equitativa, en el mismo plano y con el mismo énfasis. Si bien han de tenerse en cuenta las particularidades nacionales y regionales y la variedad de contextos históricos, culturales y religiosos, todos los Estados deben promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, sean cuales fueren sus respectivos sistemas políticos, económicos y culturales».

Lamentablemente tal afirmación es un mero *desideratum*, que desconoce la existencia de contradicciones en el contenido de los derechos humanos.<sup>45</sup> Es un tema que cae fuera del ámbito del presente artículo. Pero sí he de mencionarlo. El espíritu de ese texto es perfectamente asumible, pero su tenor literal es claramente falso. No pueden maximizarse todos los derechos porque chocan entre sí. Lo que sí se puede es agregar un deber adicional: el de tender, en la medida de lo posible, a armonizar y compatibilizar todos los derechos fundamentales del hombre y a aplicarlos proporcionadamente, previa ponderación racional.

---

### §8. ¿Aportó algo a esa evolución el positivismo jurídico?

La conclusión de los siete apartados precedentes —que han constituido una aproximación histórico-conceptual del paulatino y progresivo reconocimiento jurídico de los derechos del hombre— es que ha sido la creencia en un Derecho Natural la que ha parido ese concepto, lo ha ido perfilando y ha servido para, paso a paso, ir acreditándolo ante la opinión pública para acabar imponiendo su juridificación positiva.

Así ha sido desde los remotos tiempos en que tales reivindicaciones se enunciaban en términos muy diversos hasta las revoluciones liberal-constitucionalistas que van de fines del siglo XVIII a comienzos del XX, hasta las nuevas oleadas de los derechos positivos o de bienestar y, en concreto, la Declaración de 1948, así como sus posteriores desarrollos, principalmente en las constituciones iberoamericanas posteriores a 1990, inspiradas en una axiología de matriz jusnaturalista.

Sin embargo, el recorrido, para ser completo, debería haber abordado una cuestión adicional. Además del reconocido influjo jusnaturalista, ¿ha habido también alguna contribución juspositivista significativa a esa marcha hacia adelante, siquiera en el siglo XX?

Las reflexiones que voy a hilvanar en este apartado no excluyen las aportaciones individuales que muchos juspositivistas han podido hacer a la

---

<sup>45</sup>. Esa enfática proclamación de interdependencia de los derechos de ambos géneros ha sido vehementemente censurada por A. Cassese, *op.cit.*, p. 72, tildándola de «cómodo eslogan que sirve para aplacar la discusión dejando las cosas como estaban» y como una mera solución verbal.

constitucionalización de unos u otros derechos humanos fundamentales. Pero una cosa es tal aportación personal y otra, absolutamente dispar, que sea el juspositivismo que profesaban lo que haya determinado su aportación o que tal juspositivismo haya podido servir de inspiración colectiva para que las asambleas legislativas asumieran la tarea de positivizar los derechos del hombre, cual lo ha realizado, a lo largo de la historia, una y otra vez, la influencia jusnaturalista.

Como prueba adicional de mi tesis —por si no bastara el recorrido histórico de las páginas precedentes— aduzco ésta: ni una sola asamblea de las que han redactado las nuevas —y ambiciosas, a veces desmesuradas— declaraciones de derechos fundamentales ha venido motivada, para hacerlo, por una influencia juspositivista. No hallamos ni un solo texto de un tenor parecido a éste: «Esta asamblea, en el libre ejercicio de una voluntad soberana que no se rige por ningún canon ni principio supraconstitucional, con plenitud de potestad creativa, escoge y decreta la siguiente tabla de derechos de los ciudadanos del Estado».

Difícil es, no obstante, demostrar lo afirmado dos párrafos más atrás —más en general, la ausencia de influjo juspositivista. Suele ser tarea imposible probar la inexistencia de algo. Voy a limitarme a considerar dos presuntos influjos de juspositivistas de la máxima relevancia a quienes —desde la vertiente opuesta a la del presente artículo— se atribuye una contribución digna de mención a la juridificación (positiva) de los derechos del hombre: los de Hans Kelsen y Norberto Bobbio.

Uno de los malentendidos acerca de la relación entre juspositivismo e implementación de los derechos del hombre es la difundida creencia de que fue la innovación de Kelsen de instituir un tribunal constitucional como legislador negativo lo que (salvo en USA, donde ya estaba en vigor un sistema de revisión judicial de las leyes) elevó los derechos proclamados en las constituciones al rango de genuinas normas, por hacerse así justiciables y garantizados. En esa errónea creencia confluyen diversas confusiones, cuyo análisis detallado excede los límites de este artículo.

Baste aquí señalar unas pocas consideraciones. En primer lugar, ese enfoque equivocado es deudor de una teoría del derecho como la de Kelsen, que hace depender la juridicidad de una norma de la existencia de una sanción por su incumplimiento. Según eso, las constituciones decimonónicas carecerían por completo, en muchos de sus artículos, de valor normativo y seguiría sucediendo lo propio en no pocas constituciones de nuestro tiempo. Es más, en los sistemas con un tribunal constitucional, éste no estaría sujeto a deber alguno, puesto que sus decisiones no son fiscalizables ni rinde cuentas ante nadie.

En segundo lugar, la idea de un tribunal constitucional —o de una institución similar— fue ya contemplada en los comienzos mismos del liberalismo, a ambas orillas del Atlántico, como una garantía de los derechos naturales del hombre. En Francia fue Sieyès quien se encargó de formular esa propuesta, que desgraciadamente no prosperó por la prevalencia de la concepción de la ley como voluntad general, debida a Rousseau.

En tercer lugar, la propuesta de Kelsen —que tomó la idea de su maestro

Jellinek— no era la de instituir un tribunal garantizador de los derechos individuales, sino todo lo contrario: un cuerpo político (aunque jurídicamente competente) que vetara las leyes aprobadas por el Parlamento cuando se hubieran adoptado de manera irregular o rebasaran el ámbito competencial de esa cámara (*ultra vires*).

Kelsen no pretendía que el tribunal constitucional fuera un protector de las minorías contra la mayoría, sino al revés: un garante del principio de la mayoría, a fin de que ésta no viniera frustrada por vicios de procedimiento.

A favor de mi interpretación podría aducir numerosos textos y lecturas concordantes. Me atenderé a unos pocos apuntes. En su *Teoría General del Estado y del Derecho*<sup>46</sup> nos recuerda Kelsen que para él la constitución en sentido material —que es lo que ha de salvaguardar un tribunal constitucional— «está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes».<sup>47</sup> Cuando no existe tal legislador negativo, la constitución (*ibid.*, p. 186) está facultando al legislador a legislar, sea según lo preceptuado en la propia constitución, sea de cualquier otro modo. Es más: el papel del legislador negativo kelseniano se reduce a abrogar una ley irregularmente adoptada; ésta no es nula *ab initio*, sino que su anulación por el tribunal constitucional surte meramente efecto *ex nunc*, no *ex tunc* (*ibid.*, p. 186).<sup>48</sup>

Kelsen prefiere su propuesta de un control concentrado de constitucionalidad al sistema estadounidense de control difuso porque éste vulnera el principio de división de poderes, cosa que no sucede con el control concentrado, puesto que el tribunal constitucional es un órgano político, no forense, que forma parte del poder legislativo. (*Ibid.*, p. 333.) Por añadidura, evítase así el error de que los derechos individuales tengan que ser protegidos por el poder judicial, ya que el tribunal constitucional ni forma parte de tal poder ni tiene por misión tutelar tales derechos.

Más contundentemente, Kelsen sostiene (*ibid.*, p. 335) que cualquier control jurisdiccional de la función legislativa «sólo puede explicarse por razones históricas, pero no justificarse por razones específicamente democráticas». Tan perentoria proclamación parece incluso aplicable a la institución del propio tribunal constitucional kelseniano, que, si bien no es un órgano judicial, sí se concibe como cuasi-jurisdiccional y como freno a las asambleas de elección popular. Todo parece indicar que, aun con los estrechos límites que le prescribe Kelsen, un tribunal constitucional es una institución válida en situaciones históricas particulares, especialmente en sistemas federales, o recién salidos de la monarquía.

---

<sup>46</sup>. Trad. E. García Máynez, México, UNAM, 1858, 2ª ed., p. 147.

<sup>47</sup>. En el citado libro, pp. 317-318, Kelsen especifica más la función del tribunal constitucional como legislador negativo.

<sup>48</sup>. Tales ideas las desarrolla Kelsen en su artículo «Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *Journal of Politics*, 4 (1942), pp. 183-200.

En su libro *Esencia y valor de la democracia*<sup>49</sup> muestra Kelsen que es el funcionamiento de los órganos democráticos el que garantiza los derechos de las minorías, con el tautológico argumento de que, de no hacerlo, socavaría el principio mismo de la mayoría. No parece tener cabida en una democracia que funcione correctamente ningún control de constitucionalidad.

Por si lo anterior no bastara, hay que considerar el texto de la constitución austríaca de 1920, cuyo principal redactor fue el propio Kelsen y cuyos artículos 137 y siguientes están dedicados al tribunal constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). La misión esencial de ese tribunal es arbitrar las relaciones entre la Federación austríaca y los *Länder* (países) que la integran, así como zanjar otros conflictos jurisdiccionales. La farragosisima redacción de esos artículos y de todo el texto (de un soporífico tenor reglamentista) hace difícil excluir que, en alguna de sus disposiciones (p.ej. el art. 140.1) prevea alguna tutela de derechos constitucionales de los ciudadanos, pero, de ser así, sería indirecta e incidentalmente; en todo caso, parece claro que esa protección sólo es posible si el órgano legislativo ha incurrido en irregularidades de procedimiento.<sup>50</sup>

Pero es que, sea como fuere, dicha constitución sólo reconoce un único derecho individual, en su art. 7: «Todos los ciudadanos federales son iguales ante la Ley». Como miembro que fue durante varios años del así creado tribunal constitucional, Kelsen se opuso a que ese principio de igualdad se invocara como razón de inconstitucionalidad de una ley, porque eso expandiría indefinidamente la potestad de bloqueo del tribunal, confiriéndole indirectamente un poder de legislador positivo.<sup>51</sup>

En pos de esa cerrada oposición de Kelsen a que el tribunal constitucional

---

<sup>49</sup>. Trad. L. Luengo y L. Legaz, Barcelona, Labor, 1977.

<sup>50</sup>. El papel personalmente desempeñado por Kelsen en la redacción de la constitución austríaca de 1920 y en el subsiguiente tribunal constitucional creado por ella lo estudia Mario Patrono en «The protection of fundamental rights by constitutional courts: A comparative perspective», *Victoria University Wellington Law Review*, 31 (2000), pp. 401-426. El autor señala: «Kelsen recommended that a constitutional court should avoid accepting, within the given parameters of the constitutional legitimacy of laws, general formulae such as 'justice', 'public welfare' and 'equity', even when they were positively inserted in the constitution. According to Kelsen to do so would amount 'to conferring on the constitutional court of justice an intolerable plenitude of absolute powers'», p. 303. Ese minimalismo del control de constitucionalidad llevó a Kelsen —en su desempeño como miembro del tribunal— (*ibid.*, p. 404) a interpretar las reglas constitucionales al pie de la letra según la intención originaria del legislador constituyente. Patrono agrega (*ibid.*, p. 408) que el modelo kelseniano «is limited fundamentally by the purpose which that court serves: to ensure the smooth running of the constitutional process of government». V. también Sara Lagi, «Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court», revista *Co-herencia*, vol. 9, Nº 16 (2012), pp. 273-295, ISSN 1794-5887.

<sup>51</sup>. Como lo señala Alec Stone Sweet, «The politics of constitutional review in France and Europe», *International Journal of Constitutional Law* 5/1, 2007, pp. 69-92, «Kelsen focused explicitly on the dangers of putting rights in constitutions. He equated rights with 'natural law' and warned that rights adjudication would inevitably obliterate the distinction between the negative and the positive legislator. In their quest to discover the content and determine the scope of rights, constitutional judges would, in effect, become omnipotent superlegislators» —*ibid.*, p. 84—. El autor cita, en particular, un artículo de Kelsen en francés: «La garantie juridictionnelle de la Constitution», *Revue de droit public*, 44 (1928).

se erija en protector de los derechos individuales —y más aún de los derechos sociales, los cuales no tienen absolutamente ninguna cabida en su planteamiento— T. Campbell<sup>52</sup> se alarma ante la presencia de un *bill of rights* en el texto constitucional que faculte a un tribunal a aplicarlo: «El riesgo de que una mayoría no respete los derechos de las minorías se convierte ahora en el riesgo de que una minoría (los miembros de dichos órganos [jurisdiccionales]) no respete la voluntad de la mayoría».

En un enfoque así, plenamente kelseniano, no será la protección de los derechos individuales lo que resguarde la democracia, sino al revés: será el funcionamiento de la democracia mayoritaria lo que asegure esos derechos. Desvanécese así la presunta aportación de Kelsen a la protección de los derechos del hombre.

¡Pasemos a Norberto Bobbio! No parece que quepa ver en sus ideas una excepción a la tesis —enunciada al comienzo de este apartado— de la falta de aportación del juspositivismo a la juridificación positiva de los derechos del hombre. La figura de Bobbio es el eje de un mito que asocia humanismo, progresismo y juspositivismo. En realidad, las cosas son mucho más complejas. Desde su juvenil y ferviente adhesión al partido fascista y su entusiasmo por Mussolini —gracias al cual escaló, temprana y fulgurantemente, los peldaños de su brillante carrera académica— hasta, en su vejez, su desempeño como senador vitalicio por nombramiento presidencial y su apoyo a las guerras capitaneadas por USA en 1991 y 1999, la sinuosa trayectoria del maestro italiano desmiente la leyenda.

También en lo tocante a la opción entre jusnaturalismo y juspositivismo produjéronse cambios en su posición. Y el período en el que más parece haber defendido un planteamiento progresista —de cuño social-liberal—, el que siguió inmediatamente a la II guerra mundial, cuando militaba en el efímero y minúsculo *Partito d'azione*, Bobbio parece haber estado más cercano al jusnaturalismo.<sup>53</sup> Presentó entonces su candidatura como diputado a la asamblea constituyente, mas no salió elegido. Desconocemos cuál hubiera podido ser su participación en la redacción de la carta de derechos constitucionales de la República Italiana.

Por lo demás la única aportación que conozco de N. Bobbio a la fundamentación de los derechos del hombre es su famoso argumento contra todo fundamento absoluto. No rechaza un fundamento relativo; pero ¿qué quiere eso decir y cuál es ese fundamento relativo? La imposibilidad de un fundamento absoluto significa que no hay ningún motivo racionalmente vinculante cuyo reconocimiento intelectual lleve a la conclusión de que hay que adherirse a los derechos del hombre. Un fundamento relativo es uno que, en el derecho positivo vigente, se remite a un contingente supuesto jurídico-positivo. En su caso ese supuesto es la propia Declaración de la

---

<sup>52</sup>. Citado por Pedro Rivas Palá, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista*, Madrid, Civitas-Thomson, 2007, pp. 109-111.

<sup>53</sup>. V. Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, CEC, 1983, pp. 332-333 y 390-391.

ONU de 1948 junto con la posterior costumbre internacional que ha ratificado ese acuerdo.<sup>54</sup>

Conviene tener en cuenta que ese fundamento no-absoluto que nos propone Bobbio no sólo es una simple norma de derecho positivo, sino que ni siquiera es *ius cogens*. Sobre todo, como fundamento vale sólo en tanto en cuanto ese convenio no se altere; al igual que cualquier otro, está sujeto a vicisitudes y mutaciones. Las costumbres internacionales varían con el tiempo. Por añadidura, en su propia Patria ese enfoque no podía recibirse con beneplácito, pues en la doctrina italiana del derecho internacional público prevalece avasalladoramente el punto de vista dualista, que considera que el orden jurídico interno y el internacional son dispares y potencialmente en mutuo conflicto. Por lo cual difícilmente se va a preconizar para el reconocimiento jurídico interno de los derechos del hombre en un Estado cualquiera un precepto —suponiendo que lo fuera— de derecho internacional.<sup>55</sup>

Parfraseando la célebre undécima tesis sobre Feuerbach de Carlos Marx, podríamos decir que, a juicio de Bobbio, los filósofos se han limitado hasta ahora a fundamentar los derechos humanos de diversos modos; en adelante, se trata de luchar por ellos. Muy loable postura ideológica, pero que en nada contribuye a una fundamentación o justificación jurídicamente relevante.

En su pensamiento maduro, radicalmente juspositivista, Bobbio sostiene que no hay ningún argumento jurídico para exigir que el derecho sea justo: «es una exigencia o, si queremos, un ideal que nadie puede desconocer que el derecho corresponda a la justicia, pero no una realidad de hecho. Ahora bien, cuando nos planteamos el problema de saber qué es el derecho en una determinada situación histórica, nos preguntamos qué es de hecho el derecho [...] en la realidad vale como derecho también el derecho injusto».<sup>56</sup>

Dejemos de lado el único argumento que aduce Bobbio, a saber: que la justicia no es una verdad evidente o, por lo menos, demostrable como una verdad matemática. Hoy sabemos (gracias al teorema de Gödel) que infinitas verdades matemáticas son indemostrables en cualquier sistema recursivamente axiomatizable. No por ello renunciamos a la noción de verdad matemática. Tampoco los desacuerdos sobre el origen del hombre nos hacen abandonar la creencia en una verdad sobre dicho origen, pues una cosa es la verdad y otra nuestro conocimiento de la misma. Los desacuerdos entre partidarios de diversos sistemas de lógica no arruinan el reconocimiento de la existencia de verdades lógicas, aunque podamos discutir cuáles lo sean.

---

<sup>54</sup>. V. Michele Zeza «Il fondamento dei diritti umani nel pensiero di Norberto Bobbio», *Dialettica e filosofia*, ISSN 1974-417X, [www.dialetticaefilosofia.it](http://www.dialetticaefilosofia.it), cons. el 2013-06-27. Conviene asimismo leer el capítulo «Sul fondamento del diritti dell'uomo» en Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, pp. 5-16.

<sup>55</sup>. V. Francesco Salerno, «Bobbio, i diritti umani e la dottrina internazionalista italiana», *Diritti umani e diritto internazionale*, vol 3 (2009), DOI: 10.3280/DUDI2009-003003.

<sup>56</sup>. *Teoría general del Derecho*, trad. E. Roza, Madrid, Debate, 1991, p. 41.

Sea como fuere, si el derecho puede ser plena y absolutamente injusto, de una injusticia pura, sin mezcla alguna de justicia, está claro que no habrá en ese derecho ninguna palanca para, apoyándonos en ella, reivindicar el reconocimiento de los derechos del hombre. Tal reivindicación emanaría de un «ideal» de la conciencia subjetiva, de una aspiración moral sin ningún valor jurídico.<sup>57</sup>

### §9. ¿Qué son los derechos humanos?

El recorrido histórico nos ha servido, porque escaso sentido tendría abordar un tema como el de los derechos humanos sin situarlo en su contexto histórico-conceptual. La *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck nos hace comprender que los conceptos sufren y acarrean una evolución histórica, por lo cual hemos de estudiar reflexivamente no sólo los conceptos con que (según nosotros lo entendemos y describimos) actuaron en la historia los agentes que nos han precedido, sino también aquellos que nos han legado.<sup>58</sup> Sin historia conceptual no hay análisis jusfilosófico válido.

Ha llegado la hora de pasar a este análisis. Para abordar esta parte final, empiezo definiendo qué entiendo por «derechos humanos» (o «derechos esenciales del hombre») y qué por «fundamento».

Los derechos humanos son reivindicaciones esenciales para la vida humana que al individuo le es lícito reclamar —o que a otros les es lícito reclamar en su nombre y beneficio— y que a la sociedad le es ilícito rehusar; o sea, que sólo pueden ser denegados o quedar insatisfechos incurriendo en injusticia.<sup>59</sup>

Por ser reivindicaciones o reclamaciones, son contenidos, situaciones, que el titular o beneficiario puede exigir que se respeten o se satisfagan. Cuando se trate de derechos positivos, lo que se exige es una acción o prestación ajena. Cuando sean negativos, se exigen abstenciones ajenas de obstaculizar o impedir. Como no siempre el titular está en condiciones de presentar la reivindicación, el derecho se define por la reclamabilidad lícita a su favor, ya sea hecha por él mismo o por otro.

No basta empero, para tratarse de un derecho humano, de una reivindicación

---

<sup>57</sup>. Sobre la concepción de Bobbio acerca de los derechos del hombre v. Luca Baccelli, «Una rivoluzione copernicana: Norberto Bobbio e i diritti», *Jura Gentium*, vol. 6 (2009), pp. 7-25, ISSN 1826-8269.

<sup>58</sup>. V. Koselleck, Reinhart, *Begriffsgeschichten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

<sup>59</sup>. Una definición alternativa, mucho más sustanciosa, la brinda A.E. Pérez Luño en su importantísimo libro *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1986 (2ª ed.), p. 48: «facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional». Dejo al lector el ejercicio de analizar las coincidencias y las diferencias entre mi definición y la del Prof. Pérez Luño. Ambos profesamos sendas versiones del jusnaturalismo, como es obvio. Ese jusnaturalismo es críticamente comentado por Javier Muguerza en «La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)», en Muguerza, Javier, y otros, *El Fundamento de los derechos humanos* (ed. de Gregorio Peces-Barba), Madrid: Debate, 1989, pp. 20 y ss.

lícita. Es lícito reclamar lo que constituye un interés legítimo, que a la postre puede que no sea un derecho. Ha de ser además ilícito no satisfacer tal reclamación. En otros términos: el contenido de un derecho humano es una conducta o situación incondicionalmente lícita y tal que —por lógica jurídica— está prohibido impedir (por acción u omisión).

No todo derecho es un derecho humano, sino que hace falta la nota de la esencialidad. Su contenido ha de ser una situación necesaria para una vida humana satisfactoria. Desde luego, qué sea una vida humana que valga la pena, o satisfactoria, es muy variable de unas sociedades a otras y de unos períodos históricos a otros. Si enumeramos, p.ej., el derecho a una vivienda entre los derechos humanos, su realización no puede ser la misma en el paleolítico superior, en la sociedad medieval y en el siglo XXI, ni la misma en tiempo de guerra y en tiempo de paz. Ni la libertad de expresión tiene el mismo alcance antes de Gutenberg, en la sociedad del libro impreso y en la del ciberespacio.

De la definición no se sigue cuál sea la lista concreta de tales derechos. Posiblemente haya unos pocos incontrovertibles, como el derecho a comer, a beber agua, a respirar, a ser libre, a no sufrir tortura ni castigos injustos. Hoy hay una amplia tendencia a ampliar más y más la lista de los derechos humanos, con peligro de diluir la noción y de esencializar lo accidental. No es, sin embargo, una cuestión que vaya a abordarse en este artículo.

Paso a definir la otra noción: por «fundamento» de un aserto entiendo un cúmulo de premisas de las cuales se sigue tal aserto, en virtud de reglas de inferencia correctas —o tales que no cabe rechazarlas razonablemente—. Por extensión, fundamentarán unas situaciones deónticas (unos deberes o unos derechos) aquellas situaciones dadas tales que del reconocimiento de la existencia de esas situaciones se infiere el de los deberes o derechos en cuestión.

---

## §10. El positivismo jurídico es incompatible con la fundamentación de los derechos humanos

Mi tesis es que el positivismo jurídico no puede en absoluto fundar los derechos humanos.<sup>60</sup> Por positivismo jurídico entiendo una doctrina que afirme que

---

<sup>60</sup>. En los debates entre jusnaturalistas y juspositivistas es más frecuente entender la primera posición como la que afirma que sólo son válidas aquellas normas promulgadas según los procedimientos jurídico-positivos que, además, son justas (o alguna variante). (También se formula a menudo la controversia como relativa a la relación entre Derecho y moral; se sobreentiende que es la moral la que dice qué sea justo o injusto.) V. Hierro, Liborio, «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, vol. 25 (2002), pp. 263-302. En la definición que propongo yo, el jusnaturalista puede admitir, en cambio, que cualquier norma válidamente promulgada por el legislador es válida y vigente. Eso sí, cuando colisione con una norma de Derecho natural, surgirá un conflicto. Mi definición no contiene el aserto adicional de que, ante tal conflicto, la norma jusnaturalista posee superior jerarquía o exequibilidad. No obstante, yo gustosamente incorporaría ese aserto a mi propuesta. Por otro lado, existan o no existan normas de Derecho natural, hay razones de lógica jurídica para dudar que cualesquiera normas válidamente promulgadas sean válidas.

no existe Derecho natural.<sup>61</sup> Y por «Derecho natural» entiendo un sistema de normas de conducta que fijen comportamientos lícitos e ilícitos sin necesidad de haber sido promulgadas por ningún legislador humano. Con otras palabras: son normas de Derecho natural aquellas situaciones jurídicas generales cuya vigencia jurídica no procede de la decisión contingente de las autoridades ni de las de la población en su conjunto.

Para el positivismo jurídico nada funda una situación jurídica (un deber o un derecho) salvo el mandamiento del legislador.

Tal legislador puede ser un soberano, una junta, una asamblea, la masa de la población que se pronuncie plebiscitariamente, o esa misma masa por la vía de la adopción consuetudinaria. Ateniéndonos a la versión de Hart (no la única pero sí la más persuasiva),<sup>62</sup> un sistema jurídico está formado por reglas primarias, que determinan conductas lícitas o ilícitas, y unas reglas secundarias, que fijan cómo se establecen, en la sociedad en cuestión, las reglas primarias. Esas reglas secundarias son reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación de las reglas primarias.

Para Hart la existencia de reglas secundarias es asunto de observación. Mirando cómo es y actúa una sociedad, nos percatamos de cómo se establecen en ellas las reglas de conducta generalmente seguidas o, al menos, generalmente consideradas merecedoras de seguirse. Así, en definitiva, qué derechos y qué deberes hay en una sociedad es un mero asunto de hecho, que emana plena y exclusivamente de las contingencias, a saber: cómo se les ha ocurrido a los integrantes de esa sociedad instituir reglas de conducta y cuáles sean éstas.

Dadas unas reglas, podrán seguirse de ellas otras por alguna lógica jurídica válida (aunque eso no lo estudia Hart). Hart ni siquiera concuerda con la postulación de Kelsen de una norma suprema,<sup>63</sup> que para Kelsen no es una ley constitucional, sino una hipótesis ideal. Mas en ambos sistemas tenemos el mismo resultado: no podemos fundamentar las normas jurídicas positivas más que en hechos sociológicamente estudiables (Hart) o en una norma hipotética, cuyo contenido se infiere del sistema de normas de conducta (Kelsen).

Tanto Hart como Kelsen —y con ellos todos los juspositivistas— admiten que

---

<sup>61</sup>. Cualquier lector apreciará que, en este artículo, doy por supuesto que —por el principio de tercio excluso—, o bien se es jusnaturalista o bien se es juspositivista; o bien se afirma que existe un Derecho natural (unas normas necesariamente vigentes en todo ordenamiento, quiéralo o no el legislador), o bien se niega. No desconozco los esfuerzos de corrientes como el neoconstitucionalismo (representado principalmente en España por Manuel Atienza) por superar esa dualidad con planteamientos que aspiran (con éxito o sin él) a ser nuevos. Mención especial merece aquí la aportación de Alfonso García Figueroa en *Criaturas de la moralidad: Una aproximación al Derecho a través de los derechos*, Madrid: Trotta, 2009. En la p. 99 afirma: «Más bien los errores del positivismo ponen de manifiesto que tanto positivismo como jusnaturalismo conforman una dialéctica basada en unos presupuestos comunes que son discutibles».

<sup>62</sup>. V. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 1961. V. también de Páramo, Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1987.

<sup>63</sup>. V. García Amado, Juan Antonio, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

un sistema jurídico puede ser total, radical, extremadamente injusto. También puede ser justo.<sup>64</sup>

Pues bien, si un sistema de derecho, un ordenamiento jurídico, tiene todo y sólo lo que decida el legislador (sea ese legislador un individuo, un grupo, la masa de los habitantes, y sea cual fuere el método de la decisión), entonces en aquellos sistemas jurídicos donde se hayan constitucionalizado los derechos humanos no hará falta invocar éstos, bastando con invocar las cláusulas de la Constitución. Y en aquellos sistemas jurídicos donde no se reconozcan, no habrá nada de donde inferir la obligatoria aceptación de tales derechos.

Imaginemos casos concretos, como las monarquías autocráticas de Arabia Saudita y Brunei. Son Estados donde ni siquiera se reconocen sobre el papel los derechos humanos. ¿Qué podemos oponer a sus monarcas, en nombre de qué motivaciones podríamos dirigirnos a ellos para reclamar que modifiquen sus leyes e introduzcan la vigencia de los derechos humanos?

Según los juspositivistas, el jurista no puede tildar nunca la ley de injusta. Esa calificación sale fuera de la ciencia del Derecho. Su competencia como científico del Derecho empieza y termina conociendo y aclarando los contenidos de las normas vigentes. Igual que al biólogo, cuando hace biología, no le incumbe hacer juicios de valor sobre las especies, tampoco es competencia del jurista tildar a las leyes de buenas o malas.

Ahora bien, todos los positivistas admiten de buena gana que al ciudadano que también es jurista le es legítimo (moral, no jurídicamente legítimo) pronunciarse sobre las leyes de su país (o de cualquier otro). Lo único que quieren señalar es que, al hacer eso, ha dejado de hacer ciencia o filosofía jurídicas, para estar haciendo otra cosa. Así un jurista puede tener una conciencia moral, en nombre de la cual, a título de moralista, predique por la abolición de ciertas leyes. Tal actividad no debe, empero, interferir con su pulcra tarea de jurista. Aunque la ley sea injusta y todas las leyes lo sean y aunque no haya ni una sola ley con un poquito de justicia, el Derecho es el Derecho.<sup>65</sup>

Si eso es así, los derechos humanos carecen de fundamento. No hay de dónde

---

<sup>64</sup>. Para los positivistas inclusivos, un sistema jurídico puede —si así lo estipulan sus fundadores— instituir una regla de reconocimiento que excluya las reglas de conducta gravemente injustas. Pero dejaría de ser un positivista quien dijera que una estipulación de ese tenor, o cualquiera que se le parezca, tiene que estar contenida en un ordenamiento normativo para que éste sea un sistema jurídico.

<sup>65</sup>. Diferencio, pues, fundamento de motivo. El fundamento es objetivo, implicando lógicamente lo en él fundado. El motivo es subjetivo. Un agente que decide una acción X por un motivo M no tiene por qué estar presuponiendo ninguna regla de inferencia según la cual M implique X. Unos motivos pueden ser confesables y otros no. Pero aun los más loables pueden distar de constituir fundamentos.

Por otro lado, nado a contracorriente al desligar mi defensa del jusnaturalismo de la actual tendencia a recuperar un íntimo vínculo entre Derecho y moral (recuperación en que se basan los nuevos críticos del juspositivismo. V M.J. Detmold, *The Unity of Law and Morality: A Refutation of Legal Positivism*, Londres: Routledge and K.P., 1984. Ya Lon Fuller había enunciado su propuesta de un jusnaturalismo formal bajo el rótulo expresado en el título de su libro de 1964 *The Morality of Law*).

inferirlos. Podremos, sí, invocando nuestra conciencia moral, increpar al déspota que los rehúsa y conculca. El problema de la conciencia moral es que es una cuestión de cosmovisión personal o, a lo sumo, de grupo; en suma, un asunto privado. ¿Con qué derecho puedo yo exigir a un poder establecido que ajuste el contenido de su legislación a mis convicciones morales? Ciertamente puedo afirmar que a ello me autorizan mis propias convicciones. Pero esa autorización es moral, no jurídica. Y, sobre todo, es personal e íntima. Para nada tiene por qué ser vinculante para el legislador.

En una asamblea constituyente es posible que las separadas conciencias morales de la mayoría de los asambleístas —de suyo, cada una de ellas aislada— concuerden en constitucionalizar los derechos humanos. Es un asunto de contingencia fortuita. ¿Qué pasa si no se da tal acuerdo mayoritario? ¿Qué podría invocar la minoría? ¿Qué canon socialmente vinculante podría aducir para convencer a la mayoría?<sup>66</sup>

Si lo lícito y lo ilícito dependen exclusivamente de la voluntad, no hay ningún argumento posible que quepa esgrimir a favor de los derechos humanos ni contra ellos ante un poder constituyente. Ni, por lo tanto, podrá emitirse juicio alguno de valor jurídico sobre la obra de ese poder constituyente. Sólo podrá valorarse moralmente, según los parámetros de la conciencia subjetiva del censor.

### **§11. El principio jusnaturalista del bien común, fundamento de los derechos del hombre**

Que haya normas de Derecho natural significa que hay situaciones jurídicas generales (cuya enunciación comporta un cuantificador universal) que existen en el ordenamiento jurídico independientemente de que los legisladores lo quieran o no.

O bien creemos que sólo son reglas jurídicamente vigentes las que explícitamente haya promulgado el legislador (caso del último Kelsen), o bien, más plausiblemente, admitimos que de ciertas reglas promulgadas se siguen otras, en virtud de una lógica deóntica correcta.

P.ej, si el legislador ha otorgado un (incondicional) derecho a A y también un (incondicional) derecho a B, se sigue que hay un derecho a A-y-B. Similarmente, si ha decretado que, obligatoriamente, todo aquel que gane más de mil euros pagará un tributo y si resulta que el ciudadano X gana más de mil euros, se sigue que, en ese sistema jurídico, está vigente la regla de que X pague un tributo.

---

<sup>66</sup>. A los juspositivistas se les plantea el problema de saber si una asamblea que ejerza el poder constituyente está sujeta o no a alguna norma jurídica. Hay varias opciones. Una es decir que no, respuesta erizada de dificultades. Otra es decir que, mientras delibera y decide, está sujeta al ordenamiento jurídico precedente; la dificultad aquí es que tal sujeción anula e invalida la adopción de una nueva constitución. Parece que la única salida es que la asamblea esté congregada bajo normas de Derecho natural y que su función constituyente venga constreñida y reglada por tales normas. Por otro lado la constitución así adoptada ¿tiene algún fundamento jurídico? Si no, es arbitraria. Si sí, no puede ser otro que el Derecho natural.

Sin una lógica deóntica correcta el Derecho es imposible, porque entonces el legislador tendría que legislar caso por caso, siempre *ad hoc*. (Tal fue, como he dicho, la tesis del último Kelsen, desengañado de poder hallar una lógica deóntica por la existencia de antinomias jurídicas; lo que desconoció fue la posibilidad de afrontarlas con una lógica paraconsistente.)

Diremos que una situación jurídica (la obligatoriedad, la prohibición o la licitud de un hecho) es una consecuencia jurídica de ciertas premisas cuando se deduce de ellas por una lógica deóntica correcta. Esas premisas pueden ser situaciones fácticas y jurídicas. Las normas son situaciones jurídicas.<sup>67</sup>

Cuando una consecuencia jurídica se deduce de supuestos de hecho efectivamente realizados más ciertas normas, diremos que es una consecuencia jurídica a secas. Toda consecuencia jurídica, a secas, es una situación jurídica (incondicional).

Que haya Derecho natural significa que hay ciertas normas que se infieren, por lógica jurídica, de cualesquiera premisas normativas, del mismo modo que las verdades lógicas se deducen lógicamente de cualesquiera premisas, necesarias o contingentes.

El profano en lógica puede encontrar curioso que sea así. Hay unos lógicos heterodoxos (los lógicos relevantistas) que rechazan que las verdades lógicas se deduzcan lógicamente de cualesquiera verdades.<sup>68</sup> Tal (por ellos rechazada) deducibilidad la han calificado con la engañosa locución de «paradoja de la implicación material». Se basa en una tautología que vale, no sólo en las lógicas aristotélicas (lógicas binarias donde sólo se aceptan el totalmente-sí y el totalmente-no), sino en muchísimas otras lógicas, muy desviadas de la lógica clásica o aristotélica: lógicas intuicionistas (donde no vale el principio del tercio excluso), lógicas multivalentes de Łukasiewicz —y, en su séquito, todas las lógicas de la familia *fuzzy*—, lógicas cuánticas, etc.

Dicha tautología podemos enunciarla informalmente así: «Si es verdad que p, entonces, si es verdad que q, es verdad que p». De manera más incisiva —y para que no parezca un trabalenguas—, podríamos, tal vez, brindar esta otra enunciación, acaso más clara: «Cuando existe un hecho, A, entonces es verdad que A existe si B existe». (Notemos que, en la apódosis de esta última fórmula, no se dice «A existe sólo si B existe».) Y es que, existiendo el hecho A, A existe, suceda o no suceda que

---

<sup>67</sup>. En aras a la brevedad, podemos indistintamente hablar de las normas como preceptos y viceversa. En rigor, sin embargo, hay que diferenciar. Una norma es un estado de cosas consistente en que su contenido —otro estado de cosas— esté afectado por un operador de obligación, licitud o prohibición. Un precepto es un enunciado que expresa una norma. Las relaciones de deducción o de inferencia se establecen, con propiedad, entre enunciados, pero, en un sentido lato, por extensión, podemos decir que de unos hechos o estados de cosas se infieren otros, cuando de los enunciados que expresan los primeros se infieren aquellos que expresan los últimos. Con relación a la pregunta de qué sea un estado de cosas, quedará fuera de la presente indagación.

<sup>68</sup>. V. Routley, Richard, y otros, *Relevant Logics and Their Rivals. Part 1. The Basic Philosophical and Semantical Theory*. Atascadero (California): Ridgeview Publ. Co, 1982.

B.

Por eso, de ser V una verdad lógica, será también verdad que, si A, V (para cualquier A). No sólo será verdad, sino que será una verdad lógicamente demostrable. Por eso, V se seguirá de A (y de B y de C ...).

Pues eso mismo pasa con las normas de Derecho natural, si es que existen. Sólo es de Derecho natural una norma, N, que, por lógica deóntica, se sigue de cualquier cúmulo de premisas, unas fácticas y otras deónticas. Lo cual significa que una norma de Derecho natural es una que está presente en cualquier ordenamiento normativo.<sup>69</sup>

Así concebido, el Derecho natural no es, primariamente, un conjunto de cánones metajurídicos que constriñan el contenido de las normas jurídicas promulgables por el legislador; no es un cernedor que separe el grano de las normas válidas (por conformidad material con las metanormas jusnaturales) de las inválidas (aquellas que no pasan con éxito tal examen).

Es posible que, secundariamente, la presencia en el sistema jurídico de ciertas normas jusnaturales pueda producir, en parte, ese efecto de filtro.<sup>70</sup> Pero de suyo para reconocer el Derecho natural no hace falta afirmar dicho efecto. Un jusnaturalista puede admitir insolubles contradicciones lógicas en el contenido de un sistema jurídico, algunas de ellas derivadas del choque entre insoslayables y necesarias normas de Derecho natural —que no pueden, de ningún modo, quedar ausentes ni ser derogadas por una autoridad carente de potestad para promulgarlas— y ciertas normas contingentemente edictadas por el legislador, aunque tengan un contenido contrario al de dichas normas jusnaturales.

¿Cuáles pueden ser las normas básicas jusnaturales? Para Santo Tomás de Aquino la regla jusnatural suprema es el *principio de sindéresis*, a saber: hay que hacer el bien y evitar el mal.<sup>71</sup> El defecto del principio de sindéresis es que, siendo tautológico, difícilmente puede resultar fecundo para deducir de él consecuencias jurídicamente relevantes. Parece más interesante, como norma jusnatural suprema, otro principio, también presente en la obra del Doctor Angélico, que es el del bien común. Santo Tomás concibe la ley como una ordenación racional para el bien común edictada por quien tiene legítima autoridad para hacerlo. El sistema jurídico es un sistema de leyes; un sistema cuyas piezas se definen por esa función de instrumentos racionales para el bien común; y, por consiguiente, un complejo cuyo sentido de conjunto es el mismo: el servicio al bien común. Ese servicio es, pues, la

---

<sup>69</sup>. Una definición alternativa —demostrablemente equivalente— es ésta: por definición es una norma jurídico-natural cualquier norma N tal que, para quizá otro norma M, si N implica a M en virtud de una correcta regla de inferencia lógico-deóntica, M es una norma de cualquier ordenamiento jurídico.

<sup>70</sup>. Así será si adoptamos el principio adicional —ya aludido más arriba, pero que, de suyo, no se sigue de la mera aceptación de un Derecho natural, según lo hemos definido— de que las normas de Derecho natural son superiores o, al menos, de prevalente exequibilidad.

<sup>71</sup>. *Summa Theologica* 1, q. 79, a. 12-13; 1-11, q. 94, a. 1.

norma suprema del Derecho natural.

Además, moralmente al principio de *sindéresis* podrá otorgársele un valor u otro, pero jurídicamente, en la medida en que no sea vacío, es, o puede ser, perjudicial. Para que una conducta esté jurídicamente prohibida no basta que sea mala: tiene que ser atentatoria al bien común. Para que una conducta sea obligatoria no basta que sea buena: tiene que ser necesaria para el bien común. El bien particular de los individuos es jurídicamente pertinente sólo en tanto en cuanto se integre en el bien común.<sup>72</sup>

Si, más concretamente, sostenemos que es un precepto de Derecho natural que todos tienen derecho a participar del bien común y obligación de contribuir al mismo —*principio del bien común*—, eso se seguirá de cualquier premisa normativa. Por lo tanto, en cualquier sistema normativo estará en vigor esa norma, háyalo reconocido el legislador o no.

Admitamos que está vigente, por Derecho natural, el principio del bien común (u otro de parecido tenor). ¿Es posible inferir de ahí la vigencia jurídica de los derechos humanos? Sin lugar a dudas. Si cada uno tiene derecho a participar del bien común, tiene derecho a que sean satisfechas las reclamaciones esenciales para su vida en sociedad, puesto que, en tanto en cuanto no sea así, se impide su participación en el bien común. Tiene ese derecho en el doble sentido de que le es lícito hacer esas reclamaciones (o les es lícito a otros hacerlas en su nombre y a su favor) y es injusto que se le denieguen.

Por otro lado, si cada cual tiene la obligación de contribuir al bien común, debe respetar los derechos humanos de los demás, puesto que, en tanto en cuanto los viole, está atentando contra el bien común. Y es que el bien común de una colectividad es un bienestar (o bien-ser) que tiene dos facetas: la una colectiva, la otra distributiva. No es la mera suma de los bienes particulares, pero tampoco es el bien de la mera colectividad que no redunde en bien para sus miembros. Así, no tendrá un gran bien común una cooperativa riquísima, pero de cuya riqueza no puedan beneficiarse para nada los cooperantes.

Notemos que el bien común puede ser tangible o intangible. El bien común de una asociación puede ser el renombre o la riqueza espiritual, un haber de buenas acciones, que, en este caso, redunde en el bienestar espiritual de los afiliados al saber que concurren a esa obra colectiva. En el caso de una cooperativa —que, por serlo, no reparte dividendos— el bien material de los cooperativistas estriba en su posibilidad de enajenar su participación respectiva en caso de necesidad y en el agrandamiento de su patrimonio entre tanto, al ser condueño de los bienes de la cooperativa.

En una familia hay bien común en tanto en cuanto a la familia le va bien.

---

<sup>72</sup>. La salvación de las almas o la perfección moral o la rectitud de las conciencias son asuntos ajenos al bien común y, por ende, tales que sobre ellos no puede haber ni prohibiciones ni obligaciones; lo cual se aplica tanto al Derecho positivo como al Derecho natural.

Puede irles bien a los miembros sin que le vaya bien a la familia (cada uno por su lado se busca la vida, pero no se comparte ninguna ganancia). Mas no puede irle bien a la familia yéndoles mal a sus miembros. Si la familia se enriquece pero sus miembros —o algunos de ellos— no pueden sacar beneficio alguno de ese enriquecimiento, entonces les es ajeno y no tenemos un bien común, sino privativo de aquel que pueda beneficiarse. Así, el patrimonio de una fiducia (*trust*) o de una fundación no es un bien común de los fiduciarios o integrantes del patronato de la fundación (salvo que queramos hablar del bien moral intangible, como puede ser la reputación o el solaz).

Si el principio del bien común es una regla jurídica —y de Derecho natural, en el sentido ya explicado— se sigue que el legislador tiene que legislar para el bien común, porque, de no hacerlo, viola su deber de contribuir al mismo. Así volvemos a la definición tomista de la ley como ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por quien tiene a su cuidado la comunidad. Ahora bien, legislar para el bien común implica legislar de tal modo que cada habitante del territorio pueda participar del bien común y que todos tengan el deber de contribuir al mismo. Y en eso estriban los derechos humanos.

---

## §12. Aclaraciones: el Derecho natural y el principio de vivir según la naturaleza

¿Qué tiene que ver el Derecho natural con la regla de vivir según la naturaleza? Los estoicos adoptaron esa regla, igual que en otras culturas lo hicieron otras filosofías (p.ej. el taoísmo en China). Hay una valoración positiva de la naturaleza. Por ello los jurisconsultos romanos, como Ulpiano, bajo influencia estoica, concibieron el Derecho natural como el que rige al hombre en tanto en cuanto es un ser más de la naturaleza, al igual que los demás animales, con los cuales comparte muchas pautas de conducta y algunas de organización (p.ej. la familia).<sup>73</sup>

En los recientes debates sobre temas de bioética, organización familiar, relaciones sexuales, procreación. Nacimiento y muerte se ha invocado a menudo, por los adeptos de determinados puntos de vista, la tesis de que sus recomendaciones se basan en lo que se ajusta a la naturaleza (se entiende que la humana), mientras que las de sus respectivos oponentes serían *contra naturam*. Muy a menudo tales alegaciones parecen ir siempre en un sentido que podemos caracterizar como generalmente conservador (tendente a mantener las pautas de comportamiento, los modos de organización y las técnicas heredadas de un período precedente, evitando las novedades).

---

<sup>73</sup>. A lo largo de la Edad Media la definición de Ulpiano del Derecho natural como aquello que la naturaleza prescribe (*doceat*, no bien traducido, en este contexto, como «enseña») a todos los animales —a cada uno según sus específicas características— fue aceptada por unos y rechazada por otros, que entendían que eso rebajaba al hombre, desligando el Derecho natural de la racionalidad y la espiritualidad exclusivas del hombre. V. Beuchot, Mauricio, *Derechos Humanos: Iuspositivismo y iusnaturalismo*, México: UNAM, 1995, pp. 67 y ss.

Tales debates de suyo nada tienen que ver con la cuestión del Derecho natural. Un juspositivista puede preconizar «vivir según la naturaleza» en ese sentido y en esas facetas de la conducta humana, sencillamente porque juzgue que hacerlo así es más valioso, o más socialmente útil o que su personal conciencia moral le dicta predicar esas opciones. Por su lado, un jusnaturalista, aunque abrace ese precepto de vivir según la naturaleza, puede no profesarlo en ese sentido conservador y con relación a esos temas.

Ni los estoicos ni los jurisconsultos ilustrados romanos entendieron que la regla de vivir según la naturaleza nos obligara a una vida silvestre, salvaje, prescindiendo de los adelantos y las comodidades acumuladas por la sociedad humana en su evolución histórica. Al menos no fue ésa la línea principal de su argumentación, aunque pudieran a veces recomendar la vida rústica, más sencilla y próxima a la naturaleza, o la frugalidad. Puede haber en el planteamiento de algunos estoicos precedentes de las tesis de Rousseau en su famosa polémica contra los enciclopedistas sobre lo superfluo (el lujo). Y de nuevo en nuestro tiempo encontramos un resurgir de tales enfoques en el ecologismo.

El Derecho natural no es, de suyo, ni ecologista ni antiecologista; ni pone ni quita el lujo. No recomienda vivir en casas de una planta —y no de 101 pisos—, ni prescribe abstenerse de la contracepción o del parto sin dolor, ni cuestiona la procreación médicamente asistida ni prohíbe la sedación. De seguir ese tipo de pautas, es difícil saber por qué no habría que renunciar al dominio del fuego, a la construcción de viviendas, la fabricación de vasijas, fármacos, vestidos, tabletos electrónicos, arados, barcos o barcas, lápices, peines, cucharas, tintes, zapatos, aparatos ortopédicos, marcapasos, pulseras, audífonos, etc.

Pero ¿es más antinatural para el hombre vivir fabricando y usando todos esos medios artificiales que para un castor levantar diques, para las hormigas construir sus madrigueras, para las aves sus nidos, para las abejas sus colmenas?

La naturaleza ha dotado a los seres de todas las especies sociales de un instinto social, de una tendencia a seguir unas reglas de coordinación y subordinación que hagan posible la vida social.

En las especies de animales superiores —dotados de inteligencia y voluntad—, como los mamíferos sociales, la vida social sólo es posible si se establecen jerarquías y si los miembros de la sociedad ajustan su conducta a la regla de obedecer la autoridad establecida, en tanto en cuanto ello favorezca el bien común.

Es ésa la única regla de Derecho natural. Es, a la vez, un imperativo ético-jurídico (axiológico) y un hecho, porque en todas las especies sociales existe el instinto innato de seguir esa regla. Tal instinto no siempre prevalece, ni mucho menos, toda vez que, tratándose de animales inteligentes y voluntariosos, ocurren desviaciones de la regla instintiva. Pero la ley natural de adaptación al medio determina que tales desviaciones sean rechazadas y combatidas; cuando no suceda así, el grupo social irá camino de periclitar y perecer.

Vivir según la naturaleza —si es que ha de adoptarse tal principio como un

componente del Derecho natural— sólo puede significar: vivir en sociedad usando la inteligencia —don de la madre naturaleza— en beneficio común, dotándose de autoridades que establezcan racionalmente reglas para el bien común y obedeciéndolas. Absolutamente nada más.

¿Quiere eso decir que un jusnaturalista, oficiando de tal, no tendrá argumentos que ofrecer sobre si la organización familiar ha de ser monogámica o poligámica, sobre si las células de la sociedad han de ser dúos, tríos o cuartetos, sobre si ha de permitirse la clonación, y así sucesivamente? Un jusnaturalista puede, desde luego, ofrecer sus argumentos en todos esos temas y cualesquiera otros, ya sea tratando de convencernos de que lo que propone se deduce del principio del bien común, ya sea, menos ambiciosamente, sosteniendo que es compatible con ese principio.

Habrán jusnaturalistas que digan una cosa y jusnaturalistas que digan lo contrario. Ser jusnaturalista no otorga una credencial de infalibilidad deductiva. Nada es más fácil que equivocarse haciendo deducciones. Basta un error en uno de los eslabones de la cadena deductiva para que ésta resulte incorrecta y falaz.

Si un jusnaturalista alega —y los hubo que así lo alegaron— que por Derecho natural no ha de haber matrimonio ni pareja estable, sino promiscuidad generalizada —ya sea de «amor libre», ya de apareamiento exclusivamente según los mandamientos de la autoridad competente—, sus alegaciones serán tan merecedoras de atención como cualesquiera otras, pero no le faltarán contradictores que también se proclamen jusnaturalistas.

Así pues, es gratuito alinear automáticamente a todos los jusnaturalistas en un lado de cualquier controversia contemporánea sobre cuestiones bioéticas o de relaciones familiares —como igualmente lo es alinear a todos los juspositivistas en el lado opuesto. Cada cuestión habrá de debatirse caso por caso, con argumentos racionales y oportunos, sin que en absoluto haya de encasillarse a los jusnaturalistas en el grupo que tienda siempre a lo más «natural», entendido como lo más cercano a la vida de los hombres del pasado —de un pasado que cada quien puede retrotraer a cuando le parezca bien, sea el año 1999, 999, -999, -1999, etc.

Estas reflexiones nos bastan para puntualizar nuestra posición en lo tocante a la cuestión —suscitada en el nuevo jusnaturalismo de Germain Grisez y John Finnis— de si el Derecho natural se deduce de la naturaleza humana (según la concepción de los viejos tomistas) o si, lejos de deducirse de ella, sólo se infiere de unos bienes básicos —que son plurales—, por reglas de racionalidad práctica, que prescindirían de la metafísica.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> El iniciador de ese nuevo enfoque fue Germain Grisez (v. su obra *Christian Moral Principles*, Chicago: Franciscan Herald Press, 1983); quien lo ha llevado al esplendor y al escenario académico es John Finnis con su célebre libro *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon, 1980. Es de señalar que ese NNL (New Natural Law), de raigambre tomista, ha suscitado una viva oposición de buena parte de los jusfilósofos que siguen a Santo Tomás, surgiendo así una polémica que constituye una de las más apasionadas y apasionantes controversias en torno al resurgimiento del Derecho natural. V. Veatch, Henry & Rautenberg, Joseph, «Does the Grisez-Finnis-Boyle Moral

Creo que en ese debate llevan razón los viejos tomistas. En primer lugar, es un rasgo inherente a la naturaleza humana el instinto de vivir socialmente, lo cual requiere vivir propiciando el bien común y participando del mismo, bajo una autoridad que establezca reglas con esa función. En segundo lugar, los bienes plurales de la nueva escuela jusnaturalista —estén bien o mal escogidos—, en la medida en que sean bienes para el hombre, lo son por una adecuación a la naturaleza humana, por la realización de una potencialidad natural del hombre, que tiende innata e instintivamente a más vida —igual que todos los seres vivos. Sean o no sea deducibles unos de otros o reducibles unos a otros, el juego —o el esparcimiento—, el saber, la comodidad, la salud, la longevidad, el amor, la amistad, el cobijo, la alimentación, la armonía, todos esos bienes y muchos otros son bienes para el hombre porque satisfacen necesidades humanas; necesidades de diversos tipos.

Imaginemos una sociedad de seres que no sean animales —de seres que no pasen por las fases del nacimiento, el crecimiento, la reproducción y la muerte—; seres incorpóreos, sin importarnos si son ángeles, duendes, gnomos, ninfas, genios o demonios. ¿Qué sería para ellos el bien común? Dependería de su naturaleza. No pudiendo enfermar, la salud carecería de sentido, siendo ociosa o redundante. Tal vez serían juguetones, tal vez seres espirituales incapaces de distraerse. ¿Habría amor o amistad entre ellos? ¿Habría odios? ¿Se echaría alguna vez en falta la armonía social?

Dejo a otros estudiar esas sociedades angélicas o diabólicas. En todo caso está claro que en las sociedades animales —y la nuestra es una de ellas—, lo conforme a la naturaleza es el bien común idóneo para la especie de que se trate. Para las sociedades de elefantes, para las manadas de babuinos, para las colonias de aves migratorias serán buenas ciertas cosas. Sin lugar a dudas compartimos con esos cercanos parientes nuestros muchas inclinaciones. Igual que para ellos, son buenos para nosotros estar resguardados, nutrirnos, reproducirnos, estar unidos, socorrernos, evitar los peligros que nos acechan, descansar, conocer nuestro entorno, ejercitar nuestro cuerpo. Otros bienes son específicos, aunque frecuentemente nos percatamos de que nuestra singularidad es menor de lo que creíamos (pues hasta la veneración de los muertos parece compartida con especies afines).

En resumen y en conclusión: hay un sentido perfectamente válido en el cual el jusnaturalismo defiende el principio de vivir según la humana naturaleza y también un sentido correcto en el cual el jusnaturalismo se deduce de un acertado conocimiento de esa naturaleza humana.

---

Philosophy Rest on a Mistake?», *The Review of Metaphysics*, 44/4 (1991), pp. 807-830; Lisska, A. J., *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*, Oxford: Clarendon Press, 1996; V. Kainz, Howard P., *Natural Law: An Introduction and a Reexamination*, Chicago: Open Court Publ., 2004; y de este mismo autor, una breve nota muy aclarativa: «Natural Law without Nature? Aquinas to the Rescue», en <http://www.catholicity.com/commentary/kainz/08699.html>, cons. en 2013-05-28. Se debate si la postura de Finnis se basa en el presupuesto —comúnmente atribuido a Hume (a pesar de algunas reinterpretaciones recientes)— de que de juicios de *así* es no cabe nunca inferir *así debe ser*, o sea el *debe* jamás se deduce válidamente del *es*. Finnis estaría así proponiendo una deóntica sin metafísica, un Derecho natural no radicado en la naturaleza humana.



VIII

**«RAZONAMIENTO ABDUCTIVO Y  
MÉTODO AXIOMÁTICO EN LA  
LÓGICA DEÓNTICA»**

**por Lorenzo Peña y Gonzalo**

*Prueba y razonamiento probatorio en Derecho:*

*Debates sobre abducción*

Juan Antonio García Amado & Pablo Raúl Bonorino (Coords.)

Granada: Editorial Comares, 2014

ISBN: 978-84-9045-135-9

(pp. 233-258)



# RAZONAMIENTO ABDUCTIVO Y MÉTODO AXIOMÁTICO EN LA LÓGICA DEÓNTICA

por Lorenzo Peña y Gonzalo<sup>1</sup>

---

Publ. en:

*Prueba y razonamiento probatorio en Derecho: Debates sobre abducción*

Juan Antonio García Amado & Pablo Raúl Bonorino (Coords.)

Granada: Editorial Comares, 2014

ISBN: 978-84-9045-135-9

(pp. 233-258)

---

## *Sumario*

1. La lógica pre-axiomática: de Aristóteles a Frege. 2. La lógica como un cálculo axiomático. ¿Intuición? 3. Las lógicas no aristotélicas. El holismo de Quine 4. Las lógicas deónticas: ¿cómo elegir los axiomas? 5. La abducción como método heurístico y justificativo de la lógica jurídica. 6. Principios de la lógica jurisprudencial. 7. Dos cánones metalógicos. 8. El principio del bien común. 9. El principio de obligación consecuente. 10. Tres objeciones

---

## *Resumen*

Arguméntase que, tanto en la elaboración de sistemas o cálculos lógicos, en general, cuanto, más concretamente, en la de sistemas de lógica deóntica, el método adecuado —y efectivamente seguido en la praxis investigativa— es el abductivo, no sólo heurística sino también justificativamente: se inventan axiomas o reglas de inferencia que sirven para, a partir de unas premisas dadas, obtener las consecuencias deseables, evitando las indeseables. Posteriormente se somete el sistema así elaborado al test de su aplicabilidad para el razonamiento, modificándose en tanto en cuanto se

---

<sup>1</sup>. El presente trabajo se inscribe en las tareas de realización del proyecto «Los límites del principio de precaución en la praxis ético-jurídica contemporánea» [FFI2011-24414], Plan Nacional de I+D+i. (IP: Txetu Ausín.)

---

patentice la necesidad, sujetando todo el procedimiento a ciertos cánones o constreñimientos: fecundidad, elegancia y verosimilitud. En la lógica deóntica el último canon es la utilidad para el bien común.

---

*Abstract*

When developing logical systems or calculi, be it in general or particularly in the field of deontic logic, abduction is both the suitable method and the one actually pursued in research practice, not only as a heuristic tool, but also as a justification standard: axioms and rules of inference are devised which, starting with certain given premises, yield desirable consequences, while keeping clear of undesirable ones. Later on the thus built system is put to the test of applicability for real reasoning, with needed adjustments being done in so far as the reasoning experience demands it. the whole procedue has to abide by certain canons or constraints of fruitfulness, elegance and plausibility. In deontic logic the ultimate canon is usefulness for the common good.

## §1.— La lógica pre-axiomática: de Aristóteles a Frege

Desde Aristóteles hasta mediados del siglo XIX, todos los lógicos concibieron la lógica como un saber evidente de suyo y no basado en la experiencia. Esa putativa autoevidencia de la lógica, con su consiguiente independencia con respecto a lo empírico, no casaban muy bien con el empirismo gnoseológico del propio Estagirita y su escuela, el Liceo, al igual que con otros empirismos posteriores, como los de Locke y Condillac, quienes, sin embargo, no cuestionaron la autoevidencia e inmunidad de la lógica con relación a la experiencia.

Por otro lado, Aristóteles no presentó su lógica como un sistema de axiomas o postulados.<sup>2</sup> El método axiomático no nacerá con él, sino algo más tarde, con Euclides, sin llegar a extenderse al campo de la lógica hasta la segunda mitad del siglo XIX. No faltan, ciertamente, en los lógicos estoicos, medievales y postrenacentistas esbozos de axiomatización lógica, pero nunca alcanzaron la claridad suficiente para distinguir los postulados de las reglas de inferencia ni, por lo tanto, para ofrecer un cálculo.

Son célebres los planes de formalización de Raimundo Lulio y, principalmente, de Leibniz. No fueron los únicos. Leibniz, en particular, unió su proyecto a un diseño de lengua universal formalizada; plasmó sus ideas en múltiples bosquejos, siempre en pos de un cálculo lógico, pero en realidad ese cálculo nunca pudo ponerlo en pie, aunque sí se acercó. En sus papeles (los más de ellos póstumamente publicados) da muchas vueltas a la formalización, sin conseguir pergeñar en lógica algo comparable al sistema de axiomas de la geometría euclídea.<sup>3</sup>

No podemos caracterizar la apreciación de Kant sobre la lógica más que como uno de esos errores antológicos, que pasan a la historia como clamorosas equivocaciones de los filósofos. El pensador prusiano creyó que desde Aristóteles la lógica no había dado ni un paso adelante ni un paso atrás. Ignoraba los sepultados galeones cargados de tesoros lógicos que hoy, en parte, conocemos gracias a la exploración emprendida por los historiadores de la lógica.

No sólo Kant no sabía nada de eso, sino que tampoco hubiera querido saberlo, en el caso de haber tenido ocasión. Vivía en un ambiente intelectual

---

<sup>2</sup> Aunque una añeja tradición (que nos viene del neoplatonismo) consagró un distingo conceptual entre *axiomas* y *postulados*, la diferencia, en realidad, no rebasa el ámbito de la psicología.

<sup>3</sup> Aunque tanto Aristóteles como Leibniz concibieron como autoevidentes y no menesterosas de prueba las verdades lógicas (que ellos pensaban reducirse a una sola, el principio de no-contradicción), no obstante ambos se esforzaron por aportar algún tipo de sustentación. En el caso de Aristóteles se ha hablado de una argumentación transcendental, que se esfuerza en mostrar que un adversario (Heráclito) que cuestione el principio de no-contradicción está implícitamente acudiendo a él en su propio discurso; tendríamos así una demostración del principio por algo parecido a la regla de Clavius: si no-A implica A, es que A es verdad. También —con un tipo de aproximación bastante similar— Leibniz —en varios ensayos (especialmente en los *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*)— viene a sostener que sólo el principio de no-contradicción brinda una razón suficiente para la empresa misma del conocimiento humano, con lo cual, paradójicamente se está fundando el principio de las verdades *a priori* en el de las verdades *a posteriori*. Tales tentativas guardan alguna semejanza con la abducción peirceana, que más abajo voy a defender. Probar esa semejanza me apartaría del propósito de este ensayo.

totalmente despreciativo de la tradición de la *philosophia perennis*, esa filosofía escolástica por la cual todavía Leibniz había mostrado una elevadísima valoración, pero que en la segunda mitad del siglo XVIII se veía como un amasijo de elucubraciones inanes y etéreas, de filigranas especulativas en torno a sutiles minucias y artificiosas ocurrencias.

Es más, el mensaje central de la filosofía madura de Kant es el de una implacable y extirpadora denuncia de toda metafísica que pretenda presentarse como un conocimiento, encerrando así a la razón en un coto cerrado para abrir paso a la fe. Y, si bien los estudios de lógica y filosofía del lenguaje desarrollados en la escolástica tardía podrían desgajarse de su transfondo metafísico, tal operación los despoja en parte de su sentido y los aísla del horizonte conceptual en el que se llevaron a cabo.

El mencionado aserto de Kant patentiza una deficiente concepción de la lógica misma, que él considera un saber no sólo *a priori*, sino también analítico, sin, no obstante, inquietarse por la carencia de una formalización que permitiera hacer cálculos lógicos.

El siglo XIX marca la diferencia. De un lado, tenemos al bando empirista. David Hume había buscado, sin encontrarla, la fuente de la necesidad de la lógica, teniendo que recurrir a una fe o creencia subjetiva, producto del hábito, lo cual dejaba a los asertos lógicos en la mayor fragilidad y hasta los convertía en opciones gratuitas. John Stuart Mill va a asentarlos en una base epistemológicamente más seria, que será la misma que la de los demás saberes reconocidos en su época, a mediados del siglo XIX, un período de espíritu empirista y utilitario; se atreve, por ello, a dar un paso que ningún empirista anterior había osado: entender las verdades de la mismísima lógica como generalizaciones inductivas a partir de la experiencia.

De otro lado, los lógicos van a ponerse en serio a la tarea de hacer de la lógica un cálculo, dando pasos cumulativos que desembocarán en el primer sistema lógico axiomático, el de Frege (sin rehusarles a sus predecesores el crédito que merezcan por sus anticipaciones).

De suyo la labor axiomatizadora, la de construcción de sistemas formales, no implica una concepción *a priori* de la lógica ni está implicada por ella. J.S. Mill entendía tan *a posteriori* la aritmética, la geometría y la matemática en general como la lógica. Su concepción es compatible con la construcción de cálculos de álgebra, aritmética, geometría y también de lógica.

Ahora bien, el lógico puro, aquel que se dedica a la puesta en pie de sistemas formales, de cálculos, tiende a simpatizar poco o nada con esa visión empirista de J.S. Mill, inclinándose más bien a concebir sus axiomas o postulados como *a priori* evidentes, sillares de tal obviedad que sobre ellos pueden levantarse —sin resquicio para la duda— edificios perfectamente sólidos. (Al menos así sucedía en ese tiempo, porque después las cosas ya no se plantean en esos términos.)

---

## §2.— La lógica como un cálculo axiomático. ¿Intuición?

Cuando llegamos al sistema de Frege en su famoso *Begriffsschrift* (1879) ya tenemos todos los ingredientes de un cálculo lógico en el sentido moderno. Frege escoge sus axiomas porque le parecen principios universales del pensamiento, de suyo evidentes, cognoscibles *a priori* e indubitables. No por ello los entiende —según lo harán después las escuelas formalistas (cuyo más destacado representante será David Hilbert)— como verdades por convención, verdades relativas a reglas de juego ni al modo constructivista (posteriormente inaugurada por Brouwer), como productos de la elaboración conceptual humana. Al revés, combatió, con alacridad y encarnizamiento doctrinal, las ideas que ya circulaban en el ambiente matemático de su tiempo y que prefiguraban concepciones subjetivistas de ese tenor.

Para Frege la lógica refleja el mundo. Ciertamente postula, junto al mundo de los objetos físicos, uno, pletórico, de entes ideales (inespaciales e intemporales): las funciones, los conceptos —que son funciones con la particularidad de que sus valores son valores veritativos—, esos mismos dos valores —verdad y falsedad—, las extensiones de conceptos, los sentidos. Sería, no obstante, un craso error creer que, en su enfoque, las verdades de la lógica sólo reflejan el mundo de tales idealidades; antes bien, se aplican a cualesquiera entidades.

Aun sin enunciarlo nunca en tales términos, Frege anticipa, pues, las concepciones realistas del saber lógico que ya en el siglo XX van a defender Russell (en un período de su complicado y sinuoso itinerario intelectual)<sup>4</sup> y Ferdinand Gonseth: la lógica entendida como física del objeto cualquiera.

Aduzco eso sólo por su incidencia en el problema que estoy planteando, a saber: ¿cómo conocemos las verdades de la lógica? ¿Cómo seleccionamos unos determinados asertos para erigirlos en axiomas en combinación con unas reglas de inferencia? Frege combate intransigentemente toda visión subjetivista o psicologista de la lógica,<sup>5</sup> pero también toda fundamentación empirista, como la de J.S. Mill. De

---

<sup>4</sup>. Russell nunca se aferró a esa concepción filosófica ni a ninguna. Su honestidad intelectual le impedía cerrar los ojos ante las dificultades que asaltaban a los paradigmas que —con una adhesión volátil y efímera— iba sucesivamente abrazando. La contrapartida de su afán del desprejuicio a toda costa fue la total falta de perseverancia, que frustró lo que hubiera sido una interesante reconstrucción de sus teorías frente a las objeciones. Quizá esa inconstancia lo excluye de la élite de los grandes filósofos, que se esforzaron por salvar sus propios sistemas, así fuera introduciendo modificaciones inesenciales —como Platón, Leibniz, Malebranche, Spinoza, Hegel, Bentham, Quine, todos los cuales quisieron ser fieles a sí mismos. La fidelidad no era uno de los valores adoptados por Bertrand Russell. Ello no lo empequeñece.

<sup>5</sup>. Aunque Frege, por rutina, usa locuciones como «leyes del pensamiento» para hablar de las leyes de la lógica —y aunque en sus primeros escritos persiste una influencia kantiana que entiende esas leyes como cánones o pautas que el pensar se impone a sí mismo—, el sentido que otorga a tales locuciones es el de leyes ontológicas que rigen la realidad. De hecho, en su teoría semántica, los pensamientos serán los sentidos de oraciones, de suerte que a cada pensamiento le corresponderá un valor veritativo, verdad o falsedad. Esos pensamientos son entes objetivos de un mundo ideal, siendo las leyes del pensamiento aquellas que rigen esa correspondencia entre pensamientos y valores veritativos. Pero hay que insistir en que tales regulaciones no tienen únicamente vigencia en el mundo ideal, sino también en el real. La filosofía de Frege es un platonismo. Igual que para Platón las leyes del mundo de las Formas o Ideas se reflejan o reverberan (imperfectamente, eso sí) en el mundo sensible, para Frege sería inconcebible que

aceptarse ese enfoque empirista —objeta— los asertos lógicos carecerían de necesidad, siendo contingentes y dubitables, como lo son los de las ciencias empíricas, y no pudiendo, por lo tanto, desempeñar la tarea a la que está llamada la lógica.

Está claro que Frege creía en una intuición intelectual de las verdades lógicas, pero ese problema nunca lo abordó. Pertenece al campo de la teoría del conocimiento, en el cual prefirió no penetrar. Contentóse con desarrollar una ontología y una filosofía del lenguaje que sirvieran para explicar y aplicar filosóficamente sus construcciones formales, sus cálculos lógico-matemáticos.

En esa intuición intelectual van a creer también diversos filósofos del siglo XX, desde Husserl (quien abandonó su inicial psicologismo precisamente por influencia de Frege) hasta Richard Sylvan, pasando por el neoleibniziano Kurt Gödel<sup>6</sup> así como por Nicolai Hartmann y otros autores cercanos a la fenomenología.

Fuera de ese ámbito es frecuentísimo invocar la intuición (calificada raras veces —o nunca— como «intuición intelectual»). Sin embargo en la inmensa mayoría de los casos tal invocación carece por completo de rigor. Adúcese la intuición, o lo intuitivo de una afirmación, sin esclarecer en qué consiste, cómo se alcanza, cómo sabe uno que tiene la adecuada, cómo conducir a quienes no comparten tales intuiciones por la buena senda.

Similarmente el matemático ha utilizado ese recurso desde tiempo inmemorial, pero en su praxis teórica tal invocación tiene un sesgo puramente pragmático. Es intuitivo aquello de que se parte y no se discute. Lo que es intuitivo en un contexto puede dejar de serlo en otro. La intuición sirve al matemático como indicio, no como prueba.

Si dejamos de lado la intuición, una alternativa es la de entender que los asertos que escogemos como axiomas de un cálculo lógico son meros postulados, que elegimos porque nos da la gana, porque nos sirven, porque nos vienen bien para un cierto juego, cuyas reglas estamos estipulando.

Con diversas modalidades tenemos ahí el enfoque convencionalista, el de que las verdades de las ciencias formales carecen de contenido, no son verdades en el sentido de que reflejen de algún modo una realidad, sino que son «verdades para entendernos», «para andar por casa», manifestando un pacto de usar las palabras de cierta manera. Por eso son verdades analíticas, nítidamente separadas de las sintéticas o empíricas.

Ya en el primer cuarto del siglo XX empezó a surgir la cuestión de si hay alternativas frente a una determinada selección de tales verdades. Inicialmente el problema no se planteaba, desconociéndose las lógicas no aristotélicas (desarrolladas desde los comienzos del siglo XX por lógicos como Peirce, Vasilief y Łukasiewicz,

---

los entes del mundo real o físico escapan a los cánones ontológicos a que los sujetan las leyes del pensamiento, a pesar de que éstas, de suyo, están en el mundo de los entes ideales.

<sup>6</sup> Hao Wang, *Reflections on Kurt Gödel*, MIT Press, 1987.

sin que sus trabajos alcanzaran difusión o ni siquiera publicación). Lo convencional de los axiomas lógicos parecía implicar que cualesquiera convenciones alternativas serían iguales, porque ninguna dice nada, todas son vacuas.

### §3.— Las lógicas no aristotélicas. El holismo de Quine

La tesis de la equivalencia entre cualesquiera sistemas lógicos se fundaba en el frágil y gratuito supuesto de que tiene forzosamente que carecer de contenido aquello que, con independencia de las observaciones empíricas, diseña uno libremente —siendo, por lo tanto, puramente formal; y, al ser formal, nunca puede colisionar con otra construcción igualmente formal. Serán modos diferentes de formalizar lo mismo.

Empezó a verse que eso no era así, porque una teoría física (o sociológica o cualquier otra) formalizada según una cierta lógica, A, arrojaba resultados incompatibles con los que se obtendrían si esos mismos datos empíricos se formalizaran según otra lógica, B.

Todavía quiso salvarse el enfoque convencionalista o formalista con dos maniobras. La primera, muy poco convincente, fue decir que, pese a su aparente discrepancia, los sistemas lógicos alternativos eran equivalentes, por ser igualmente aplicables independientemente del contenido. (Esa maniobra fracasó estrepitosamente por la razón que acabamos de invocar.)

La segunda maniobra fue decir que, efectivamente, la discrepancia era irreductible, pero no cognoscitiva, justamente por ser un asunto de convención. Así surge el principio de tolerancia de Carnap: cada quien es dueño de abrazar su lenguaje y su lógica; hay que ser tolerantes con otros lenguajes y otras lógicas. Sólo que, a quien quiera discutir con nosotros le incumbe explicarnos cómo funciona su lógica.

Al comienzo las lógicas no aristotélicas apenas encontraron otro eco que el de pasatiempos formales para matemáticos ávidos de ejercicios; las aplicaciones filosóficas que motivaron a sus pioneros resultaron, o confusas (aunque brillantes), en el caso de Peirce, o relativamente estériles (como le sucedió a Łukasiewicz).

El panorama cambia en los años 30/50 del siglo XX con el surgimiento de la escuela intuicionista (que rechaza el tercio excluso) y con los desafíos lógicos de la mecánica cuántica (con la consiguiente puesta en pie de cálculos lógicos presuntamente adecuados para habérselas con tales anomalías).<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup>. Así algunas de tales lógicas cuánticas abandonan el principio de distributividad, según el cual, si es verdad que p y que q-o-r, entonces, o bien es verdad que p-y-q, o bien es verdad que p-y-r. Dicho con otras palabras, pueden darse situaciones indeterminadas e indeterminables (q-o-r, sin que pueda concretarse, ni siquiera ontológicamente, ni que q ni que r), combinadas con situaciones determinadas (p). Imaginemos lo que, de admitirse, significaría eso en el ámbito jurídico. P.ej., podríamos tener, según un testamento, que el legatario X tiene derecho a la finca del Casar, C, y a una de las dos de La Majada, A y B, sin que, no obstante, le sea lícito tomar posesión de C y de A ni tampoco tomar posesión de C y de B.

Poco después el descubrimiento de las lógicas modales e intensionales va a abrir nuevos derroteros. Uno puede seguir empeñado en que escoge los axiomas o postulados gracias a su intuición, pero, habiendo, como hay, infinitas opciones que pueden funcionar (infinitas lógicas cuánticas, infinitas lógicas modales, temporales, etc), ¿cómo sabemos que nuestra intuición es la buena? ¿Cómo describiremos esa vivencia del intuir la verdadera lógica modal, p.ej. un sistema como S4 o S3 o S5 o T o cualquier otro que se nos ocurra?

Por otro lado, en los años 50 Quine va a demoler la visión convencionalista de las verdades lógicas, no sólo con su célebre libro *From a Logical Point of View*, sino, quizá todavía más, con su temprano ensayo «Truth by convention».<sup>8</sup> Quine nos propone un holismo gradualista en el cual todos los asertos de nuestras teorías comparecen ante el tribunal de la experiencia, sólo que en medida diferente: los de la periferia vienen directa y fuertemente impactados por unas constataciones empíricas adversas, forzando su rápido reemplazo o reformulación, al paso que los del núcleo sólo se revisan en última instancia, porque su revisión eventual repercute en todo el sistema de nuestras creencias.<sup>9</sup>

En ese tratamiento, no existe diferencia radical, de naturaleza, entre los asertos escogidos como axiomas de un sistema o cálculo lógico y los de una teoría física, antropológica o económica. Armamos tales teorías recogiendo la experiencia previa y con deferencia a la experiencia futura, que los corroborará o los desmentirá, y siempre bajo el imperativo de ciertos cánones (que en última instancia también son sometibles al dictamen de la experiencia).

Quine no rehabilita el enfoque inductivista de J.S. Mill, pero está claro que su propuesta guarda una afinidad ideológica con Mill. Sin embargo, la filosofía de Quine no consigue superar ciertas limitaciones —por la herencia verificacionista que toma del círculo de Viena—, por lo cual a la postre desemboca en lo que Hao Wang ha calificado de nihilismo filosófico —con sus tres tesis de la relatividad ontológica, la inescrutabilidad de la referencia y la indeterminación de la traducción así como

---

<sup>8</sup>. Si bien Quine escribió el artículo «Truth by Convention» en 1935, el autor no gozaba todavía entonces de gran reputación, por lo cual pasó un tanto desapercibido. Cuando se reprodujo en *The Ways of Paradox and other essays*, Harvard U.P., 1966 (2ª ed. revisada, 1976), ya había ganado amplísima aquiescencia la demolición quineana de la dicotomía analítico/sintético. Notemos que —en virtud de la ley del péndulo— estos últimos años se publican muchos artículos que —para rehabilitar esa dicotomía— zarandean los argumentos de Quine. Es dudoso si esas tentativas de resucitar un cadáver doctrinal tienen suficientemente en cuenta el gradualismo de Quine, el cual nunca pretendió poner todos los enunciados del acervo de teorías científicas en pie de igualdad ante el tribunal de la experiencia.

<sup>9</sup>. Quine, sin embargo, no fue consecuente con esas tesis holistas. En sus ensayos posteriores las reflexiones sobre la indeterminación de la traducción y la inescrutabilidad de la referencia lo llevarán a cuestionar su propia hipótesis de atribuir al interlocutor una lógica discrepante de la nuestra —especialmente una lógica que admita como verdaderos enunciados mutuamente contradictorios (o sea paraconsistente, aunque él desconozca ese concepto). Sin rechazar totalmente la aceptabilidad eventual de una traducción del lenguaje del interlocutor al de uno mismo tal que se perfille ese conflicto entre dos lógicas, considera tal salida un caso extremo e improbableísimo, prácticamente descartado por la infinita gama de traducciones o interpretaciones posibles que desvanezcan ese aparente desacuerdo lógico. (V. al respecto mi ensayo «Semántica veredictiva y lógica infinalente», en *Symposium Quine*, comp. por Juan José Acero & Tomás Calvo Martínez, Granada: Universidad de Granada, 1987, pp. 251-56. ISBN 84-338-0581-9.)

del propio significado de los signos lingüísticos.<sup>10</sup> Nadie ha refutado convincentemente la refutación quineana de la dicotomía entre juicios analíticos y sintéticos,<sup>11</sup> pero esas dificultades de la propuesta de Quine han propiciado que muchos hayan recaído (confiésenlo o no) en una adopción ciega de esa misma dicotomía, en parte porque resulta útil.<sup>12</sup>

Si analizamos conceptualmente la principal aportación de Quine nos percatamos de que lo que está haciendo es extender el invento de la abducción de Peirce, hasta el punto de fundar en la misma todos los saberes humanos enunciados sistemáticamente en forma de teorías. Cualquier axioma o postulado de una teoría —sea ésta lógica, geométrica, química o sociológica— se escoge como hipótesis o, mejor, conjetura (retomando una idea de Popper, aunque el autor austríaco la desarrolla de modo radicalmente diverso y con una finalidad muy diferente). Esa conjetura se justifica, no en su aislamiento, sino como un miembro de un cúmulo o racimo de conjeturas que, conjuntamente tomadas, brindan una explicación de los hechos observados.

Desde luego, persiste siempre para Quine la subdeterminación de las teorías por la experiencia. Podemos estar seguros de que ciertas teorías son erróneas mas no de cuál es la verdadera, porque siempre hay —o puede haber— varios competidores con similar palmarés.

---

#### §4.— Las lógicas deónticas: ¿cómo elegir los axiomas?

Así estaban las cosas cuando, a partir de 1951, von Wright y sus continuadores ponen en pie sistemas de lógica deóntica.<sup>13</sup> No es asunto de esta ponencia el

---

<sup>10</sup>. Hao Wang, *Beyond Analytic Philosophy. Doing Justice to What We Know*, MIT P., 1987.

<sup>11</sup>. El autor de estas líneas ha intentado abordar esa tarea en «A vueltas con la indeterminación de la traducción y los enunciados existenciales», en *Lenguajes naturales y lenguajes formales IV.1*, comp. por Carlos Martín Vide, Barcelona: Universitat de Barcelona, 1989, pp. 67-96. ISBN 84-7665-516-9. V. también: «Quine y el intento neopositivista de superación de la metafísica» (en *Reexamen del neopositivismo*, Salamanca: Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, 1992, pp. 39-64, ISBN 84-604-4394-9) y «Indeterminacy of Translation as a Hermeneutic Doctrine» (en *Hermeneutics and the Tradition*, comp. por Daniel O. Dahlstrom. Washington: American Catholic Philosophical Association, 1988, pp. 212-24, ISBN 0-918090-22-9).

<sup>12</sup>. Varios factores han favorecido esa restauración —más o menos resuelta, titubeante o confusa, según los casos— de la dicotomía entre los enunciados analíticos y los sintéticos —tan cara al Círculo de Viena de los años 20 del siglo XX—. Uno ha sido la reflexión metafilosófica que confina al filósofo a una tarea de mero análisis conceptual, a menos que pretenda ser un especialista en todo; ese tipo de análisis conceptual arraigó mucho en la escuela de Oxford, en la obra de los filósofos del lenguaje común, como Ryle y Austin, inspirados en el último Wittgenstein. Otro factor ha sido la tendencia simplificadora a entender el rechazo quineano de la dicotomía prescindiendo de su gradualismo.

<sup>13</sup>. En este trabajo uso de manera a veces intercambiable tres sintagmas a los que, sin embargo, en rigor atribuyo sentidos diferentes: «lógica deóntica», «lógica jurídica» y «lógica jurisprudencial». La lógica jurisprudencial es una lógica jurídica y ésta es una lógica deóntica. Lógica deóntica, en general, es una lógica en la que aparecen, con ocurrencias esenciales, en premisas y conclusiones, operadores deónticos («Es obligatorio que», «Está prohibido que», «Es lícito que»). Una lógica jurídica es una lógica deóntica en la cual la obligatoriedad, prohibición y licitud en cuestión

estatuto y el contenido de los axiomas de un sistema de lógica deóntica (si se trata de asertos metalingüísticos, de enunciados de un cálculo de predicados de orden superior al 1, de asertos prefijados por un operador o cualquier otro planteamiento). Sólo me ocupo de cómo seleccionamos los axiomas.

¿Por intuición? ¿Por convención? ¿Por inducción?

Ninguna de esas tres vías funciona. La intuición ya sabemos que no pasa de ser una proclamación enfática, en el mejor de los casos la invocación de un misterio que semeja a un oráculo. (Lo dijo la intuición, punto redondo.)

La convención se enfrenta aquí a los mismos problemas señalados por Quine más uno adicional: si el lógico deóntico justifica sus axiomas porque son convenciones que él adopta, como podría adoptar otras, entonces ¿qué autoridad puede esgrimir para que en la praxis jurídica se razone a tenor de esas pautas que él escoge y no de otras? ¿Admite que —en virtud de una deducción lógico-deóntica a partir de un conjunto de normas promulgadas por el legislador— se pueda condenar a alguien, cuando la adopción de sistemas alternativos de lógica deóntica no acarrearía la misma consecuencia, aun partiendo de las mismas normas promulgadas? (Tales inquietudes no tenían por qué acongojar al científico puro, que está elaborando teorías abstractas, sin directa repercusión práctica.)

La inducción milliana no sale mejor parada. Es difícil saber qué observaciones empíricas pueden corroborar, p.ej., el **principio de Bentham (o de subalternación deóntica)**, a saber: lo obligatorio es lícito. No se trata de saber si la gente cree eso o no, del mismo modo que para Mill el principio de no contradicción no se corrobora cosechando creencias, sino hechos observables. ¿Qué hechos, qué observaciones objetivas, pueden ratificar que lo obligatorio es lícito?

Un enfoque milliano (aunque nunca fuera desarrollado por el propio Mill) podría aducir mundos imaginarios con otras lógicas; efectivamente se han enunciado, en los debates contra las lógicas no aristotélicas, consideraciones de esa índole —que hunden sus raíces en la tesis cartesiana de que las verdades lógicas son voluntariamente creadas por Dios, habiendo podido el creador escoger lógicas diversas y, por lo tanto, mundos absolutamente disímiles. Gracias a la experiencia nos enteraríamos de cuál es la lógica de nuestro mundo.

---

son de índole específicamente jurídica —y no, p.ej., moral. La lógica jurisprudencial (o jurística) es la que, a lo largo de cuatro lustros, hemos venido elaborando Txetxu Ausín y el autor de este trabajo. Si se quiere, es un término de marca, para señalar claramente, por ese signo distintivo, la fuerte diferencia que nos separa de la lógica deóntica estándar.

No deseo pronunciarme sobre si hay, o no, lógicas deónticas que puedan legítimamente calificarse de lógicas jurídicas aun difiriendo sustancialmente de la lógica jurisprudencial. Ésta contiene, entre otros axiomas, el principio de no-impedimento o de no vulneración, a saber: cualquier conducta es, o bien ilícita, o, si no, tal que está prohibido impedirla. (Esta escueta formulación viene acompañada de unas pautas delimitativas e interpretativas que huelga aquí considerar.) Es, posiblemente, un axioma específicamente jurídico, que se funda en la misión del Derecho como protector de todas las conductas que no sean antijurídicas. Hasta podemos ver en la vigencia de tal principio uno de los criterios definitorios del concepto mismo del Derecho. No conozco ninguna lógica deóntica, fuera de la lógica jurisprudencial, que haya incorporado un axioma de ese tenor.

Pero en el caso de la lógica deóntica, ¿cómo sería eso factible? Imaginemos mundos que difieren en qué lógica deóntica les sea aplicable. P.ej. en unos vale el principio de Bentham y en otros no. ¿Qué tipo de datos empíricos podrían llevarnos, por inducción, a afirmar que en nuestro mundo lo obligatorio es lícito, aunque en otros no lo sea? ¿De qué se trata? ¿De observar si nuestros operadores jurídicos —digamos, los jugadores de nuestros juegos jurídicos— tienden a comportarse como si se ajustaran a ese principio? Eso sería recaer en el mismo error ya criticado, el de confundir las observaciones sobre creencias con las observaciones sobre la realidad en torno a la cual versan esas creencias. (En nuestro caso sería la realidad deóntica, aunque se trate de una realidad ideal o tenga el tipo de realidad que uno quiera, habitante del Mundo Tres popperiano o lo que sea.)

Fracasadas esas vías, ¿se ha demostrado que sólo vale la vía abductiva? Lo dudo. No he presentado, ni tengo a mano, ninguna prueba de la exhaustividad de las alternativas ofrecidas. A lo mejor hay otras. Tal vez mi exposición se puede reconstruir de manera más rigurosa para hacer de ella una demostración genuina de que sólo son posibles la justificación intuitiva, la convencionalista, la inductivista y la abductivista; aplicando entonces el silogismo disyuntivo, obtenemos lo deseado: que la elección de un conjunto de axiomas de un sistema lógico —sea en lógica deóntica o en cualquier otro campo— sólo es posible, razonablemente, por la vía abductiva.

En vez de esa demostración, sin duda sumamente difícil —si ha de ser rigurosa—, voy a ofrecer, en lo que queda de este ensayo, unas aclaraciones sobre la vía abductiva en lógica deóntica.

Cuando se pergeñan los primeros sistemas de lógica deóntica, se parte de una concepción de lo lícito como aquello que es posible hacer sin violar las normas imperativas del sistema deóntico en cuestión. Surge entonces la lógica deóntica como un caso particular de lógica de lo posible y lo necesario, de lógica modal.

Con ese planteamiento, es fácil entender la selección de axiomas. Basta estudiar las lógicas modales y, tomando una de ellas que parezca juiciosa, modularla para aquilatar su concepto de lo *posible*, en general, de suerte que lo entendamos como lo *deónticamente posible*, lícito en el sentido apuntado.

En seguida surgieron las paradojas de la lógica deóntica estándar, de sobra conocidas, que han traído en jaque a tantos pensadores y suscitado propuestas de solución múltiples, desde aquellas que han optado por minimizar las dificultades (o evadirse de ellas con maniobras verbales)<sup>14</sup> hasta quienes, como Héctor-Neri Castañeda, quisieron solventarlas «de un plumazo», con una lógica deóntica que basó en una metafísica original, muy *sui generis*, que distingue dos tipos radicalmente

---

<sup>14</sup> El autor del presente ensayo examinó esas paradojas en una serie de artículos de los años 90, varios de ellos en coautoría con Txetxu Ausín. Hállase una exposición de ese recorrido en «Normatividad y contingencia», en *Aproximaciones a la contingencia*, ed. por Concha Roldán & Óscar Moro, Madrid: Los libros de la Catarata, 2009, pp. 25-64, ISBN 978-84-8319-437-9.

diversos de entes fácticos, proposiciones y practiciones.<sup>15</sup>

No voy a detenerme en las paradojas de la lógica deóntica, aunque es verdad que han desacreditado los sistemas estándar y —por lo menos a ojos de algunos juristas y filósofos del Derecho— la pertinencia de la lógica en el ámbito jurídico.

### §5.— La abducción como método heurístico y justificativo de la lógica jurídica

Parto de un supuesto, que no voy a demostrar:<sup>16</sup> el de que existen sistemas alternativos de lógica deóntica que escapan a esas dificultades, que no encierran paradojas lógico-deónticas y que, en cambio, sí permiten obtener inferencias jurídicamente relevantes, cosa de que fue incapaz por completo la lógica deóntica estándar.

Mi problema es ¿cómo llegamos a diseñar o perfilar esos sistemas alternativos —en concreto la lógica jurisprudencial, puesta en pie conjuntamente por Txetxu Ausín y por el autor de esta ponencia?

Y, una vez perfilados, ¿cómo los justificamos? Voy a sostener que es por abducción.

He hablado del principio de Bentham o de subalternación deóntica. Es una excepción porque es el único principio de la lógica deóntica estándar que tiene alguna pertinencia normativa. Todos los demás son, para la praxis del razonamiento normativo, inútiles o nocivos.

Excediendo los límites de este ensayo probar detalladamente esa inutilidad o nocividad de la lógica deóntica estándar para el razonamiento jurídico, voy a tomar sólo un par de ejemplos: (1) el **principio de simplificación deóntica**, a saber que, cuando es obligatorio hacer A-y-B, también lo es A (y también lo es B); y (2) su converso, el **principio de agregación deóntica**: a saber: que, cuando dos conductas por separado son obligatorias, también lo es la conyunción o combinación de ambas.

De valer (1), valdrá incondicionalmente. Imaginemos que es obligatorio que dos individuos conjuntamente aporten su respectivo concurso a un resultado, sucediendo que, de no hacerlo uno de ellos, la aportación del otro empeora las cosas. En tales casos, sostener que, incondicionalmente, si es obligatorio que ambos hagan su aportación, uno de ellos, por separado, también tiene que hacerla —aunque el otro no quiera o no pueda— conduce a un resultado perjudicial, contrario a la finalidad del

<sup>15</sup>. Sobre el magno intento de Castañeda —que comprende una fundamentación ontológica, una teoría de la acción y un desarrollo lógico-matemático—, v. mi artículo «La metafísica de Héctor Castañeda», *Theoria*, Nº 16-17-18, t. A, pp. 387-407, 1992, ISSN 0495-4548.

<sup>16</sup>. Aunque no me propongo aquí probarlo, está claro que —de ser acertadas— las consideraciones del resto de este trabajo sí suministran una evidencia indirecta a favor de los sistemas de lógica jurisprudencial y, por lo tanto, a favor de la tesis de que existe una lógica deóntica adecuada.

derecho, que es la de coordinar las conductas para un bien común.<sup>17</sup>

En cuanto a (2) imaginemos que el ordenamiento jurídico tiene dos fuentes (los promulgamientos del pretor Mucio y los del Pretor Gayo, p.ej.); a tenor de una de ellas, es obligatoria una conducta, pero, a tenor de la otra, es obligatoria una conducta incompatible (del todo incompatible, si admitimos grados). Ya tiene un problema el ordenamiento jurídico con ese par de obligaciones, pero la situación empeora considerablemente al imponer el principio de agregación deóntica. (De hecho algunas lógicas deónticas cuasi-estándar abandonaron el principio de agregación, si bien al hacerlo socavaron la concepción modal de la lógica deóntica, el concepto mismo de que lo lícito es lo que se puede hacer sin violar la ley.)

Las objeciones que acabo de formular a la lógica deóntica estándar son casos particulares de razonamiento abductivo. Tomo una hipótesis, la del principio de simplificación deóntica o su converso, el de agregación. Y tiro del hilo. No cabe duda de que serán correctas muchas de las conclusiones que podemos extraer de premisas deónticas que hayamos aceptado. Mientras sólo nos las tengamos que haber con tales conclusiones, será razonable la hipótesis del principio de simplificación o del de agregación.

Llegan a nosotros casos en los que se revelan las anotadas dificultades. Si son casos aislados, marginales o desdeñables, si su descripción comporta una calificación conceptual dudosa, que pueda reemplazarse por otras exentas de tales dificultades, entonces el método abductivo nos autoriza a mantener nuestra adhesión a los axiomas deónticos asumidos, como los dos mencionados.

Como de hecho no es así, como los contraejemplos se multiplican, son alarmantes y gravísimos, hemos de rechazar esos principios y buscar otros.

---

### §6.— Principios de la lógica jurisprudencial

Hay muchos principios de lógica deóntica por los que podemos optar. El método de busca es el mismo que el de justificación: hay que inventar hipótesis o conjeturas que —con ayuda de un cálculo lógico subyacente al que nos hayamos adherido (y que esperamos pueda concitar una adhesión general, aunque no sea unánime)— nos habiliten para extraer conclusiones deónticamente aceptables por los operadores jurídicos a partir de premisas que ellos aceptan, o sea de asertos que atribuyen obligatoriedad o licitud a determinadas conductas.

---

<sup>17</sup>. El fondo de mi objeción contra el principio de simplificación deóntica no tiene absolutamente nada que ver con el hecho de que los dos conjuntos conjuntamente obligatorios sean tales que el uno exprese una acción de un agente y el otro una acción de otro agente. Lo inadmisibles de razonar según el principio de simplificación asoma igual en el caso de que se trate de dos acciones del mismo sujeto. Supongamos que Marta debe corregir los exámenes y firmar el acta, que no los corrige pero sí firma el acta. Está claro que el resultado es peor que el de que no haga nada, porque, en ese caso, las autoridades administrativas tomarán medidas para remediar la infracción, al paso que, con un acta firmada, el desaguizado tardará en descubrirse, con consecuencias quizá ya irreparables. Por ello no le valdría a Marta escudarse diciendo que, como estaba obligada a A-y-B, tenía que hacer B, hiciera A o no, y que al menos ese segundo deber sí lo ha cumplido.

Así, p.ej., hemos propuesto el **principio de colicidad**, según el cual, cuando dos conductas son, por separado, lícitas, también es lícita su conyunción. Pocos principios de nuestros sistemas de lógica jurisprudencial manifiestan tan palmariamente nuestro radical distanciamiento respecto de la lógica deóntica estándar. Si entendemos «lícito» como «posible sin violar la ley», entonces, obviamente, de que dos conductas sean, cada una por separado, lícitas no se podrá seguir que sea lícita su conyunción.<sup>18</sup>

Pero, por otro lado, concédasenos como hipótesis que A es una conducta lícita; si es lícita, es incondicionalmente lícita (porque algo es verde sólo si es incondicionalmente verde, y así sucesivamente; de no, no será en general verdad que es verde, sino sólo que, en cumpliéndose tal condición, lo será.) También ponemos como hipótesis que B es lícita. Supongamos ahora que A-y-B es una conducta ilícita. (P.ej., es lícito elegir una profesión y también lo es votar por un candidato, pero está prohibido votar por ese candidato si uno ha elegido tal profesión). Está claro que, en ese supuesto, no tenemos una licitud incondicional (un derecho), sino meramente condicional. Las premisas (licitud de A y licitud de B) eran falsas.

Imaginemos que no disponemos de principio de colicidad. Entonces, sea lícita la acción A y sea lícita la acción B. Se interpone una demanda contra quienes realizan la conducta conjunta A-y-B. ¿Qué decir? ¿Que estamos ante una laguna? ¿Que es materia ajena al ordenamiento jurídico? ¿Tal vez que es un caso de permisión débil en el sentido de Alchourrón y Bulygin?<sup>19</sup>

Parece claro que la demanda será desestimada (no meramente inadmitida a fuer de materia extrajurídica)<sup>20</sup> con un razonamiento que, de manera informal, reproducirá aquel que puede llevarse a cabo con la lógica jurisprudencial.<sup>21</sup>

<sup>18</sup>. Además de otras consideraciones evocadas a continuación en torno a la aceptabilidad del principio de colicidad, es frecuente toparse con la objeción de que no por ser separadamente lícitas dos conductas, A y B, va a ser lícita su conyunción. Suelen aducirse presuntos contraejemplos del siguiente tenor: un hombre puede casarse con María, puede también casarse con Adela, mas no con ambas; un empleado puede tomar vacaciones en julio y puede tomarlas en agosto, pero no puede tomarlas en julio y agosto; un elector puede votar por la candidatura A y puede hacerlo por la B, mas no por ambas; y así sucesivamente.

Tal objeción falla radicalmente. Ninguno de esos permisos es incondicional. En realidad un hombre puede contraer matrimonio con María sólo si cumple, y mientras siga cumpliendo, una serie de condiciones necesarias, porque, cuando deje de cumplirlas, se hallará ante un impedimento. Similarmente el derecho a tomar vacaciones en un determinado mes está sujeto a una condición necesaria: no haberlas tomado en un mes anterior. Lo mismo se aplica a la votación y a todos los demás ejemplos invocados. Por consiguiente, podemos estar tranquilos al enunciar nuestro principio: *quicquid licet singillatim licet coniunctim*.

<sup>19</sup>. Aun esto último requeriría una lógica de las permisiones débiles, con un principio de colicidad debilitado.

<sup>20</sup>. Evidentemente puede ser inadmitida, mas no porque se trate de materia extrajurídica, sino por estar palmariamente infundada, o sea: por lo incontrovertiblemente lícita que es la conducta impugnada.

<sup>21</sup>. ¿Podría fundarse la desestimación en que la parte actora no hubiera probado la ilicitud de la conducta que ha causado su queja? Eso está claramente excluido. Aunque el demandante sea libre de argumentar en el sentido de que la conducta está prohibida, sus alegatos de licitud o de ilicitud no pueden vincular al juez, ya que *iura nouit curia*.

La desestimación sólo puede fundarse en la falta de prueba de los hechos, inadecuada calificación jurídica

Así, podemos generalizar inductivamente que, cuando tenemos dos situaciones jurídicas incondicionalmente lícitas, los operadores jurídicos entienden que la conjunción de ambas también lo es. La generalización queda explicada por la validez que postulamos del principio de colicidad.<sup>22</sup>

Pero imaginemos que el legislador, habiendo promulgado que A y B son conductas lícitas ambas, prohíbe A-y-B. (O que el juez declara que A-y-B es ilícita, sentando jurisprudencia.) Esa situación jurídica plantea un desafío para nuestra lógica jurisprudencial. Es una dificultad (aunque imaginaria). El método abductivo y los cánones metajurídicos van a sernos de necesario auxilio para hacer frente a la dificultad.

Un modo de solventar el problema es sostener que, puesto que *lex posterior derogat priori*, las anteriores autorizaciones de A y de B quedan ahora, ya sea revocadas, ya sea en situación de inexecutable, por una colisión normativa. El principio de colicidad queda incólume.

Otro modo de solventar el problema estriba en sostener que el sistema normativo resultante contiene en verdad situaciones jurídicas mutuamente incompatibles, de contenido inter-contradictorio: de un lado, licitud de A-y-B; de otro lado, prohibición de A-y-B. Aquí el juez puede decidir la executable de la autorización o la de la prohibición.

El mismísimo Juez Hércules no podrá hacer otra cosa, aunque seguramente introduciría consideraciones basadas en la finalidad de la ley, el espíritu de la Carta Magna, la intención del legislador u otras para reinterpretar el contenido de la prohibición y el de la autorización de modo que no se contradigan. (También puede acudir a alguno de los otros cánones para dirimir conflictos normativos, aduciendo

---

o licitud de la conducta. (Y siempre que al juez no le conste la prohibición de una conducta, ha de aplicar, por imperativo jurídico, la presunción de licitud de tal conducta.) Hablo en general, independientemente de que nos encontremos en un juicio contencioso-administrativo, laboral, penal, civil, mercantil u otro cualquiera. En cada caso la realización de una conducta prohibida obligará a la jurisdicción a declararla y a tomar medidas de remedio —sancionatorias o no, según las particularidades del asunto y el orden jurisdiccional de que se trate.

<sup>22</sup>. Así y todo, como casi ningún derecho —por fundamental que sea— es absoluto o ilimitado, determinados ejercicios de un derecho pueden acarrear —por mandamiento legítimo de la Ley— ciertas limitaciones al ejercicio de otro derecho.

Así, p.ej, a cada quien le asiste el derecho a escoger libremente una profesión, como puede ser la de abogado (siempre que cumpla los requisitos legales para ello); y le asiste igualmente la libertad de asociación, en su doble faceta positiva (asociarse) y negativa (no asociarse). Sin embargo si, de entre todas las profesiones, escoge la de abogado, tiene la obligación de asociarse, incorporándose a un colegio profesional. (Mientras que, si escoge la profesión de juez, no podrá pertenecer a un sindicato.) Otro ejemplo: tenemos libertad de palabra y, de nuevo, libertad de escoger profesión, pero ciertas profesiones implican algunas restricciones a la libertad de palabra (como la prohibición de divulgar los secretos de la empresa o del servicio o datos reservados de los clientes).

Podemos brindar dos lecturas de tales colisiones: como límites externos y como límites internos de los derechos así restringidos en su ejercicio concreto. En el primer caso, las extralimitaciones serían abusos del derecho (de lo cual se cercioraría eventualmente el juez por un método ponderativo), al paso que, en el segundo caso, serían actividades que no caerían en el ámbito del ejercicio legítimo del derecho. Para nuestro propósito, da igual. Cualquiera de los dos instrumentos nos permite dejar a salvo del principio de colicidad.

el diferente rango de las normas, o la prioritaria exequibilidad de una de ellas, o el principio de especialidad.)

### §7.— Dos cánones metalógicos

Ese experimento mental nos muestra cómo el método abductivo nos lleva a proponer una colección, un ramillete de postulados y de reglas de inferencia, con un solo criterio: obtener con ellos, a partir de un cúmulo de premisas jurídicas aceptadas, conclusiones jurídicamente aceptables, siempre que, al hacerlo, nos atengamos a dos constreñimientos adicionales:

- 1°. No ha de resultar ninguna conclusión jurídicamente inaceptable; en caso de que sí resulte, han de hallarse, sin forcejear demasiado, procedimientos verosímiles para disipar la dificultad, como una recalificación jurídica o una redescrición de las premisas fácticas o una reinterpretación de las premisas normativas.<sup>23</sup>
- 2°. El sistema ha de abarcar un amplísimo espectro de razonamientos jurídicamente aceptables hasta el punto de que sólo queden sin cubrir por nuestro sistema patrones de deducción dudosos o marginales. Con otras palabras, el sistema ha de ser suficientemente fecundo.

Voy a tratar de justificar ambos constreñimientos. Intentaré mostrar que cada uno de ellos es sumamente verosímil y que conjuntamente constituyen un canon adecuado de corrección lógico-normativa.

Lo primero que vamos a ver es que cada uno de ellos es necesario. Si falla el primero, el sistema lógico-deóntico diseñado va a estar tropezando, cada dos por tres, con la producción indeseable de resultados molestos o claramente rechazables a partir de premisas acertadas; tales premisas son supuestos de hecho más preceptos cuya vigencia consta en el sistema normativo de que se trate.

Lo molesto o rechazable en este contexto se entiende como un defecto que no proviene de las premisas. Puede que éstas contengan disposiciones rechazables en algún sentido, ya sea ético, ya sea incluso jurídico, por tratarse de preceptos que, de suyo, vulneran normas de rango superior, o colisionan con valores o principios del ordenamiento. En tales casos, la lógica deóntica que apliquemos podrá servir, quizá, para poner de relieve ese defecto, inherente a las propias premisas.

<sup>23</sup>. Podríamos atenuar ese constreñimiento, dejando un margen para casos difíciles siempre que fueran muy raros y rayanos en lo extremo. Eso significaría que el sistema adoptado valdría en general, pero excepcionalmente podría llevar a resultados inadmisibles que el propio sistema no ofrecería recursos para solucionar. Por increíble que parezca, no es ésa una actitud muy alejada de la posición de no pocos físicos con relación a las paradojas, incongruencias y lagunas de las teorías científicas comúnmente admitidas en la colectividad investigativa. Piensan que, si bien hay casos límite donde el conjunto de tales teorías arroja resultados lógicamente incongruentes e inaceptables, se encuentran con la suficiente infrecuencia como para, entre tanto, dormir tranquilos. Tenemos ahí una especie de «moral provisional» cartesiana, un *como sí*. Entiendo que tales acomodos con la ilógica chocan violentamente con las exigencias de la razón, aunque tal vez puedan admitirse, a falta de algo mejor, a título transitorio y excepcional

Pero, cuando la grave deficiencia de la conclusión no es achacable a las premisas, entonces lo que queda desacreditado —o, al menos, fuertemente bajo sospecha— es el sistema lógico empleado para pasar de las premisas a la conclusión.

Ahora bien, todas esas determinaciones son susceptibles de graduación. Una conclusión puede resultar molesta o irritante en un grado mayor o menor. Si la molestia es sólo lo sorprendente que parece ser, eso, sin más, es un inconveniente menor. Sabemos que el mundo está lleno de sorpresas, y el mundo de las situaciones jurídicas no lo está menos. Aun así, si se multiplican los resultados sorprendentes, aunque cada uno de ellos no vulnere más que nuestra expectativa sin causar estragos en la praxis del sistema normativo, habrá un motivo de sospecha y un aliciente para revisar el sistema con vistas a evitar, en lo posible, tales resultados, o suavizar lo sorprendente de los mismos. En suma, hemos de sopesar tanto la cantidad de resultados que no nos convencen o no nos convienen con la calidad, o sea con la intensidad del desagrado o malestar que suscitan o la gravedad de las consecuencias prácticas.

Por otro lado, sabemos —y lo acabamos de recordar— que las sorpresas y aun a menudo las consecuencias asombrosas son inevitables, lo mismo en cualquier saber teórico que en uno práctico —como es el derecho y como es, más en general, el razonar en el marco de un sistema normativo—. En geometría, en física, en cualquier otra ciencia unas premisas claramente admisibles, más unas reglas de inferencia incuestionadas, conducen a conclusiones extrañas, cuya aceptación nos cuesta cierto esfuerzo de habituación. No hay ninguna razón para imaginar que el mundo de las situaciones jurídicas va a estar libre de tales sorpresas. Es normal que, al desembarcarse en sorpresas, atisbemos ya un pequeño indicio de que algo no está bien en nuestro sistema. Sin embargo, si la reconsideración cuidadosa del sistema y su comprobada fecundidad manifiestan la enorme dificultad de reelaborarlo para ahorrarnos esas sorpresas, y si las sorpresas no son mayormente dañinas, un canon plausible de razonabilidad nos llevará a conservar el sistema, disipando lo sorprendente de ciertos resultados con aclaraciones pertinentes.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup>. Una de las sorpresas que nos depara el razonamiento lógico-deóntico —al menos si adoptamos la lógica jurisprudencial, algunos de cuyos principios se examinan en este ensayo— es que, en la medida en que esté prohibido A-y-B, está prohibido A o está prohibido B. (La prueba se hace a partir del principio de colicitud, por *modus tollens*, aplicación de reglas de lógica elemental y definición de «prohibido» como «obligatorio que no».) Esgrímese inmediatamente una objeción, a saber: es perfectamente comprensible que el legislador haya prohibido la conyunción o combinación de A y B sin haber prohibido A ni tampoco B.

Así es, en efecto, pero el objetor desconoce que, en la lógica de las situaciones jurídicas (o lógica jurisprudencial), «está prohibido que A» no significa que exista un precepto (un enunciado promulgado por el legislador) cuyo contenido semántico equivalga a la prohibición de A. Lo que significa es que existe la situación jurídica de ilicitud de A. Y, cuando es ilícita una conyunción de dos situaciones, A y B, es que al menos una de ellas lo es. ¿Cuál? Dependerá de qué suceda en la realidad, qué situaciones fácticas se realicen. Si se realiza A, B será ilícita; y viceversa. Si se realizan ambas, las dos lo son. ¿Qué pasa si no se realiza ninguna? Eso es lo sorprendente. Ahí tendremos una disyunción de ilicitud de A o ilicitud de B sin tener determinadamente ninguna de las dos hasta que las cosas cambien. P.ej., si está prohibido beber y conducir, está claro que el que beba no deber conducir y viceversa, pero para el que no efectúe ninguna de las dos conductas todo lo que se tiene es una disyunción entre esas dos prohibiciones.

¿Qué aclaraciones? No podemos agotar la panoplia de los procedimientos aclaratorios, pero pueden ser recalificaciones jurídicas de aquellos hechos que figuren entre las premisas o una redescipción, como también pueden ser relecturas de las premisas normativas. Muy a menudo un precepto, literalmente tomado, conduce —en unión con supuestos de hecho— a consecuencias absurdas aplicando principios y reglas sumamente verosímiles de lógica deóntica. Uno de los procedimientos más habituales en la praxis jurídica para solventar esa dificultad es el de brindar una lectura menos literal del precepto, acudiendo para ello a los cánones hermenéuticos admisibles y comúnmente admitidos. En ciertos casos, lo que parece una prohibición, un mandamiento o una autorización incondicionales se habrán de entender como condicionales; ciertos vocablos habrán de entenderse en sentidos más restringidos o más ampliados, teniendo en cuenta el contexto, la finalidad de la norma o el espíritu del ordenamiento.

Eso sí, en la medida en que el sistema lógico-deóntico adoptado nos esté forzando —constante o, al menos, reiteradamente— a emplear esos recursos (sin que la necesidad de acudir a los mismos parezca atribuible a las premisas, habiendo indicios claros de que la fuente de la dificultad se halla en el sistema lógico), nos hallaremos ante un motivo muy fuerte para someter a reelaboración el sistema lógico-deóntico adoptado.

Queda así de sobra justificado el primer constreñimiento. Pasemos al segundo. Imaginemos que el sistema lógico-deóntico que elaboramos, aun permitiéndonos hacer inferencias razonables y útiles, está lleno de agujeros; o sea: los razonamientos que nos permite hacer son dispersos, dejando entre medias enormes parcelas de argumentación normativa usual para las cuales el sistema escogido no ofrece receta ninguna. En ese supuesto, está claro que nuestra panoplia de axiomas y reglas de inferencia lógico-deóntica sólo será un esbozo o una promesa. Pero incluso peor que eso: lo esparcido o diseminado de las inferencias validadas por el sistema pone en seria duda la corrección de las mismas, porque en un sistema normativo —como en cualquier sistema en general— las partes cobran sentido con relación al todo.

Por otro lado, sin embargo, sería pretencioso y arrogante aspirar a un sistema lógico-deóntico tan perfecto que cubriera prácticamente la totalidad de las inferencias que —tras un ejercicio ponderado de equilibrio reflexivo— consideremos correctas para el ordenamiento normativo en cuestión. Por un teorema general de metalógica sabemos que, salvo algunos cálculos muy elementales, todos los sistemas axiomáticos son incompletos, en el sentido de que ningún conjunto recursivo de axiomas y reglas de inferencia permite capturar la totalidad de las inferencias correctas (o, técnicamente, de las consecuencias semánticamente válidas en los modelos del sistema).

De hecho nuestra experiencia nos ha mostrado que, partiendo de un manojito relativamente parco de axiomas y reglas de inferencia, con un potencial deductivo no desdeñable, evolucionamos, paso a paso, tanteando bien el terreno, para ir agregando nuevos axiomas (a veces versiones debilitadas de principios de la lógica

deóntica estándar).<sup>25</sup>

Todo eso es, naturalmente, cuestión de grado. En tanto en cuanto un sistema lógico-deóntico ofrezca una cobertura razonablemente amplia para una gama suficientemente variada de inferencias normativas usualmente consideradas correctas, tenemos motivos para estar relativamente satisfechos y recomendar su empleo en la praxis jurisprudencial, sin renunciar a enriquecer ulteriormente el sistema. En tanto en cuanto estemos lejos de cumplir esa condición, no tenemos nada que ofrecer, sino sólo barajamos un programa de investigación con la esperanza de, a la postre, alcanzar una propuesta aceptable.

Por otro lado, al remitirnos a ese parámetro o criterio de las inferencias habituales en la praxis jurídica que, en la misma, suelen juzgarse válidas, no podemos caer en el error de identificar lo que es correcto con lo que se tiene por tal. Es posible y aun probable que en el discurso forense, en las consideraciones jurisdiccionales y en los debates legislativos abunden los sofismas, como abundan en la vida diaria.<sup>26</sup> Es probable que haya ciertos patrones de inferencia falaz a los cuales seamos especialmente propensos. La naturaleza no nos ha dotado de una racionalidad perfecta, sino imperfecta.

A la vez, sin embargo, la naturaleza humana tiene, ínsita, la aptitud y aun la inclinación para rectificar sus errores, recapacitando. Es improbable que los patrones falaces de inferencia (o pseudoinferencia) cuelen o pasen desapercibidos; de ser unánimemente aceptados por las partes, es verosímil que ese erróneo consenso no perdurará. Así y todo, para contrastar la panoplia de nuestros patrones inferenciales con la praxis de las controversias y los debates jurídicos, hemos de aplicar filtros. No podemos dar por válida una inferencia sencillamente porque sea habitual en la jurisprudencia; pero en ese caso, tenemos que proporcionar una explicación convincente de las confusiones involucradas.

Todo ese procedimiento tiene algo de circular, no cabe duda. ¿Qué puede suministrarnos el filtro recién aludido? Contando con el utillaje conceptual hasta aquí manejado, parece que sólo nos lo puede facilitar un sistema de lógica deóntica (aunque sea incipiente o en construcción). ¿Cómo, si no, discriminaríamos las secuencias de proclaciones que constituyen inferencias genuinas y admisibles de aquellas otras en las que dictaminaríamos un *non sequitur*? En el apartado siguiente propondré, sin embargo, otro canon adicional que puede, al menos en parte,

---

<sup>25</sup>. P.ej., en nuestra más reciente reelaboración del sistema de lógica jurisprudencial (en «Soft Deontic Logic», en *Soft Computing in Humanities and Social Sciences*, ed. por Rudolf Seising & Veronica Sanz, Berlín: Springer Verlag, pp. 157-172, ISBN 978-3-642-24671-5) hemos rescatado el principio de simplificación de la lógica deóntica estándar con una premisa adicional: que el otro conyunto se haya realizado. O sea: en la medida en que sea obligatorio (o lícito) A-y-B y, de hecho, se realice (o se cumpla) A, en esa medida será obligatorio (o lícito) B. Y es que, en ese supuesto, sólo es posible realizar A-y-B realizando B.

<sup>26</sup>. Podemos incluso decir que, entre las artes lícitas de un buen abogado, está la de hacer cuantas inferencias conduzcan a un resultado favorable a las pretensiones de su cliente —tal vez con el límite de no incurrir en falacias clamorosas. Si una pauta inferencial es dudosa o incluso improbable, parece que el abogado puede —quizá debe— presumir su corrección, cuando ello ayude a la causa que él está defendiendo.

desempeñar esa misión.

Por otro lado, sin embargo, el cúmulo de las inferencias así seleccionadas va a ser crítico, al servirnos de comprobante para nuestro sistema lógico-deóntico, ora para confirmarlo, ora para invalidarlo o someterlo a una vigorosa reelaboración.

Quedan, de ese modo, suficientemente justificados los dos cánones o constreñimientos. ¿Hace falta un tercero? Como lo acabo de anunciar, voy a proponer, más abajo, un tercer constreñimiento, probablemente menos consensual. En todo caso, cuando tengamos un sistema de lógica deóntica que nos ahorre disgustos a la vez que nos permita capturar o formalizar mucho o muchísimo de lo que, en la praxis del debate jurídico, solemos considerar inferencias correctas, entonces parece que tenemos, si no lo que queríamos tener, al menos sí una aproximación, de momento satisfactoria, de aquello a lo que aspirábamos.<sup>27</sup>

---

### §8.— El principio del bien común

Los apartados anteriores nos dan la pauta de cómo hemos procedido tanto en el invento de los sistemas de lógica jurisprudencial cuanto en la justificación de los mismos una vez enunciados. Partimos de un conjunto de situaciones jurídicas (generalmente imaginario, pero no fantástico). Y, en ese supuesto, pensamos qué conclusiones sacarían los operadores normativos del sistema, aquellos a quienes incumbiera razonar sobre las implicaciones normativas de las normas vigentes —y, eventualmente, ejecutarlas—.

También pensamos en situaciones jurídicas que alguien podría, en el contexto imaginado, alegar que existen; se trata de, con deducciones a partir de las premisas normativas aceptadas, llegar a la conclusión de que esas otras situaciones alegadas existen en el supuesto considerado, o no.

El primer procedimiento es descendente, bajando de lo dado y conocido a lo inicialmente desconocido. El segundo es ascendente, subiendo de un aserto que se quiere fundar (o se espera sustentar, sin conocer todavía su estatuto normativo) a un conjunto de normas y hechos comúnmente admitidos de los cuales cabe deducir el aserto inicial.

En ambos casos observamos pautas inferenciales de los operadores jurídicos. Sometemos tales pautas a una consideración reflexiva, ideando patrones deductivos que nos sirvan para formalizar esa praxis inferencial. En unos casos tenemos éxito y otorgamos una acreditación a la inferencia examinada. En otros fracasamos, por lo cual calificamos la inferencia de falaz; y es que aquellos patrones inferenciales que se nos ocurren bajo los cuales podríamos subsumir las inferencias (o presuntas inferencias) consideradas nos resultan inadmisibles porque autorizarían muchas inferencias claramente sofisticadas, con un resultado deletéreo para la praxis jurídica.

---

<sup>27</sup>. En seguida voy a matizar ese aserto en el sentido de que el sistema será insuficientemente satisfactorio a menos que cumpla un requisito adicional.

Así —volviendo al principio de simplificación, ya varias veces aludido— podemos considerar la hipótesis de que sea obligatorio A-y-B pero las circunstancias hacen prácticamente imposible A. Un demandante se queja de que no se haya cumplido la obligación de B, pues —alega—, la obligatoriedad de A-y-B conlleva la de B, pase lo que pase con A.

Creo que pocos jueces, o ninguno, seguirían ese razonamiento; antes bien, me parece que razonarían como nosotros, rechazando el principio de simplificación deóntica. La obligación de A-y-B es la de un todo, una combinación de A y de B, de suerte que realizar parte de esa obligación no es ni siquiera cumplir parcialmente la obligación, sino realizar algo que puede ser inútil o contraproducente para el propósito de la obligación.

Nuestro método nos lleva —en tal supuesto imaginario— a rechazar el patrón inferencial del demandante, adhiriéndonos al criterio de los jueces. No asumimos como patrón deductivo válido el paso de  $O(A\&B)$  a  $OB$  —independientemente de que A se realice o no— porque se seguirían montones de consecuencias absurdas y, en definitiva, porque una praxis jurídica que se ajustara a ese patrón inferencial sería peor que una que prescindiera de él; peor porque se multiplicarían las injusticias; injusticias que —¡notémoslo!— no vendrían del contenido de los preceptos del legislador, sino de, a partir de tales preceptos, extraer conclusiones según un patrón inferencial que, justamente por acarrear tales desastres, habría de ser arrinconado. (Digámoslo de otro modo: el principio de simplificación es la negación de un consagrado adagio jurídico: *non adimplenti non est adimplendum*.)

Como ya lo he señalado, no estriba ese método en ser meros recolectores de pautas de razonamiento aceptadas por los jueces u otros operadores jurídicos. Tal cosechar difícilmente bastaría para el propósito de sentar una lógica deóntica correcta y útil. Hace falta una pauta suplementaria, que proporciona la finalidad misma de los sistemas normativos.

No es verdad que (como lo dijo Lon Fuller) el propósito del derecho sea el de someter la conducta a reglas.<sup>28</sup> Ése no es un fin suficiente para que hablemos de Derecho, ni siquiera del derecho interno de una organización mafiosa. El propósito de un sistema de normas es el de regular la conducta de los miembros de una colectividad de manera conducente al bien común de esa colectividad, al fin social. (Ese fin social puede ser mal para otras colectividades.)

---

<sup>28</sup>. Es bien sabido que Lon Fuller basa en ese principio su óctuple canon —propuesto en *The Morality of Law*, 1964— de regularidad, publicidad, claridad, cumplibilidad, irretroactividad, estabilidad, mutua compatibilidad y congruencia en su aplicación. En su concepción se trata de algo parecido a lo que, en términos de la teoría semántica de Carnap, podemos caracterizar como «postulados de significación». Un aglomerado de mandamientos que no se ajuste a ese óctuple canon (se entiende que: en absoluto) no podrá caer bajo el concepto de Derecho, no será un ordenamiento jurídico.

Al margen de otras consideraciones y otros reparos que podrían formularse a Fuller, su principal error es creer que cualquier sistema de normas que regule conductas es un sistema jurídico. No aplica el criterio funcionalista. El Derecho es una institución finalista, como la medicina, el transporte, la ingeniería, la enseñanza, el suministro de agua, el teatro, la arquitectura o la minería.

Por eso a los dos cánones ya mencionados más arriba agregamos este tercero —al que llamaré *el principio del bien común*—: el sistema normativo, enriquecido con el sistema lógico-deóntico postulado, es mejor para el fin social (o bien común) de la colectividad en cuestión que uno carente de esos axiomas y reglas de inferencia. Pej. un sistema normativo sin principio de colicidad es peor. También es peor un sistema normativo sin el principio de subalternación deóntica. (En cambio es mejor un sistema normativo sin principio de simplificación deóntica.)

### §9.— El principio de obligación consecuente

Para poner un último ejemplo de la lógica jurisprudencial, sería peor un ordenamiento normativo en el que no valiera el **principio de obligación consecuente**, a saber: cuando es obligatorio que, en la medida en que se realice un supuesto de hecho, A, se lleve a cabo la conducta B y, de hecho, A tiene lugar, en esa medida será obligatorio B.

Este principio es totalmente desconocido por la lógica deóntica estándar y radicalmente incompatible con ella. Y es que en la lógica deóntica estándar nunca pueden mezclarse en las inferencias premisas normativas y premisas fácticas. La lógica deóntica estándar presupone el principio de Hume de separación total entre ser y deber-ser.<sup>29</sup>

Acarrea un corolario que ha suscitado dificultades. Supongamos que es obligatorio que, en la medida en que A, B y que, así y todo, se ha autorizado  $\neg B$  (siendo « $\neg$ » una negación total, carente de grados). En un ordenamiento con esas dos normas, una imperativa y la otra permisiva, el principio de obligación consecuente tiene la sorprendente peculiaridad de habilitarnos para sacar de premisas normativas una conclusión fáctica, a saber que A no se ha efectuado en absoluto. Parece curioso que podamos saber cómo es la realidad meramente indagando qué situaciones jurídicas existen.

La perplejidad es fácilmente solucionable. Hay tres vías de solución.

1ª. Una es que el sistema contenga una colisión normativa. Sabemos que abundan, aunque no sean deseables. En el supuesto imaginado se daría colisión si se lleva a cabo A porque, en tal supuesto, B quedaría, a la vez, en situación de conducta obligatoria y de conducta lícitamente omitible.

2ª. Otra solución es que el último promulgamiento deroga al precedente o lo hace inexecutable en tal hipótesis.

<sup>29</sup> En la lógica deóntica estándar puede haber premisas no prefijadas por un operador deóntico siempre que sean verdades necesarias, porque en esa lógica todo hecho necesariamente verdadero o real es también obligatorio y cualquier situación imposible está prohibida. Por eso es obligatorio que, si A&B, entonces A; de donde se deriva —según las reglas de inferencia de tales lógicas— que, si A&B es obligatorio, A será (incondicionalmente) obligatorio, pase lo que pase. En suma la lógica deóntica estándar es de espíritu muy kantiano: el deber por su lado y el ser por el suyo, sin que nunca incida el uno en el otro. Lo opuesto a la gran tradición metafísica —de Platón a Hegel, pasando por Aristóteles y Leibniz— que quiso ligar, por algún nexo íntimo, ser y deber-ser.

3ª. Una tercera es que, de no producirse ese efecto de derogación o inexequibilidad, uno de los dos promulgamientos es írrito.

Me parece que un juez razonaría exactamente de alguna de esas tres maneras. Por consiguiente, queda derrotado el contraejemplo esgrimido frente a nuestro principio de obligación consecuyente.

En resumen —y como conclusión—: hemos encontrado y defendido los principios de la lógica jurisprudencial,<sup>30</sup> no por inspiración del espíritu santo (de la cual estamos privados) ni por intuición ni por convención ni por inducción sino por abducción. La construcción y justificación de un sistema de lógica, en general, de lógica deóntica, en particular, es un tipo de inferencia a la mejor explicación disponible; más exactamente, a una explicación suficientemente buena, verosímil, aceptable, fecunda, aunque quizá no sea la mejor (porque la subdeterminación de las teorías nos hace imposible pasar revista a todas ellas para escoger la mejor).

---

### §10.— Tres objeciones

Una primera objeción —que se puede enunciar con muchísimas variantes— es que, al cobijar el procedimiento de hallazgo y justificación de los axiomas y las reglas de inferencia de la lógica deóntica (y de la lógica en general) bajo la idea seminal de Peirce de la inferencia abductiva, hemos escogido un mal paraguas. Muchos son los que cuestionan y aun rechazan la creencia de Peirce al proponer la abducción como un tipo especial de inferencia, irreducible tanto a la deducción cuanto a la inducción.

Si bien es pacífico el aserto de que la abducción no puede reducirse de ningún modo a una deducción, es polémica la irreducibilidad a la inducción. De admitirse la dicotomía entre inducción y abducción, arde la controversia sobre dónde ubicar la frontera entre ambas y sobre lo distintivo de la una y de la otra. Más en concreto han corrido ríos de tinta sobre si la abducción aporta algo nuevo u original, habiendo abundado quienes han querido reducirla al método hipotético-deductivo (según lo diseñaron sucesivamente Whewell y Hempel) así como quienes la han visto como un mero caso de conjetura sometida a un cálculo de probabilidades bayesia-

---

<sup>30</sup>. La lógica jurisprudencial abarca muchos otros principios. El manojito de los aquí presentados y discutidos sirve sólo para un muestreo. Tal vez esa abundancia de principios y reglas de inferencia se presta al reparo que nos ha formulado Manuel Atienza, a saber: que el sistema resulta demasiado difícil y complicado para que pueda utilizarse en la praxis jurídica. Pero podríamos aquí invocar la broma de Hegel cuando se burlaba de quienes afirman que la lógica enseña a pensar, comparándola con la fisiología que enseñaría a digerir.

De todos modos, aun sin ser de una sencillez pueril como la lógica deóntica estándar, y aun involucrando conceptos como los de causa y obstrucción —que, por su menor claridad, no están equipados de una axiomática generalmente admitida—, la lógica jurisprudencial puede aprenderse —al menos en sus rudimentos— en un par de tardes —o, a lo sumo, en una semana, o sea muchísimo menos que lo que se lleva entender la Ley del IRPF.

no.<sup>31</sup> De admitirse tales planteamientos, la abducción sería simplemente un componente, exento de originalidad, del método inductivo.

Contesto que, para mi propósito, no tiene importancia alguna que se pueda o no llevar a cabo una reducción de esa índole. Lo que Peirce inventa es un tercer tipo de inferencia para pasar de premisas a conclusiones; uno que no es ni deductivo ni inductivo en el sentido usual de la palabra (aquel que permite alcanzar conclusiones generales o universales a partir de premisas particulares o singulares —según lo entendieron Francis Bacon y John Stuart Mill). No aspirando a obtener una patente, nos contentamos con una marca. Y la marca abductiva es conveniente, surja o no, como contrincante, otro método, en algún sentido inductivo (pero que no es la inducción estricta y tradicional).

En resumen: lo que hemos propuesto es un método de descubrimiento de reglas y principios lógico-deónticos y de ulterior acreditación o comprobación (en parte experimental) del sistema constituido con esas reglas y esos principios. He sostenido que —*mutatis mutandis*— es, y ha sido siempre, el método por el cual se diseñan y se diseñaron en el pasado reglas y principios lógicos, en general. Ese método lo he subsumido en el concepto peirceano de abducción. No hay inconveniente alguno en que, alternativamente, quepa subsumirlo en una versión refinada del método inductivo.<sup>32</sup>

Una segunda objeción que se ha formulado contra la abducción peirceana es que, contrariamente a su pretensión de alcanzar en la conclusión algo nuevo, no hay tal novedad. Alégase que, partiendo de una constatación sorprendente, A,<sup>33</sup> y

<sup>31</sup>. Para no alejarme del tema de este ensayo, dejo de lado las razones que me llevan a dudar que el cálculo de probabilidades bayesiano sea una formalización correcta del concepto de probabilidad, ya sea éste el objetivo (frecuencia relativa), ya sea el subjetivo (verosimilitud o plausibilidad reflexivamente sostenible). La principal razón es el cúmulo de las conocidas paradojas de la probabilidad bayesiana, que poca mella parecen hacer en quienes, casi con la fe del carbonero, se aferran a esa formalización como a un dogma de fe.

<sup>32</sup>. Tenemos una clamorosa revancha, en todo caso, de lo *a posteriori* sobre lo *a priori*, de lo sintético sobre lo analítico. Durante milenios el conocimiento *a posteriori* se consideraba inferior y subordinado, contingente y no necesario, incierto y no evidente. (O, en todo caso, menos seguro y menos obvio que el *a priori*). Ya vimos cómo, a pesar de esa jerarquización, grandes filósofos de la deducción, como Aristóteles y Leibniz, en cierto sentido buscaron justificar la deducción aduciendo, de algún modo, consideraciones inductivas. En todo caso, hoy, con una epistemología holista (pero gradualista) como la de Quine, el triunfo de la abducción/inducción (un método que no es *a priori*) queda relativizado o matizado, porque en definitiva serán cuerpos de doctrina enteros los que habrán de comparecer ante el tribunal de la experiencia para recibir el veredicto apropiado.

<sup>33</sup>. En el arreglo aquí propuesto del método abductivo de Peirce no es menester en absoluto que esa primera premisa sea sorprendente. Basta que esté necesitada de explicación, de aclaración o de fundamentación. P.ej., en el ámbito de la praxis jurídico-argumentativa, la necesidad que se siente es la de justificar los patrones inferenciales que de hecho se emplean, para que no resulten arbitrarios.

Puede entenderse —y debatirse— una filosofía jurídica en la cual la mera voluntad del legislador es fuente necesaria y suficiente del derecho vigente; pero la mayoría de quienes así piensan rechazarán que sea la voluntad del administrador o la del juez la que determine qué patrones de inferencia jurídica valen y cuáles no, de suerte que sería esa voluntad la que decidiera si, de los promulgamientos legislativos más unos supuestos de hecho, se siguen o no tales o cuales consecuencias jurídicas.

agregando la premisa de que, si sucediera B, A ya dejaría de ser sorprendente, la abducción es el procedimiento que nos autoriza a extraer de ahí la conclusión B; pero esa conclusión B no sería nueva, pues estaba incrustada en la premisa segunda (la mayor).<sup>34</sup>

Dudo que esa objeción vaya muy lejos. Por dos razones. En primer lugar, si bien B está incrustada en la segunda premisa, ésta no afirma B, sino algo muy distinto, a saber: que, si B, A. (O que, en la medida en que B, A, si aceptamos grados de verdad.) Y, en segundo lugar, el carácter incentivador de la novedad de que está revestido el método abductivo estriba justamente en que exhorta a inventar esa segunda premisa, cuya prótasis será la conclusión del razonamiento. Ni la inducción tradicional ni la deducción comportaban la invención de premisa alguna.<sup>35</sup>

Paso a considerar una tercera y última objeción, más específicamente enfilada contra la propuesta contenida en el presente ensayo. ¿No incurso en una inconsecuencia? He rechazado que la encuesta de opinión (o —para decirlo más sobriamente— la exploración de cómo se razona efectivamente en el ámbito de la argumentación jurídica) sea un método satisfactorio para fijar qué axiomas y qué reglas de inferencia elegimos para nuestros sistemas de lógica deóntica, ya que los operadores jurídicos incurren en paralogramas igual que los demás seres humanos. No obstante, acudo a un examen de las hipotéticas reacciones jurisdiccionales como pauta para determinar nuestra selección de principios lógico-deónticos.

Mi respuesta es triple:

- 1ª. El método abductivo que he propuesto no desdeña escrutar los patrones inferenciales que efectivamente se emplean en la argumentación jurídica, sino que, al revés, explícitamente considera que hay que acudir a tal escudriñamiento; no una sola vez, sino dos: la primera —en el arranque de nuestras pesquisas—, para hallar la materia prima que habrá que depurar y justificar mediante reglas y principios lógico-deónticos;<sup>36</sup> la segunda —al final ya de

---

Entre quienes darían ese atrevido paso figuran, tal vez, ciertos representantes del realismo jurídico norteamericano y posiblemente del escandinavo, así como el último Kelsen, para el cual no hay, ni puede haber, lógica deóntica, sino que el juez decide libremente qué se sigue de la ley y qué no —igual que para Descartes Dios decide libremente qué leyes lógicas regirán el mundo, qué será lógicamente posible y qué será imposible. Podemos subsumir tales posiciones extremas bajo el rótulo de «voluntarismo».

<sup>34</sup>. Está claro que, tanto para Peirce como para cualquiera de quienes, en eso, hemos seguido su senda es menester que se cumplan ciertos requisitos, más o menos exigentes, para validar ese procedimiento, que ha de sujetarse a fuertes constreñimientos o cánones.

<sup>35</sup>. Eso sí, en las teorías deductivas —salvo las pocas que son algorítmicamente decidibles— hay que inventar la prueba que vaya de las premisas a la conclusión.

<sup>36</sup>. Reglas y principios cuya invención corresponde al investigador, pero que no le vienen de la iluminación del Intelecto Agente —ni nada por el estilo—, sino que se las sugiere —en parte al menos— la propia praxis de la argumentación jurídica efectiva.

nuestra indagación—, para comprobar cómo el sistema de lógica deóntica que hayamos pergeñado entre tanto se acopla con esa praxis de la argumentación jurídica efectiva —o sea: si incide en ella, si la aumenta, si la disminuye, si la modifica. Tendremos una prueba (no concluyente) de la corrección (o al menos de la relevancia) del fruto de nuestros esfuerzos en tanto en cuanto el resultado de nuestra investigación consiga salvar el grueso de la argumentación jurídica efectiva (especialmente de la argumentación jurisdiccional y de la jurisprudencial —para usar el neologismo de Luc Wintgens—); pero el esfuerzo habrá valido la pena si, además de eso, el sistema diseñado proyecta claridad y rigor, endereza ciertos patrones inferenciales y robustece otros o incluso agrega algunos que estaban faltando. (Y, sobre todo, si el resultado así alcanzado mejora la propia praxis de la argumentación jurídica, haciéndola más adecuada a la función del Derecho, que es el bien común.)

- 2<sup>a</sup>. Adhiriéndome a una forma de realismo jurídico —próximo a tesis defendidas por Michel Troper (en *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., 1994) y a otras expuestas, entre nosotros, por Jordi Ferrer—, sostengo que el contenido de las normas jurídicas no está fijado de antemano según emanan éstas del promulgamiento legislativo, sino que se va configurando evolutivamente por el consenso de los operadores jurídicos y, ante todo, de la jurisprudencia. Lo va determinando, no, aisladamente, la decisión individual del juez —ni siquiera la firme y definitiva de un tribunal supremo o corte constitucional—, sino la conciencia jurídica colectiva (en la cual yo pienso —siguiendo la vieja doctrina de Joaquín Costa— que cuenta también el refrendo popular o la falta del mismo). De ahí que incluso la determinación de las premisas normativas sea, en parte, tarea del juez. Pero éste no puede optar libremente por una u otra interpretación de los preceptos legislativos, sino que escogerá en función de las consecuencias jurídicas que se sigan de una u otra lectura. Una lógica jurídica está, pues, subyacente a la determinación del contenido mismo del Derecho. Si esa lógica jurídica fuera radicalmente errada y entrara en irreconciliable conflicto con la que vayamos a proponer a la postre, la nuestra sería inservible para el Derecho, y éste no sería Derecho, porque no podría cumplir la función del Derecho.
- 3<sup>a</sup>. En todo caso, los razonamientos en sede judicial sólo los tomo como indicios, sujetos al canon de bien común. Un vicio argumentativo repetido en mil sentencias no sirve para avalar una errónea manera de pasar de premisas a presuntas conclusiones cuando sea patente que tales paralogismos introducen distorsiones en el funcionamiento del sistema jurídico, con daño para el bien común.

IX

**«EL DERECHO DE RADICACIÓN  
Y NATURALIZACIÓN:  
UNA PERSPECTIVA JUSNATURALISTA»  
por Lorenzo Peña y Gonzalo**

*Pasando fronteras: El valor de la movilidad humana*

coord. por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín

México/Madrid: Plaza y Valdés. 2015

ISBN 9788416032419

pp. 225-295



# EL DERECHO DE RADICACIÓN Y NATURALIZACIÓN: UNA PERSPECTIVA JUSNATURALISTA

por **Lorenzo Peña y Gonzalo**

---

publicado en:

*Pasando fronteras: El valor de la movilidad humana*

coord. por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín

México/Madrid: Plaza y Valdés. 2015

ISBN 9788416032419

---

## *Sumario*

1. Bien común y derecho a incorporarse a una población extranjera. 2. Fundamentaciones alternativas del derecho de libre incorporación. 2.1: La dignidad; 2.2: La libertad; 2.3: La prosperidad; 2.4: El derecho de asociación. 3. El principio de indiferencia del nacimiento. 4. Las leyes de naturalización. 5. Derechos limitados de los inmigrantes todavía no incorporados a la población del país. 6. Es legítimo aligerar el peso para las arcas públicas. 7. Licitud jurídico-natural de la ayuda a los inmigrantes. 8. ¿Derecho de todos a inmigrar e incorporarse a la población del país o derecho de los ya inmigrados a un estatuto de ciudadanos no naturalizados? 9. Objeciones a las tesis defendidas en este ensayo. 10. Bibliografía.

---

## **§1.— Bien común y derecho a incorporarse a una población extranjera**

El fundamento de los derechos naturales del hombre es el vínculo de reciprocidad entre el individuo y la comunidad, en virtud del cual cada uno de nosotros es lo que es gracias a una comunidad humana en cuya prosperidad tiene derecho a participar y a la cual ha de contribuir con su actividad en la medida de lo posible.

Esa obligación sinalagmática funda las reclamaciones que el individuo puede formular respecto a la sociedad o comunidad, que son de dos tipos: las unas, de libertad, o derechos negativos, que consisten en reivindicar que le dejen hacer o no hacer según su voluntad; las otras, de bienestar, que reivindican una prestación ajena y que no comportan en quien reivindica un derecho a malgastar o desaprovechar tal prestación simplemente por un acto de decisión arbitrario.

Correlativamente el individuo viene obligado a hacer aportaciones al bien común de la sociedad para que ésta pueda prosperar y satisfacer así a sus miembros esos dos grupos o tipos de reivindicaciones.

La comunidad en cuestión —con relación a la cual se establece ese vínculo sinalagmático fundamental sustentador de los derechos y deberes individuales— es, en primer lugar, el cuerpo político cercano constituido como Estado soberano o poseedor de títulos legítimos para reclamar esa condición. Sin embargo, más allá de ese cuerpo político concreto (Estado nacional o colectividad análoga), la comunidad de referencia es la humanidad, toda la cual constituye una familia unida por una multitud de nexos que cimentan su solidaridad.

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.

En el marco de esta concepción sinalagmática y panhumanista de los deberes y derechos humanos, nos planteamos si el contenido de uno de esos derechos fundamentales del individuo es el de emigrar 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.

La tesis aquí defendida es que existe ese derecho. Pero siendo un derecho doble —a radicarse en un territorio extranjero y a incorporarse a su población— es también un derecho de naturaleza dual: en su primera faceta, la de radicación, es, esencialmente, un derecho de libertad; en la de incorporación, es de bienestar; correlativamente, su primer componente impone a las sociedades de destino sólo un deber negativo de dejar hacer (de dejar inmigrar), aunque, en cambio, entraña para quien lo ejerce un deber positivo: el de buscar seriamente un trabajo que desempeñar en la sociedad de acogida para el bien común de la misma. En su segunda faceta, la de incorporación a la comunidad de habitantes preexistente, conlleva también obligaciones de hacer de los dirigentes y miembros de tal comunidad.

Ni en la filosofía aplicada ni en la teoría política han abundado las discusiones sobre si han de considerarse derechos fundamentales del individuo humano fijar su residencia en otro país de su elección y adquirir la nacionalidad de

ese país de elección, o sea: si cada nación tiene el deber de constituir un cuerpo abierto que consienta a los extranjeros acceder e incorporarse a él voluntariamente. Tanto en esas disciplinas cuanto en las aledañas, la abrumadora mayoría de los autores dan por supuesta la negación de ese derecho fundamental, por mucho que exhorten a los Estados a adoptar algunas políticas de relativa apertura, con mayor o menor generosidad.

Aun los pocos que estiman esa acogida obligatoria (y no loable pero supererogatoria), únicamente entienden con ello que los Estados deben fijar cuotas de inmigración amplias (o no demasiado estrechas), de suerte que la acumulación de esas cuotas, aunque no consiga absorber totalmente la masa de aspirantes a la emigración provenientes de países pobres, sí sirva al menos para reducirla de manera significativa, aminorando así el número de emigrantes frustrados. De ningún modo se entiende con ello que a cada ser humano le asista el derecho a irse a residir a tal país concreto porque así lo desea, ni siquiera el derecho a que haya un país —de un nivel de bienestar comparable— al cual se le permita migrar.<sup>1</sup>

Desde luego esta generalización sufre unas poquísimas excepciones, como la de quienes redactaron la vigente constitución ecuatoriana (está por ver en qué medida se va a aplicar de veras a los inmigrantes haitianos en el Ecuador) y, sobre todo, la de un puñado de libertarios norteamericanos que fundamentan el derecho del individuo a escoger en qué país radicarse sobre la base del derecho a la máxima libertad y del Estado mínimo (aquel que mínimamente estorba o restringe la libre iniciativa de los individuos).<sup>2</sup>

Ahora bien, aun esos escasísimos autores que respaldan la libertad inmigratoria se abstienen de dar el paso adicional de abrazar el derecho a la naturalización. Otorgan a la gente de otros países el derecho a venir y permanecer entre nosotros; no el derecho a incorporarse a ese «nosotros», el derecho a ingresar en la comunidad nacional (a pesar de que en la tradición jurídica norteamericana el derecho de inmigración ha estado vinculado al derecho de naturalización, a diferencia de países donde el *jus sanguinis* ha sido el principio rector de la ciudadanía).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>. «El derecho a que para cualquier ser humano haya un país —de un nivel de bienestar comparable— al cual se le permita migrar» significa que, para cada individuo humano, X, exista al menos un país, Z —de suficiente nivel de bienestar— tal que a X le es lícito radicarse en Z.

<sup>2</sup>. Entre los autores libertarios que defienden la libertad migratoria figura Walter Block (Block, 1998), quien, si bien rechaza la existencia de un derecho de cada ser humano a inmigrar a nuestro país (en su caso a los EE.UU.), propugna el irrestricto derecho de los propietarios a dejar entrar en sus fincas a quienes les dé la gana, nacionales o extranjeros, y a contratar con ellos como quieran hacerlo, ya sea arrendándoles locales, ya sea dándoles empleo. Que el Estado coercitivamente prohíba cruzar la frontera a esos extranjeros vulnera el legítimo derecho de los propietarios residentes en el país.

Ésa es sólo una de las varias líneas de argumentación ofrecidas por diferentes filósofos políticos de orientación libertaria a favor de las fronteras abiertas. Más abajo me referiré a otras.

<sup>3</sup>. Entre los libertarios con cuyas posiciones más concuerdan las tesis del presente ensayo se encuentra Bryan Caplan (Caplan, 2012); pero ni siquiera él asume un pleno derecho de naturalización en condiciones de igualdad, estando dispuesto a admitir una residencia permanente con derechos perpetuamente restringidos, como sería la

Es propósito de este ensayo franquear ese paso que pocos se atreven a dar, proclamando que cada uno de los siete millones de millares de seres humanos que pueblan el planeta tiene, como uno de sus derechos naturales (meramente por pertenecer a la especie humana) el de, si así lo desea, ingresar en cualquier comunidad nacional en la que decida hacerlo, sin otra condición que la de —tras haber cumplido ciertos deberes para acreditar la seriedad, la firmeza y la viabilidad razonable de su solicitud— asumir, al incorporarse, tanto los derechos cuanto los deberes inherentes a tal pertenencia. Por la correlatividad entre derechos y deberes, 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). Dicho con otras palabras: de clubes privados sus integrantes pueden, lícitamente, excluir a los extraños, constituyendo así círculos cerrados (y aun esa potestad puede venir restringida por la ley en una gama de supuestos fácticos), pero de colectividades públicas no se puede lícitamente excluir a nadie que quiera incorporarse a ellas y de hecho lo haga —lo haga, eso sí, habiendo probado, con hechos, su compromiso con la sociedad en la que se va a integrar y ateniéndose a la regla de que, en la medida en que incumpla las normas vigentes en tal comunidad, sufrirá la sanción correspondiente.

Este trabajo alega que cualquier ser humano es titular de un derecho natural a —tras haber demostrado su fiabilidad, superando una prueba de permanencia meritoria— ingresar en cualquier cuerpo político cumpliendo los deberes correspondientes, entre ellos el de ponerse en conformidad con las condiciones de ingreso. Aquí no voy a considerar el mero derecho a viajar y a quedarse en un territorio; es ése un derecho individual geográficamente formulable e hipotéticamente realizable por un hombre solo, un imaginario único poblador humano del planeta Tierra (Robinson Crusoe terráqueo). Ese derecho de circulación y residencia es un derecho negativo que implica para las autoridades extranjeras sólo la obligación de dejar pasar y dejar quedarse.

El derecho de ingreso o incorporación a la población aquí defendido es una variedad de la libertad migratoria, cuestión que divide a cada uno de los sectores de la opinión en los ámbitos filosófico, político, socio-económico, religioso y cultural. Llamemos, para entendernos, «aperturistas» a quienes abogan por un derecho de los extranjeros de radicarse en nuestro territorio (no forzosamente incondicional ni menos absoluto) y «clausuristas» a quienes lo rechazan. Pues bien, hay aperturistas y

---

privación de por vida de los derechos de bienestar o un recargo, igualmente vitalicio, del impuesto a la renta; o sea: un estatuto de meteco, no transitorio, sino definitivo. Conste que no es que él proponga directamente tal estatuto, sino que meramente lo concibe como una alternativa más aceptable que la política de cierre de fronteras.

El artículo de Caplan ofrece razonamientos plenamente convincentes, alegando que la injusticia que se inflige a quienes, deseando inmigrar, ven prohibida su entrada no viene atenuada en absoluto por causas de utilidad social, puesto que, al revés, hay un consenso entre los economistas de que la apertura de fronteras duplicaría el producto bruto mundial —citando, en particular, los hallazgos de (Clemens, 2011). Además, incumbe al partidario del cierre de fronteras probar, no sólo que las barreras a la inmigración sirven para fines de pública utilidad, sino también que no hay medios menos dolorosos. Caplan —concediendo, por mor de la prueba, el erróneo supuesto de que se den tales fines— demuestra, concluyentemente, que existirían medios menos crueles.

clausuristas dentro de cada campo («izquierdas» y «derechas»; adeptos de tal religión, de tal otra o de ninguna; progresistas y conservadores; ecologistas y climatoescépticos; ricos y pobres; racionalistas e irracionalistas; filósofos analíticos y posmodernistas; materialistas y espiritualistas; optimistas y pesimistas).

Eso no significa, empero, que la proporción de los clausuristas sea la misma en todos los sectores de la opinión, pero la correspondencia funcional es aparentemente caótica, con inflexiones y sinuosidades (y no, p.ej., que cuanto más progresista se sea, también se será más aperturista). Hay, claro está, más aperturistas entre quienes profesan ideas redistributivas e igualitarias y menos entre los adeptos del libre mercado y de la no intervención estatal (por paradójico que pueda ser o parecer esto último). Pero, para ir más allá de esa banalidad, será menester un estudio sociológico muy minucioso, que no nos incumbe.

---

## §2.— Fundamentaciones alternativas del derecho de libre incorporación

El derecho de libre radicación viene subsumido en nuestro derecho de ingreso, aunque es, de suyo, mucho más circunscrito. Ninguno de los dos derechos —ni el más amplio ni siquiera el más reducido— viene reconocido hoy como derecho fundamental por ningún texto jurídico vigente (si bien lo estuvo en varias constituciones hispanas del siglo XIX y comienzos del XX, como las de España, México y la Argentina). Sin embargo el autor de este ensayo no es pionero en su postulación.

### 2.1: La dignidad

Para algunos es una consecuencia lógico-jurídica de la dignidad de la persona humana. Todo ser humano sería digno y, por serlo, tendría derecho a que se reconozca y respete esa dignidad. Impedirle viajar y radicarse en un país atentaría contra esa dignidad.

Tal fundamentación es muy cuestionable. En primer lugar, si el ser humano es (inherentemente) digno, nada que se le haga mermará esa innata y consustancial dignidad. Por ende, es imposible irrespetar tal dignidad, privando de ella a un ser humano. De ser posible privarlo de dignidad, entonces ésta no sería un hecho. Podría entonces ser (el contenido de) un derecho. En esa enunciación alternativa, cada ser humano tendría derecho a ser digno y a que esa dignidad no se conculque.

Entender la dignidad como un derecho y no como un hecho mejora las cosas, pero surgen dos dificultades. La primera es si ese derecho es derivable o no de otros reconocidos por la filosofía jurídica y por las declaraciones de derechos desde el siglo XVIII para acá, como el derecho a la felicidad, a la hermandad, a la libertad, a la igualdad. ¿Añade algún contenido adicional la dignidad tal que alguien puede exigir dicho contenido adicional aunque vea satisfecha su libertad y su felicidad y sea tratado con fraternidad y sin discriminación injusta? Es dudoso.

La segunda dificultad es que, de existir ese contenido adicional, no se sabe qué es ni, por ende, en particular qué conductas podrían violarlo o impedirlo. En concreto, habría que probar que impedirle a un forastero franquear la frontera o

arrojarlo del país violan su derecho a la dignidad. (Pero ¿no violan también su derecho a la felicidad, a la libertad, a la igualdad, a la fraternidad?)

## 2.2: La libertad

Un segundo fundamento es el de algunos libertarios que aducen simplemente el derecho a la libertad, el derecho de cada ser humano a actuar según su voluntad en pos de su propio bien o de su propio mal; el Estado no debería estorbar ni impedir el ejercicio de ese derecho de libertad.

Esos pensadores libertarios entienden que ese derecho a la máxima libertad es inherente a la naturaleza humana e incoercible, de suerte que ningún estado tendría legitimidad para coartarlo.<sup>4</sup>

Este segundo fundamento es muy sólido y el autor de este ensayo lo abrazó (con variantes) en sus precedentes escritos sobre la materia.<sup>5</sup> Pero peca de un serio defecto. Ciertamente la libertad es la posibilidad de hacer sólo todo lo que uno quiere; y, por lo tanto, comporta la facultad de ir y venir, quedarse o mudarse.

Por otro lado son también contenidos del derecho de libertad los de cada habitante nativo a recibir al extranjero y entablar con él relaciones asociativas, contractuales o afectivas. El no reconocimiento del derecho de libre migración también acarrea prohibiciones que cercenan la libertad de los propios nativos.

Pero la libertad tiene un triple límite: (1) los derechos e intereses legítimos de los demás; (2) los derechos del yo futuro; y (3) el bien público. El conflicto entre el derecho individual de libertad y esos tres límites sólo puede solucionarse mediante una ponderación.<sup>6</sup>

Hay algunas libertades especiales que son prioritarias, como la de pensamiento y la de expresión. Pero la libertad de ir y venir sin limitaciones ¿prima sobre imperativos de bien público o los derechos de los demás habitantes del territorio (p.ej. a estar solos en él)? Eso hay que demostrarlo. El libertario no lo demuestra, no sólo porque alega que la carga de la prueba incumbe al clausurista, sino también

---

<sup>4</sup>. En (Huemer, 2010), Huemer —perteneciente al campo de los filósofos políticos libertarios— sigue esta línea de razonamiento: los inmigrantes vienen a buscar una vida mejor porque les resulta insatisfactoria la que tienen hasta ahora. Impedirles por la fuerza ingresar en el país y entrar en el mercado laboral es comparable a impedir a quien está necesitado de comida que acceda al mercado para comprarla. No se trata de la diferencia entre acción y omisión, porque impedir es una acción. Si, por la fuerza, Sam bloquea el paso de Marvin, quien va a comprar alimentos porque los necesita, y, al no poder nutrirse, Marvin fallece, Sam no ha causado su muerte por inanición, pero sí es culpable de ella. La causa de la muerte es un proceso fisiológico que Sam no ha originado. Mas activamente impedir un remedio para un mal puede ser tan reprochable como causarlo. Similantemente, el gobierno de los EE.UU., al impedir entrar en el territorio norteamericano a los necesitados de buscar una vida mejor mediante su trabajo, no causa sus penalidades, pero les impide coercitivamente remediarlas. Huemer desarrolla su argumento probando que no hay razones proporcionales de pública utilidad que justifiquen tal impedimento.

<sup>5</sup>. V. (Peña, 1992), (Peña, 2002a) y (Peña, 2005).

<sup>6</sup>. El libertario no aceptará nunca el límite 2º y restringirá al máximo la aducibilidad de los límites 1º y 3º, reduciéndola a casos extremos y palmarios.

porque lo que exige probar sería la existencia de razones perentorias e indiscutibles.

Sin duda cabe argumentar en el sentido de que el libre ejercicio del derecho de ir y venir (de quedarse o marcharse, de permanecer o sólo transitar) no colisiona con los derechos a la prosperidad de la población ya asentada en el territorio y que, por consiguiente, no hay motivos razonables —basados en los límites primero y tercero— para restringir el ejercicio de tal derecho —ni, menos aún, para no reconocerlo.<sup>7</sup>

Sin embargo, es dudoso que la libertad sea un fundamento suficiente para el derecho a ingresar en comunidades políticas foráneas, por cinco motivos.

En primer lugar, aunque he sostenido que, al ejercer ese derecho, el extranjero no causa ningún mal ni hay, por ende, razón válida para prohibirle o impedirle ese ingreso en la comunidad, me doy cuenta de que eso está precisamente en discusión. El clausurista puede aducir muchas razones para afirmar que el derecho no es inocuo. P.ej. puede sostener que viola el derecho que asiste a los ciudadanos del Estado a que no se integre en su comunidad alguien que ellos no han invitado; o que, en las condiciones del Estado del bienestar (por exiguo que sea, como lo es en España), el ingreso es perjudicial, porque agrega uno más con quien habrá que repartir; o que es negativo el balance de ventajas e inconvenientes de la llegada de nuevos inmigrantes —salvo acaso los del cupo legal, fijado por las autoridades; o que los inmigrantes, gentes de una cultura diversa, amenazan la cohesión social, a corto o largo plazo, o hacen peligrar la identidad nacional; o que con ellos aumentan los riesgos de delitos o de perturbaciones políticas o sociales; etc.

Aunque creo que cabe, punto por punto, refutar convincentemente todos esos temores, fundar el derecho a la libertad migratoria en la libertad a secas —a la espera de la refutación de las causas de miedo aducidas por los clausuristas— difícilmente cabe fuera de una concepción libertaria, en la cual la prevalencia de la libertad sobre sus límites legítimos no es una mera presunción sino un cuasi-triunfo, o sea: para que fuera admisible una limitación de la libertad tendría que ser palmaria e inconcusa su absoluta necesidad.

El segundo motivo por el cual dudo que la libertad constituya un fundamento suficiente para justificar el derecho a ingresar en una comunidad política foránea es que también puede verse al que emigra como transgresor de un deber para con sus conciudadanos a quienes abandona a su suerte, deber de contribuir al bien común de cuantos pueblan la tierra que lo vio nacer; en ese caso, la libertad migratoria tendría que quedar cercenada por el cumplimiento de tal deber.

No faltan buenas razones para replicar a esa objeción, porque muchos de quienes emigran o desean emigrar se hallan desocupados en su país; otros, subempleados; otros van a aportar al país mucho más con sus remesas desde lejos que con su permanencia; unos cuantos regresarán contribuyendo con su experiencia o sus ahorros al bien común de su población de origen. Y los casos restantes son

---

<sup>7</sup>. Más inverosímil aún es que quepa invocar el límite segundo.

muy minoritarios; además de que podrían establecerse medidas para compensar la fuga de cerebros. Pero todo eso ya nos saca de la simplicidad del argumento libertario, reacio a la ponderación utilitarista de ventajas e inconvenientes sociales.

El tercer motivo es que —contrariamente a lo que piensa el libertario— la propia libertad tiene un fundamento. Como cualquier otro derecho natural del ser humano, la libertad se funda en el derecho de cada uno a participar en el bien común correlativamente al deber de contribuir al bien común. Está claro que, en la medida en que un ser humano carezca de libertad, queda restringido —o incluso anulado— su disfrute del bien común. Pero ¿de qué bien común se trata? ¿No es el bien común de la propia comunidad política a la que ya se pertenece? De ser así, ¿cómo va a justificarse la decisión de abandonarla para incorporarse a otra? No por la libertad, si ésta se basa en la participación en el bien común de aquella comunidad a la que uno ya pertenece, salvo que se demuestre que, al emigrar, la beneficia; pero incluso en tal supuesto el derecho de libertad quedaría circunscrito al área geográfica de esa comunidad de partida, sin otorgar título alguno que imponga a otras comunidades abrirle las puertas.

El cuarto motivo para no asumir el fundamento libertario del derecho de libre inmigración es que difícilmente amparará a los menores de edad, especialmente cuando vienen traídos por sus padres u otros parientes, porque no están ejerciendo una migración voluntaria ni, menos aún, libre.

Pero el quinto motivo, el más fuerte, para no suscribir el fundamento libertario del derecho de incorporarse a otras comunidades es que no es un puro derecho de libertad, sino mixto: de libertad en parte, pero también de bienestar, ya que para respetarlo los demás tienen que hacer algo: acoger en el seno de su comunidad a los candidatos a la incorporación cuando hayan cumplido las condiciones razonablemente establecidas. Y eso significa no meras omisiones sino acciones: inscribirlos en los registros y atribuirles los mismos derechos positivos de los habitantes autóctonos.

### **2.3: La prosperidad**

Si, como fundamento del derecho de libre inmigración, no nos convence la dignidad ni tampoco del todo la libertad, un tercer fundamento posible podemos buscarlo en el derecho a la felicidad o al bienestar; más precisamente: el derecho a prosperar. Creo que es un fundamento mucho más sólido y menos abstracto que los dos precedentes. Todo ser humano tiene derecho a conseguir, en la medida de lo posible, un mayor florecimiento de su vida, un más intenso desarrollo de su personalidad, una mayor *eudaimonía* somática y psíquica. Y, junto con ello, el derecho a alcanzar esa prosperidad no sólo para sí, sino también para los suyos, para los miembros de su familia —un cónyuge para con el otro y los padres para con los hijos.

El derecho a la prosperidad no implica —contrariamente al temor de Bentham— un derecho a lograrla a cualquier precio. Mas sí es un derecho prioritario hasta el punto de que, para limitar la legitimidad de los medios a los que cabe acudir

para ser feliz, es preciso demostrar que causan un deterioro desproporcionado al bienestar ajeno o al bien público.

No se trata de calcular casuísticamente cuánta prosperidad adicional obtiene un agente con su acción u omisión y cuánto disminuye, en consecuencia, la prosperidad de otros (utilitarismo de actos). Trátase de un canon de política legislativa: las normas jurídicas han de diseñarse de modo que tiendan a respetar un principio de proporcionalidad, a saber: no prohibir a nadie un medio de adquirir su felicidad más que en tanto en cuanto el medio así prohibido causaría un mayor daño ajeno o perjuicio público.

El derecho a la prosperidad no es un mero derecho a la subsistencia; ni siquiera es un haz de los derechos sociales enumerados en la Declaración universal de los derechos humanos (junto con otros que faltan en ella): derecho al sustento, al agua, al aire, al cobijo, a un empleo, a la salud, a la seguridad social. Al ser humano le asiste un derecho a prosperar más allá de esa lista: un derecho a comer mejor, a un mejor empleo, a una mejor asistencia sanitaria, a un aire más limpio, a disfrutar de nuevos bienes de consumo; todo ello, claro, en la medida de lo posible y con respeto a los derechos ajenos y al bien común.

No hay diferencia entre el derecho a la prosperidad y el derecho a la vida, si éste es más que la mera libertad de vivir. El derecho a la vida es un derecho a una vida humana, al género de vida alcanzable en una sociedad humana del tiempo en que uno vive, no un derecho escuetamente a no-morir o subsistir en estado vegetativo o infrahumano.

El derecho a la vida, al florecimiento de la vida propia y de los suyos es, sin duda, un firme fundamento del derecho a incorporarse a otras comunidades políticas, siempre que existan motivos razonables para esperar que, de ese modo, uno va a conseguir más vida, una vida mejor para sí y los suyos.

Mas ese derecho a la vida se fundamenta en otro: el derecho a participar en el bien común. Después de la vida, los muertos ya no prosperan, pero siguen participando en el bien común y, por eso, tienen derechos. No les es posible disfrutar de tales derechos, no pueden saborearlos, pero sí pueden beneficiarse (objetivamente) de su respeto. Los muertos siguen siendo miembros de la comunidad, difuntos, inertes, inactivos; mas no han cesado de existir. Contribuyen al bien común en la medida en que han dejado de su vida un legado positivo. El derecho a participar en el bien común trasciende, por lo tanto, la frontera entre vida y muerte. Es el fundamento último. Sólo que ¿de cuál comunidad se trata?

Ciertamente cada uno nace en una comunidad y (salvo casos excepcionales de apatridia) a ella pertenece mientras no emigre. El bien común al que está directamente vinculado es el de esa comunidad. Pero más allá, más hondamente, se trata del bien común de la humanidad, la gran comunidad tal que ninguna otra es más abarcadora (*communitas qua amplior cogitari nequit*, parafraseando a San Anselmo de Aosta).

Y es que las comunidades políticas diseminadas por la superficie terráquea

son enjambres desgajados de la comunidad originaria, que siguen sujetos a obligaciones para con el resto de la comunidad humana, deberes de hermandad. El bien público nacional o estatal está, por ello, subordinado al bien común de la humanidad. El extranjero es, ante todo, un hermano de sangre.

#### **2.4: El derecho de asociación**

Un cuarto fundamento del derecho de cada ser humano a no sólo convertirse en habitante de un territorio diverso de aquel donde nació, sino hacerlo incorporándose a la población del mismo, estriba en el derecho de asociación. Todo ser humano tiene derecho natural a asociarse (porque asociarse es una de las facetas más naturales de la vida humana, la de una especie naturalmente social). Asociarse, claro, con quienes deseen asociarse con él. Pero, independientemente de que otros quieran o no, subsiste ese derecho a asociarse, como mínimo, perteneciendo a comunidades públicas; no forzosamente la de su nacimiento, pues se tiene derecho a cambiar de nacionalidad, no un mero derecho a que, si a uno se lo permiten, adopte otra nacionalidad, sino a escoger uno mismo esa otra nacionalidad.

No se discute que la actual raza humana proceda de una reducida subfamilia de la especie *homo* radicada en el África oriental; contando esa comunidad sólo unos miles (a lo sumo unas decenas de miles), unos centenares de ellos cruzaron el estrecho de Babel Mandeb —hará unas dos o tres mil generaciones— para no regresar jamás. De ellos proviene el jirón no-africano de la familia humana, que, en milenios sucesivos, se extenderá, primero por Asia, y más adelante por Oceanía, Europa y, finalmente, América. Cada enjambre de humanos que se segregaban al viajar más lejos, dejando atrás a sus compañeros, no adquiriría, al hacerlo, el derecho de excluirlos. Si le daba alcance alguno de los rezagados para unirse a su aventura, hacíalo con pleno derecho. Y lo sigue haciendo. El paso de cientos, miles o decenas de miles de años no borra nuestro vínculo de sangre, nuestro derecho a ir en pos de quienes se aventuraron a una tierra incógnita cuando nosotros (nuestros antepasados) nos quedamos atrás. Haberse adelantado a explorar y colonizar esas tierras no autorizaba a los exploradores a prohibir a otros unirse a ellos para el mismo fin.

---

### **§3.— El principio de indiferencia del nacimiento**

Aunque las dos pruebas por el derecho a la felicidad y a la prosperidad y por el derecho de asociación me parecen, ambas, convincentes, voy a explorar en este ensayo otra prueba alternativa a partir del derecho a la igualdad ante la ley, que concreto en el *principio de indiferencia del nacimiento*, PIN.

Es sabido que el principio de igualdad ante la ley y su corolario, la prohibición de discriminación, viene interpretado, en sede jurisdiccional, de tal modo que se permiten aquellas discriminaciones que, persiguiendo un fin constitucionalmente legítimo, sean proporcionales a tal fin. Ese patrón hermenéutico está erizado de dificultades, pero no entraré aquí en discutirlos. Lo que voy a limitarme a señalar es que:

- (1°) Diga la constitución lo que diga, no es un fin legítimo del derecho natural amparar el derecho a la felicidad y a la fraternidad humana de unos sí y de otros no, sólo por diferencias de nacimiento; y
- (2°) Según el derecho natural, a ningún fin legítimo es proporcionado excluir del disfrute de los derechos naturales a unos sí y a otros no sólo en virtud de diferencias de nacimiento.

El PIN se deduce de otro principio básico: el de igual titularidad de todos los seres humanos en lo tocante a los derechos naturales del hombre. La diferencia entre el principio de igual titularidad de los derechos humanos y su consecuencia, el derecho a no ser discriminado por el nacimiento, consiste en que el primero, en sí, no hace referencia a comparaciones entre unos y otros, sino que meramente vincula la pertenencia a la especie humana a una titularidad de los derechos del hombre excluyendo cualquier *quantum*.

Y es que es una tesis fundamental en la que descansa el reconocimiento de los derechos del hombre la de que la titularidad de los derechos no es cuantitativa.

En el derecho, como en la vida, muchas determinaciones (casi todas en verdad) son cuantitativas, o sea: graduables, susceptibles de más y de menos. El reconocimiento de los derechos humanos como principio fundamental y contenido esencial del derecho natural excluye, en cambio, toda cuantitativización de su titularidad.<sup>8</sup>

En general es un axioma del derecho —de cualquier rama del derecho— que, salvo que se demuestre lo contrario, cuando varios tienen derecho a algo lo tienen por igual, no unos más y otros menos. Así, el derecho de los condueños de un bien a usarlo y a beneficiarse de él (*jus utendi et fruendi*) se presume paritario puesto que la co-propiedad se presume a partes iguales.<sup>9</sup>

De ese axioma se sigue que el reconocimiento de unos derechos fundamentales (o esenciales o naturales) del hombre, de cada hombre, de cada miembro de la familia humana sólo puede someterse a cuantitativización si se aduce una razón suficiente —una razón legítima que justifique una diferencia cuantitativa en la posesión de tales derechos. Será un axioma adicional del que parto en este ensayo que no existe tal razón aducible. La carga de la prueba de que sí existe incumbiría,

---

<sup>8</sup>. Excluir todo *quantum* en la titularidad de los derechos naturales del hombre no implica afirmar que todos los seres humanos pertenezcan en la misma medida a la humanidad o realicen en el mismo grado la cualidad esencial de ser un hombre; no se excluyen, pues, grados de hominidad. Lo que se excluye es que las diferencias en los grados de hominidad autoricen a reconocerles a unos más título que a otros con relación al derecho fundamental: el de participación en el bien común —correlativo a la obligación de contribuir al bien común. La razón por la cual las diferencias graduales de hominidad no se traducen en escalonamiento alguno en la titularidad de los derechos naturales del hombre es el propio principio del bien común de la humanidad y de las sociedades humanas, el cual sería quebrantado si la titularidad de los derechos naturales se dosificara al compás de los grados en que cada uno realizara la esencia humana.

<sup>9</sup>. Sea con cuotas del mismo monto, en comunidad romana, sea —a mayor abundamiento— sin cuotas en comunidad germánica.

en cada caso, a quien lo afirmara. Nadie hallará tal razón porque este axioma es normativo, no fáctico; es un principio del bien común de la colectividad (en este caso de la colectividad natural que constituye la familia humana) que ninguna razón será normativamente válida para introducir graduaciones en la titularidad del derecho de pertenencia a la comunidad humana —del cual son dimanantes todos los derechos fundamentales.

Todavía podríamos calar más fundando la igual titularidad de los derechos naturales del hombre en el principio de igual dignidad de los seres humanos. Como ese concepto de dignidad —principalmente de cuño kantiano— es sumamente problemático y escurridizo, en su lugar (y atendiendo a cómo la Declaración universal de los derechos humanos viene a equiparar —contra Kant— dignidad y valor), podríamos invocar un presunto principio de igual valor de todos los seres humanos.

Sin embargo, ese principio de igual valor es sumamente dudoso, debiendo afrontar serias objeciones. Resulta poco verosímil que el criminal y su víctima inocente sean seres del mismo valor; que tanto valor tengan los malvados que consagran su vida a hacer desdichados a otros como quienes dedican la suya a obras bienhechoras. Ni siquiera es obvio que se posea el mismo valor en todos los estadios de la vida. Tampoco es obviamente falso que, en caso de naufragio, es mejor salvar la vida de un individuo con recuerdos, planes de vida y familiares a su cargo que la de un recién nacido —lo cual sugiere que éste posee menos valor.

No me pronunciaré, pues, sobre el principio de igual valor (aunque confieso que sospecho que es falso). No lo necesitamos. Si la titularidad de los derechos naturales del hombre es una consecuencia de la pertenencia a la especie humana sin susceptibilidad alguna de un *quantum*, es irrelevante que unos titulares de tales derechos básicos tengan más valor que otros, porque ese mayor valor no acrecienta para nada su titularidad de los derechos naturales.<sup>10</sup>

De ese principio de no cuantitatividad de la titularidad de los derechos humanos se infiere la conclusión —ya mencionada— de que —so pena de transgredir una norma esencial del derecho natural— el derecho positivo no está facultado para reconocer a unos más titularidad que a otros de los derechos esenciales del hombre.

Si todos los humanos son igualmente titulares de los derechos esenciales, se sigue que el derecho ha de ser ciego a las diferencias de nacimiento. Se me objetará que el derecho puede reconocer relevancia jurídica a diferencias de nacimiento siempre que no se trate de derechos fundamentales. P.ej., en virtud de diferencias de

---

<sup>10</sup>. Evidentemente lo que es igual es la titularidad del derecho natural fundamentalísimo, que es el de participar en el bien común, junto con los corolarios que de ahí se siguen, los cuales, empero, dependen de las situaciones histórico-sociales y, en su ejercitabilidad, varían también según las circunstancias personales. Así el derecho a la instrucción lo tienen todos por igual, pero no se sigue que tengan derecho a la misma instrucción: un discapacitado mental necesita una educación diferenciada. Las contingencias de la condición individual —a veces innatas, otras producidas por el entorno— influyen en qué concreciones sean las adecuadas, en cada caso, para la satisfacción de los derechos individuales.

nacimiento unos tienen derecho a ostentar un cierto apellido y otros no; unos tienen derecho a recibir alimentos de ciertas personas y otros no; similarmente —puede objetarse— unos tienen derecho a una nacionalidad y otros no.

Tal alegato es justamente lo que estoy rechazando; por ende, aducirlo significa incurrir en petición de principio. De admitirse que *sólo* por una diferencia de nacimiento unos tienen ciertos derechos y otros no (aunque no se trate de derechos fundamentales), el derecho estará reconociendo —sólo por diferencias de nacimiento— a unos sí y a otros no un derecho a ser titular de determinados derechos. Y, para cualquier derecho no fundamental, el derecho a ser titular del mismo es un derecho fundamental.

P.ej. no es un derecho fundamental el de oponerse a plazas de notario, pero sí lo es el de no estar excluido, por el nacimiento, de poder oponerse. Para hacerlo hay que cumplir condiciones de capacitación previa. Todos tienen derecho a adquirir esa capacitación; si no lo hacen, no adquieren el derecho a oponerse. Luego todos pueden poder oponerse aunque no todos puedan oponerse.<sup>11</sup>

Igualmente está transgrediendo un principio jurídico-natural la ley que atribuye a unos sí y a otros no, por meras diferencias de nacimiento, no sólo el derecho a heredar los bienes de tal persona, sino también el derecho a tener ese derecho.

La aplicación consecuente del PIN debería llevar a una sustancial modificación del derecho de familia y sucesiones. La filiación no debería nunca establecerse sólo por el vínculo genético, sino que debería requerir una asunción voluntaria por el padre y la madre jurídicos, que pueden no ser los originadores de los gametos ni la gestante.

No vale decir que ése es un ámbito del derecho privado que no debería ser sensible a un principio de derecho público como el PIN, porque, si bien, en efecto, se trata de normas de derecho privado, es de derecho público el que tales normas estén vigentes en el ordenamiento jurídico y que se hagan respetar, cuando sea menester, coercitivamente.

Asimismo el derecho de sucesiones debería alterarse sustancialmente, no sólo en tanto en cuanto ello ya vendría implicado por una radical alteración del derecho de familia, sino también por la indefendibilidad de la regla de las legítimas de nuestro código civil,<sup>12</sup> propio de ancestrales ideas tribales de dominio del linaje, de

---

<sup>11</sup>. Evidentemente hay alguna restricción inesencial, p.ej. de edad. Aunque todos pueden poder oponerse, cuando no lo han hecho y ya es demasiado tarde, ya no pueden ni siquiera poder oponerse; al menos, sí pudieron poder oponerse en el pasado.

<sup>12</sup>. Como es bien sabido, las legítimas son las porciones de la herencia que, por mandamiento de la ley, van a los hijos o descendientes y, a falta de ellos, a los padres o ascendientes, estándole prohibido al testador dejárselas a otras personas. En el derecho histórico castellano —retomado en el derecho civil de algunas repúblicas hispanoamericanas— la legítima abarcaba los 3/4 del caudal relicto; en el código civil español de 1889 se redujo a los 2/3. En la mayoría de los ordenamientos jurídico-civiles anglosajones rige la libertad de testar, no existiendo, por lo tanto,

una ideología reaccionaria de la fuerza de la sangre que pugna hoy con cualquier visión humanista y fraternalista de la vida humana.

Sea como fuere en lo tocante al derecho privado, en cualquier caso el derecho de la nacionalidad pertenece a la esfera del derecho público.

No deja de ser un escándalo que hasta ahora nadie se haya percatado de que vulnera el principio de igual titularidad de los derechos humanos de todos los humanos el que sólo diferencias de nacimiento permitan reconocerles plenamente a unos y rehusarles por completo a los demás el derecho a tal nacionalidad.

El PIN, si se abraza con seriedad y sinceridad, ha de entrañar este corolario: para cualquier nacionalidad (nigeriana, afgana, nicaragüense, polaca, canadiense etc), el reconocerles a unos sí y a otros no el derecho a poseer esa nacionalidad no puede lícitamente basarse sólo en diferencias de nacimiento.

Dicho con otras palabras: no todos tienen derecho a ser italianos; ni todos pueden reclamar válidamente ese derecho. Pero todos los seres humanos tienen derecho a tener derecho a ser italianos. A nadie, por su nacimiento, puede lícita y válidamente excluirlo de ese derecho el ordenamiento jurídico italiano. Cuando lo hace, viola el derecho natural.<sup>13</sup>

La adquisición efectiva del derecho a ser italiano está condicionada al cumplimiento de determinados requisitos. Se entiende que ser hijo de un padre o una madre italianos —siendo una circunstancia del nacimiento— sea una condición

---

legítimas.

<sup>13</sup>. El derecho externo es la licitud de un contenido o *dictum*, el cual consiste, a su vez, en otro derecho, el interno: adquirir la naturalización del país que uno escoja como suyo cumpliendo unas condiciones. Más rigurosamente: para cualquier ser humano viviente, X, y para cualquier ciudadanía estatal, Z, es lícito que, si X quiere y cumple determinadas condiciones, adquiera Z. Ahora bien, las condiciones dependen —al menos en parte— de quién sea X y de qué vínculos guarde con Z. Por ello, aunque no hay *quantum* alguno en la titularidad del derecho genérico a adquirir una ciudadanía foránea, sí hay variaciones de grado en el derecho a llegar a ser ciudadano de tal país. Por principios jurídico-naturales —y digan las leyes edictadas lo que dijeren—, más derecho asiste a llegar un día a adquirir la nacionalidad francesa a quienes descienden de poblaciones que fueron sojuzgadas por el colonialismo francés, que fueron forzadas a adoptar las instituciones y la cultura político-jurídica de la metrópoli y a las que también se impuso la lengua imperial.

A este respecto cabe mencionar que en el Reino Unido vino edictada en 1914 el «British Nationality and Status of Aliens Act», que reconocía (con reservas) el estatuto de súbdito británico a los nacidos en los dominios y las colonias del Imperio Británico. Nueve años antes el rey Eduardo VII había sancionado y promulgado la «Aliens Act» que, por primera vez, controlaba —no prohibía— el ingreso en el Reino de los no-súbditos de la Corona. El mucho más restrictivo precepto de 1914 fue seguido de otros, cada uno de los cuales cercenaba más el derecho de inmigración: 1919 y 1920. Hasta 1962 no se adopta, sin embargo, norma alguna que restrinja el derecho a radicarse en el Reino Unido de los habitantes de sus colonias, si bien ya desde 1950 el gobierno cavilaba al respecto, preocupado por la llegada de gente de color. V. (Miles, 1989).

Cualesquiera que sean los derechos de los ex-súbditos de Su Graciosa Majestad (o sus descendientes) y de los que fueron sometidos a la dominación francesa a naturalizarse en sus antiguas metrópolis, más indiscutible es el derecho de llegar a ser españoles que asiste a los habitantes de la España de ultramar, aquellos que hablan el mismo idioma, han recibido la misma tradición cultural, tienen apellidos hispanos y antepasados que emigraron de la Península Ibérica. Y es que la Constitución de 1812, que les era aplicable, les reconoció esa calidad, en igualdad total con los habitantes de la España peninsular e islas adyacentes. V. (Peña, 2002b).

suficiente. También que, en concurrencia de otras circunstancias, lo sea haber nacido en la República Italiana. Nada de eso viola el PIN. Lo que sí viola el PIN es que esté prohibido a los demás adquirir el derecho a ser italianos.

Una extrema y grosera violación del PIN es estipular que los humanos de tal raza no podrán adquirir la nacionalidad del país. Eso pasaba en USA antes de las enmiendas 14 y 15 de la constitución federal, que se edictaron en el período de la Reconstrucción tras la derrota de los secesionistas en 1865; hasta entonces, el derecho norteamericano (un *common law* principalmente jurisprudencial y consuetudinario) excluía a los negros (en virtud de la sentencia *Dred Scott v. Sandford* de 1857-03-06 de la Corte Suprema, cuyo fallo establecía: «las personas de origen africano no pueden ser, ni, a tenor de la constitución, podrían nunca llegar a ser ciudadanos estadounidenses»<sup>14</sup>).

Otras formas menos visibles de discriminación son las que excluyen del derecho a adquirir el derecho de naturalización en el país a los individuos enfermos, discapacitados o menos favorecidos física o mentalmente.

Como, para adquirir la nacionalidad de un país, primero hay que radicarse en él, tendrían que abrogarse todas las facultades de la administración para excluir del territorio nacional a los extranjeros por motivos de riesgo para la seguridad pública, el orden público o la salud pública, a menos que también se expulse del territorio nacional a los nacionales cuya presencia comporte uno de esos tres riesgos. Si la conducta del extranjero es penalmente reprochable, lo que procede es juzgarlo y condenarlo. El CP debería reformarse para hacer penalmente perseguibles en España delitos graves cometidos en el extranjero por extranjeros si ellos voluntariamente ingresan en territorio español y permanecen en él un cierto tiempo.

En lo tocante al peligro para la salud pública, bastaría aplicar reglamentos de cuarentena. Los enfermos de SIDA o drogadictos extranjeros sólo podrían ver denegada su inscripción registral si también los españoles en esas condiciones son privados de su nacionalidad y expulsados.

Tema aparte es si el derecho a la libertad ambulatoria del artículo 17.1 de la constitución española ha de ser incompatible con privaciones de libertad por motivos de salud pública o de seguridad pública. El internamiento forzoso de alienados mentales es una privación de ese tipo, no punitiva. Sería defendible imponer un internamiento transitorio, con trato humanitario y benigno, a ciertos enfermos contagiosos, en provecho de ellos mismos y de la sociedad.

De todos modos, lo dicho en los párrafos precedentes no excluye del todo que el derecho a la igualdad por el nacimiento pudiera sufrir alguna limitación por razones de riesgo para la salud pública, el orden público o la seguridad pública,

---

<sup>14</sup>. Todas las leyes estadounidenses de extranjería y naturalización —desde la de 1790 hasta la adopción de la 15ª enmienda de la constitución federal el 30 de marzo de 1870 (en aquel año en que se consuma la unidad italiana —con la extinción de los Estados Pontificios—, se restaura la República en Francia y se consolida la democracia en España)— excluían de la ciudadanía de la Unión a los *aliens of African nativity or descent*. V. (Johnson, 2003).

porque ese derecho a la igualdad tampoco es absoluto. Ahora bien, tales límites han de ser mínimos, reservados a situaciones extremas, por motivos tasados y excepcionales, ponderables con consideraciones humanitarias y con un menguado margen de discrecionalidad (que, en la práctica, se suele convertir en arbitrariedad).

---

#### §4.— Las leyes de naturalización

La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconocen que los extranjeros tienen derecho a adquirir la propia nacionalidad con tal que cumplan determinadas condiciones. O sea, si bien no es un derecho fundamental del hombre el derecho a tal nacionalidad —sigamos poniendo como ejemplo la italiana—, sí lo es el derecho a adquirir ese derecho.

Para adquirir el derecho a ser italiano, cuando no se tiene por nacimiento, hay que merecerlo. Normalmente los Estados reconocen la facultad de llegar a ser titular de un derecho a la naturalización a quienes, siendo extranjeros, residan legalmente en el país durante un número de años y cumplan, además, otros requisitos, que se suelen enunciar como «integración en la sociedad».<sup>15</sup> Muy probablemente esos requisitos implican discriminación injusta, desproporcionada, especialmente cuando la duración de la estancia es excesiva (impidiendo así gozar de la nueva nacionalidad en una edad de la vida en que uno se encuentra con pleno vigor y energía) y cuando se establece esa exigencia de integración —mientras que a los nacionales se les permite estar desintegrados. También es abusivo exigir, para naturalizarse, un acto de adhesión, un juramento de lealtad, de todo lo cual están exentos los nacionales por nacimiento.

Más grave aún es que a quienes cumplen todos esos requisitos los poderes públicos tengan la potestad de rehusarles el reconocimiento de la nacionalidad que solicitan. Las leyes de naturalización, desgraciadamente, suelen dejar a las autoridades tal potestad, aunque la jurisprudencia la haya disciplinado, exigiendo que sólo se rehuse motivadamente. Ahora bien, ¿qué motivo válido puede haber que no sea la inobservancia de alguno de los requisitos legales? Siendo así, las leyes deberían cambiarse, haciendo automática la adquisición de la nueva nacionalidad deseada por el residente extranjero en el momento de cumplir los requisitos legales. La ulterior inscripción en un registro debería ser declarativa, *ad solemnitatem*, y no constitutiva. El visto bueno de la autoridad competente sería un acto obligatorio y de ningún modo potestativo.

Pero lo peor de todo, aquello en lo que me voy a centrar, es que —desde la I Guerra Mundial— se viene condicionando el poder cumplir esos requisitos a la

---

<sup>15</sup>. Esa «integración» —entendida como algo más fuerte que la mera incorporación— tiene que ser facultativa. Entablar vínculos afectivos, amistades y relaciones sociales, pertenecer a clubes o asociaciones, tener trato asiduo con los vecinos, todo eso será saludable, pero es y tiene que ser libre. Es injusto castigar a los menos sociables o menos comunicativos con medidas sancionatorias, reprochándoles su falta de integración. Desde luego los nativos no tienen obligación legal alguna de estar integrados en ese sentido fuerte. ¿Por qué la van a tener los venidos de fuera?

previa concesión graciosa de permiso de residencia por parte del propio Estado. Eso anula por completo el derecho a tener derecho a la nacionalidad.

Es como si el derecho a tener derecho a opositar para notario se condicionara a la previa concesión potestativa o discrecional de un permiso: quienes fueran agraciados tendrían derecho a esforzarse y capacitarse para así poder opositar; aquellos que no obtuvieran la venia graciosa de cierta autoridad ni siquiera tendrían ese derecho a capacitarse por sus propios esfuerzos.

Está claro que hay oficios cuyo desempeño exige unas condiciones físicas que dependen del nacimiento. El malvidente nato no puede aspirar a trabajar de centinela ni el mudo de locutor de radio ni el físicamente débil de guardián. Establécense, en aras del bien común, condiciones para esos oficios que, contingentemente, resultan fuera del alcance de algunos o de muchos por hechos relacionados por su nacimiento.<sup>16</sup>

Pero son excepciones; y, como tales, han de interpretarse restrictivamente. En todo lo demás, el derecho a capacitarse para adquirir un derecho no puede lícitamente estar vinculado a una circunstancia del nacimiento ni sujetarse a autorización.

Hasta 1914 (un siglo antes de redactarse este ensayo) —con leves y escasas restricciones, en general transitorias— los Estados reconocían a los extranjeros el derecho a venir a vivir en el propio territorio y así, al cabo de un período de permanencia y previa adquisición voluntaria de determinados méritos, el derecho a naturalizarse. Ese principio era entonces una norma de derecho internacional consuetudinario.<sup>17</sup>

El desastre bélico de 1914-18 no sólo se llevó seis millones de vidas humanas, no sólo destruyó estructuras políticas multiseculares de convivencia pluri-étnica —como los imperios ruso y austro-húngaro (dejando, en su lugar, un caos, un semillero de enemistades, discriminaciones, reivindicaciones frustradas y futuras guerras)—, no sólo arruinó a los pueblos y no sólo desembocó en una paz inicua, que propiciará la todavía más espantosa II Guerra Mundial apenas cuatro lustros después, sino que, además de todo eso, deshizo la institucionalizada práctica —vigente hasta entonces— que permitía viajar libremente y radicarse donde uno quisiera —incluso, en general, sin tener que exhibir pasaporte alguno—, fuera en Rusia, el Japón, Chile,

---

<sup>16</sup>. Por más que se esfuerce, el ciego innato no verá.

<sup>17</sup>. Tenemos un ejemplo de la libertad migratoria —sólo restringido por causas excepcionales— en el relato de Samuel Scheffler (Scheffler, 2007) del desembarco en Nueva York de su abuelo, a la sazón quinceañero, el 12 de enero de 1914. La formalidad de ingreso consistió en la presentación de un *affidavit* por el cual el capitán del navío declaraba que, hasta donde alcanzaba su saber, ningún pasajero estaba incurso en las causas de exclusión tasadas: enfermedad gravemente contagiosa, pasado criminal, incapacidad mental, mendicidad, poligamia, anarquismo, prostitución o precontratación laboral en USA (esto último, sin duda, para evitar situaciones de dependencia laboral no libre).

Suecia o Francia.<sup>18</sup>

Está claro que en 1914 el derecho de un no-italiano a radicarse en Italia no implicaba la adquisición de la nacionalidad italiana. Para obtenerla había de residir en el país un número de años y tener un comportamiento meritorio.<sup>19</sup> Pero nada de eso vulneraba el derecho de todos a llegar un día a ser italianos cumpliendo unos requisitos.

Si, en cambio, cumplir tales requisitos se condiciona al previo permiso gracioso del Estado italiano (entonces la monarquía de la Casa de Saboya), es palmario que no se reconoce el derecho fundamental a adquirir el derecho a la nacionalidad italiana.

Sólo se respeta, pues, la igualdad innata de los seres humanos permitiéndose a todos venir a residir en el país y, mediante el cumplimiento de determinados requisitos, quedar así capacitados para reclamar el derecho de naturalización, sin que pueda interponerse nunca la concesión o denegación graciosa de un permiso de residencia.

---

### §5.— Derechos limitados de los inmigrantes todavía no incorporados a la población del país

Los recién inmigrados ¿estarían amparados por la misma legislación que los demás? En cuanto a los derechos de libertad, sin ninguna duda —incluyendo el de cambiar de empleador y escoger libremente el oficio que deseen. En cuanto a los de bienestar o prestación, mi opinión es que no.<sup>20</sup>

Sería incurrir en discriminación condenarlos perpetuamente a no disfrutar todos los

---

<sup>18</sup>. La libertad migratoria de que disfrutaban los seres humanos hasta la I Guerra Mundial se tradujo en migraciones masivas, la más espectacular de las cuales fue el ingreso en los EE.UU. de 25'8 millones de individuos entre 1881 y 1924; en ese país la entrada era libre hasta 1917. En 1920 se promulgó la ley de cuotas inmigrativas, que discriminaba a las poblaciones de origen no germánico. Tales datos los suministra G.J. Borjas en (Borjas, 1994).

<sup>19</sup>. La comisión de delitos, al menos graves, acarrea la expulsión, frustrando así cualquier aspiración lícita a llegar a ser italiano.

<sup>20</sup>. En (Ruhs, 2013), Martin Ruhs sostiene que no son compatibles las reivindicaciones de políticas más liberales de inmigración laboral con más amplios derechos para los inmigrantes. Hay que escoger. Aboga por una mayor apertura a la inmigración, a trueque de restringir algunos derechos que generan costes netos para los países receptores. ¿Pueden las tesis de su libro considerarse convergentes con las del presente ensayo? En realidad, no. Lo que Ruhs propone es un estatuto de inmigrante temporal; aquello por lo que yo abogo es uno de inmigrante definitivo sólo que con una fase inicial de ejercicio restringido de los derechos de bienestar. No sólo está Ruhs a mil leguas de preconizar, como yo, la total libertad migratoria, sino que admite incluso que, al vencimiento del permiso de residencia temporal con derechos restringidos, los inmigrantes sean expulsados, no adquiriendo así ni el derecho de residencia permanente ni, menos aún, el de naturalización. Además, entre los derechos restringibles incluye el de escoger a su empleador: el inmigrante temporal queda así atado de pies y manos a su patrón, careciendo de libertad contractual (una situación de cuasi-semiservidumbre). Por el contrario, el estatuto que yo estoy defendiendo viene a ser como un noviciado, un ciclo preparatorio, una etapa de prueba con la garantía de que, al final de la misma, el extranjero obtendrá automáticamente el derecho de naturalización.

derechos laborales adquiridos por los nacionales y residentes extranjeros de larga duración. Pero hay razones para que esos derechos no sean ejercibles por los recién llegados hasta que haya transcurrido un período de consolidación o carencia fijado por la ley.

A diferencia de los derechos de libertad, los de bienestar o prestación implican un gasto, sea para las arcas públicas, sea para determinados particulares. P.ej. el derecho del trabajador a unas vacaciones pagadas de cierta duración implica para el empresario un desembolso considerable, que puede hacer poco o nada rentable la contratación laboral.

Surge inmediatamente la objeción de que, si se admite la presencia en el territorio de trabajadores recién inmigrados carentes, durante un período transitorio, de todos los derechos laborales de los nacionales, entonces a éstos se les hace una competencia desleal.

Esa objeción es muy seria y digna de tenerse en cuenta, pero no decisiva. La empleabilidad de los recién inmigrados en condiciones desventajosas respecto de aquellas de que disfrutaban los nacionales y residentes permanentes podría sujetarse a una serie de limitaciones: habría de tratarse de empresas que: (1º) iniciaran una nueva actividad, invirtiendo adecuadamente; (2º) demostraran la inviabilidad del negocio en caso de no acudir a esa excepción en la contratación de mano de obra foránea; (3º) compensaran ese trato de favor incrementando la contratación —para otros puestos— de mano de obra ya asentada, la cual disfrutaría de entrada de todos los derechos laborales reconocidos en la legislación nacional; (4º) tuvieran planes de mejora voluntaria de las condiciones laborales de esa mano de obra transitoriamente menos protegida. De ese modo, la transitoria excepción de derechos de los recién inmigrados sería favorable al empleo nacional. Además de que está comprobado por la práctica que la expansión en un sector que emplee mano de obra foránea en condiciones laborales que rechaza la mano de obra nacional induce —en virtud del efecto multiplicador de Keynes—, de rebote, una ola de crecimiento económico que crea puestos de trabajo en otros sectores.

Asimismo, la adquisición por los recién inmigrados de los derechos de seguridad social y otros afines se haría tras un período de carencia, durante el cual estarían obligados a cotizar (en el caso de trabajar por cuenta propia o ajena), pero todavía no serían beneficiarios; la adquisición de esos beneficios sería paulatina, mejor que súbita.

Similarmente sucedería con relación a otros derechos sociales, como los de ayuda a la dependencia, acceso a viviendas de protección oficial, becas de comedor, guarderías públicas gratuitas y los demás servicios de maternidad así como, en general, todos los derechos de prestación, ya sean a cargo del Estado u otros entes públicos, ya sean a cargo a determinados particulares, como los empleadores.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup>. Es significativo que poquísimos de los juristas, moralistas y filósofos pro-inmigracionistas sean partidarios de políticas de fronteras abiertas; su pro-inmigracionismo no pasa de reivindicar derechos para quienes ya están, sin incluir el derecho a no ser privados de libertad ni coercitivamente deportados, cuando carecen de permiso

Esa restricción de derechos de prestación es discriminatoria, pero es una discriminación justificada y relativamente leve.

Es relativamente leve porque el inmigrante que llega, con conocimiento de las condiciones que se le ofrecen, lo hace voluntariamente (exceptuando los niños traídos por mayores); así y todo inmigra porque sabe o cree que su suerte y la de los suyos mejorará con esa mudanza. Dejarlos venir para vivir aquí en condiciones transitoriamente menos ventajosas que las de los ya radicados en firme implica para ellos una discriminación infinitamente menos grave (más leve) que no dejarlos venir.

Y, además, está justificada porque atiende a razonables consideraciones de bien público y de legítimos intereses ajenos. Que los recién inmigrados disfruten de los derechos de prestación de los nacionales y residentes permanentes acarrea a su favor un gasto que costearán los habitantes del territorio, los cuales tienen un interés legítimo en no asumir tal desembolso, siendo ésa una razón por la cual hoy se está prohibiendo la inmigración (salvo las excepcionales autorizaciones administrativas).

Hay otra razón válida para esa restricción transitoria de derechos de prestación, que es garantizar que los recién inmigrados tienen seria y firme decisión de permanecer en el territorio como habitantes del mismo, y no de regresar en seguida a sus países de origen o la de trasladarse a otros países. Y es que los derechos de prestación son redistributivos, dando a unos lo que aportan otros. Tal redistribución corresponde a un pacto nacional de solidaridad entre todos los habitantes del territorio; no entran en ese pacto los transeúntes, los viajeros, los visitantes. El recién inmigrado ha de probar, con hechos, que su plan de vida es el de incorporarse de veras a la masa de habitantes del territorio para disfrutar de esos derechos a participar en la redistribución.

Por último, hay una razón poderosa de prudencia política: la restricción transitoria de derechos de prestación aminorará el rechazo de los nacionales —y de los extranjeros con residencia estable— a la llegada de nuevos inmigrantes, siempre que se patentice que redundará en una expansión económica que beneficia indirectamente a la propia mano de obra nacional.

---

administrativo de residencia. Otro tanto cabe decir de los órganos jurisdiccionales que han vetado medidas legislativas o administrativas lesivas para los recién llegados o sus familiares. Un ejemplo de ello es la sentencia de inconstitucionalidad de la Corte Suprema estadounidense que anuló la Proposición 187 de California —previamente adoptada plebiscitariamente—, que rehusaba enseñanza gratuita para los hijos de extranjeros ilegales (*illegal aliens*), alegando la enmienda 14<sup>a</sup> de la constitución federal.

Es de lamentar, sin embargo, que tales juristas y órganos jurisdiccionales se preocupen más de la igualdad en la titularidad de derechos de prestación (en un país en el cual tales derechos carecen de reconocimiento constitucional) que en la del derecho a la libertad, ya que la Corte no ha declarado anticonstitucionales las leyes en ejecución de las cuales la policía arresta, interna y expulsa a inmigrantes carentes de estatuto legal («indocumentados»), por el mero hecho de serlo; entre las víctimas de tal política de fuerza se encuentran también sus niños. Es anticonstitucional, pues, no proporcionarles escuela gratis mientras estén pero es constitucional apresarlos, encerrarlos y arrojarlos por la fuerza. V. (Petronicolos & New, 1999).

### §6.— Es legítimo aligerar el peso para las arcas públicas

Para incorporarse a una población extranjera, primero tiene uno que emigrar a su territorio y radicarse en él. No basta haber viajado; ni estamos hablando de viajes turísticos, de peregrinaciones o de visitas. Hablamos de viajes con el propósito de quedarse duraderamente en el territorio para buscar en él una vida mejor, trabajando.

Habría, como condición para permanecer en el territorio, que abonar a las arcas públicas una tasa, mediante la cual los inmigrantes se inscribirían en un registro oficial, obteniendo así una cédula de identidad que les permitiera, según su voluntad, instalarse por cuenta propia —o en cooperativas—, o ser laboralmente contratados (en cualquier sector, sin restricciones de ninguna clase —como no sean aquellas, dentro de la función pública, que implican ejercicio de autoridad).<sup>22</sup>

Según ciertas variables, serían modulables no sólo esa tasa de inscripción como residente extranjero sino también la posterior tasa por naturalización —una vez transcurrido el plazo legalmente fijado sin haber incurrido en conducta reprochable—. Tales variables serían:

- El PIB del país de origen (los ciudadanos de Noruega o Luxemburgo pagarían una tasa que multiplicaría la de un maliano).<sup>23</sup>
- La existencia de acuerdos con los Estados de los que son ciudadanos, a fin de tomar en consideración un parámetro de reciprocidad de acogida.
- Los vínculos históricos y lingüísticos entre el país de acogida y aquel del cual es oriundo el inmigrante.
- La previa existencia de una emigración masiva que fluyó en sentido inverso, cuando esa emigración recibió una acogida favorable (principio de gratitud).
- La situación personal del inmigrante.

Es particularmente importante la variable de los acuerdos con el país de origen, pues la migración hay que pensarla como un discurrir en doble sentido.

Dados dos territorios cualesquiera, A y B, caben cuatro situaciones posibles: (1<sup>a</sup>) no hay emigración ni de A a B ni viceversa; (2<sup>a</sup>) hay sólo emigración de A a B; (3<sup>a</sup>) hay sólo emigración de B a A; (4<sup>a</sup>) hay emigración en ambas direcciones. La cuarta es una situación cada día más generalizana —aunque uno de los dos

---

<sup>22</sup>. Los inmigrantes saldrían ganando, porque esa tasa sería menos gravosa de lo que es hoy el pasaje clandestino —para no hablar ya de los riesgos que éste comporta, los cuales cesarían de existir con la política legislativa aquí propuesta.

<sup>23</sup>. En (Higgins, 2013), Peter Higgins defiende lo que llama «el PDP» (principio de protección de los desfavorecidos), con arreglo al cual son injustas las políticas de extranjería que perjudiquen a los sectores sociales ya desfavorecidos. Sin embargo para nada extrae de tal principio la conclusión de que los desfavorecidos del planeta Tierra tienen un derecho preferente de radicación en países donde aspiren a salir de su postración; sólo parece importarles la suerte de los desfavorecidos ya radicados en dichos países.

sentidos sea preponderante. Dentro de un mismo país, hay corrientes migratorias entre sus regiones, aunque no por ello deja de ser cierto que, en un período determinado, hay más desplazamientos en un sentido que en el opuesto. Igualmente sucede con las migraciones internacionales. Esto es especialmente relevante hoy en relación con la China, un gran país del cual provienen inmigrantes radicados, o provisionalmente instalados, en todas las partes del mundo, en niveles profesionales muy diversos, desde obreros hasta cuadros superiores y personal de alta dirección, a la vez que la propia China se convierte en tierra de acogida para nuevos inmigrantes africanos, asiáticos, europeos y de las tres Américas, también en niveles profesionales muy diferentes.<sup>24</sup>

Si nos ceñimos al caso de España, para muchos jóvenes licenciados y técnicos que no encuentran colocación en su país puede resultar más beneficioso que ir a trabajar fregando platos en un bar de Berlín emigrar —con una utilidad recíproca— para desempeñar su propio oficio en Lomé, Kinshasa, Bahía, Asunción o Tegucigalpa —destinos que representan, a la vez, la ventaja de la mismidad o afinidad lingüística. Ciertamente en esos países también es difícil encontrar empleo, pero justamente a veces, a causa de la fuga de cerebros, se ofrecen en ellos posibilidades profesionales en ámbitos como la enseñanza, la salud y la ingeniería.

Toda esa política legislativa implicará una revisión a fondo de los tratados internacionales hasta la fecha suscritos por el país que la adoptara. Pej. acuerdos como el de Schengen y en general los de la Unión Europea entrañan otorgar derechos inmerecidos a los extranjeros que vienen de esos países y, por consiguiente, trato discriminatorio para los de otras procedencias, sin que ni siquiera el interés nacional esté justificando tal discriminación.<sup>25</sup>

Por otro lado se plantea el problema de qué hacer con aquellos inmigrantes cuya conducta resulte reprochable. Está claro que el principio de justicia implica que la consecuencia jurídica de su conducta reprochable (anterior o posterior al ingreso en el país) debe ser proporcionada a esa reprochabilidad. Tener, p.ej., algún antecedente penal no debería ser un obstáculo redhibitorio; comoquiera que sea, habría de estudiarse, caso por caso, la existencia de garantías procesales en el país de origen y la homologación de su sistema penal con el nuestro.

La expulsión de extranjeros por mala conducta sólo es admisible si también se expulsa a los nacionales por esa misma mala conducta. Esto último lo prohíben algunos pactos internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos

---

<sup>24</sup>. En (Joppke, 1998), Christian Joppke sugiere que es una consecuencia de su propio liberalismo el que los Estados liberales admitan, a regañadientes, una inmigración que no desean. Tal visión chata y de autoloa del sistema político occidentalista (infinitamente menos liberal de lo que pretende ser) desconoce que las migraciones masivas suceden en todos los continentes y afluyen a países con todo tipo de régimen político. El inmigrante viaja adonde espera alcanzar mayor prosperidad para sí y para los suyos, trayéndole sin cuidado el sistema político. Lo prueba que Marruecos, las autocracias del Golfo Pérsico y varios despotados africanos son imanes para una inmigración masiva, venida de cerca o de lejos.

<sup>25</sup>. En el caso de España el balance de la pertenencia a la unión europea es negativo y probablemente calamitoso.

(p.ej. el Pacto de 1966 sobre derechos civiles y políticos). Lo más justo sería denunciar tales pactos para hacer legalmente posible que en casos muy graves se aplique la pérdida de la nacionalidad—independientemente de que sea de origen o adquirida—y la expulsión del territorio nacional. De considerarse inviable esa opción, el principio de no discriminación por nacimiento implica que los residentes extranjeros, una vez que residan en el territorio nacional, no podrán ser expulsados, hagan lo que hagan; deberán sufrir las penas de cárcel y subsidiarias aplicables a los delitos que hayan cometido y, una vez purgada la pena, tener, como los demás habitantes del territorio, la posibilidad de resocializarse. Ni siquiera debería permitírseles optar por abandonar el país antes de haber cumplido toda la condena, a menos que igual permiso se conceda a los españoles. Los derechos son siempre correlativos de los deberes.

### §7.— Licitud jurídico-natural de la ayuda a los inmigrantes

Un corolario que se sigue de las tesis arriba defendidas es que también es contrario al derecho natural prohibir a los nacionales que ayuden a los extranjeros a venir al territorio patrio o a permanecer en él o contratarlos laboralmente o comerciar con ellos. Tales interdicciones significan prohibir la ayuda a conductas lícitas, como lo son que esos extranjeros vengán, se radiquen aquí y ejerzan actividades lícitas, como trabajar y comerciar. Es un derecho natural del hombre (reconocido en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789) que el Estado no puede prohibir más que conductas nocivas. Pero ayudar a una conducta lícita nunca puede ser nocivo.

Cabe objetar que quien transporta a pasajeros indocumentados al territorio nacional sin cumplir los requisitos legales está transgrediendo una norma regulatoria del transporte, transgresión merecedora de una sanción. Respondo que tales normas sólo son exequibles si las propias autoridades no impiden la realización de la conducta lícita. Cuando lo hacen, ellas mismas fuerzan a que haya oferentes de servicios que atiendan a la necesidad de los demandantes sin poder ajustarse a la reglamentación legal, porque ésta lo impide.<sup>26</sup>

Es eso comparable a lo que sucedería si una ley prohibiera beber agua (p.ej. para favorecer la venta de refrescos embotellados). Dada la necesidad humana, surgirían mercaderes que venderían agua de modo antirreglamentario. Estarían amparados por un derecho natural, el de satisfacer una necesidad igualmente natural

---

<sup>26</sup>. Lejos de incurrir en lo que mendazmente se tilda de «trata de seres humanos», los transportistas dedicados a facilitar el viaje de pasajeros indocumentados están cumpliendo una misión de servicio meritorio, pues gracias a su labor les es posible a esos viajeros satisfacer su legítimo derecho a buscar una vida mejor en otro lugar. Es también perfectamente justo que presten tal servicio a cambio de remuneración, como lo es que en el precio se incluya un componente de seguro para el transportista—dados los graves riesgos que asume. Incúmbele, desde luego, proporcionar a los pasajeros las condiciones más favorables que estén a su alcance de seguridad y comodidad, pero *ad impossibile nemo tenetur*. Los riesgos y las penalidades del viaje no son imputables a los transportistas, sino a las autoridades que, con su ilegítima prohibición, impiden el pasaje no clandestino.

del ser humano.<sup>27</sup>

Por consiguiente, el derecho natural implica la licitud de las conductas de los transportistas que introducen en el territorio nacional a inmigrantes voluntarios, de los empleadores que les dan trabajo,<sup>28</sup> de los particulares o posaderos que los albergan, háganlo o no a cambio de remuneración, pues una actividad lícita no deja de serlo porque se haga con ánimo de lucro (igual que no es ilícito cuidar a enfermos o atender a viejos o niños por dinero, como tampoco vender fruta o pan). La gratuidad podrá ser loable, pero no es exigible. Como certeramente lo señalara Adam Smith, pasaríamos hambre si sólo por puro altruismo se permitiera atender una necesidad tan básica como la alimentación.

El ánimo de lucro puede ser un agravante de ciertos ilícitos, pero no puede nunca hacer que lo lícito se convierta en ilícito.<sup>29</sup>

En todo caso, de mantenerse la ilicitud, concretamente penal, del auxilio a los inmigrantes sin permiso administrativo de residencia, debería pensarse también la estancia misma, en lugar de tratarla como una mera infracción administrativa sancionable sin juicio. De hecho esa no penalización de la inmigración sin permiso gubernativo, a la vez que se trata como infracción administrativa (sancionada con privación de libertad y expulsión), lejos de beneficiar al inmigrante, le perjudica, privándolo de:

- (1) un juicio penal con las garantías procesales que lo rodean;
- (2) aplicabilidad de las eximentes del artículo 20 del código penal, como lo es el estado de necesidad o miedo invencible al deterioro de la situación económica en su país de origen o actuar en el legítimo ejercicio de un deber para con sus familiares, a saber: el de procurar su alimentación y bienestar;
- (3) aun en la hipótesis de que no se apreciara estado de necesidad, bastaría que el inmigrante creyera que sí para que se le aplicara lo prescrito en el artículo 14.3 CP; su errónea creencia de que sufre un estado de necesidad lo exoneraría de castigo en caso de ser invencible y rebajaría en uno o dos grados la pena en caso de ser vencible;

---

<sup>27</sup>. Aquí ni siquiera hay que remontarse a la ley seca, porque beber alcohol no es una necesidad del ser humano, sino un capricho.

<sup>28</sup>. Hay que recalcar que el empleador que contrata mano de obra inmigrante, con o sin papeles, actúa en el legítimo ejercicio de su profesión. Habrá casos de indebido aprovechamiento de la necesidad del inmigrante indocumentado, por el miedo de éste a ser descubierto, privado de libertad y expulsado. Pero aun en tales casos el responsable principal no es ese empleador abusivo, sino el gobierno, verdadero causante de esa explotación con su ilegítima prohibición y su sañuda persecución de trabajadores que sólo aspiran a ganarse honradamente la vida (contribuyendo así a la riqueza del país que los rechaza). Es más, en alguna medida es disculpable el abuso del empleador, en tanto en cuanto también él asume riesgos considerables, por lo cual descuenta del salario un margen de cobertura implícita de autoseguro.

<sup>29</sup>. Los presuntos contraejemplos —como determinadas conductas que atañen a la propiedad intelectual— me abstengo de abordarlos en este lugar.

(4) invocación de atenuantes (p.ej.: cualquiera de las eximentes recién mencionadas si no se diera más que en parte y, por lo tanto, sin eximir, disminuiría, formal y materialmente, la antijuridicidad de la conducta o determinaría una menor culpabilidad por ausencia de intención dolosa de lesionar bienes jurídicos ajenos).

La suerte de quien está sujeto a sanciones administrativas es mucho peor. En realidad esa situación constituye una grave perversión del orden jurídico que viola el principio de que las conductas cuyas consecuencias jurídicas son más graves deben estar tipificadas en el CP, no las más livianas.

---

### §8.— ¿Derecho de todos a inmigrar e incorporarse a la población del país o derecho de los ya inmigrados a un estatuto de ciudadanos no naturalizados?

Hay un sector minoritario de la opinión que propugna actitudes de apertura a los inmigrantes; en realidad, más correctamente, a algunos inmigrantes, los ya inmigrados o, a lo sumo, una minoría adicional de quienes desean inmigrar. Dentro de ese sector, un ala —digamos, más generosa— aboga por la idea de una «ciudadanía cosmopolita».<sup>30</sup> Según esa concepción, la condición de ciudadano de un país estaría ligada al *jus soli*, a la presencia en el territorio contribuyendo al bien común de los habitantes sin distinción de nacionalidad. El meollo y el sentido práctico de la propuesta estriba en conceder a los inmigrantes —o quizá sólo a los de larga duración— el derecho de voto, desligándolo completamente de su naturalización. Los adeptos de esa ciudadanía cosmopolita alegan que la nacionalidad tiene que ver con una pertenencia histórico-cultural, vinculada al nacimiento y a la tradición familiar, mientras que un ciudadano de un país no tiene por qué ser un nacional, prefiriendo, por motivos sentimentales u otros, guardar exclusivamente la nacionalidad originaria.

Esa tesis de la ciudadanía cosmopolita no prejuzga a quiénes se va a otorgar el derecho a incorporarse a tal ciudadanía, o sea: si se van a abrir de par en par las puertas a la inmigración, si se van a cerrar a cal y canto o si se van a entornar. Lo único que postula es que a aquellos a quienes, de hecho, ya se les ha permitido y se les sigue permitiendo vivir en el país se les reconozca también el derecho a votar —por lo menos al cabo de un cierto período de estancia.

Para simplificar la nomenclatura, voy a llamar a los adeptos de esa tesis «los cosmopolitistas». Voy a refutar esa tesis con las siguientes objeciones.

*1ª objeción.* Con la mejor intención del mundo los cosmopolitistas defienden un derecho que a la abrumadora mayoría de los inmigrantes les trae sin cuidado. Quienes inmigran o quieren inmigrar a España (por poner el caso particular del país en el cual se escribe este ensayo) no lo hacen para participar en las votaciones políticas del país, sino para buscar aquí una vida mejor para sí y para los suyos. Una vez instalados, su meta es trabajar para alcanzar esa vida mejor. Muchos de ellos

---

<sup>30</sup> Entre sus adeptos podemos citar a Javier de Lucas, J.C. Velasco Arroyo (v. Velasco Arroyo, 2010) y Ángeles Solanes Corella; v. p.ej. (Solanes Corella, 2008) y (Solanes Corella, 2010).

inicialmente piensan retornar a su país natal, pero frecuentemente tal intención se va desvaneciendo con el paso del tiempo (a menos que estalle una crisis económica como la actual, que fuerce el regreso por sufrir desempleo y caducidad de permiso de residencia). En todo caso, al ir abandonando esa intención, es casi seguro que, en su aplastante mayoría, lo que quieren es obtener un DNI español, y no precisamente para votar —lo cual es verosímil que se abstengan de hacer salvo una minoría políticamente motivada o perteneciente a la segunda generación—, sino para disfrutar de los derechos de nacionalidad, como son: inexpulsabilidad, poder viajar con pasaporte español y acceder a empleos de las administraciones públicas. Ofrecerles el sufragio tiene algo de paternalista, pues no es eso aquello a lo que aspiran.

*2ª objeción.* Es artificial esa diferencia entre ciudadanía y nacionalidad. La nación no es otra cosa que el cuerpo político, la comunidad soberana de habitantes de un territorio independiente (o, para mayor exactitud, de uno cuya población tiene títulos legítimos, transgeneracionalmente expresados y colectivamente asumidos, de erigirse en un cuerpo político independiente). Cualquier nación está unida por vínculos históricos que suelen conllevar lazos lingüístico-culturales. Puede ser la comunidad de una sola lengua, pero no necesariamente. Hay una comunidad nacional suiza unida por la disyunción de dos lenguas principales (el francés y el suizo alemán), junto con otras dos en posición inferior (el romanche y el italiano). En mayor o menor medida la comunidad nacional se aglutina y estabiliza por compartir unas tradiciones, una herencia cultural, un modo colectivo de ser, unas costumbres. Pero no es obligatorio sentirse identificado por tales rasgos. Son hechos, nada más. Y hechos estadísticos. Hay autistas que no comulgan con tales rasgos. Hay nacionales que no hablan las lenguas oficiales del país.

Podríamos demostrar esto con muchos ejemplos. Pensemos en naciones como el Malí, Birmania, Suráfrica, Tanzania, la India, Tailandia, Irán, Mauritania o el Congo. Un enfoque de la llamada «cuestión nacional» en términos de cierta tradición marxista (enfoque no exclusivo de dicha tradición sino compartido por otros sectores) rehusará a los nueve países que he enumerado la calificación de naciones, aduciendo que son Estados multinacionales y que, p.ej., cada uno de los centenares de grupos étnicos del Congo es una nación diferente. Según ese criterio, Italia no es tampoco una nación —y menos aún la Italia de 1900, en la cual sólo una minoría de la población conocía el italiano. En similar situación estaba la Francia de comienzos de la III república (antes de la escolarización universal obligatoria y gratuita). Pocas son las naciones lingüísticamente homogéneas.

Aunque en ciertos países (como España) los nacionales del país tienen obligación de conocer el idioma oficial (o, en otros casos, alguno de los idiomas oficiales), no se sanciona el incumplimiento de tal obligación con la pérdida de la nacionalidad. Es facultativo sentirse identificado con las tradiciones y costumbres del país o su cultura. Muchos sentimos repugnancia por algunas de las tradiciones asociadas a nuestros respectivos países, aunque amemos y apreciemos otros aspectos de la cultura nacional.

Por consiguiente, no hay nada real que constituya la nación o nacionalidad

allende la ciudadanía. Es un hecho que también los habitantes inmigrantes, en la mayoría de los casos, asumirán —al menos externamente— comportamientos acordes con la cultura nacional, asimilándose al aprender el idioma.<sup>31</sup> La ciudadanía o nacionalidad española no impide a nadie sentir un vínculo afectivo con otro país, sea el suyo de origen o cualquier otro. Se puede ser español rusófilo, sinófilo, egipciófilo, francófilo etc; los sentimientos son libres.

*3ª objeción.* Otorgar un derecho de ciudadanía (sufragio) sin nacionalidad —en nuestro caso sin DNI— sólo tiene el sentido de conceder un derecho sin deberes anejos. Y eso es injusto. Los españoles, según la constitución, tienen el deber de defender a España, estando sujetos a la conscripción si ésta se restablece por ley. No es justo que un extranjero pueda votar —y así influir en la adopción de una ley de conscripción— pero esté exento de la obligación que tal ley acarrearía.

Sería como entrar en un club con los derechos y sin los deberes de los socios; o tal vez como obtener el carnet de miembro del club, con un ramillete selectivo de derechos y deberes. No vale. Hay que estar a las duras y a las maduras.

*4ª objeción.* La adopción de la ciudadanía del país puede legítimamente condicionarse a la renuncia a la de origen, pudiendo ser una de las obligaciones de los ciudadanos de un Estado carecer de otra ciudadanía. Los Estados son libres de permitir o no la doble (o triple) nacionalidad, en función de diversos criterios razonables. Si, en un caso concreto, la adquisición de la nacionalidad del país de acogida está condicionada a la renuncia a la de origen, ello no debe justificar la propuesta cosmopolitista a fin de permitir a los extranjeros ser ciudadanos de aquí sin renunciar a ser nacionales de allá, puesto que tal permiso implicaría una discriminación. A los ciudadanos de aquí por nacimiento no se les permitiría tener otra nacionalidad; pero a los nuevos ciudadanos, sí.

Con cuánta laxitud haya de permitirse la doble o múltiple nacionalidad es asunto que queda fuera del presente ensayo.<sup>32</sup> Lo que no queda fuera es aclarar que las reglas tienen que ser iguales para todos, sin discriminación por el nacimiento.

*5ª objeción.* Cabe incluso dudar que sea lícito pretender radicarse duraderamente en el territorio de una nación sin incorporarse a la misma, conservando de por vida una condición de extranjero. Hay en tal conducta algo chocante. Es como querer

---

<sup>31</sup>. Hablo de asimilación externa, en la esfera pública, no en la privada; en ésta también muchos españoles nativos se sienten inasimilados, marginándose de algunas costumbres del país.

<sup>32</sup>. Bauböck —en (Bauböck, 2003)— aboga por un mantenimiento de los vínculos entre los emigrantes y sus países de origen, con una ciudadanía transnacional. Tal punto de vista concede demasiada importancia al origen (reflejando el biologismo implícito en la actual obsesión por las raíces genealógicas), o sea al *jus sanguinis*, muy en la línea germana. A mi juicio, en cambio, no sólo el Estado donde se haya radicado y naturalizado el inmigrante tiene la potestad de conceder o no la autorización de mantener la ciudadanía de origen, sino que existen fuertes motivos para ver con recelo esa doble nacionalidad, por las dificultades que acarrea. Es comprensible una política legislativa como la de la República Popular China, para la cual no hay chinos de ultramar sino extranjeros oriundos de China (a quienes no por ello se priva de conservar los lazos afectivos con el país de origen). Mi enfoque es opuesto al de Spiro, en (Spiro, 2010).

pertenecer a una asociación a título de aspirante o novicio perpetuo o de semi-miembro. Está claro que resulta difícil o perjudicial imponer coercitivamente la nacionalidad a quienes no la desean, pero al menos el Estado no debería facilitar la prolongación indefinida de un estatuto de ni-dentro-ni-fuera. El Estado no ha de discriminar a los nacidos fuera, pero éstos tampoco han de discriminar a los nativos rehusando compartir con ellos la nacionalidad del país.

### §9.— Objeciones a las tesis defendidas en este ensayo

**1ª objeción.** Según un principio de la lógica jurisprudencial, todos tienen derecho a hacer tal cosa, X, sólo si es lícito que todos hagan X.<sup>33</sup> Pues bien, si todos tienen derecho a tener derecho a ser italianos, entonces es lícito que todos los seres humanos tengan ese derecho, o sea, puedan legítimamente reclamar ser italianos. Pero el resultado es absurdo, porque la República Italiana no podría otorgar siete mil millones de cédulas de ciudadanía ni la península podría albergar a la humanidad allí congregada.

**Respuesta.** Todos tienen el derecho incondicional a tener el derecho de ser italianos cumpliendo ciertas condiciones. O sea, es incondicional el derecho a tener un derecho no incondicional a ser italianos. Tenemos aquí dos derechos: uno incrustado o interno y otro externo. El externo es incondicional pero el interno no lo es. En el externo, el operador de licitud —que es el *modus* deóntico— tiene como contenido o *dictum* el derecho incrustado o interno, a saber: tener un derecho condicional a ser italiano. Como cada uno tiene el derecho externo, es lícito que todos juntos tengan el derecho interno. Y lo tienen. Pero, como ese derecho incrustado o interno es condicional, no se sigue que todos tengan derecho a ser italianos, sino que todos tienen derecho a, en el caso de cumplir ciertas condiciones, ser italianos. Una de esas condiciones es la residencia voluntaria en Italia. No siendo ésta posible para todos, no es posible que todos adquieran el derecho incondicional a ser italianos. Sin duda otra condición implícita que hay que cumplir es que el contenido del derecho interno sea realizable; rebasado un umbral, dejaría de serlo, porque la administración italiana no podría expedir un número suficiente de cédulas ni inscribir en sus registros a esa cantidad de nuevos nacionales.<sup>34</sup>

Por otro lado, hablamos de una hipótesis absurda, la de que todos quisieran vivir en Italia y naturalizarse italianos. Es obvio que, al producirse un hacinamiento, por bella que sea Italia, dejaría de ser atractiva. O sea, en la práctica es irrealizable que todos quieran adquirir la nacionalidad italiana. Y cualquier derecho de libertad es un derecho, no a hacer X a secas, sino a hacer X si uno quiere hacerlo. Los que no sean de esa estructura son derechos-deberes; y éstos son sólo los derechos de

<sup>33</sup>. De no ser así, no se tendría un derecho incondicional a X, sino condicionado a que otros no se adelanten.

<sup>34</sup>. Y es que aquí no se trata de un derecho puro de libertad, sino de uno mixto, que abarca un componente de bienestar, al conllevar la reclamabilidad de ciertas acciones de los poderes públicos, como la inscripción registral, la expedición de un documento acreditativo y las consecuencias jurídicas prestacionales que acarrea el nuevo estatuto.

bienestar. Conque el derecho a tener derecho a ser italiano hay que entenderlo así: el derecho de cada quien a, si quiere, tener derecho condicional a ser italiano. Pero en determinadas circunstancias —si se ha producido hacinamiento— pocos querrán tener el derecho condicional a ser italianos.

El objetor, además, ha de aplicar su propio razonamiento a los derechos ya constitucionalmente reconocidos. Todos los italianos tienen derecho a irse a vivir en Sicilia. Pero esa hermosa isla, con una población de cinco millones de seres humanos, difícilmente podría, en las actuales circunstancias, albergar a los 60 millones que forman la población italiana. De nuevo para este supuesto habría que razonar de manera similar: rebasado un umbral de hacinamiento, pocos italianos querrían mudarse a Sicilia y, aunque lo quisieran, no podrían hacerlo. El derecho de libre circulación y residencia dentro del territorio nacional tiene, como casi todos, unos límites, entre otros el de la factibilidad. Lo que vulneraría ese derecho constitucional sería la exigencia de un permiso gracioso de la administración insular.

**2ª objeción.** Pero ¿qué pasaría si un país —pongamos de nuevo el ejemplo de Italia— adopta la política legislativa aquí recomendada? ¿No sería inundado por un aluvión demográfico imposible de manejar administrativamente?<sup>35</sup>

**Respuesta.** No pasaría eso, porque la autoridad moral que adquiriría ese país avergonzaría a los que no siguieran su loable ejemplo; la opinión pública se decantaría a su favor; poco a poco los demás darían pasos en la misma dirección.<sup>36</sup>

Entre tanto, si de veras surgiera una situación inmanejable, sería un caso de emergencia legítima que impondría una suspensión temporal del ejercicio de los derechos aquí contemplados (igual que si, por hipótesis, la mitad de la población de Italia emigra de golpe a la provincia de Rímini).

Por otro lado, si tan frioleros son los políticos que temen siempre el peor escenario posible, hay una alternativa a la adopción legislativa unilateral: acordar su implementación convencional por la vía de tratados internacionales o resoluciones de organismos intergubernamentales competentes. Sería bueno empezar, p.ej., con su adopción mutua entre los Estados de una misma comunidad histórico-lingüística, como pueden serlo los países hispanos (aquellos que tuvieron diputados que los representaban en las Cortes de Cádiz que adoptaron la constitución de 1812). En un acuerdo así, todos ganarían. O podría extenderse a todos los países latinos, hijos o nietos de Roma.

---

<sup>35</sup>. Esta objeción difiere de la precedente en que no se supone que todos decidan ejercer el derecho a venir e incorporarse a la población del país en cuestión, sino que lo deciden demasiados como para que puedan adaptarse los servicios públicos y pueda seguir funcionando la vida económica.

<sup>36</sup>. Bryan Caplan —en (Caplan, 2012)— propone una alternativa: dar un primer paso de pequeña liberalización de la entrada de inmigrantes —pero tal que implique una mayor apertura que la practicada en los demás países; observar los resultados; si no se aprecian graves consecuencias, dar un prudente paso ulterior en la misma dirección; y así sucesivamente. Igual que tuvo que haber un primer país que aboliera la esclavitud (la Francia revolucionaria el 16 de pluvioso del año II, e.d. el 4 de febrero de 1794), tiene ahora que haber un primer país que abra sus puertas a los inmigrantes. El hacerlo poco a poco es subóptimo pero menos malo que aferrarse a la política actual.

**3ª objeción.** El aluvión migratorio arruina el Estado social, que necesita un cálculo anticipado de la población para fijar los servicios públicos de transporte, vivienda, socorro, prevención de riesgos, atención sanitaria, tráfico de vehículos, cultura, instrucción, abastecimiento, suministros, etc. Ese cálculo resulta imposible si, libremente, muchos habitantes de países extranjeros deciden venir a vivir en nuestro país, creando necesidades que desbordan las previsiones.

**Respuesta.** Aplícase, en primer lugar, de nuevo, la analogía con el derecho de residencia dentro del propio país. Las autoridades sicilianas hacen unos planes de servicio público en función del cómputo de la población y de la previsión de su crecimiento, que puede quedar frustrada si muchos sicilianos emigran o muchos continentales inmigran. Luego, si la objeción prueba algo, prueba demasiado. El objetor habría de proponer que se eliminara de las tablas de derechos fundamentales del hombre la de fijar libremente la residencia dentro del territorio nacional.

Aunque es incondicional el derecho de libre residencia dentro del territorio nacional, no por ello es ilimitado. Las autoridades pueden legítimamente restringir su ejercicio (no su titularidad) en determinados casos, p.ej. de congestión, desbordamiento de servicios públicos u otras situaciones de emergencia.

Lo propio sucedería si se reconociera el libre derecho de los extranjeros a poder venir a residir en nuestro país y naturalizarse en él. Aun siendo incondicional el derecho externo, no sólo no lo es el interno sino que, aunque también lo fuera, su ejercicio estaría sometido —como casi todos— a límites, legítimamente impuestos por los poderes públicos en función de necesidades del bien común. En tales casos, sin embargo, sería menester que la legislación previera la declaración oficial de una situación de emergencia, por causas tasadas, según un determinado procedimiento y para un período transitorio con una terminación prefijada, sin incurrir en arbitrariedad ni en desproporción.

En segundo lugar, los movimientos migratorios —libres o no—, al igual que las demás prácticas colectivas humanas, tienden espontáneamente a ir adoptando unas pautas y unos ritmos, que hacen su evolución previsible a grandes rasgos —y con márgenes de error—. Conque, allí donde y cuando las condiciones del mercado laboral hagan previsible el aflujo continuado de inmigrantes, ese dato puede tenerse en cuenta para la planificación de los servicios públicos.

En tercer lugar, según el planteamiento defendido en este ensayo, los recién llegados no adquieren inmediatamente el derecho a beneficiarse de los servicios públicos, salvo casos excepcionales de emergencia. P.ej. está claro que el servicio de bomberos ha de extinguir un incendio aunque se produzca en chabolas de un arrabal levantadas sin autorización urbanística. Pero, de modo general, de adoptarse la política legislativa propuesta en este ensayo, el derecho a venir a vivir en nuestro país no otorgaría a esos extranjeros un derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria ni de la instrucción pública ni de las instituciones culturales de acceso gratuito ni de las facilidades de vivienda pública ni siquiera a reclamar acceso a los servicios de abastecimiento y suministro. A ellos les correspondería, cuando optaran

por emprender ese viaje y mudarse a nuestro territorio, averiguar con qué facilidades irían a encontrarse probablemente, determinando —en función de ese y otros factores— si les vale la pena el viaje o si otros parajes les resultan más atractivos.

Está claro que, si desborda ampliamente las previsiones el número de inmigrantes que, en el lapso de uno, dos o tres años, p.ej., se radiquen en Sicilia, las autoridades insulares no están obligadas a proporcionar a los recién llegados puestos escolares, camas en los sanatorios, facilidades de alojamiento ni los demás servicios públicos de ese tipo. Desde luego, por razones humanitarias habría que reclamar que se intentara atender esas necesidades, pero sólo en la medida de lo posible y siempre que no resultara excesivamente gravoso para las arcas públicas ni quedaran desatendidos o subequipados servicios y prestaciones de obligada satisfacción constitucional o legal.

**4ª objeción.** El Estado del bienestar es una institución en la cual todos los habitantes del territorio gozan de unos derechos de prestación, a cargo de los particulares o de la colectividad. Una libertad de entrada implica automáticamente un derecho a tales prestaciones.

**Respuesta.** Ya en 1914, todavía antes del Estado del bienestar, existían por doquier servicios públicos y todos los habitantes del territorio tenían derecho a beneficiarse de ellos.<sup>37</sup> No se veía eso como un obstáculo a la libertad migratoria entonces vigente.

Ciertamente hoy son mucho mayores las probabilidades de afluencia extranjera masiva, porque la facilitan los modernos medios de locomoción. Pero hoy como ayer existen mecanismos espontáneos y colectivos de adaptación. Igual que las playas y zonas costeras congestionadas acaban por ahuyentar a los turistas, los viajeros tenderán a no frecuentar ciudades y territorios excesivamente concurridos. Por otro lado, siempre cabe la posibilidad de imponer restricciones transitorias en caso de genuina necesidad.

En el sentido técnico de la palabra según la ciencia de la Hacienda Pública, los bienes públicos son los bienes inexhaustibles y no exclusionarios, e.d. tales que el consumo del uno no colisiona con el del otro y, además, es difícil o imposible privar de su disfrute a quienes no hayan pagado. De esos bienes es difícil privar a los recién llegados. P.ej. del disfrute del alumbrado público es difícil excluir a quienes no hayan pagado tasas o no lleven residiendo un tiempo.

Pero, en cambio, de todos los servicios públicos que ofrezcan prestaciones que no sean estrictamente caracterizables como bienes públicos —en ese sentido técnico-hacendístico— sí es posible y legítimo privar a quienes no hayan todavía cumplido determinadas condiciones, como la de asentamiento estable que revele voluntad de permanencia en el territorio y de incorporación duradera a la población

---

<sup>37</sup>. Todos tenían derecho a comprar en el mercado municipal de abastos, caminar por las aceras municipales, acudir a las casas de socorro municipales —incluso de noche, beneficiándose de la iluminación callejera municipal—, pasear por los jardines municipales, viajar por la ciudad en los tranvías municipales, etc.

del país.

Tal exclusión es, desde luego, posible, como se desprende de la mera definición de bien no-público, aunque sea una prestación de servicio público; p.ej. atención sanitaria, subsidios de desempleo, ayudas familiares, auxilios por dependencia, escolarización, entradas a los museos, becas de estudio, puestos en las guarderías y en las residencias de mayores, acceso a viviendas de protección oficial.

La plenitud del disfrute de todos los derechos de bienestar puede legítimamente condicionarse a la naturalización de los extranjeros, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, al cabo de varios años de residencia meritoria.<sup>38</sup>

Al llegar, los inmigrantes se apuntarían en un registro, pagando una tasa (como ya lo he propuesto más arriba). Al cabo de un plazo (que podría ser de un máximo de diez años, modulable a la baja en función de consideraciones ya expuestas páginas atrás), adquirirían automáticamente el derecho a la naturalización si su conducta ha sido jurídicamente irreprochable. Entonces adquirirían todos esos títulos de prestación.<sup>39</sup>

Podría establecerse un estatuto intermedio, todavía sin nacionalidad, adquirible al cabo de —¡digamos!— cinco años; entonces el extranjero accedería a algunos de esos títulos del Estado de bienestar.

Naturalmente, son posibles y serían legítimas otras implementaciones escalonadas más complejas, en función de las puntuaciones acumuladas. De optarse por esta vía del escalonamiento, tales derechos de prestación podrían irse adquiriendo paulatina y acompasadamente, no todos de golpe. Siendo la permanencia en el territorio la condición principal, podrían también tomarse en cuenta otras, como la buena conducta cívica y la actividad laboral desempeñada (por cuenta propia o ajena) —teniéndose presente que los extranjeros recién llegados gozarían de libertad de trabajar, aunque todavía no de los derechos laborales de los habitantes del territorio—. Esas políticas de escalonamiento presentarían la ventaja de atenerse más a un principio de proporcionalidad pero, en cambio, serían más complicadas y difíciles de aplicar.

Tales limitaciones evitarían que los inestables, los veleidosos, los nómadas, puedan ir reclamando derechos de bienestar en cada lugar en el que provisionalmente se ubiquen (sin radicarse, sin fijar allí de veras su residencia).

---

<sup>38</sup>. Aclaro que la variación que propongo no se refiere a la titularidad de los derechos de bienestar, sino a su ejercibilidad, a su disfrute. Todos, aun los recién llegados, son igualmente titulares de todos los derechos naturales del hombre, incluidos los de bienestar; pero para disfrutar efectivamente de ellos —recibiendo de esta sociedad concreta las prestaciones correlativas— tienen que haber arraigado, tienen que haberse incorporado a la sociedad como miembros permanentes de la misma.

<sup>39</sup>. Alternativamente el pleno disfrute de los derechos de bienestar podría condicionarse a la obtención de un estatuto jurídico de residente de larga duración —que eso es un habitante— (sin exigirse la naturalización), aunque a cambio de un compromiso por parte del extranjero residente de permanecer en el territorio durante un tiempo suficiente o reembolsar el importe de las prestaciones recibidas.

Los derechos de bienestar son inherentes a la pertenencia a la comunidad nacional, a la colectividad de los habitantes del territorio nacional.

Una desmesurada generosidad para con los recién llegados sólo conduce a una brutal y violenta exclusión de los nuevos aspirantes y a una privación de libertad de quienes logren burlar esa exclusión.

Una de dos: o libre inmigración sin adquisición de derechos de bienestar hasta pasados unos años de residencia fija y continuada en el territorio nacional —o eso con conducta meritoria—, o exclusión violenta de quienes quieran inmigrar o inmigren sin permiso de las autoridades.<sup>40</sup>

No es materialmente posible permitir el libre acceso y, a la vez, reconocer inmediatamente a quienes ejerzan esa libertad los derechos de prestación del Estado de bienestar —salvo unos pocos a título humanitario, como la atención sanitaria de emergencia.

**5ª objeción.** Aunque carezcan los recién inmigrados de los derechos del Estado de bienestar, así y todo su presencia es gravosa para las arcas públicas, a las cuales ellos todavía no han contribuido.

**Respuesta.** No acepto en absoluto la doctrina individualista (tan propia del pensamiento norteamericano preponderante) que entiende la ciudadanía como un pacto oneroso sinalagmático en el cual los derechos públicos son contraprestaciones de los tributos que paga el ciudadano.

El estatuto de habitante del territorio sí implica, ciertamente, un compromiso sinalagmático, pero distinto: cada habitante tiene la obligación de contribuir (en lo sucesivo) al bien común y el derecho de beneficiarse de él. Mas tal beneficio puede modularse y escalonarse, como ya se ha dicho más arriba.

---

<sup>40</sup>. Es lamentable que las corrientes doctrinales defensoras de los inmigrantes se equivoquen, como lo hacen, al abrazar el *Convenio Internacional de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares*, adoptado en 1990 y vigente desde 2003, actualmente ratificado por 47 Estados, todos ellos de América Latina, Asia y África —salvo Albania y Bosnia.

Sin duda el que las potencias occidentales hayan rehusado suscribirlo podría tomarse como un indicio de que se trata de un buen convenio. Lamentablemente, no es así. Pretende igualar la ejercibilidad de los derechos de los nacionales con la de los de los recién llegados que se hallan en vías de radicación en el territorio al que han emigrado, considerando discriminatoria cualquier política que no asuma ese principio. Tan fundamental error (por bien intencionado que sea) conduce al efecto de que los gobiernos de los Estados signatarios cierren sus fronteras a la llegada de nuevos inmigrantes —como efectivamente lo hacen, con no menos saña que los potentados del Norte—, ya que, a tenor del convenio, nada más franquear la raya, los viajeros —que todavía no han probado con hechos un plan serio de permanencia en el país de acogida— no sólo gozarían de todos los derechos laborales y sociales de los nacionales y residentes de larga duración, sino que, además, podrían exigir su pleno disfrute inmediato.

Encuéntrense entre los ratificantes países tan refractarios a la inmigración como Marruecos, Egipto, Nigeria, Turquía y México (en los sexenios recientes), lo cual nos prueba que ese tratado en absoluto facilita las cosas a los emigrantes en acto (a quienes están emigrando o se disponen a emigrar), sino sólo a los ya inmigrados, a quienes lograron franquear la frontera, a los que ya están más acá de la valla. Pero ni siquiera a todos; no a los «ilegales». Desmintiendo su presunta vocación humanitaria, el convenio impone la adopción de políticas para erradicar los viajes no autorizados, que castiguen la incitación de la gente a emigrar «irregularmente» y aflijan con dureza no sólo a los transportistas de pasajeros indocumentados sino también a los oferentes de empleo a dichos inmigrantes.

El recién nacido no ha tributado nada y se beneficia mucho de los servicios públicos, acarreando gastos al erario colectivo. ¿Por qué no podría aplicarse ese mismo rasero a los extranjeros recién llegados? Mi razón para no tratarlos igual es que el recién nacido ha venido involuntariamente y es presumible su incorporación duradera a la población nacional, mientras que el que acaba de llegar por decisión propia está por ver qué planes tendrá para el futuro.

La población nativa también saldría ganando, al ahorrarse no sólo la escalofriante y carísima vigilancia armada de las fronteras y zonas marinas adyacentes (para detectar y repeler a seres humanos desarmados que vienen a buscar honradamente una vida mejor), sino también el hitlerroide patrullaje y cuadrillamiento del territorio nacional, los sobrevuelos de helicópteros, las interpelaciones discriminatorias en intercambiadores de autobús, estaciones de ferrocarril, bocas de metro de suburbios y barrios pobres así como nudos de trasbordo del transporte público en general. Es inaudito lo que hoy estamos gastando en: (1) mantener buques de la armada en alta mar para bloquear el cruce de cayucos y pateras; (2) extremar los atosigantes y humillantes controles en las fronteras, especialmente en los puertos y aeropuertos; (3) costear esas cárceles con otro nombre que son los CIEs (centros de internamiento forzoso de los extranjeros); (4) erigir crueles y caras empalizadas y fortificaciones rodeando nuestras fronteras terrestres por el sur.<sup>41</sup>

Con una fracción de ese dispendio —que perdería todo sentido— más el cobro de la tasa de inscripción, sobraría para atender, además de aquellas necesidades de los recién inmigrados que resultarían insoslayables —por razones humanitarias o de simple conveniencia cívica o urbana—, costos indirectos de las administraciones públicas provocados por el incremento poblacional que su llegada comportaría.<sup>42</sup>

También la ulterior adquisición de la nacionalidad —o, de establecerse, la del estatuto intermedio de residente permanente— estaría sujeta al pago de una tasa, preferiblemente variable en función de la fortuna del solicitante (en el caso de España tal modulación sería plenamente concorde con la prescripción constitucional del art. 34.1: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que en ningún caso tendrá carácter confiscatorio»).

Para aliviar el peso de esas tasas en casos de indigencia, podrían otorgarse facilidades de pago aplazado con recargo, siempre que se acreditase la buena fe y la necesidad del solicitante; el crédito concedido sería ulteriormente condonable en

---

<sup>41</sup>. Tales actividades de las fuerzas de seguridad van, además, en detrimento de su utilización eficaz para la prevención y castigo del delito; luego la prensa oficial atribuye a los inmigrantes el incremento de la delincuencia propiciado por ese desvío.

<sup>42</sup>. No sé si el costo de tal incremento sería igual, mayor o menor que el del crecimiento demográfico por natalidad; es asunto que han de estudiar los especialistas de la hacienda pública; sospecho que el costo sería muchísimo menor, pues la infancia es el tiempo de la vida en el que el habitante recibe más del Estado y aporta menos; en otra época recibía poco del Estado y mucho de sus padres, pero hoy la proporción se ha invertido.

supuestos tasados de necesidad familiar o de infortunio.

**6ª objeción.** Los Estados son cuerpos políticos, comunidades de ciudadanos ligados por un pacto social hipotético (aunque nunca se haya producido como un hecho), que se delimitan territorialmente. Su territorio es propiedad colectiva de la ciudadanía del Estado. Igual que un particular es dueño de dejar entrar o no a extraños en un predio de su propiedad, similarmente el Estado —o sea, el conjunto de los habitantes que en él ejercen colectivamente la soberanía— puede, si quiere, cerrar el paso a los extranjeros. Eso no vulnera el PIN (principio de indiferencia del nacimiento), porque ese principio se aplica en la esfera pública, no en la privada. En el ámbito jurídico-internacional, los Estados son como colectividades privadas, mientras que lo único público es la comunidad de tales Estados y las instituciones internacionales. Evidentemente, un organismo internacional, como el consejo de derechos humanos de la ONU, no hará discriminaciones por nacimiento, pero a un Estado sí le es lícito discriminar a los extranjeros, no signatarios del pacto social ideal.

**Respuesta.** En primer lugar, el objetor tiene una visión extrema de la propiedad privada, que no corresponde ni ha correspondido jamás a la realidad jurídica, aunque coincida con el enfoque libertario tan en boga en USA. Cualquier propiedad privada ha estado y está sujeta a servidumbres, unas consuetudinarias, otras legales, otras convencionales, incluyendo los derechos de vecindad.

En la mayor parte de las naciones actualmente las servidumbres se han incrementado considerablemente, restringiéndose a la par los derechos del dueño. En España, p.ej., toda propiedad privada está sujeta a una función social (art. 33.2 CE) y subordinada al interés general (art. 128.1; no se precisa si es el interés general de la nación española o el de la humanidad). En países escandinavos los dueños de los predios no urbanos están obligados a tolerar el paso inocuo e incluso la acampada. En Francia existe una servidumbre legal de paso por finalidad cinegética. Por consiguiente, aunque admitamos la comparación de los Estados con asociaciones privadas con su territorio exclusivo y limitemos, internacionalmente, lo público en el sentido en que lo hace el objetor, queda todavía por probar que sobre el territorio de los Estados no pesan ciertas servidumbres, entre otras la de permitir la libre entrada pacífica de individuos de otras naciones que acudan con fines lícitos como aspirantes a integrarse en la población del país.

Justamente lo que se demostró en páginas precedentes es que, en virtud de un principio de derecho natural, existe esa servidumbre jurídico-natural, siendo, por lo tanto, ilícita la prohibición de paso y estancia inocuos.

Por otro lado, el símil entre los Estados y las asociaciones privadas constituidas en un territorio suscita el problema de la licitud de esa apropiación territorial. Los socios que forman una asociación o una comunidad de bienes aportan a la misma sus propiedades o sus cuotas; la adquisición de un terreno por la asociación o comunidad se ajusta a los modos regulados por la ley de apropiación lícita. Es verdad que desde la antigüedad se ha debatido sobre la licitud o ilicitud radical de la apropiación privada; pero, una vez instaurada ésta, y salvo casos

delictivos, es lícita la constitución de una co-propiedad societaria o un condominio.

En cambio, ninguna ley ha amparado nunca la apropiación de un territorio por una población. Las justificaciones usuales de la propiedad privada, como la de Locke (por mezclar el trabajo propio con el terreno laborado) difícilmente ampararían esa apropiación colectiva de todo un territorio, máxime cuando Locke impone un constreñimiento, a saber: que se deje igual o más para otros, lo cual hace que la población que se adueña del último territorio disponible no tiene derecho a hacerlo; pero a partir de ahí es fácil demostrar que tampoco la que se adueñó del penúltimo territorio y así sucesivamente. En su origen es ilícita toda apropiación colectiva de un territorio por una población que lo invade. Máxime cuando la historia prueba que no bastó la invasión inicial, sino que la apropiación colectiva se ha establecido, afianzado o modificado por guerras —unas ofensivas, otras defensivas— y pocas veces pacíficamente. Aun en casos de arreglo por las buenas, se ha hecho sin consultar a terceros afectados por la apropiación, p.ej. pueblos no colindantes.

El transcurso del tiempo puede haber subsanado, por usucapión, el vicio de la adquisición originaria, pero no de manera absoluta, ilimitada e incondicional, sino con sujeción a principios de derecho natural y de gentes.

Si todo ser humano tiene el derecho a tener el derecho de adquirir la nacionalidad de cualquier Estado, *a fortiori* también tiene el derecho de ir a vivir en él, pues impedirselo frustraría su eventual ejercicio del derecho expresado en la prótasis.<sup>43</sup>

**7ª objeción.** Porque las naciones son asociaciones privadas —con relación al orden jurídico internacional—, tienen derecho a establecer las condiciones de ingreso, como lo tiene cualquier club. Pueden, por consiguiente, estipular en sus estatutos que los hijos de socios serán socios y que los demás sólo podrán ingresar en la asociación si obtienen el visto bueno de la dirección, previos avales y otros requisitos.

**Respuesta.** La comparación es defectuosa, porque la relación entre un Estado y la comunidad internacional no es igual a la que se da internamente entre el Estado y un club privado. Los Estados poseen una personalidad jurídico-internacional como entidades públicas, igual que, dentro del Estado, y con relación al mismo, las corporaciones provinciales, regionales, comarcales y municipales u otras corporaciones de derecho público, como pueden ser —en determinados ordenamientos jurídicos nacionales— los colegios profesionales, las iglesias oficialmente reconocidas, las cámaras de la propiedad o de comercio, las federaciones deportivas, los consorcios de regantes, las cofradías de navegación, etc. Todas esas organizaciones tienen encomendadas funciones de autoridad delegadas por el Estado, igual que los Estados tienen encomendadas funciones de poder político en sus territorios de cuyo desempeño responden ante la comunidad internacional.

---

<sup>43</sup>. Y es una regla de lógica jurisprudencial la *interdictio prohibendi* o principio de no vulneración: es ilícito impedir el disfrute de derechos ajenos.

Por otro lado, no todas las asociaciones privadas pueden fijar arbitrariamente las condiciones de ingreso o volverse herméticamente cerradas. Podrán hacerlo así ciertas sociedades civiles y mercantiles y algunas asociaciones sin ánimo de lucro; pero no las comunidades ideológicas y religiosas, los partidos políticos, las Universidades —por muy privadas que sean—, e incluso las comunidades de vecinos, las ONGs o las asociaciones declaradas de interés público. Todas esas corporaciones están abiertas, aunque se exijan ciertos requisitos a fin de salvaguardar su misión. Tales requisitos pueden ser justificables o no, según la misión de la organización. Algunas de ellas exigen el aval de un número de miembros; la aplicación analógica al asunto aquí debatido nos llevaría a que el ingreso de un extranjero en la comunidad nacional se condicionara al aval de un número de habitantes ya asentados en el territorio; requisito hoy fácil de cumplir a través de las redes sociales.

Por último al objetor hay que contestarle que otro modo alternativo de fundamentar el libre derecho de naturalización sostenido en este ensayo es deducirlo directamente de otro derecho natural del hombre: la libertad de asociación.

Esa libertad implica que cualesquiera seres humanos tienen derecho a asociarse para fines lícitos de la vida humana. Pero excluir gratuitamente a otros no es un fin lícito ni un medio lícito para fin alguno. Está claro que una pareja es una asociación que puede y debe excluir a terceros, porque su naturaleza y sus fines exigen la soledad de la relación de tú a tú. Y hay otros casos de exclusión justificada. Las exclusiones arbitrarias o abusivas atentan contra el derecho ajeno de asociación.

Supongamos una población de treinta miembros en la que se forman siete clubes de cuatro particulares cada uno, todos exclusivos. Está claro que a dos miembros de esa población se les estará impidiendo ejercer su derecho de asociación, el cual, aun teniendo, como de hecho tiene, un modo de ejercicio colectivo, no por ello deja de ser de titularidad individual en última instancia.

Y frente a lo recién alegado no vale objetar que, salvo casos de apatridia, a nadie se frustra en su derecho de asociación nacional si ya es miembro de un Estado, porque una faceta esencial del derecho de asociación es la libertad, el derecho a cambiar de asociación. La imaginaria configuración de los siete cuartetos cerrados no sólo frustra a los dos excluidos, sino también a quienes desean salir de su club para apuntarse en otro.

Un corolario del principio fundamental de libertad asociativa es que las exclusiones de ingreso en una asociación tienen siempre que estar justificadas por la índole de la asociación, por sus fines o por necesidades de su funcionamiento.<sup>44</sup>

**8ª objeción.** Es un atributo esencial de la soberanía estatal el de controlar las fronteras, denegando permiso para franquearlas a los extranjeros, salvo pactos

---

<sup>44</sup> P.ej. una sociedad en comandita tiene unos fines de lucro legítimo que vendrían perjudicados si los terceros pudieran libremente ingresar en ella sin el permiso de los socios.

internacionales que cercenen ese derecho.<sup>45</sup>

**Respuesta.** Jamás antes de la I Guerra Mundial se ha considerado atributo de la soberanía prohibir a los extranjeros el derecho de peregrinación.<sup>46</sup> Es cierto que en diversos períodos históricos (infrecuentes) algunos pueblos han repelido el acceso pacífico e inocuo de extranjeros, como lo hizo el Japón en los siglos XVII a XIX (y aun eso con excepciones). Ocasionalmente lo han hecho Estados hoscos, huraños, ensimismados, hostiles a todo contagio foráneo.<sup>47</sup>

Pero, por un lado, han sido casos aislados. Por otro lado, la conciencia jurídica, desde la antigüedad, vio en esa hostilidad cerrada a todo lo extranjero una violación del derecho de gentes, mientras que la hospitalidad siempre se vio como una virtud.<sup>48</sup> Y, en fin, nadie jamás entendió que fuera un atributo de la soberanía estatal el derecho a practicar semejante exclusión, justamente porque contravenía un principio de derecho de gentes.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup>. La visión estrábica o miope de la relación entre inmigración y soberanía —ignorando la historia de miles de años para fijarse sólo en los decenios transcurridos desde la I Guerra Mundial— lleva a Hannah Arendt —en (Arendt, 1973), p. 278— a afirmar: «Sovereignty is nowhere more absolute than in matters of emigration, naturalization, nationality and expulsion». Según eso (salvo erupciones ocasionales) los soberanos poco se habrían ocupado en ejercer absolutamente su soberanía antes de 1914, ya que no solían dictar preceptos políticos relativos a la emigración, la naturalización, la nacionalidad y la expulsión.

<sup>46</sup>. Cuando, en su *Relectio de Indis* (1532), el P. Francisco de Vitoria, O.P., enuncia el *jus communitatis*, lo ve como un *jus humanitatis*. Al margen de su cuestionable empleo para hipotéticamente justificar la conquista española de las Indias, afirma en general: «No sería lícito a los franceses prohibir a los españoles recorrer Francia y aun establecerse en ella ni a la inversa, si no redundan en daños para ellos o se les hace injusticia». Nadie criticó a Vitoria por decir algo extravagante o insólito.

<sup>47</sup>. Citando a (Hammar, 1990), Göran Rystad (Rystad, 1992) afirma: el período «que empieza a mediados de los años 1800 y continúa hasta la I Guerra Mundial viene caracterizado por la libre migración no sólo dentro de Europa sino también a países transoceánicos como Norteamérica y Australia. El liberalismo económico había abolido [...] el control sobre los movimientos de población a mediados de los años 1800 [...] La gente podía, de hecho, ponerse a trabajar en un nuevo país sin solicitar permiso alguno».

Tal aserto (que confirman todos los historiadores, a salvo de pequeñas y excepcionales restricciones introducidas en vísperas del estallido bélico de 1914) habría que matizarlo: no fue el liberalismo económico el que tuvo que introducir —como si de una novedad se tratara— esa liberalización de movimientos migratorios, sino que, *de facto*, la misma había sido la regla, y no la excepción, a lo largo de los precedentes milenios —aunque en las monarquías siempre estuviera pendiente de los antojos del soberano (uno de los cuales fue la inicua expulsión en 1609 de los españoles moriscos, quienes siguen esperando que se les devuelva su nacionalidad).

Más que el liberalismo económico, fue el liberalismo político —y sobre todo el constitucionalismo republicano francés de 1848— el que reconoció y amparó legalmente esa libertad migratoria, sustrayéndola a los caprichos de la administración.

<sup>48</sup>. V. a este respecto, en este mismo volumen, el ensayo de T. Ausín.

<sup>49</sup>. Por el contrario, la costumbre jurídico-internacional permitió durante siglos que los gobiernos prohibieran o restringieran la emigración, considerando que el vínculo sinalagmático entre los connacionales implicaba unas obligaciones de solidaridad que vedaban abandonar el territorio estatal en el cual se había venido disfrutando de la protección de la ley y de los servicios públicos; y, al menos en ciertos casos, los moralistas también condenaban el abandono, por personal conveniencia, del territorio patrio, como se echa de ver en las consideraciones de Sócrates en el *Critón*.

En diversos períodos históricos los Estados han controlado las fronteras (si bien en la mayoría de los casos éstas se han entendido como zonas limítrofes o de tampón, sin líneas de control). Eran casos justificados de prevención de entrada de espías enemigos o de irrupción masiva de poblaciones foráneas presuntamente pacíficas pero prestas a empuñar las armas y erigirse en invasoras y conquistadoras. Tenemos el caso de la entrada de poblaciones godas en el Imperio Romano de oriente en 376, con autorización legal, en son de paz, pero que luego se levantaron en armas y, con el auxilio de los alanos y otras hordas bárbaras, ganaron la batalla de Hadrianópolis dos años después, matando a su benefactor hospitalario, el emperador Valente. Está claro que, cuando se cernían peligros así, los Estados podían legítimamente taponar sus líneas de demarcación como lo hicieron frecuentemente los imperios romano y chino, levantando murallas de contención. Sin embargo, incluso los romanos y los chinos acogieron, durante esos períodos, a números ingentes de inmigrantes provenientes de esas mismas regiones septentrionales pobladas por bárbaros; los inmigrantes se aclimataron y se civilizaron.

Los valladares erigidos por los Estados para protegerse de irrupciones extranjeras estaban destinados a contener invasiones armadas. Ya he aludido al *limes* romano, del mar del norte al mar negro, a lo largo de la ribera izquierda del Rin y la derecha del Danubio. Individualmente podían franquearlo los individuos de las tribus foráneas para incorporarse pacíficamente a la población romana y, en particular, para alistarse en las legiones. A lo largo de los siglos de *pax romana* esos bárbaros fueron bienvenidos, como en Roma lo habían sido siempre los peregrinos.

En siglos posteriores, si bien los señores feudales rehusaban el derecho de sus siervos y vasallos a abandonar la gleba a la que estaban adscritos, generalmente no se impedía inmigrar a los extranjeros (aunque se los cargara con tributos de los cuales estaban exonerados los regnícolas). Eran, evidentemente, siglos de poder arbitrario, de despotismo, en los que una injustificada decisión de un monarca o príncipe feudal podía cambiar súbitamente las cosas, pero la costumbre, en derecho de gentes, era la acogida, no el rechazo.

Con el apogeo de los derechos de libertad en el siglo XIX se desemboca en una práctica reglada de libre cruce de las fronteras, aunque sólo venga constitucionalizada en algunos países de habla hispana.

Con la catastrófica I Guerra Mundial empezará a introducirse, poco a poco, el principio opuesto, el presunto derecho de los Estados soberanos de prohibir a los extranjeros el cruce de la frontera y la estancia en el territorio nacional a menos que se les haya otorgado una exoneración individual (y graciosa) de dicha prohibición general.

Es ello una muestra de la barbarización en algunos aspectos del orden jurídico internacional desde 1914 que todavía no se haya regresado a la libertad de

circulación vigente hasta aquel año de desgracia y calamidad.<sup>50</sup>

**9ª objeción.** Es tarea del Estado proteger los intereses de su población. Ahora bien, el aluvión de inmigrantes perjudica esos intereses. Primero porque usan instalaciones públicas que ha costeado el contribuyente —aunque sólo sea caminos y plazas. Segundo porque ocupan espacio, dejando menos para los que ya están: muchas calles pueden resultar, por su presencia, excesivamente concurridas; ciertos lugares, hacinados; la molestia se puede agravar por sus costumbres, su bullicio, su menor sentido de la limpieza pública. Tercero porque, al carecer de ingresos, al menos al principio, son más propensos que los nativos a la delincuencia, aumentando la inseguridad. Cuarto porque, siendo más pobres, adquieren mayores derechos que los nativos y residentes anteriores a la hora de distribuir ayudas que se conceden por puntuación de mayor necesidad (p.ej. becas de comedor, guarderías, vivienda social). Y quinto porque hacen una competencia laboral a los nacionales, tirando los sueldos a la baja.

**Respuesta.** El Estado tiene la tarea de proteger los intereses legítimos de la población, no los ilegítimos de algunos de sus habitantes; ni siquiera los de muchos de sus habitantes. Es ilegítimo cualquier interés que vaya en detrimento de un derecho natural del hombre: el de libre radicación y naturalización.

Si el argumento vale, igualmente valdrá para prohibir engendrar, puesto que los que, por nacimiento, se incorporen a la población van a ocupar espacio, incrementando la probabilidad de hacinamiento de ciertos lugares; en la mayoría de los casos aumentarán la demanda de puestos de trabajo —al cabo de unos pocos lustros—; entre tanto, congestionarán los servicios de pediatría de las instalaciones sanitarias, detrayendo recursos de los servicios de geriatría, oncología, cirugía, etc; los medios destinados a maternidad hubieran podido consagrarse a casas de retiro para mayores. Además las nuevas generaciones también desarrollan costumbres diferentes, no siendo infrecuentes las quejas de la población de más edad por su estruendo y sus hábitos molestos para el vecindario. Asimismo la estrechez del mercado laboral va a convertir a muchos jóvenes en dependientes de los socorros públicos y, por la frustración que vivirán, también los hará más proclives a la

---

<sup>50</sup>. Aun los pocos que —tímida y vagamente— reconocen que se da una *outright contradiction between human rights declarations and states' sovereign claims to control their borders and to monitor the quantity and quality of admittees* —en la eufemística litotes de Seyla Benhabib (Benhabib, 2005, p. 674)— se abstienen de proponer un derecho universal de cada ser humano a radicarse y naturalizarse en la tierra de su elección, contentándose con parches al actual sistema bajo el rimbombante membrete kantiano de un federalismo cosmopolita con múltiples *democratic attachments*, dentro de espacios supranacionales geográficamente delimitados —que dejan fuera a quienes más necesitan emigrar— y *sites of citizenship*, junto con «estructuras de gobernanza transnacional»; todo lo cual —enunciado en almibarada jerigonza— apenas rebasa el horizonte de la plegaria, revelando cómo hasta los intelectuales de tronío y reputación de avanzados han asumido los postulados de la barbarización que arranca de 1914.

delincuencia.<sup>51</sup>

Por otro lado, con medidas como las propuestas en este ensayo (especialmente las tasas de acceso y naturalización), los extranjeros incorporados a la población costearán los gastos que puedan ocasionar pisando el suelo público y realizando otras actividades de índole similar o conexas.<sup>52</sup>

En cuanto al efecto de competencia laboral, los estudios económicos muestran que no se da, salvo provisional y marginalmente.<sup>53</sup> Sucede en verdad lo inverso. No conozco caso alguno en que la afluencia de inmigrantes haya causado un aumento de la desocupación de los nacionales ni una disminución de los salarios.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup>. Desde el punto de vista de un estricto cálculo económico, al país le sale muchísimo más rentable admitir el ingreso de jóvenes nacidos fuera que incentivar —como ahora se hace— el engendramiento de niños. En España existe un impuesto negativo a la maternidad, cuyo monto varía según las regiones; en la mal-llamada «comunidad de Castilla y León», el nacimiento de un hijo conlleva ayudas de hasta 5800 euros (casi un millón de pesetas). (V. *El Confidencial* de 2014-04-18.)

A ello se adicionan otras subvenciones, como la elevación del mínimo familiar exento del IRPF, que, en determinadas condiciones, llega a 6426 euros por hijo; a lo cual se añaden, en algunas regiones, nuevas desgravaciones (hasta 2531 euros en Castilla-León). Todo ello a costa del contribuyente sin hijos, cuya carga fiscal se hace más pesada para compensar esas liberalidades.

Añádase el costo de los servicios públicos relativos al alumbramiento, la maternidad, las guarderías, la pediatría, la instrucción pública, transporte escolar, becas de comedor, hogares infantiles, facilidades vacacionales y así sucesivamente.

El joven de 17 años que inmigra de Bolivia o el Malí, ya instruido y preparado para el trabajo, ahorra una millonada a las arcas públicas.

<sup>52</sup>. Una parte de lo recaudado con las tasas de inscripción de extranjeros y de naturalización podría destinarse a incrementar el subsidio de desempleo no contributivo, prolongándolo indefinidamente y también a subvencionar la contratación laboral de trabajadores nacionales con menor empleabilidad por su edad o escasa cualificación profesional.

<sup>53</sup>. En España, si las prohibiciones a inmigrar obedecieran a un interés nacional, no afectarían a la mano de obra proveniente de países pobres, sino a la de países más ricos; no a los trabajadores poco o nada cualificados, sino a los de mayor capacitación profesional. En este país ya existe una masa de desempleados entre los sectores con títulos universitarios, a la vez que, en sus mismas especialidades, disfrutan de empleos ciudadanos de Estados transpirenaicos, al socaire de los acuerdos paneuropeos de libre circulación; acuerdos que, sin embargo, no amparan a los españoles que infructuosamente buscan un empleo en países septentrionales del continente. Así, p.ej, en el año 2013 el gobierno real del Reino de Bélgica ha expulsado a 323 trabajadores españoles por no haber encontrado empleo. Como aumenta cada año la cifra de tales deportaciones de «ciudadanos europeos», es conjeturable que en 2014 se alcance la de medio millar de españoles. No es esa monarquía el único país que aplica tal política. Con números mucho más elevados, lo hace también Alemania; y, sin ninguna duda, lo hacen todos los Estados del norte de Europa. No obstante, España no toma medida alguna de retorsión, porque el empresariado español es subordinado y subalterno con relación al gran capital transpirenaico y transatlántico. (Estas cifras se encuentran en la página web <http://globaleconomicanalysis.blogspot.com/2014/01/spaniards-expelled-from-belgium-for.html>, cons. el 15 de abril de 2014.)

<sup>54</sup>. En USA se ha producido una enorme bibliografía acerca del impacto de la inmigración laboral en el mercado de trabajo interno. V. (Abowd & Freeman, 1991). En una línea doctrinal opuesta, Borjas —en (Borjas, 1994)—, partidario de duras barreras contra la inmigración, reconoce, no obstante, que sólo hay una «weak negative correlation between the presence of immigrants in a local labor market and the earnings of natives in that labor market» (p. 1713). Hállanse al respecto detalladísimos razonamientos en (Caplan, 2012), que concluyentemente prueban cómo los trabajadores nacionales no ven reducidos sus salarios por la competencia inmigrante, a no ser localmente, a corto plazo y para

Generalmente tiende a cumplirse la ley de Say: la oferta crea su propia demanda. La oferta de mano de obra foránea (presta a trabajar en condiciones menos satisfactorias, a adaptarse a requerimientos más rigurosos de horario, penosidad y movilidad laboral) atrae la inversión (demanda de mano de obra) en aquellos sectores donde se puede emplear esa mano de obra adicional; tal inversión genera, indirectamente, un crecimiento económico en otros sectores, que dan empleo (mejor cualificado, con remuneraciones más elevadas) a quienes se hayan visto desplazados en los oficios peor retribuidos por los nuevos inmigrantes, si es que los hay.

Cuando tienen lugar las crisis económicas, el aumento del desempleo empuja a muchos inmigrantes a regresar a sus países de origen, lo cual agrava todavía más la crisis (efecto del círculo vicioso), puesto que —pese a la desocupación masiva y por paradójico que sea— se produce escasez de mano de obra para ciertos sectores económicos, con la consecuencia de que esos sectores se deprimen más, empeorando la vendibilidad de los insumos que venían adquiriendo, lo cual desencadena otra secuencia de repercusiones contractivas (por el principio de Keynes del efecto multiplicador).

Por otro lado, los inmigrantes son consumidores. Su tasa de consumo es superior (con relación a su renta) a la de la población autóctona, que dedica más al ahorro. Y el ahorro a menudo es un atesoramiento que estrangula la economía, sustrayendo recursos de la circulación mercantil y provocando contracciones, al paso que el consumo y la inversión causan expansión. A menos inmigrantes, menos consumo, más mercancías que no se venden, más parálisis económica, más despidos, más cierres de empresas y, por ende, más desocupación para los habitantes autóctonos.

Claro que todas estas consideraciones son sólo parcialmente relevantes. El argumento principal de este ensayo es una cuestión de principio, que no podría venir empañada aunque fueran erróneos los razonamientos de estas últimas páginas (basados en estudios económicos y en reputadas teorías econométricas —no unilateralmente keynesianas, pues también aduzco la ley de Say que Keynes rechazó).

Por último, la tendencia de los nuevos inmigrantes a depender de socorros públicos o privados y, en casos muy minoritarios, a delinquir se vería reducida a la mínima dimensión si tuvieran derecho libre de residencia y trabajo en las condiciones fijadas en este ensayo, lo cual facilitaría su empleabilidad, generando un proceso de —por decirlo así— «externalización interna» o relocalización, con el efecto inducido ya descrito.<sup>55</sup>

**10ª objeción.** Una política legislativa de libre inmigración y naturalización como la que propone este ensayo es inviable en un régimen democrático, por lo

---

sectores laborales minoritarios.

<sup>55</sup>. Y, en cuanto a la inmediata obtención de beneficios sociales por los recién inmigrados, ya he dicho más arriba que no.

menos hoy día, ya que ningún partido que la asumiera lograría la mayoría de votos en las elecciones. Al revés, una plataforma electoral que incorpore esa propuesta incentivará la reacción hostil, fomentando indirectamente el populismo y el nacionalismo.

**Respuesta.** Como todavía ni un solo partido político lo ha propuesto, no se tiene prueba alguna de que el objetor lleve razón. Si esta propuesta viniera asumida por un partido político, junto con la argumentación ético-jurídica y económico-utilitaria que la sustenta, acaso un número de electores reflexionarían, dando una sorpresa a los agoreros. Quizá no a la primera ocasión, pero sí más tarde.

Por otro lado, aunque a corto plazo la propuesta fuera inviable por los prejuicios de un sector, tal vez mayoritario, de la población, no por ello tendríamos que abstenernos de propugnarla. También en el pasado la mayoría de la población apoyaba la pena de muerte y la tortura (aducíase que sin ellas no se podría combatir el crimen), la esclavitud, el yugo colonial, la prohibición de sindicatos y huelgas, la exclusión de las mujeres del cuerpo electoral, la supremacía varonil, la proscripción de religiones disidentes o de opiniones iconoclastas, etc.<sup>56</sup>

Igualmente, pensábase o temíase hasta hace muy poco que las políticas de protección del medio ambiente estaban condenadas al fracaso en un sistema democrático; y, si bien los avances han sido hasta ahora marginales y, en general, más bien cosméticos,<sup>57</sup> la conciencia pública se está modificando, por lo cual políticas ecológicas más audaces y mejor orientadas podrían conseguir mayor respaldo electoral si se enmarcaban en planes inteligibles y abarcadores, despojados de mensaje dolorista o anticonsumista.

Incumbe a filósofos y juristas la misión de proponer lo justo y lo racional. Por qué vías se instilarán sus razonamientos en la opinión pública es asunto que no les compete adivinar. Ni un filósofo ni un jurista —cuando exponen consideraciones *de lege ferenda*— pueden limitarse a hacer propuestas que, en el momento actual, sean susceptibles de concitar un apoyo mayoritario.

Si la candidatura presidencial republicana de Abraham Lincoln hubiera propuesto la abolición de la esclavitud, habría sido derrotada en las elecciones del martes 6 de noviembre de 1860; habría ganado el demócrata proesclavista Stephen Douglas. La diferencia porcentual fue de sólo 10 puntos; Lincoln no obtuvo ni siquiera el 40% de los sufragios a pesar de la enorme moderación de sus planteamientos, que consistían sólo en no autorizar ulteriores extensiones hacia el oeste del espacio donde la esclavitud era legal. Ya sabemos por qué vías se encauzará el curso de la historia para hacer realidad el sueño de los abolicionistas que, hasta la guerra de secesión, formaban una exigua minoría de la población blanca, tanto al norte

---

<sup>56</sup>. Y todavía hoy hay regresiones en varios de esos aspectos, p.ej. en Francia con la persecución política contra las «sectas», la criminalización de ciertas opiniones historiográficas heterodoxas y la abolición de la libertad indumentaria.

<sup>57</sup>. Cuando no contraproducentes, como sucede con la renuncia a la energía nuclear, la propagación de los agrocombustibles y la encarnizada resistencia a nuevas centrales hidroeléctricas.

como al sur de la línea Mason-Dixon.

Este símil vale para el tema de la inmigración en las democracias de comienzos del siglo XXI.

Por último nada prueba que los partidos xenofóbicos aumenten su atractivo o su electorado a causa de la adopción o de la recomendación de políticas pro-inmigracionistas. ¡Todo lo contrario!<sup>58</sup> Son las represivas políticas antiinmigracionistas las que azuzan el sentimiento de inseguridad de un sector de la población nativa, desencadenando una regresión que alimenta a los grupos ultras de tendencia xenófoba.<sup>59</sup>

Como paréntesis terminológico diré que no acepto en absoluto calificar a tales grupos ni de populistas ni de nacionalistas. Son antipopulistas porque van, no sólo contra el valor de la hermandad humana, aglutinante de lo popular, sino también contra los intereses populares, ya que —además de que los inmigrantes forman parte del pueblo—, como ya hemos visto también los autóctonos salen ganando con la presencia de los inmigrantes. También son antinacionalistas porque las políticas represivas contra los inmigrantes no autorizados son deletéreas para los intereses nacionales, al perjudicar gravemente la economía. En un caso particular, como el de España, de baja densidad y escasa masa demográfica, el daño es doble, pues debilita las posibilidades del país de tener un peso adecuado en las representaciones supranacionales.

**11ª objeción.** El Estado tiene encomendada una misión de salvaguardar la identidad nacional; no porque ésta sea mejor que otras. Una nación se ha formado, sin duda, como resultado contingente de las vicisitudes históricas —aunque sea con cierta base geográfico-natural en los casos de naciones insulares y peninsulares. Mas, una vez que existe, y en tanto en cuanto exista, es valiosa para sí misma y para la comunidad internacional; su valor viene asociado a unas señas de identidad, que envuelven siempre algún componente cultural. Peligra su pervivencia ante una afluencia masiva de inmigrantes a los cuales les resulta indiferente tal cultura.

**Respuesta.** No puedo estar más de acuerdo con el objetor en la premisa. Pero de ahí no se sigue en absoluto su conclusión. La incorporación a la población del país de los extranjeros que se radican en el territorio no amenaza la identidad histórico-cultural del Estado.

Y, si sí la amenaza, no es por la prohibición ni por la imposición coercitiva como hay que salvaguardar tal identidad (modificándola y enriqueciéndola con

---

<sup>58</sup>. En (Koopmans, Michalowski & Waibel, 2012) se demuestra que, cuanto más restrictiva es la política de un Estado respecto a la admisión de inmigrantes, más crecen las corrientes xenófobas activas, cuya pujanza incita a políticas gubernamentales aún más restrictivas y así al infinito.

<sup>59</sup>. Que es la complicidad de los gobiernos y la benevolencia de las fuerzas del orden para con los perturbadores antiinmigracionistas la que favorece y alimenta a esos grupos, permitiéndoles envenenar y soliviantar a una parte de la población nativa, lo reconoce (aduciendo ejemplos de Alemania e Inglaterra) Roger Kaparin, en (Kaparin, 1999).

aportaciones foráneas y novedosas), sino con inteligentes políticas legislativas que promuevan el conocimiento de la historia, la geografía patria, el arte, la literatura, el acervo jurídico nacional y la música tradicional en sus variedades regionales (lejos de los estereotipos). Políticas educativas y de difusión cultural mediante idóneos manuales escolares, museos, emisoras públicas de radio y TV cultural, publicaciones oficiales sin ánimo de lucro, certámenes, rescate de la memoria histórica, celebraciones conmemorativas, erección de nuevos monumentos junto con el cuidado al patrimonio histórico y el embellecimiento de los lugares simbólicos del Estado y de la nación, etc.

En el caso de España, la preservación de la identidad nacional está asegurada si se produce un importante aflujo de inmigrantes latinos, ya sea de un país hermano como Rumania (romanizada por el emperador español Trajano), ya sea de los hispanos de la orilla occidental del Atlántico. Una proporción suficiente de tales inmigrantes constituye una masa crítica capaz, con creces, de absorber y asimilar las también enriquecedoras aportaciones de inmigrantes de otras procedencias, sin que tal absorción rompa la continuidad cultural.

Como lo han subrayado tantos otros autores, las identidades culturales colectivas sufren, naturalmente, génesis, evoluciones, fusiones, divisiones y extinciones. No son sagradas. Eso no les resta valor. Es perfectamente sano y legítimo que cada cuerpo político valore su propia cultura. Lo que no es justo es que se condicione la adquisición de la nacionalidad al conocimiento de esa cultura,<sup>60</sup> y aún más injusto que se prejuzgue que quienes vienen de otras tradiciones van a ser refractarios a esa asimilación cultural.

A este respecto, Scheffler (Scheffler, 2007) alega que es legítimo que una nación quiera preservar su identidad cultural, pero que puede hacerlo sin restringir la radicación y naturalización de inmigrantes; lo que sí juzga cuestionable es el cúmulo de reivindicaciones que se presentan bajo el rótulo de «derechos culturales» de las minorías. Su posición es matizada. Piensa que es justo exigirles a los nuevos ciudadanos que se amolden a la cultura común del país de acogida pero también que la población autóctona habrá de esforzarse por hallar un acomodo con «las tradiciones, las prácticas y los valores» de los inmigrantes.

Comprendiendo lo sensato de tales recomendaciones, veo —como jurista— difícil plasmarlas en normas vinculantes. Posiblemente la mejor vía sería la del art. 16.1 CE, que reconoce la libertad ideológica de los individuos y las comunidades, lo cual lleva —en interpretación doctrinal y, en parte, jurisprudencial— a admitir un cierto derecho de las comunidades (de viejo o de nuevo asentamiento en el territorio) a vivir a su modo, incluso —en legítimo ejercicio de su derecho a la objeción de

---

<sup>60</sup>. Es condenable, p.ej, el «Naturalization test» estadounidense —establecido en la Ley de 1950—, de cien preguntas, de las cuales caen diez en cada examen; muchos ciudadanos nativos de USA serían suspendidos y hasta el autor de este ensayo (titular de un diploma universitario de Estudios Americanos) desconoce la respuesta a una de esas cien preguntas. Por lo demás, ¡guarde, en lo privado, cada quien la cultura que le sea grata! ¡Que el patriotismo —ese compendio de valores y de un saber públicamente compartido— sea voluntario y no forzoso, adoptado por su atractivo y su utilidad, no impuesto coercitivamente por la ley!

conciencia— cuando ese vivir colisione con determinados deberes jurídicos, habiendo, en tal caso, de ponderarse las pretensiones de dichas comunidades minoritarias con los fundamentos jurídicos que se oponen a ellas.

Una laxa y adaptativa política legislativa y jurisdiccional al respecto no necesita acudir al muchísimo más oneroso multiculturalismo, que resulta destructivo de la cohesión social.

**12ª objeción.** Este ensayo presupone que las actuales políticas de cierre de fronteras efectivamente impiden a los inmigrantes acceder a los países de destino o permanecer en ellos. En realidad, sin embargo, esas políticas son ineficaces, como lo confirma el elevado número de ilegales que viven tanto en USA cuanto en la Unión Europea, así como en el Golfo Pérsico, en Suráfrica (provenientes de países limítrofes), en Malasia (dos millones), en Angola, en la India (de Bangladesh principalmente) y así sucesivamente. Podrá deplorarse tal invasión pacífica por su peligro para la cohesión nacional; podrá darse la bienvenida a esos inmigrantes, deseando su regularización para ayudarlos a librarse de las mafias. Pero, por muy estigmatizada que esté, su presencia es un hecho.

**Respuesta.** El objetor enuncia un mito muy extendido pero erróneo. (Caplan, 2012) aporta datos concluyentes. Del año 2000 al 2010 los EE.UU. han deportado a tres millones de individuos e intimidado a once millones más para que abandonen voluntariamente el país, bajo amenaza de ser apresados. Es verdad que eso no es óbice para que diez millones resistan, aunque viven allí acobardados y humillados por su condición de «individuos ilegales». Pero una proporción de ellos acabará cayendo en las mallas de la represión policial y sufriendo las vejaciones, el internamiento y la deportación subsiguiente.

Aunque no conozco el número de presos en los CIEs y de deportados de la Unión Europea, una extrapolación basada en datos de varios de los países principales (no forzosamente los más expulsantes) haría verosímil la cifra de unos cinco millones en el último decenio.

No es tampoco ninguna invención la existencia de millones más que fracasan en su viaje para franquear la frontera meridional de USA. Sus desventuras son bien conocidas. Tampoco es imaginario el número de candidatos a la emigración que se agolpan en la orilla sur del Mediterráneo, planeando, sin éxito, un viaje hacia el norte.

Por otro lado hay que tener en cuenta el número de los frustrados, aquellos que querrían inmigrar pero que, sabedores de la brutal represión que los amenaza, no se atreven a hacerlo. Según (Torres & Pelham, 2008) uno de cada cuatro habitantes humanos del Planeta (o, más exactamente, un 26%) desearía irse a vivir al extranjero. La cifra se infiere de un sondeo Gallup llevado a cabo en 82 países. Habiendo un número de explicaciones, los citados autores coligen que, en la mayoría de los casos, la causa es que no se sienten a gusto viviendo en su propio país. En Sierra Leona, Guyana, el Congo Kinshasa y Nigeria más de la mitad de los

encuestados desearían emigrar. En el polo opuesto se encuentran Arabia Saudí, Australia, Siam y (sorprendentemente) Suráfrica.

En todo caso la persecución contra los «ilegales» es sistemática y emplea medios represivos colosales, no sólo golpeando masivamente a los extranjeros sin estatuto legal sino también acarreando enormes molestias y perjuicios a los nacionales que, por su perfil, son susceptibles —según los insondables criterios de las fuerzas de vigilancia y represión— de aparecer como posibles inmigrantes indocumentados.

**13ª objeción.** Por la regla lógica de Clavius, si de una hipótesis se sigue su negación, es que la hipótesis es falsa. Eso le pasa a la propuesta de este ensayo. Propone un principio de indiferencia del nacimiento y pretende llevarlo a sus últimas consecuencias. Pero, al hacerlo, lo que se sigue es un conjunto de recomendaciones que no implementan esa indiferencia del nacimiento. En efecto: aplicando la política legislativa aquí propuesta, los hijos de nacionales adquieren automáticamente la nacionalidad sin condición alguna, mientras que los demás sólo pueden naturalizarse cumpliendo una serie de condiciones, tras una secuencia de pasos: inmigración, radicación, abono de tasas y aclimatación (que a eso viene a equivaler la «conducta meritoria» que el autor de este ensayo rehusa calificar de «integración», por defender el derecho a vivir desintegrado).

**Respuesta.** Para llevarse a la práctica un principio, por válido que sea, tiene que adaptarse y atemperarse a las realidades, armonizándose con las dificultades que lo obstaculizan, incluso dosificándose en su implementación. La diferencia entre el nacimiento de los naturales y de los foráneos es una realidad que obedece, no sólo a la historia, sino también a necesidades de la vida social, al menos según está hoy organizada. Tal diferencia obstaculiza la plena e inmediata aplicación del PIN. La política legislativa propuesta en este ensayo es una vía para cohonstar la imperatividad jurídico-natural del principio con las demandas de la vida social según está hoy organizada. Si esa política no suprime radicalmente de un plumazo la relevancia jurídica de las diferencias de nacimiento, sí la atenúa tanto como atenuarse puede.

Espero que, en el futuro, será posible una medida que permita la eliminación completa de tal relevancia, a través de la desaparición de las fronteras y el establecimiento de una República universal. Es de temer que tal perspectiva se va a hacer esperar.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup>. Agradezco efusivamente al Dr. Marcelo Vásconez Carrasco, profesor de la Universidad de Cuenca (República del Ecuador), sus comentarios a una versión previa de este texto.

El trabajo de investigación conducente a la redacción de este ensayo ha formado parte de las actividades del proyecto del Plan Nacional de I+D+i «Los límites del principio de precaución en la praxis ético-jurídica contemporánea» [FFI2011-24414]. (IP: Txetu Ausín.)

**§10.— Bibliografía**

- ABOWD, John M. & FREEMAN, Richard B. (1991). *Immigration, trade and labor market*. University of Chicago Press.
- ARENDT, Hannah (1973). *The origins of totalitarianism*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich.
- BAUBÖCK, Rainer (2003). «Towards a political theory of migrant transnationalism», *International Migration Review*, vol. 37/3, pp. 700-723.
- BENHABIB, Seyla (2005). «Borders, boundaries and citizenship», *Political Science and Politics*, vol 38/4, pp. 673-677.
- BLOCK, Walter (1998). «A libertarian case for free immigration», *Journal of Libertarian Studies* vol. 13/2, pp. 167-186.
- BORJAS, George J. (1994). «The economics of immigration», *Journal of Economic Literature*, vol 32, pp. 1667-1717.
- CAPLAN, Bryan (2012). «Why should we restrict immigration?», *Cato Journal*, vol 32/1, pp. 5-24.
- CLEMENS, Michael A. (2011). «Economics and Emigration: Trillion-Dollar Bills on the Sidewalk?», *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 25/3, pp. 83-106.
- CORNELIUS, Wayne A., TSUDA, Takeyuki *et alii* (eds) (2004). *Controlling immigration: A global perspective*. Stanford U.P., 2ª ed. ISBN 9780804744904.
- HAMMAR, Tomas (1990). *Democracy and the nation state: Aliens, denizens, and citizens in a world of international migration*. Aldershot: Avebury. ISBN 9780566071003.
- HIGGINS, Peter W. (2013). *Immigration justice*. Edinburgh University Press. ISBN 9780748670260.
- HUEMER, Michael (2010). «Is there a right to immigrate?», *Social Theory and Practice*, Vol. 36/3, pp. 429-61
- JOHNSON, Kevin R. (ed) (2003). *Mixed race America and the law: A reader*. New York University Press. ISBN 9780814742570.
- JOPPKE, Christian (1998). «Why liberal states accept unwanted immigrants», *World Politics*, vol 50, pp. 266-293.
- KAPARIN, Roger (1999). «The politics of immigration control in Britain and Germany: Subnational politicians and social movements», *Comparative Politics*, vol 31, pp. 423-444.
- KOOPMANS, Ruud; MICHALOWSKI, Ines & WAIBEL, Stine (2012), «Citizenship rights for immigrants: National political processes and cross-national convergence in Western Europe, 1980-2008», *American Journal of Sociology*,

Vol. 117/4, pp. 1202-1245.

- MILES, Robert (1989). »Nationality, Citizenship, and Migration to Britain, 1945-1951«, *Journal of Law and Society*, Vol. 16/4, pp. 426-442.
- (1992). «El derecho del individuo a circular libremente y a escoger su residencia», *La Balsa de la Medusa* N° 21 (Madrid), pp. 3-17. ISSN 0214-9982.
- (2002a). «El Derecho de Extranjería en los Ordenamientos Constitucionales», *Isegoría*, N° 26, pp. 181-217. ISSN 1130-2097.
- (2002b). «Un puente jurídico entre Iberoamérica y Europa: la Constitución española de 1812», en *América y Europa: identidades, exilios y expectativas*, coord. por José M<sup>a</sup> González. Madrid: Casa de América-CSIC, pp. 95-114. ISBN 8488490550.
- (2005). «Extranjero hermano: Algunos defectos de la nueva ley de extranjería», *Arbor*, N° 713, pp. 117-131. ISSN 0210-1963.
- PETRONICOLOS, Loucas & NEW, William S. (1999). «Anti-immigrant legislation, social justice and the right to equal educational opportunity», *American Educational Research Journal*, vol. 36/3, pp. 373-408.
- RUHS, Martin (2013). *The price of rights: Regulating internacional labor migration*. Princeton U.P. ISBN 9781400848607. (V. <http://www.priceofrights.com/>.)
- RYSTAD, Göran (1992). «Immigration history and the future of international migration», *International Migration Review*, vol. 26/4, pp. 1168-1199.
- SCHEFFLER, Samuel (2007). «Immigration and the significance of culture», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 35/2, pp. 93-125.
- SCHWARZ, Warren F. (ed) (2007). *Justice in immigration*. Cambridge U.P.
- SOLANES CORELLA, Ángeles (2008). «La participación política de las personas inmigrantes: Cuestiones para el debate», *Derechos y libertades*, N° 18, Época II, pp. 67-95.
- SOLANES CORELLA, Ángeles (2010). *Derechos Humanos, migraciones y diversidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, ISBN 9788498768282.
- SPIRO, Peter J. (2010). «Dual citizenship as a human right», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, pp. 111-130.
- TORRES, Gerver & PELHAM, Brett (2008). «One-Quarter of World's Population May Wish to Migrate». <http://www.gallup.com/poll/108325/onequarter-worlds-populationmay-wish-migrate.aspx> acc. en 2014-04-21.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos (2010). «*Civitas sine suffragio*: Sobre el derecho al voto de los extranjeros», en *Libertades, derechos, emancipación*, ed. por José Manuel Bermudo. Barcelona: Horsori, pp. 127-140.



# **RESULTADOS Y CONCLUSIONES**

## **LAS JUSTAS NUPCIAS DE LA LÓGICA Y EL DERECHO**



# RESULTADOS Y CONCLUSIONES

## LAS JUSTAS NUPCIAS DE LA LÓGICA Y EL DERECHO

---

### *Sumario*

1. La necesidad de la lógica para el jurista. 2. Una lógica de-  
ontica correcta. 3. El bien común como criterio de selección.  
4. Normas, situaciones jurídicas. 5. Obligación y verdad. 6.  
Indefinibilidad del operador de obligación. 7. Algunas obje-  
ciones. 8. Expandibilidad del vocabulario lógico. El holismo  
de Quine. 9. La estructuración racional del Derecho mediante  
un sistema de lógica nomológica. 9.1. Reglas de inferencia.  
9.2. El principio de colicidad. 9.3. El *modus ponens* deóntico.  
9.4. Los principios de subalternación y permisibilidad. 9.5.  
Los principios de no impedimento y de causa lícita. 9.6. El  
principio del Bien común. 9.7. Una dificultad: las omisiones.  
10. Correlatividad entre derechos y deberes. 11. Necesidad y  
normatividad. 12. El problema de las lagunas. 13. ¿Indetermi-  
nación de la ley? 14. Inconvenientes de la dicotomía entre li-  
citud interna y licitud externa. 15. La fundamentación de los  
derechos humanos. 16. ¿Cabe fundar la exigibilidad de los  
derechos humanos en consideraciones morales? 17.  
48 PROPOSICIONES.

---

### §1.— LA NECESIDAD DE LA LÓGICA PARA EL JURISTA

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

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

lógica.

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

Ante todo, una lógica correcta, válida, que preserve la verdad de las premisas (si es que la tienen).<sup>1</sup> En este comienzo del siglo XXI ya no es dable pensar como hace 90 años, creyendo que hay una sola lógica posible, una sola lógica con credenciales científicas. Entonces había ya lógicas alternativas a la lógica clásica, pero eran curiosidades con escasísimos cultores excepto los lógicos matemáticos que las habían creado o las estaban creando, cuyos escritos muchas veces ni siquiera se habían publicado y, cuando lo habían sido, apenas habían hallado eco: Peirce, Łukasiewicz, Vasiliev, Brouwer. Podía entonces, legítima aunque erróneamente, pretenderse que «la lógica» era la lógica clásica, la lógica bivalente verifuncional, o sea la lógica aristotélica desarrollada y depurada por Frege.

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

Durante demasiado tiempo los juristas, a sabiendas de que han de acudir a la lógica, han dado por supuesto que ésta era la lógica clásica. (En verdad aún más frecuentemente ni siquiera han recurrido a la lógica clásica moderna, sino a su antepasada, la silogística aristotélica, superada desde mediados del siglo XIX.)<sup>2</sup>

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

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

Aspirar a tal resultado raya en soñar con una metamorfosis del juez —y del jurista en general—, que no sería ya el Hércules dworkiniano sino un ser dotado de

---

<sup>1</sup>. Igual que el congelador conserva el grado de comestibilidad de los alimentos que en él se depositan —mas, si ya estaban estropeados, no les va a devolver comestibilidad— las reglas válidas de inferencia tienen una mera función preservativa.

<sup>2</sup>. V. mi ensayo «El papel de Frege en la historia de la lógica», <http://digital.csic.es/handle/10261/14089>.

una capacidad intelectual sobresaliente además de una abnegada devoción (que no mera vocación) difícilmente compatible con la llevanza de una vida personal y familiar como aquella a la que todos legítimamente aspiramos.

El juez, el abogado, el jurisconsulto o jurisperito individual tiene capacidad limitada, dispone de tiempo limitado. Por otro lado, ni las sentencias ni los fallos vienen siempre causalmente determinados ni por el contenido normativo del derecho ni por éste agregado a un conocimiento de la realidad y a una buena aplicación de la lógica. Así lo han mostrado las escuelas del realismo jurídico, especialmente del norteamericano y, más recientemente, los estudios de política judicial.<sup>3</sup>

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

Consciente de esas dificultades, pienso que la solución estriba en la sabiduría colectiva. No es el jurista individual quien tiene que dominar toda esa materia, que sería inabarcable en una vida humana. A ayudarlo están destinadas las instituciones, los colegios de abogados y sus centros de estudios, los organizadores de maestrías, las escuelas judiciales. En tales instituciones hay que estudiar derecho, pero no sólo derecho. De nada sirve el derecho sin un conocimiento del ser humano, de su historia, de su realidad social, del propio transfondo cultural de las normas jurídicas en su evolución. Pero todo eso no basta. Es igualmente necesaria la lógica. Y no vale hoy la perezosa excusa de que, no pudiendo ser experto en todo, el jurista ha de atenerse a la lógica profesada por la mayoría de los lógicos, que es la clásica. Por varias razones. Una de ellas es que no ha habido asamblea alguna de todos los lógicos, reglamentariamente convocada, donde, tras un debate preceptivamente regulado, en buena y debida forma, se haya votado mayoritariamente a favor de la lógica clásica. Otra razón es que, aun en el supuesto de que sí se hubiera procedido de esa manera, la resolución carecería de fuerza de obligar, porque en asuntos científicos no se zanja por votación.

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

Ha llegado la hora de que los juristas se interesen por las lógicas para escoger su lógica. No en el aislamiento del aprendizaje individual, sino en el trabajo mancomunado y colaborativo. Tienen que razonar con lógica. Tienen que hacerlo tanto para inferir conclusiones fácticas a partir de premisas fácticas como para

---

<sup>3</sup>. V. *infra*, al final del apartado 6, la referencia al artículo de Pablo José Castillo Ortiz.

deducir de un cúmulo de premisas, unas fácticas y otras normativas, conclusiones normativas. Han de tener criterio para saber qué lógica han de usar; no la primera que se presente o la que les ha recomendado alguien —por muy autorizado y ducho que sea en la materia—. Para razonar (y el jurista tiene constantemente que razonar, el *Jus* es *Ratio*) tienen que usar la lógica, una lógica. Pero para saber qué lógica han de usar tienen necesidad de razonar y de saber.

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

---

## §2.— UNA LÓGICA DEÓNTICA CORRECTA

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

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

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

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

---

### §3.— EL BIEN COMÚN COMO CRITERIO DE SELECCIÓN

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

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

Hay premisas normativas no conducentes al bien común. P.ej. (si son acertados los razonamientos del capítulo IX de este compendio) las que prohíben la libre inmigración, la libre circulación de personas. De premisas así la mejor lógica deóntica no puede asegurar que las conclusiones extraídas sirvan al bien común.

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

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

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

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

---

### §4.— NORMAS, SITUACIONES JURÍDICAS

Las normas son situaciones jurídicas generales. Una situación jurídica es un estado de cosas consistente en que otro estado de cosas sea lícito, obligatorio o

prohibido. Una situación jurídica particular es la de que, para algún ente, se dé la correspondiente situación jurídica, mientras que una situación jurídica es general cuando estriba en el darse esa situación jurídica para todos y no sólo para algunos. (Son asimismo situaciones jurídicas las negaciones de situaciones jurídicas así como las conyunciones y disyunciones de situaciones jurídicas y las cuantificaciones existenciales y universales de situaciones jurídicas; no es, en cambio, una situación jurídica la disyunción o la conyunción entre una situación jurídica y una no jurídica ni, por lo tanto, un condicional con prótasis no jurídica y apódosis jurídica.)<sup>4</sup>

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

El panorama es mucho más complicado de lo que podría hacer creer el párrafo precedente, toda vez que muy a menudo existen diversos poderes legislativos, cuya jerarquización es problemática; existen diferentes órdenes jurisdiccionales, que entran en colisión; existen fuentes contractuales asimismo en mutuo conflicto; hay una pluralidad de hechos jurídicos con consecuencias normativas que se oponen la una a la otra (p.ej. un doble supuesto de minusvalía y de separación de progenitores).<sup>5</sup>

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

---

<sup>4</sup>. Si Juan cuadra el círculo, entonces es obligatorio que destruya el sistema solar. Es una verdad necesaria, mas no es una situación jurídica. Y es que no hay mundo posible en el que Juan cuadre el círculo y, sin embargo, esté exento de la obligación de destruir el sistema solar.

<sup>5</sup>. Este supuesto está previsto en el art. 94 del Código Civil; pero el concepto de discapacidad o de minusvalía es difuso. Es muy posible que surja un conflicto entre el derecho de visitas paterno y las necesidades del menor aquejado por algún grado de minusvalía, teniendo en cuenta que en tales materias tiene que prevalecer el interés del menor. Pero en ciertos casos puede entenderse que el menor se halla ante dos intereses suyos en conflicto.

En tales situaciones, ¿qué hacer? ¿Realizar la situación conflictiva a medias? ¿Reputar una de las normas en mutua colisión inválida, nula, írrita, por quebrantar otra norma presuntamente de rango superior? ¿Aplicar los célebres criterios de exequibilidad preferente (*lex superior*, *lex specialis*, *lex posterior*)?<sup>6</sup>

Ofrécense diversos argumentos que relativizan la pertinencia de esos criterios de exequibilidad prevalente en varios de los capítulos de esta Tesis Doctoral —y en otros muchos trabajos del autor. Lo principal es que una norma preterida no deja por ello de estar vigente; aunque el juez opte —y lleve razón al hacerlo— por una de las alternativas, eso no exime del todo a la alternativa escogida de la calificación deóntica que le confiere la norma inaplicada. Por otro lado esos criterios son frecuentemente movedizos, entran en conflicto entre sí, suscitan calificaciones muy dudosas, tienen un estatuto jurídico cuestionable y valen lo que valen por la observancia que de ellos haga la jurisprudencia —una observancia en constante evolución.

## §5.— OBLIGACIÓN Y VERDAD

La lógica deóntica es una lógica de operadores (ya sea la nomológica desarrollada por el autor de esta Tesis Doctoral, ya sea cualquier otra). Un operador es una función cuyos argumentos son estados de cosas y cuyos valores funcionales también son estados de cosas. Lingüísticamente se expresa por lo que el lógico

<sup>6</sup> A quienes sostienen que esos cánones o criterios de prelación disipan las antinomias jurídicas hay que responderles que:

- (1) Tales cánones, aun en aquellos casos en que sean aplicables, puede que no deshagan la antinomia, sino que meramente atenúen su efecto o —si se quiere— lo desactiven, ya que la aplicación de un canon de éstos puede entenderse como atinente a la exequibilidad y no a la vigencia o validez (conque una norma puede resultar válida y vigente aunque, por la razón que sea, el juez haya de inaplicarla para ejecutar otra; p.ej., dos Tratados internacionales que colocan al Estado ante sendos compromisos mutuamente incompatibles —aunque en el derecho público internacional [y, en particular, en el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados] no se otorga vigencia al canon de la *lex posterior*, puesto que, de concedérsela, un Estado podría desligarse de un compromiso adquirido a través de un Tratado suscribiendo con otro Estado un nuevo Tratado de contenido opuesto—).
- (2) Puede discutirse la vigencia de esos cánones o criterios (salvo el de la *lex superior* que podemos considerar un principio esencial del derecho, perteneciente al derecho natural o a la lógica jurídica); los cánones de la *lex specialis* y de la *lex posterior* son contingentes, pudiendo no valer en un número de ordenamientos; en particular, el canon de la *lex posterior* carecía de vigencia en el Derecho Romano anterior al siglo II (redactábanse las leyes condicionándose la validez de su contenido a su conformidad con el antiguo *Jus Romanorum* —si bien dicha fórmula acabó paulatinamente convirtiéndose en una mera cláusula de estilo); tampoco se aplica en el ordenamiento civil foral de Navarra (al menos en teoría); y venía expresamente rechazada en el viejo ordenamiento foral catalán (que, antes del Decreto de Nueva Planta, abarcaba el derecho público y no sólo el privado). Asimismo en el derecho castellano tardó mucho en aceptarse la prevalencia de la *lex posterior*, pues durante siglos siguió consagrada la supremacía de las Partidas de Alfonso X y del Ordenamiento de Alcalá, promulgado en 1348 —con la aquiescencia de las Cortes del Reino— por Alfonso Onceno.

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

Richard Montague llamó «adfórmulas». Una adfórmula es como un adverbio (y de hecho suele clasificarse entre los adverbios), pero no modifica al verbo ni al sintagma verbal sino a toda la oración (la fórmula). Ejemplos de tales adfórmulas son «probablemente», «seguramente», «lamentablemente», «esperadamente».<sup>7</sup> Exprésanse muchas adfórmulas por una locución verbal seguida de un «que» que subordina a la fórmula afectada. (En español en tales casos la fórmula así afectada suele pasar a enunciarse en modo subjuntivo.) «Te pido que», «es necesario que», «es sabido que», «va a suceder que», y así sucesivamente. Las lógicas llamadas «intensionales» son lógicas de operadores: la temporal, la modal-alética, la deóntica, la doxástica, la epistémica.

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

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

Ese aserto es totalmente rechazable —y absolutamente erróneo según el punto de vista defendido por el autor de esta Tesis Doctoral.<sup>8</sup> Toda oración imperativa es verdadera o no existe. Si alguien con autoridad dice que manda que A, entonces es

---

<sup>7</sup>. En inglés 'hopefully' suena más natural.

<sup>8</sup>. V. «Imperativos, preceptos y normas», *Logos*, vol. 39, 2006, pp. 111-142, ISSN 1575-6866. En realidad esa posición reduccionista de la frase imperativa «¡Ven!» al aserto performativo «Te mando que vengas» ya la defendí en mi Tesis Doctoral en Filosofía de 1979, *Contradiction et vérité*, en la Universidad de Lieja; no era una idea que se me hubiera ocurrido a mí, pues antes la habían ya defendido otros autores. Yo la tomé de uno de los miembros de mi comité de Tesis, el Dr. Hubert Hubien (a quien ya me referí en el Prólogo de la presente Tesis Doctoral), si bien la versión que él proponía no usaba el performativo «mandar» sino el volitivo «querer»: «Quiero que vengas». Argumentaba que, cuando nos referimos en tercera persona a un mandato, lo solemos hacer en esos términos: «Fulano quiere que vengas». Pero la reducción volitiva es muy vulnerable, pues dar una orden no implica, evidentemente, ser sincero, o sea querer que se cumpla. (Ya San Agustín le dio muchas vueltas al mandato divino en su polémica con los pelagianos.) La frase «Quiero que vengas» puede ser falsa. La oración performativa «Te mando que vengas» tiene que ser —por necesidad pragmático-comunicacional— verdadera, igual que cualquier otra oración performativa (como un «pregunto si», «declaro que» etc).

verdad que manda que A.<sup>9</sup> Una lógica de los imperativos es posible si admitimos imperativos implícitos. Verosímelmente una lógica de los imperativos estará muy cercana a una lógica deóntica correcta.

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

La auténtica *Grundnorm* no es la hipotética norma fundamental de Kelsen (tan evanescente como los átomos de Wittgenstein),<sup>10</sup> sino el requerimiento del bien común, en virtud del cual la sociedad tiene que regirse por unas reglas y, en consecuencia, ha de obedecer las que promulgue aquel que *de facto* se halle en mejores condiciones para erigirse en autoridad, siempre que ejerza esa potestad sin apartarse excesivamente de la función de velador del bien común que le ha venido confiada.

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

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

Quedan, pues, desahuciados los intentos de reconvertir las lógicas deónticas (y las modales y otras) en cálculos metalingüísticos.<sup>11</sup>

Con ello la lógica deóntica se subsume perfectamente en la lógica alética. Para que una situación jurídica, C, se deduzca de otras, S<sub>1</sub>, S<sub>2</sub>, S<sub>3</sub>, ..., más determinadas situaciones fácticas, F<sub>1</sub>, F<sub>2</sub>, F<sub>3</sub>, ..., lo que hace falta es que no puedan existir S<sub>1</sub>, S<sub>2</sub>, S<sub>3</sub>, ..., F<sub>1</sub>, F<sub>2</sub>, F<sub>3</sub>, ..., sin que exista C.

---

<sup>9</sup>. El hecho que hace verdadero el aserto «Te mando que A» es esa misma aserción —siempre que el contexto pragmático-comunicacional sea apropiado para tal prolocución. Por eso es un performativo. Su verdad es correspondencia; mas no correspondencia a otro hecho, sino al propio hecho que es el acto de habla en el cual se profiere. (Más ampliamente viene este problema abordado en mi artículo «Imperativos, preceptos y normas», *Logos*, vol. 39, 2006, pp. 111-142. ISSN 1575-6866.)

<sup>10</sup>. V. Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

<sup>11</sup>. P.ej. reconvertir la afirmación de la obligatoriedad para Ernesto de pagar impuestos en la oración metalingüística «'Ernesto paga impuestos' es un enunciado contenido en tal acervo de oraciones». Todo eso no es ya que sea difícil de creer (y que ese acervo —puro figmento de la imaginación— no figure en lugar alguno) sino que es un recurso extremadamente rebuscado e innecesario.

Siguiendo las pautas heurísticas ya evocadas, tócale entonces al lógico deóntico hallar, por abducción, axiomas y reglas de inferencia para elaborar, con ellos, un buen sistema de lógica deóntica. Está a salvo del desesperado refugio de los prescriptivistas de pretender que, por mera analogía, se dirá que una norma  $N_1$  implica una norma  $N_2$  si en todo mundo donde se cumple  $N_1$  se cumple  $N_2$ . Esa semántica de mundos posibles es la fuente de las calamidades de la lógica deóntica estándar ya repetidas veces estigmatizada y puesta en la picota en esta Tesis Doctoral.<sup>12</sup>

Al afirmar que las situaciones deónticas o jurídicas existen, son hechos, tienen realidad, plantéase el problema de en qué consisten, dónde están, qué estructura interna poseen, si pueden entrar en cadenas causales. Varios de esos interrogantes vienen abordados en esta Tesis Doctoral, pero una ontología jurídica más en profundidad es tarea para el futuro. Baste aquí recapitular afirmando que la estructura de una situación jurídica o normativa es ésta: es el venir afectado otro estado de cosas por un operador deóntico (licitud, obligación, prohibición).<sup>13</sup>

Las situaciones jurídicas entran en cadenas causales.<sup>14</sup> Una de las causas por las que viene determinada la conducta de la gente (de alguna gente) es el conocimiento de la obligatoriedad o de la licitud de un rumbo de acción, del mismo modo que una de las causas por las que alguna o mucha gente se abstiene de otras conductas es que sabe que están prohibidas. (El conocimiento de cuál sea la situación jurídica depende en parte de que ésta exista, aunque ciertamente eso no basta.)

A su vez las situaciones jurídicas tienen causas, exceptuando aquellas que son verdades necesarias por ser requerimientos jurídico-naturales que emanan de la esencia misma del derecho. Las causas son de dos tipos. El primer tipo de causa es la ocurrencia de un hecho jurídico, una vez presupuesta una situación jurídica de contenido implicativo o condicional; el hecho jurídico en cuestión es el supuesto de hecho correspondiente, o sea lo significado por la prótasis; el resultado causal de ese hecho jurídico es que la apódosis venga afectada por el mismo operador deóntico,

<sup>12</sup>. En todos los mundos posibles es verdad que Celedonio no cuadra el círculo; por lo tanto, en todo mundo posible donde cumple una obligación, O, se abstiene también de cuadrar el círculo. Es absurdo decir, sin embargo, que de su obligación O se sigue la de no cuadrar el círculo. Es más, por argumentos sobradamente expuestos en la presente Tesis Doctoral, es perfectamente lícito cuadrar el círculo.

<sup>13</sup>. Al decir que el argumento del operador (y un operador es una función) es *otro* estado de cosas (generalmente uno puramente fáctico), me estoy expresando laxamente. No excluyo en absoluto la existencia de una situación normativa, N, tal que  $N=oN$ . De hecho en la lógica nomológica (en su versión desarrollada en el capítulo III de esta Tesis Doctoral), se tiene el teorema:  $ooN \rightarrow oN$ .

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

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

<sup>14</sup>. V. más abajo la referencia a los estudios de política judicial y el reciente artículo de P.J. Castillo.

lo cual genera una nueva situación jurídica. El segundo tipo de hecho que genera una nueva situación jurídica es el promulgamiento (sea éste consuetudinario, legislativo o jurisprudencial). En rigor, sin embargo, este segundo tipo se reduce al primero, pues el promulgamiento sólo surte ese efecto en virtud de la vigencia de una norma que preceptúa que, si el promulgador se pronuncia en cierto sentido (cumpliendo ciertos requisitos), entonces ese pronunciamiento adquiere fuerza normativa.

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

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

---

## §6.— INDEFINIBILIDAD DEL OPERADOR DE OBLIGACIÓN

De todo lo anterior no se sigue, empero, que tengamos que llevar nuestra reducción naturalista hasta el extremo de decir que «obligatorio» significa «beneficioso para el bien común». Esa ingenua y precipitada formulación haría que nuestra teoría se prestara a la objeción de Moore contra la falacia naturalista (aunque ya ha quedado claro que en esta Tesis Doctoral no se aceptan las dicotomías antirreduccionistas protagonizadas por Hume y Moore).<sup>15</sup> No es lo mismo el que una conducta sea obligatoria que el que sea conducente al bien común, porque muchos preceptos de la autoridad legítima no son conducentes al bien común.

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

---

<sup>15</sup>. Uno de los más perseverantes defensores de esa dicotomía es, desde luego, Hans Kelsen. Luis Recaséns Siches en su «Estudio preliminar» al *Compendio de teoría general del Estado* de Hans Kelsen, México: Colofón, 1992, p. 18, resume la oposición kelseniana entre ser (*Sein*) y deber-ser (*Sollen*)—que le viene de Kant, al cual le vino de Hume—: «La contraposición entre ser y deber ser es una oposición lógico-formal: mientras nos movamos, pues, en el marco del conocimiento lógico-formal, no cabe pasar del primero al segundo; constituyen dos mundos separados por un abismo infranqueable».

tiempo).<sup>16</sup>

En realidad no hay cómo definir «obligatorio» (salvo circularmente como aquello cuya negación es ilícita, a la vez que lo permitido es aquello cuya negación no es obligatoria). Es un concepto primitivo, pero no oscuro. Aclárase por la propia lógica nomológica, de un lado, por su dilucidación desde el derecho natural (o dicho para aquellos a quienes repugna esa locución— desde el análisis ontológico de la esencia misma del derecho) y asimismo desde estudios de sociología del derecho y ciencias sociales afines,<sup>17</sup> que muestren el papel causal que la norma (la obligatoriedad o la licitud de un comportamiento) puede tener en la conducta de los sometidos a ella —y, muy en particular, de los encargados de hacerla cumplir, entre ellos los jueces.<sup>18</sup>

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

---

## §7.— ALGUNAS OBJECIONES

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

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

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

---

<sup>16</sup>. Eso es comparable a la diferencia entre utilitarismo de actos y de reglas. Un utilitarista sensato sigue el utilitarismo de reglas. No reputa automáticamente como buena la conducta que cause la máxima felicidad del máximo número, sino aquella que se realice según reglas cuya adopción causa la máxima felicidad del máximo número.

<sup>17</sup>. Incluyendo la etología social de animales de otras especies sociales.

<sup>18</sup>. V. Pablo José Castillo Ortiz, «¿Importa el derecho? Política judicial, realismo jurídico y el problema de la indeterminación del derecho como problema metodológico», *Isegoría* Nº 51 julio-diciembre, 2014, pp. 575-596, ISSN 1130-2097.

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

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

En cuarto lugar, ese tratamiento suscita las mismas dificultades que el análisis *de re* que propuso Bertrand Russell de la creencia:<sup>19</sup> el problema de la adicidad variable. Y es que unas veces lo prohibido será expresable con un verbo intransitivo; otras con un verbo transitivo; otras por un verbo acompañado de un complemento directo y otro indirecto; etc. Hácese muy problemática la manejabilidad operativa y aun meramente lingüística de tales operadores.

La segunda objeción es que los entes afectados por los operadores deónticos no pueden ser estados de cosas sino conductas, y más concretamente conductas humanas. Habría, según el objetor, una diferencia ontológica entre esos dos tipos de entes, hechos o estados de cosas, por un lado, y conductas por el otro.<sup>20</sup>

Sin embargo, el objetor nos debe una teoría de la diferencia entre conductas y estados de cosas o hechos. Analizar metafísicamente los estados de cosas es tarea ardua (y totalmente ajena al ámbito de la presente Tesis Doctoral); pero introducir un distingo entre esos entes —ya de suyo de complicado análisis— y otros *sui generis* que serían conductas exigiría derrochar talento para dilucidar la diferencia postulada sin incurrir en una logomaquia o cuestión meramente de palabras. Además el objetor no sólo nos debe una aclaración de esa diferencia ontológica, sino una prueba de que efectivamente existen entidades de los dos tipos.

Además, la innecesaria proliferación a la que se está entregando el objetor no sólo vulnera el principio de economía ontológica (machete de Occam) sino igualmente el de economía ideológica o conceptual (navaja de Quine), ya que, en

---

<sup>19</sup>. En su libro *The Problems of Philosophy*, Oxford University Press, 1912.

<sup>20</sup>. Puede el objetor formular su reparo en términos, no de conductas o comportamientos, sino de acciones; prefiero no entrar en ese distingo, pues es mejor hablar de conductas, ya que una conducta es un trozo de vida, una acción u omisión o una secuencia de acciones u omisiones causal y temporalmente unidas por un vínculo estrecho que hace del todo una unidad relevante de la vida humana, no un corte arbitrario.

realidad, está introduciendo un concepto irreducible, que tendría otro potencial inferencial (asuso y ayuso), otro rol causal (*idem*); que, si no, volvemos a incurrir en un prurito puramente nominal.

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

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

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

El objetor puede reforzar su argumento señalando cuán raro resulta decir que hay hechos prohibidos inevitables (enfermedades, muertes involuntarias, incendios causados por rayos, epidemias, huracanes). Sin embargo, está claro que, cuando han sido causados por la acción humana, son resultados prohibidos. Otras veces no sabemos si lo han sido.<sup>21</sup> No resulta nada convincente esperar a haberlo averiguado antes de calificar al hecho deónticamente o abstenerse de hacerlo.

En fin, verdaderamente —suene raro o no— ¿qué daño hace calificar de prohibido un hecho que, de todos modos, merece que lo veamos como disvalioso,

---

<sup>21</sup>. Hasta de algunos huracanes se alega que están causados por el calentamiento global a su vez resultante de las excesivas emisiones de anhídrido carbónico, en cuya causación tienen, sin duda, una parte significativa quienes se lucran gracias a promover instrumentos —p.ej. vehículos— singularmente contaminantes.

nocivo, malo? Eso de sonar raro o no es una cuestión de pragmática comunicacional. Suenan raras muchas verdades científicas porque no se usan en los contextos ordinarios.

## §8.— EXPANDIBILIDAD DEL VOCABULARIO LÓGICO. EL HOLISMO DE QUINE

La presente Tesis Doctoral consta de nueve capítulos acerca de varios temas jusfilosóficos. No es, ciertamente, un trabajo de lógica deóntica. Es más, en el campo de la lógica deóntica aporta —en el aspecto técnico— escasas novedades con relación a otros ensayos del autor (unos cuantos de ellos en coautoría con Txetxu Ausín).<sup>22</sup> Ahora bien, desde el primero hasta el último de los nueve capítulos está vertebrado e impregnado por la lógica nomológica.

¿Cuál es el resultado principal en la dilucidación de la lógica nomológica que se ha perfilado en una serie de ensayos del autor y que está explícita o implícitamente contenida en esta Tesis Doctoral?

Voy a analizar ese resultado; pero lo primero que hay que aclarar es el concepto mismo de lógica.

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

Suena irrespetuoso tildar de ignorante al filósofo de Königsberg,<sup>23</sup> pero la verdad es la verdad. Kant desconoce los múltiples desarrollos de la lógica en la escuela estoica y el florecimiento de estudios lógicos de la baja Edad Media y de la Protomoderna hasta llegar a Leibniz (por cuya metafísica expresa reiteradamente una cortés o condescendiente displicencia), si bien en eso tiene la excusa de que los mejores trabajos lógicos de Leibniz permanecieron inéditos muchísimo tiempo.<sup>24</sup> Por otro lado Kant estaba —excusablemente— en la inopia con respecto a los nuevos desarrollos que se avecinaban y que van a revolucionar la lógica en los decenios que

<sup>22</sup>. Tengo que matizar este aserto en tanto en cuanto la tercera aportación, «Normatividad y contingencia», sin ser un trabajo técnico, sí aporta, no obstante, una sistematización de la lógica nomológica (en lenguaje llano) con algunos desarrollos puntuales en lo atinente a la axiomática.

<sup>23</sup>. O de Kaliningrado.

<sup>24</sup>. V. mi artículo «De la logique combinatoire des *Generales Inquisitiones* aux calculs combinatoires contemporains», *Theoria* Nº 14-15, 1991, pp. 129-59. ISSN 0495-4548.

siguen a su muerte.<sup>25</sup>

Ahora bien, a pesar de todos los cambios de la lógica en el siglo XIX y en el XX (que achican hasta casi hacer exigua la contribución del Estagirita con su desvalida silogística), persistió la visión de la analiticidad (quizá menos entre los lógicos —que hacían lógica sin preocuparse demasiado de qué era eso que estaban haciendo— que entre los filósofos que se ocupaban de la lógica). Frege la hace expresamente suya. Y, por supuesto, el mismo punto de vista es dogmáticamente abrazado por la gran corriente filosófica que, en el primer tercio del siglo XX, va a hacerse abanderada de la importancia filosófica de la nueva lógica (el Círculo de Viena y sus congéneres y epígonos del neopositivismo y del empirismo lógico). Es más, cabe atribuirles la convicción de que la analiticidad de las verdades lógicas es una verdad analítica.<sup>26</sup>

Las lógicas alternativas sólo empiezan a adquirir notoriedad en los años 30. Su surgimiento suscita una primera interpelación a los que, con la inquebrantable fe del carbonero, creían en el dogma de la analiticidad de la lógica. Al fin y al cabo, por muchos que hubieran sido hasta entonces los desarrollos de la lógica, daba la impresión de que éstos sólo adicionaban nuevos conocimientos; únicamente ensanchaban y ahondaban; nunca suscitaban contrastes, controversias, alternativas.<sup>27</sup> Ahora sí se produce, por primera vez, una polémica. Brouwer, con su lógica intuicionista, ataca ciertos supuestos de la lógica clásica (principalmente el principio de tercio excluso). Más discretamente estábanse gestando las lógicas multivalentes, cuyo fundador, Łukasiewicz, trabajaba sin alharacas y con discreción; el impacto de su titánica obra vendrá posteriormente —después de su muerte en Dublín en 1956.

Pero ya en 1936 aparece el trabajo de Garrett Birkhoff & John von Neumann donde por primera vez se propone una lógica cuántica, o sea una lógica adaptada a las peculiaridades de la física cuántica, que resultaba incompatible con la lógica clásica. Al año siguiente se publica<sup>28</sup> el primer estudio de la lógica cuántica por J. Destouches & P. Février. Es imposible exagerar la convulsión que esos trabajos estaban llamados a provocar, si bien es preciso reconocer que la retrasaron o amortiguaron durante años el conservadurismo académico, la inercia y el reino del prejuicio. Por vez primera se proponía otra lógica para acoplarse a resultados de la ciencia empírica; por vez primera hacía, así, depender la opción por una u otra lógica de

---

<sup>25</sup>. Hasta donde yo sé, ninguno de los representantes del idealismo alemán presintió atisbo alguno de ese inminente cambio de paradigma lógico, que vendrá de la mano de la matemática. (V. mi ya citado trabajo inédito «El papel de Frege en la historia de la lógica», <http://digital.csic.es/handle/10261/14089>.)

<sup>26</sup>. Aunque eso, dicho así, no lo he hallado en los escritos de ninguno de sus representantes, Schlick, Neurath, Carnap, Ayer etc.

<sup>27</sup>. Sí en el marco de la filosofía de la lógica —p.ej. los riquísimos debates sobre las paradojas semánticas en la filosofía de la lógica del Renacimiento, cuyo más célebre cultor es Paulo Véneto, a quien tenemos el placer de haber descubierto por los historiadores de la lógica como el P. Bocheński y los esposos Kneale.

<sup>28</sup>. Pero en francés, lo cual limitó mucho su impacto.

varias alternativas posibles, no de cogitaciones metafísicas o filosóficas abstractas (como lo habían hecho Peirce, Vasiliev y el propio Łukasiewicz), sino de la variación del saber experimental. ¿Qué mayor desafío podía hacerse al dogma de la analiticidad de la lógica, que conllevaba su impermeabilidad frente a los avatares de la experiencia, su inasaltabilidad como saber vacuo pero *a priori*?

Carnap fue el primero en reaccionar con su principio de tolerancia<sup>29</sup>. Su extraordinario talento le permitió percatarse inmediatamente del desafío de las nuevas lógicas a toda su laboriosa construcción del neopositivismo, cuyo eje era la infranqueable y absoluta dicotomía entre lo analítico y lo sintético-empírico (a fin de que en tal esquema dual no quedara el más mínimo hueco para la metafísica, decretada así un sinsentido).<sup>30</sup> La reacción de Rudolf Carnap va a ser la postulación del principio de tolerancia. Va a salvar el dogma de la analiticidad alegando que, en realidad, cada sistema de lógica es analítico internamente, sea el clásico o cualquier otro, siendo, en definitiva, cuestión de decisión optar por uno de ellos; sólo que quien profese uno de tales sistemas y quiera discutir con un seguidor de otro sistema está sujeto a un deber epistémico: proporcionar sus métodos y reglas sintácticas; si no, ni siquiera es posible discrepar. Una vez que se suministran tales reglas, desvanécese la ilusión de controversia doctrinal: no hay nada que se afirme en un sistema y se niegue en el otro.<sup>31</sup>

Con ese ardid, sin embargo, nada se solucionaba. En 1951 Quine publica su seminal artículo «Two dogmas of empiricism»,<sup>32</sup> donde aboga por un enfoque holístico que destrona a la lógica de su analiticidad: construimos nuestra teoría del mundo bajo el impacto de la experiencia; la diferencia entre lo analítico y lo sintético, lo *a priori* y lo *a posteriori* es meramente cuestión de grado.

Otros lógicos —menos propensos que Carnap a rebajar la verdad lógica a la vacuidad analítica de decir en la conclusión lo ya implícitamente dicho en las premisas—, p.ej. Kurt Gödel, no dejan de compartir su visión apriorística del saber lógico; la vía que proponen es la intuición,<sup>33</sup> lo cual nos deja en mal lugar a los parias

---

<sup>29</sup>. Sobre el principio de tolerancia de Carnap, v. Florian Steinberger, «How tolerant can you be? Carnap on the normativity of logic», *Philosophy and Phenomenological Research*, publ. online 2015-01-14, DOI: 10.1111/phpr12165.

<sup>30</sup>. V. mi artículo «Quine y el intento neopositivista de superación de la metafísica», en *Reexamen del neopositivismo*, Salamanca: Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, 1992, pp. 39-64. ISBN 8460443949.

<sup>31</sup>. No podía Carnap —al formular ese principio en su *Logische Syntax der Sprache* en 1934— prever la teoría epistemológica que desarrollará Thomas Kuhn en 1962, con su *The Structure of Scientific Revolutions*, en la cual sostiene la inconmensurabilidad de las teorías científicas en conflicto y, por ende, su intraducibilidad. Cada nuevo paradigma científico traería consigo su propio mundo.

<sup>32</sup>. Aunque ya en 1935 había cuestionado la dicotomía carnapiana en su formidable artículo «Truth by Convention», que entonces no alcanzó todavía el eco merecido.

<sup>33</sup>. V. p.ej. Charles Parsons, «Platonism and Mathematical Intuition in Kurt Gödel's Thought», *The Bulletin of Symbolic Logic*, Vol.1/1, Marzo 1995, repr. en <https://www.math.ucla.edu/~asl/bsl/0101/0101-004.ps>, cons. 2015-02-27; John P. Burgess, «Intuitions of Three Kinds in Gödel's Views on the Continuum», en Juliette Kennedy (ed), *Interpreting Gödel*:

epistémicos que carecemos de intuición alguna. El holismo gradualista de Quine ofrece una solución.

Quine va a ahondar más en su concepción de la lógica. Va a brindar una definición: una lógica es una teoría constituida por enunciados en los cuales sólo unos pocos vocablos («y», «o», «todos», «no») tienen ocurrencias esenciales.<sup>34</sup> No hay motivo racional alguno para que sea ese conjunto en vez de otro, salvo la conveniencia para articular teorías científicas que se acoplen a la experiencia y funcionen. En principio el vocabulario lógico es expandible.<sup>35</sup>

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

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

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

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

---

*Critical Essays*, Cambridge U.P., 2014, ISBN 9781107002661, repr. en <http://www.princeton.edu/~jburgess/Goedel.pdf>.

<sup>34</sup>. Son esenciales las ocurrencias de aquellas palabras tales que reemplazarlas por sendas ocurrencias de otra palabra puede hacer pasar de la verdad a la falsedad. Así en «Llueve o no llueve» sólo el «o» y el «no» son esenciales; podemos reemplazar «llueve» por «nieva», «suda», «habla», «bebe», «ronca» sin perjudicar la verdad de la frase inicial. En una teoría física pueden ser palabras esenciales, p.ej., «protón», «electrón», «positrón» etc. En una historiográfica sobre las guerras napoleónicas, «París», «Tilsit», «Jena», «Moscú» etc. En la ciencia del derecho civil, tenemos palabras esenciales como «contrato», «sucesión», «aleatorio», «propiedad», «posesión», etc.

<sup>35</sup>. Tarski relativizará igualmente la dicotomía entre el vocabulario lógico y el no lógico. En su tratamiento, ningún criterio de principio impide expandir el primero a expensas del segundo. Parece un asunto de mera decisión.

de inferencia.<sup>36</sup>

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

Así, si adoptamos, entre nuestros postulados lógico-deónticos, el principio de colicidad (*vide infra* §9.2), difícilmente imaginaremos que algún día podamos afirmar que la experiencia nos ha mostrado que, aunque A es lícito y B también lo es, A&B está prohibido.<sup>37</sup> No obstante, en un contexto de reajuste causado por una confrontación entre la aplicación de nuestra lógica nomológica (junto con un determinado ordenamiento normativo) y las exigencias del bien común de la comunidad en cuestión, habríamos de abordar la revisión del sistema con una *open mind*, sin excluir de antemano el eventual sacrificio de ese o cualquier otro postulado o, al menos, su alteración.

---

## §9.— LA ESTRUCTURACIÓN RACIONAL DEL DERECHO MEDIANTE UN SISTEMA DE LÓGICA NOMOLÓGICA

Según quedó aclarado en la Introducción, es propósito de esta Tesis Doctoral racionalizar el Derecho, repensando el ordenamiento jurídico de tal modo que quede reflejado por una *Idea Iuris Logica*.

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

---

<sup>36</sup>. Puede que haya excepciones. Hay quizá reforzamientos de ciertas teorías por la vía de expansión de su acervo de axiomas que acaso no conseguiríamos adoptando nuevas reglas de inferencia; y viceversa. Pero, de darse realmente, son casos muy raros.

<sup>37</sup>. No sería un argumento convincente, en principio, que nuestro postulado dejara escépticos a los operadores jurídicos (abogados, jueces, jurisconsultos, fiscales); pero si ese escepticismo, lejos de ser ocasional o episódico, fuera sistemático, eso nos daría que pensar. Si nos percatáramos de que con ese principio de colicidad nos comprometíamos, una y otra vez, a consecuencias prácticas perniciosas para el bien común, un canon de honestidad intelectual nos tendría que llevar a replantearnos seriamente el sistema adoptado de lógica deóntica y, dentro de la contemplada reelaboración, sopesar la sacrificabilidad del principio de colicidad.

del emperador Hadriano—,<sup>38</sup> *jus est ars boni et æqui*).

Eso diferencia la sociología del derecho (ciencia empírica) de la ciencia y la filosofía jurídicas, que son saberes normativos por su función, su contenido y su enfoque metodológico, por lo cual no pueden entender *el derecho que es sin ajustarlo*, en lo posible, *al derecho que debiera ser*. Para eso no bastan los exámenes empírico y lingüístico de los textos jurídicos y de las costumbres jurídicamente vinculantes, sino que es menester añadir unos cánones axiológicos de racionalidad, unos principios que enmarcan y orientan al derecho, asignándole, como razón suficiente, una misión de bien común. Tales cánones de racionalidad jurídica son de dos clases: hermenéuticos e inferenciales. Los cánones inferenciales, a su vez, se agrupan en tres conjuntos: deductivos, inductivos y abductivos.<sup>39</sup> Los más importantes son los deducivos; los provee la lógica nomológica.

No se conforma con eso la racionalización jurídica abrazada como tarea de esta Tesis Doctoral. Trátase, no sólo de repensar —del modo recién indicado— el ordenamiento jurídico que tenemos, sino también de mostrar aquellos aspectos en los que se desvía de su misión del bien común —razonando siempre con las reglas y los principios de la lógica nomológica.<sup>40</sup> De tal constatación se siguen recomendaciones de política legislativa a fin de hacer más racionales las relaciones jurídicas en diversos ámbitos.<sup>41</sup>

Para ambos cometidos necesitamos, pues, una lógica nomológica, con sus axiomas y sus reglas de inferencia.<sup>42</sup> El resultado de las investigaciones del autor se resume en los subapartados siguientes.

---

<sup>38</sup>. Cit. en *Dig.*, 1, 1, 1.

<sup>39</sup>. Así, p.ej., los razonamientos analógico y *a sensu contrario* pueden entenderse, ora como criterios hermenéuticos, ora como reglas de inferencia abductivas (a sabiendas de que, para ser verosímil, la abducción ha de someterse a severos constreñimientos y que, aun así, nunca ofrece tanta evidencia y garantía como la deducción). Ninguno de los dos es deductivo ni, por lo tanto, viene legitimado por la lógica nomológica. Sobre ambos razonamientos se ha escrito tantísimo que huelga recoger aquí bibliografía alguna al respecto; me limito a señalar, con relación al segundo, el artículo de Juan Antonio García Amado «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del derecho», *Doxa*, Nº 24 (2001), ISSN 0214-8876, pp. 85-114. Asimismo la llamada «tópica jurídica» puede, seguramente, reconducirse a un arsenal de razonamientos abductivos (si es que no de criterios hermenéuticos). V. la tesis doctoral de Wolfram Velten *Juristic topics in English legal theory: The 'topical' method of finding and legitimizing premises for the solution of 'hard cases' in the light of English legal theory*, Durham University, 1990, disp. en <http://etheses.dur.ac.uk/6043/>, cons. 2015-03-16.

<sup>40</sup>. Junto con otros parámetros de racionalidad —inductivos, abductivos y hermenéuticos— cuyo estudio cae fuera del ámbito de la presente Tesis Doctoral.

<sup>41</sup>. En esta Tesis Doctoral se han elegido determinados ámbitos de relación jurídica para los que se preconiza una racionalización legislativa: entre humanos y no-humanos; entre nacionales y extranjeros; entre ciudadanos acomodados y desfavorecidos; entre los poderes públicos, por un lado, y, por el otro, no sólo los individuos, sino también las familias; y, finalmente, entre los miembros de una misma familia (principalmente de una pareja).

<sup>42</sup>. Insisto una vez más para evitar confusiones: tal lógica es necesaria, no suficiente para la racionalidad, no sólo de la praxis jurídica, sino también de la ciencia y la filosofía del derecho.

## 9.1.— REGLAS DE INFERENCIA

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

- 1<sup>a</sup>) la regla de equivalencia: aquella que nos habilita a afectar por el mismo operador deónico dos hechos que sean necesariamente equivalentes entre sí)<sup>43</sup>;
- 2<sup>a</sup>) la regla de presunción de libertad (o de Leibniz): mientras no se demuestre la prohibición de una conducta, hay que presumir su licitud.

\* \* \*

## 9.2.— EL PRINCIPIO DE COLICITUD

Un axioma de lógica deónica se expresa como un enunciado (universalmente cuantificado) que contiene operadores deónicos. Puede contenerlos o bien prefijadamente (lo que en la jerga técnico-lógica se llama «prenexados») o bien incrustados en alguna subfórmula. Notemos, sin embargo, que en cada sistema normativo los promulgamientos del legislador son axiomas adicionales, axiomas extralógicos.<sup>44</sup>

Entre los axiomas lógico-deónicos que han presidido las construcciones expuestas (o presupuestas) a lo largo de los nueve capítulos de esta Tesis Doctoral, podemos aquí mencionar varios.

El primero de ellos es el principio de colicidad: *quicquid licet singillatim licet conjunctim*. Si es lícito que Enrique acuda a la verbena y es igualmente lícito que lo haga María, es lícito que Enrique y María acudan a la verbena. De no ser así, uno de ellos carecería del derecho incondicional de ir a la verbena y, por lo tanto, no podría afirmarse con verdad que tiene ese derecho (sino que lo que tendría sería otro derecho: el de que, con tal que se cumpla determinada condición, pueda ir a la verbena). De ahí que los derechos reconocidos por la Constitución son de ejercicio compatible, salvo las limitaciones que especifique la propia Carta Magna (p.ej. la sindicación de los jueces);<sup>45</sup> el ejercicio puede estar limitado por la ley dentro de los pará-

---

<sup>43</sup>. O sea la regla de equivalencia: Si  $\vdash A \leftrightarrow B$ , entonces  $\circ A \leftrightarrow \circ B$ .

<sup>44</sup>. Como lo he argumentado en mi artículo (ya citado) «Imperativos, preceptos y normas», el hecho que hace verdadero el contenido de un promulgamiento jurídico es el propio acto de habla promulgante, el cual es así autorreferencial. Consideráanse en el artículo procedimientos promulgativos más complejos, como una requerida concordancia entre dos promulgantes facultados para ello. Lo que hace verdadero el contenido de cada uno de esos dos actos de habla co-promulgantes es que exista y coincida con el otro.

<sup>45</sup>. Art. 127.1 CE. Existen otras restricciones constitucionales de la libre sindicación en virtud del art. 28.1 y 103.3. Notemos que el derecho de libre sindicación del art. 28.1, pese a su enunciación literal, ha de interpretarse en el contexto del propio artículo 28.1, que limita de hecho su ejercicio, aunque no su titularidad. Por ello a los jueces les asiste como a los demás españoles el derecho de libre sindicación; sólo que no pueden ejercerlo mientras sean jueces, por el art. 127.1; recuperan la plena ejercibilidad del derecho —de cuya titularidad nunca han venido privados— en cuanto renuncian a la carrera judicial. Es de notar que ser juez no es un derecho fundamental reconocido en la

metros marcados por la Constitución, pero nunca puede un individuo ser privado de la titularidad de un derecho constitucional por ejercer otro derecho constitucional.

Se ha objetado que el desempeño de ciertas funciones impone un deber de reserva o aun de secreto. Así es, pero trátase de excepciones tasadas. Un miembro del consejo de administración de una firma no puede divulgar en una red social la deliberación secreta del consejo.<sup>46</sup> Lo que no sucede es que se le condicione en general el derecho de libre expresión de sus opiniones (sobre cualesquiera temas) a que se abstenga de ejercer su derecho de asociación. Lo que pasa es que los derechos incondicionales tienen sus límites; mejor dicho, los concretos ejercicios o disfrutes de tales derechos tienen esos límites.

---

Constitución, justamente porque está sujeto a muchas condiciones: unas de capacidad y mérito, otras de correcto ejercicio de la potestad judicial y finalmente algunas de incompatibilidad, en aplicación del art. 127.2 CE.

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

<sup>46</sup>. De transcendencia infinitamente mayor es la cuestión de en qué medida gozan de libertad de palabra los ministros. Y es que la Constitución (tan puntillósima en tantas minucias) es silente en este particular. El art. 98.4 se limita a decirnos que la ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno; prescripción ociosa si las hay, porque, de no existir ese precepto 98.4 CE, las demás disposiciones de la Carta Magna no sólo autorizarían al legislativo a tal regulación, sino que se la impondrían, por ser palmariamente necesaria. Es digno de señalarse que constitucionalmente la Ley de Gobierno no necesite ser una Ley Orgánica; y, al no necesitar serlo, seguramente sería inconstitucional que lo fuera.

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

No sé cuántos precedentes tenga tal Sentencia. Entendíase hasta ahora que, en recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, el TC circunscribía su competencia a determinar si una Ley aislada era o no compatible con la Constitución. En el §09 del capítulo 3 de mi libro de 2009 *Estudios republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica* propongo yo el concepto de *juridicidad constitucional*; digo allí (en la nota 46, *loc.cit.*): «consiste en que el sistema de normas y actos jurídicos sea, en su conjunto, conforme con la Constitución. Cuando una norma o un acto jurídico de un poder público —en particular un acto gubernativo— transgrede lo preceptuado por otra norma de rango superior o de preferente exequibilidad, aunque no entre en conflicto con la Constitución, produce un ordenamiento jurídico resultante que sí colisiona con la previsión constitucional, y concretamente con la garantía de jerarquía normativa del art. 9.3. Jerarquía que ha de abarcar todos los aspectos de la articulación de un sistema jurídico: no sólo la jerarquía en sentido estrecho, o diferencia de rango propiamente dicha, sino también la primacía, la especialidad, las reglas de derogación, las de inaplicabilidad o inexecutable. Con otras palabras: lo que colisiona, en tal hipótesis, con la Constitución no es un acto jurídico, B, tomado por separado, sino la coexistencia entre ese acto y otro acto, A, contrario a él y que, en la jerarquía normativa constitucionalmente prevista, sea de superior rango.» Como se ve, incluyo entre los criterios **las reglas de derogación**. Y eso ha hecho el TC.

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

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

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

La objeción reincide en la misma confusión que subyace a casi todas las objeciones que se han dirigido a la lógica nomológica: cree que lo preceptivo es sólo aquello que las leyes califican de tal. No es cierto. Aquello que es preceptivo en un estado del mundo es una situación jurídica concreta, la cual depende, ciertamente, de qué digan las leyes, pero también de qué suceda en la realidad. Una de dos: o Alejandro va a pagar antes del 15 de marzo, o no. Si no, es obligatorio que pague la contribución de 150 euros. Si sí, es obligatorio que pague la de 100.<sup>47</sup>

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

Se ha objetado que eso acarrea una consecuencia funesta: aunque todos tengan derecho a visitar Venecia, es ilícito que todos lo hagan, ni siquiera una vez en su vida (suponiendo vidas de un siglo como mucho), porque no hay cabida. Hay varias respuestas válidas a la objeción. Una es que, si de veras es imposible, entonces nada se pierde con que sea lícito (al revés, hay buenas razones para afirmar que lo imposible es lícito, según queda ya puesto de manifiesto en otros lugares de esta misma Tesis Doctoral).<sup>48</sup> Pero hay que cuestionar la premisa. No es verdad que

---

<sup>47</sup>. Me imagino que algunos objetores no se conformarán con mi respuesta, pensando que los futuros contingentes carecen de valor veritativo, que no son ni verdaderos ni falsos. Tal fue ya la opinión de Aristóteles, seguida por Occam y otros nominalistas de la escolástica tardía. Era igualmente la opinión de Łukasiewicz (quien, eso sí —y por añadidura—, se singularizó por sostener que también el pasado es contingente, porque —según su opinión—, a partir de cierta distancia temporal, las cosas dejan de haber sucedido, opinión que, por ferviente que fuera su adhesión al catolicismo, le valió una reprobación eclesiástica, pues así perdían justificación el cielo y el infierno). No es éste el lugar para tales controversias lógico-metafísicas, que ya abordé en mi primer libro, *La coincidencia de los opuestos en Dios*, Quito: EDUC, 1981.

<sup>48</sup>. Una más de las anticipaciones de la lógica nomológica que hallamos en Hans Kelsen es su reiterada insistencia en que ni lo necesario ni lo imposible pueden estar prohibidos ni ser obligatorios; que sólo pueden ser preceptivos o ilícitos hechos contingentes. V., p.ej., en el *Compendio de teoría general del Estado*, loc.cit., p. 114: «El contenido de un orden normativo debe ser de tal manera que se dé la posibilidad de una contradicción entre los actos reales particulares y la norma. Tiene que ser posible obrar contra la ordenación: ésta tiene que poder ser violada, porque,

cada uno tenga ese derecho, incondicionalmente. Por triste que sea, no todos pueden tenerlo. El derecho que se tiene es condicional: a visitarla cuando y como sea factible sin provocar un deterioro de la más hermosa ciudad del mundo.

\* \* \*

### 9.3.— EL *MODUS PONENS* DEÓNTICO

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

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

2.1.b. Si es lícito que sólo se realice A en la medida en que suceda B, entonces sólo es obligatorio A en tanto en cuanto suceda B.<sup>49</sup>

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

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

---

de otro modo, no poseería el carácter de un orden normativo». En idéntico sentido, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. E. García Máynez, México: UNAM, 1995, p. 141).

<sup>49</sup>. Estas enunciaciones de [2.1.a] y [2.1.b] pueden resultar un poquito enrevesadas o desconcertantes a primera vista. Quizá merecerían, en tal formulación, llamarse '*modus tollens* deóntico'. Notemos que son equivalentes a éstas otras:

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

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

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

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

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

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

Tales versiones son muy similares a las propuestas en el texto (de las diferencias podemos prescindir aquí.) Ejemplo de [2.1.a.i]: que sea obligatorio, en la medida en que uno incremente su patrimonio, tributar más por ese concepto implica que uno sólo tiene derecho a incrementar su patrimonio en tanto en cuanto tribute más por ese concepto. (Si no está dispuesto a tributar más, el modo que tiene de cumplir la ley es absteniéndose de incrementar su patrimonio —p.ej. rehusando una donación o renunciando a una herencia—, puesto que el incremento patrimonial en cuestión es lícito sólo en tanto en cuanto el beneficiario abone el suplemento impositivo que trae consigo.) Otro ejemplo: el que para una sociedad anónima sea obligatorio sólo repartir este año dividendos en tanto en cuanto se incrementen sus ventas implica que sólo le es lícito este año repartir dividendos en tanto en cuanto aumenten sus ventas.

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

## lícito B.

Notemos que en 2.2.a y 2.2.b no se toman en cuenta para nada los grados de realización; basta la ocurrencia del supuesto de hecho para que se siga la consecuencia jurídica. Por el contrario, en 2.1.a y 2.1.b hay que ponderar, hay que proporcionar la consecuencia jurídica al grado de realización del supuesto de hecho. Pej., la ley prescribe que, en la medida en que el menor de edad tenga juicio, ha de ser consultado por el juez para determinar su situación jurídica en caso de divorcio de sus padres.<sup>50</sup>

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

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

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

Los textos legislativos no siempre nos dan claves hermenéuticas claras para saber si estamos ante preceptos cuyo contenido o *dictum* sea implicativo o meramente condicional. Suele ser el juez el que interpreta, pero tampoco el juez

<sup>50</sup>. El art. 12 del Convenio de 1989-11-20 sobre los Derechos del Niño —ratificado por España en 1990-11-30— estipula: «Art. 12.1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez». Esa locución preposicional, «en función de», es semánticamente equivalente a «en la medida en que», «en tanto en cuanto». Es cuestión de grado. El Tratado manda sopesar, medir el grado de evolución del menor para, **en ese grado**, concederle derecho a comparecer ante el juez y expresar sus preferencias (así como tomar en consideración tales preferencias, porque, de no, sus declaraciones al juez por un oído le entrarían y por el otro le saldrían).

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

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

posee ni la cultura semántica ni, menos, la lógico-nomológica que serían menester para subsumir bien. Lo que pasa es que los legisladores suelen votar en un sentido u otro, suelen optar por una redacción u otra, según les dé la gana —o se lo mande su partido— (imbuidos como están de la errónea convicción de que la ley es la voluntad del legislador), mientras que el juez sabe que tiene que razonar o, al menos, apreciar las cosas razonablemente.

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

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

Una objeción contra el *modus ponens* deóntico es que no hace falta, pues las normas condicionales e implicativas pueden interpretarse como tales que el operador deóntico sólo afecta a la apódosis, no al enunciado completo. Es la tesis aislacionista que ha sido escrupulosamente refutada en el §18 del capítulo III de esta Tesis Doctoral. No me voy a extender, pero sí voy a recordar someramente la insostenibilidad de la propuesta aislacionista, la cual atribuye al legislador, no un promulgamiento, sino una afirmación de contenido no deóntico, pues una disyunción entre un enunciado deóntico y uno no deóntico no es un enunciado deóntico. Además, esa afirmación del legislador puede, en este mundo, equivaler a otras de las que sería absurdo decir que son preceptos. P.ej., supongamos que sólo cometen uxoricidio todos los hombres que beben más de tres litros de aguardiente a la semana. El aserto de que, si alguien comete uxoricidio, habrá de ser condenado a tal pena equivaldrá al de que todos los hombres que beban más de tres litros de aguardiente a la semana sufrirán esa pena. Además, la propuesta aislacionista hace verdaderas obligaciones como la de que se ahorque a quien cuadre el círculo o sea dueño de un trillón de dólares.

Otra objeción contra el *modus ponens* deóntico es que paradójicamente nos sirve para saber cómo es el mundo a partir de asertos normativos. En efecto, supongamos que es obligatorio que, si A, entonces B; y que está permitido no-B (más exactamente, que está permitido abstenerse **completamente** de realizar B). De esas dos premisas, ambas normativas, se deduce que A no se ha realizado en absoluto. O sea, en ciertos casos podemos saber qué sucede en la realidad simplemente conociendo qué situaciones jurídicas existen.

Lo que cabe responder es que así es, pero que eso es inobjetable. Si el mundo

fuera diferente, habría en él otras situaciones jurídicas. Hay las que hay porque el mundo es como es.

Fue quizá Hans Kelsen, en su ensayo *Recht und Logik* (1965) el primero en percatarse de la necesidad del *modus ponens* deóntico (aunque él no lo dice así, sino que lo enuncia como la imposibilidad de que la operación jurisdiccional de subsunción se conciba como una deducción silogística).<sup>51</sup> Kelsen prueba que silogísticamente de «Todo hombre es mortal» y «Sócrates es hombre» se sigue «Sócrates es mortal»; pero que silogísticamente de «Todo ladrón debe ser condenado» y «Lupiciano es ladrón» no se sigue «Lupiciano debe ser condenado». <sup>52</sup> Y es que, a pesar de las apariencias, «Todo ladrón debe ser condenado» tiene como forma lógica «Todo hombre es tal que, obligatoriamente, si es ladrón, es condenado». Interpónese el operador de obligatoriedad; hay que saltar por encima de él para pasar de la norma general y el supuesto de hecho (prótasis) a la consecuencia jurídica —o sea, la obligatoriedad de la apódosis.<sup>53</sup>

Kelsen se metió en un buen lío con ese hallazgo, que parecía banal. Desde ese descubrimiento de 1965, mantuvo, por un lado, que, desde luego, no podía haber un ordenamiento jurídico donde se tuviera «obligatoriamente, si A, entonces B» y en el cual se diera, de hecho, A, pero donde B no fuera obligatorio. Por otro lado, al no deducirse lógicamente, ese requerimiento de la obligatoriedad sobrevenida de la apódosis sólo podía darse si la dictaba un juez (o un decisor administrativo competente para ello);<sup>54</sup> el juez estaría obligado a dictar tal consecuencia jurídica, pero eso todavía abre dos nuevas cuestiones: (1ª) ¿En virtud de qué está obligado a ello el juez? (¿Se sigue lógicamente esa obligación del juez de las premisas?) (2ª) ¿Qué pasa si el juez no dicta tal sentencia, por la razón que sea?

---

<sup>51</sup>. ¿Por qué la ubicuidad de Kelsen en las Conclusiones de esta Tesis Doctoral (al paso que se omiten justilósofos más recientes cuyas disquisiciones, refinadas *ad infinitum*, llenan las revistas, las actas de simposios, los libros y los volúmenes colectivos)?

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

<sup>52</sup>. V. el análisis del argumento de Kelsen en Mario G. Losano, *Teoría pura del derecho: Evoluciones y puntos cruciales*, trad. J. Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, p. 63. Más en detalle Losano vuelve a analizar esos argumentos de Kelsen en las pp. 170ss

<sup>53</sup>. En su obra póstuma, que cito por la trad. francesa, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud & F. Malkani, París: PUF, 1996, nota 183, p. 576, repite la misma consideración quizá más claramente: «La signification de la norme 'Si un homme vole, il doit être puni' est 'On doit, si un homme vole, punir cet homme'. Nous sommes en présence d'un devoir-être-puni conditionné, et non inconditionné».

<sup>54</sup>. Ciertamente Kelsen venía defendiendo, al menos desde 1925, que la sentencia crea derecho, que es una norma jurídica individual, que «es la individualización o concreción de la norma general o abstracta» (*Compendio de teoría general del Estado*, *loc.cit.*, p. 196). Lo que no quedaba nada claro entre 1925 y 1965 es que, hasta que el juez dicte sentencia condenatoria, no es verdad que Lupiciano, habiendo perpetrado un robo, deba ser condenado.

\* \* \*

#### 9.4.— LOS PRINCIPIOS DE SUBALTERNACIÓN Y PERMISIBILIDAD

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

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

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

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

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

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

\* \* \*

#### 9.5.— LOS PRINCIPIOS DE NO IMPEDIMENTO Y DE CAUSA LÍCITA

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

Este principio juega un papel esencial en los nueve capítulos de la presente Tesis Doctoral. Goza de un protagonismo particular en los dos primeros, es estudiado

en el tercero, pero desempeña un papel cardinal en los otras seis.

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

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

La respuesta es que, para empezar, Jenaro no tiene derecho a ser notario. Tiene sólo derecho a tener derecho a ser notario, bajo ciertas condiciones. (Este tipo de argumentación es medular en el capítulo IX, al distinguir entre el derecho de cada uno de los siete millones de millares de seres humanos a ser español —que no existe— y el derecho —que sí tienen— a tener derecho a ser español, cumpliendo, eso sí, determinadas condiciones.) En segundo lugar, los contrincantes que hacen mejores ejercicios que Jenaro no ejercen contra él ni violencia ni coacción ni fuerza en las cosas.

Otra objeción es que este principio implicaría la prohibición de la apropiación privada y, por lo tanto, de la propiedad privada. Locke justifica la apropiación privada con su célebre argumento de la mezcla del trabajo propio con un material preexistente, la tierra que se cultiva. (Dejo de lado las objeciones.) Somete, empero, a condiciones esa apropiación: dejar para los demás una tierra igual (o mejor) en cantidad y calidad. Pero ¿qué pasa si el número de candidatos a la apropiación excede el de lotes por apropiarse? Quedará al menos uno sin tierra; luego el que lo ha precedido ha frustrado su derecho; y lo ha hecho con fuerza en las cosas, puesto que adueñarse de un terreno es un acto de fuerza; para no incurrir en tal ilícito, ese penúltimo se abstiene de apropiarse de terreno alguno, estando frustrado en su pretensión por el antepenúltimo. Y así sucesivamente.

Aunque el problema de la legitimidad de la propiedad privada no se trata en ninguno de los nueve capítulos de esta Tesis Doctoral,<sup>55</sup> dudo que ese argumento constituya una objeción muy seria contra el principio de no impedimento. Incluso el libertario Nozick reconoce que fue injusta la apropiación inicial y que, en consecuencia, a los despojados habría que indemnizarlos.<sup>56</sup> Siempre cabría aducir que, haya sido ilegítima o no la apropiación original, la usucapión la ha hecho lícita. Sea como fuere, está claro el minúsculo peso de tal objeción en comparación con las funestas y deletéreas consecuencias para el bien común de abandonar el principio de no

---

<sup>55</sup>. Viene varias veces tratado ese problema en mis *Estudios republicanos*.

<sup>56</sup>. V. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Blackwell, 1974, pp. 176ss; Dale F. Murray, *Nozick, Autonomy and Compensation*, Londres: Bloomsbury, 2007, ISBN 9780826488862; R. Bader & J. Meadowcroft (eds.) *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy, State, and Utopia*, Cambridge University Press, 2012; C. Nock, «Equal Freedom and Unequal Property: A Critique of Nozick's Libertarian Case», *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 25/4, 1992, pp. 677-695; Karl Widerquist, «Lockean Theories of Property: Justifications for Unilateral Appropriation», *Public Reason* 2/1, 2010, pp. 3-26; S. B. Drury, «Locke and Nozick on Property», en *John Locke: Critical Assessments*, ed. por Richard Ashcraft, Nueva York: Routledge, 1982, pp. 495-510; J. Paul (ed), *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell, 1981.

impedimento.

Notemos que el enfoque uniformemente propuesto a lo largo de los nueve capítulos de la presente Tesis Doctoral (aunque tratado más en detalle en algunos de ellos) insiste en que no hay varios tipos de derechos: derechos fuertes y derechos débiles; meras licitudes sin derecho y derechos de verdad; permisiones internas y externas (una dualidad radicalmente excluida por la regla de presunción de libertad); derechos reconocidos y meras no-prohibiciones (*idem*). El principio de no impedimento ampara cualesquiera casos de no prohibición: cualquier conducta es tal que, o bien está prohibida o, si no, está prohibido impedirla.

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

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

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

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

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

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

Y es que hay que reconocer que, por evidente que sea el principio, no tiene un perfil perfectamente definido. Su núcleo es material, fiscalista; pero su delimi-

tación precisa depende del propio ordenamiento jurídico.

Como la causa de la causa de un efecto no es causa del efecto, la causa llamada indirecta no es causa. Ahora bien, si el efecto está prohibido, también lo está el hecho que lo causa; y, estando éste prohibido a su vez, es ilícita la primera causa.<sup>57</sup>

¿Qué sucede cuando se causa un efecto dañino sin mala intención y sin incurrir en imprudencia? En tal caso, se causa ese efecto por caso fortuito o fuerza mayor. La jurisprudencia, en su aplicación *contra legem* del art. 1902 del Código Civil, tiende a considerar (al menos ésa es mi lectura) que el efecto dañino es prohibido y que, por consiguiente, lo es la conducta que lo causa, haya sido realizada o no con culpa o con negligencia.<sup>58</sup>

Rechazando —como vengo haciendo desde hace años (y así se patentiza en varios capítulos de esta Tesis Doctoral)— esa jurisprudencia *contra legem*, creo que tenemos cuatro soluciones para casos así:

- 1<sup>a</sup>) Decir que ni el resultado dañino ni la conducta que lo ha causado son ilícitos. El inconveniente de esta solución es que reputa lícito un resultado dañino, lo cual va en contra de una consideración expuesta más arriba según la cual los hechos disvaliosos merecen venir considerados en general prohibidos, hayan sido causados por el hombre o no (pues muchas veces no lo sabemos).
- 2<sup>a</sup>) Decir que la conducta que ha causado el efecto dañoso es ilícita, pero su autor está exonerado de responsabilidad por haberla realizado sin mala fe y sin

---

<sup>57</sup>. Naturalmente esto se aplica sólo en el ámbito jurídico general, no concretamente en el penal.

<sup>58</sup>. Pasa lo mismo al norte de los Pirineos. En realidad la jurisprudencia española, desde vísperas de nuestra guerra civil, se puso a imitar la evolución de la francesa. En el país vecino, el Art. 1382 del *Code Civil*, promulgado el 30 de ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), prescribe: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.» No se ha alterado la enunciación en los 211 años transcurridos desde entonces, pero sí su interpretación jurisprudencial y doctrinal (aunque en estos últimos años un sector minoritario de la doctrina empieza a reaccionar tímidamente contra esa deriva).

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

incurrir en negligencia.<sup>59</sup> El inconveniente que tiene esta segunda solución es que no hay base legal alguna para reputar ilícita tal conducta si está exenta de responsabilidad; de hecho, siempre se consideró lícita una conducta que causara un efecto nocivo por caso fortuito o fuerza mayor.

- 3<sup>a</sup>) Restringir la enunciación del propio principio de la causa lícita para excluir las conductas realizadas de buena fe y sin incurrir en negligencia.
- 4<sup>a</sup>) Sostener que, siendo una ardua tarea erizada de dificultades y rodeada de enormes dudas individualizar *la causa* de un hecho (por lo cual han brotado como hongos los diversos tratamientos ontológicos y epistemológicos de la causalidad, que libran una reñida porfía entre sí), cuando se obra con buena fe y respetando las normas objetiva y subjetiva de cuidado (por lo tanto sin incurrir ni en imprudencia ni en impericia), la conducta a la que sigue un resultado nocivo no es la causa de tal resultado, el cual viene, en realidad, causado por unas circunstancias interpuestas que el autor de la conducta en cuestión no pudo prever o no pudo evitar —e.d. las circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor.<sup>60</sup>

En los capítulos de la presente Tesis Doctoral no se ofrece una solución a esa dificultad. Llegado el momento de concluir, teniendo en cuenta la discusión de mis resultados, creo que la cuarta solución es la adecuada. El principio nomológico de la causa lícita hay que entenderlo así: lo que causa un efecto ilícito es ilícito; y no causa un efecto ilícito aquella conducta que se realiza con buena fe y con la debida

---

<sup>59</sup>. Aplicaríamos así al derecho civil un canon análogo a aquel por el cual, en el derecho penal, hay casos de exoneración de responsabilidad por dos fundamentos: (1<sup>o</sup>) las causas de exculpación (inimputabilidad o bien concurrencia de uno de aquellas eximentes del art. 20 del Código Penal que, a juicio de la doctrina, no constituyen causas de justificación [p.ej, el miedo insuperable], puesto que no eliminan la antijuridicidad de la conducta —aunque sí la culpabilidad de su autor); (2<sup>o</sup>) las excepcionales (pero dispersas y abigarradas) excusas absolutorias (v. sobre éstas últimas María Pilar Marco Francia, «Las excusas absolutorias en la legislación y jurisprudencia española: A propósito de la Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado», en *Noticias Jurídicas*, Marzo 2011, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/201103-777253125852365.html>, cons. 2015-02-25). En tales situaciones el derecho penal considera que estamos en presencia de una conducta antijurídica —e incluso delictiva si su autor viene amparado por una mera excusa absolutoria y no por una causa de exculpación—, pero excluye la aplicabilidad de sanción penal.

<sup>60</sup>. Esta cuarta solución —que es aquella con la que me quedo— podríamos ilustrarla con miles de ejemplos tomados de diversos ámbitos, en varios de los cuales la jurisprudencia ha aducido abusivamente su lectura *contra legem* del 1902.

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

pericia y prudencia; tal conducta puede ocasionar el resultado, pero la causa de éste es la concurrencia de un factor imprevisible o inevitable.<sup>61</sup>

Topámonos aquí de nuevo con el problema de las omisiones o inacciones. ¿No podemos censurar jurídicamente una omisión por no haber evitado un efecto dañino que se hubiera podido (y debido) evitar? ¿No nos sirve el principio de causa lícita para las omisiones? ¿O unas veces sí y otras no? ¿Cuándo? ¿En aquellas circunstancias en que lo mande el ordenamiento jurídico? ¿Queda así todo al arbitrio del legislador? En el subapartado 9.7 abordaré esta dificultad.

\* \* \*

## 9.6.— EL PRINCIPIO DEL BIEN COMÚN

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

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

Podemos enunciarlo de diversos modos. Uno sería el más sencillo de todos: añadir el axioma «oB», donde «B» significa «el bien común se realiza».

Hay una formulación que, a primera vista, podría parecer más adecuada para

---

<sup>61</sup>. En la doctrina francesa se han esgrimido dos teorías para justificar la deriva jurisprudencial en la aplicación del art. 1382: (1ª) la teoría del riesgo: el que, con su actividad, causa un peligro ha de asumir las consecuencias causales del mismo; (2ª) la teoría del lucro: el que se lucra con una actividad ha de estar a las duras y a las maduras, indemnizando a las eventuales víctimas de esa actividad con la cual se lucra.

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

el tenor enunciativo de un postulado de un sistema lógico.<sup>62</sup> Sería: « $(p \rightarrow B)$ », o sea: es obligatorio que, nada suceda salvo en tanto en cuanto se preserve el bien común. Con ese postulado más el *modus ponens* deóntico podremos deducir « $oB$ » de cualquier premisa « $p$ ». El gravísimo inconveniente de esa formulación es que acarreará una consecuencia totalmente indeseable, a saber: que la realización del bien común será total y absolutamente preceptiva (100% obligatoria en todos los aspectos). Explicar las funestas consecuencias de tal resultado podemos dejarlo para otra ocasión.

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

Una formulación más fuerte sería « $(op \rightarrow oB)$ », o sea: «Es preceptivo que sólo exista una obligación en la medida en que también sea obligatorio el bien común». De aquí podemos inferir, en el sistema, no sólo « $oB$ », sino también « $ooB$ ». Esto, además, nos suministraría el estado de cosas acerca de cuya existencia nos preguntábamos más arriba, en la nota 13: uno,  $N$  tal que  $N = oN$ . Ese  $N$  sería  $oB$ .

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

\* \* \*

## 9.7.— UNA DIFICULTAD: LAS OMISIONES

El problema de las omisiones está reiteradamente considerado en los nueve capítulos de esta Tesis Doctoral. Ha llegado la hora de enunciar una conclusión general sobre el problema que suscitan.

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

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

<sup>62</sup>. Aunque un poco insólito, no es desconocido entre los lógicos introducir una constante sentencial y postularla, o postular su negación. En una formulación muy original de Alonzo Church, en su *Introduction to Mathematical Logic*. Vol. I, Princeton U.P., 1956, se define incluso la negación de « $p$ » como el que « $p$ » implique una constante sentencial que significa la falsedad. Richard Sylvan (ex-Routley), en una de sus lógicas relevantistas fuertes, introduce un postulado contradictorio, « $A \& \neg A$ », donde « $A$ » es una constante sentencial (cuyo sentido se abstiene de explicar).

omitente hubiera actuado, debiendo hacerlo.

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

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

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

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

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

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

De lo cual se deduce cuán difícil es brindar una formulación perfectamente clara, lógica, irreprochable y técnicamente adecuada de esos dos principios. No obstante, esas dificultades no aquejan en particular al tratamiento propuesto en esta Tesis Doctoral, siendo comunes a cualesquiera otros tratamientos jurídicos. Los nueve capítulos de esta Tesis Doctoral no cierran el camino a la busca ulterior de formulaciones más refinadas de tales principios; pero para el tratamiento del jurista, las formulaciones presentadas son útiles; en todo caso, de momento no existen, hoy por hoy, otras formulaciones de esos principios (imprescindibles en la praxis del razonamiento jurídico) más claras, precisas y prácticas. (Y las que se pergeñen en el futuro corren el riesgo de perder en concisión lo que ganen en exactitud).

---

## §10.— CORRELATIVIDAD ENTRE DERECHOS Y DEBERES

Los nueve capítulos de la Tesis Doctoral insisten en la correlatividad entre derechos y deberes, afrontando minuciosamente las dificultades y refutando el aserto de que no se da una correlación sistemática entre unos y otros.

Además del tratamiento especialmente dedicado a ese tema de la aportación segunda, los principios de no impedimento y de causa lícita que sustentan esa correlación vienen estudiados ya desde la primera aportación, siendo un eje de las aportaciones 4ª, 5ª, 6ª, 7ª y 9ª, al paso que en la 8ª se considera el problema general del método por el cual se seleccionan los axiomas de la lógica deóntica, incluyendo, en nuestro caso, esos dos.

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

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

A estas afirmaciones sostenidas en la presente Tesis Doctoral se les han dirigido objeciones. Una es que, como —según lo en ella defendido y por los motivos analizados en la aportación tercera— lo imposible es lícito, impedirlo estará prohibido. Pero impedir lo imposible es o imposible o vacuo. Podemos decir que es imposible porque no hay acción alguna que pueda impedir que alguien cuadre el círculo, o sea que cause violentamente su no-cuadrar el círculo. Si es imposible impedir causar el círculo ¿cómo va a estar prohibido?

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

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

segunda baraja varias soluciones.

Al llegar ahora el momento de concluir (resumiendo no sólo los resultados alcanzados, sino también la discusión de los mismos), hay que decir que merecen ser reconsideradas las diversas soluciones debatidas en el artículo. Probablemente la mejor de ellas es la que afirma que el hecho lícito es que, si el donante quiere, se haga la donación. El donatario tiene derecho a ese hecho. (En el caso de la donación obligatoria por una manda testamentaria, el hecho lícito es que se haga la donación sin más; es un hecho no sólo lícito sino obligatorio). Así a secas no es verdad que al donatario le sea lícito recibir el bien en cuestión; sólo le es lícito recibirlo si el propietario del mismo quiere dárselo.

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

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

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

Es sabido que, desde los orígenes del movimiento moderno de los derechos naturales del hombre, se planteó la cuestión de si, correlativamente, tenía que haber una declaración de deberes del hombre. En la nota 26 del capítulo VII de esta Tesis Doctoral recuerdo cómo, en el máximo auge y esplendor de la ola ampliadora de tales derechos, en torno a la revolución francesa de 1848 (II República) y el *Risorgimento* italiano, el sacerdote excomulgado francés Félicité de Lamennais inspiró al patriota y socialista Giovanni Mazzini la redacción de *I doveri dell'uomo*.

Ya mucho antes se había reclamado una declaración de deberes. Tal fue el planteamiento del abbe Grégoire, uno de los padres de la Declaración versallesa del 26 de agosto de 1789;<sup>63</sup> lleváronse a cabo, de hecho, trabajos preparatorios, que no

---

<sup>63</sup>. En las deliberaciones preliminares, un número de diputados insistieron —con razón— en la necesidad de ese acompañamiento de los derechos por los deberes del hombre y del ciudadano. Así en la sesión del 17 de agosto de 1789, el diputado Pellerin afirma: «Vous allez lui indiquer ses droits; mais ces droits supposent des devoirs: il est incontestable que les uns ne peuvent exister sans les autres; ils ont entre eux des idées relatives. Il est incontestable, en effet, qu'aucun citoyen n'a de droits à exercer s'il n'y a pas un autre citoyen qui ait des devoirs à remplir envers lui. Il faut donc établir que les droits ne peuvent exister sans les devoirs; ainsi, lorsque nous établissons que la vie de l'homme, son honneur, son travail, forment sa propriété, il convient cependant de dire qu'il en doit une portion à la

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

Aunque el título de las declaraciones omite (y es de lamentar) explicitar que lo reconocido es, junto con una lista de derechos fundamentales, una de deberes igualmente fundamentales, en el capítulo VII de esta Tesis Doctoral se explica cómo (pese a todos sus defectos y sus excesos) la Declaración de 1948<sup>64</sup> «encarna ese espíritu jusnaturalista, esa íntima unión de unos derechos con otros, esa mutua referencia de derechos y deberes humanos, ese fundamento fraternalista que hace radical la titularidad de los derechos en la pertenencia a la familia humana, en el vínculo de hermandad —y, por ende, de solidaridad— que nos une a todos los que compartimos la humana naturaleza».

Según la doctrina solidarista (más que meramente expuesta, en verdad abrazada por el autor de esta Tesis Doctoral en el §5 del capítulo V de la Tesis, al comentar las ideas de Léon Bourgeois y Léon Duguit) existe un cuasi-contrato (yo preferiría decir: un vínculo sinalagmático) entre el individuo y la sociedad (y, por lo tanto, entre cualquier individuo, singularmente tomado, y cada uno de sus compañeros de sociedad) por el cual el mero hecho jurídico de nacer, crecer, vivir y disfrutar de ciertos bienes comunes de la sociedad nos somete, en reciprocidad, a obligaciones de solidaridad.

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

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

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

---

patrie. [...] Nous n'oublions pas surtout de rappeler à l'homme qu'il ne tient pas la vie de lui-même; que les vertus sont récompensées. [...] Je demande donc une déclaration qui renferme les droits et les devoirs de l'homme en société». El diputado Guiol argumenta así: «il faut remonter au principe générateur et en suivre les conséquences. Il existe, et il doit en exister un qui embrasse tous les droits et tous les devoirs de l'homme; c'est celui de veiller à la conservation de son être; les autres n'en sont que la suite naturelle». V. [http://frda.stanford.edu/en/catalog/bm916nx5550\\_00\\_0526](http://frda.stanford.edu/en/catalog/bm916nx5550_00_0526), cons. 2015-02-20.

<sup>64</sup>. La cual seguirá siendo, durante decenios, un faro luminoso, hasta que la conciencia pública haya madurado para que se logre consensuar una mejor.

incondicionalmente obligado a hacer Z.

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

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

No sostenemos que la libertad (ambulatoria) del art. 17.1 CE sea un derecho condicional. Sin embargo, casi todos admitimos que en nuestro código penal exista la pena de privación de libertad. A un hombre o una mujer privados de libertad, en ejecución de ese código (dado un supuesto de hecho, que presuntamente consiste en la violación de uno de sus deberes fundamentales) ¿les asiste el derecho a la libertad del art. 17.1? ¿Han decaído en la titularidad del derecho? ¿Está suspendido su ejercicio o disfrute?

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

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

---

## §11.— NECESIDAD Y NORMATIVIDAD

El capítulo III de esta Tesis Doctoral se titula «Normatividad y contingencia» y en él se ha demostrado que sólo hechos contingentes pueden ser obligatorios o prohibidos. En un mundo sin contingencia alguna, nada sería, por consiguiente, ni preceptivo ni ilícito.

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

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

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

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

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

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

Uno de los rasgos de las verdades necesarias es que se deducen de premisas cualesquiera, verdaderas o falsas; e incluso de un conjunto vacío de premisas.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup>. Tal deducibilidad de las verdades necesarias a partir de premisas cualesquiera es un rasgo común a una amplísima gama de lógicas —incluidas las propuestas por el autor de esta Tesis Doctoral— pero ha sido rechazado por las que forman la familia de lógicas relevantes o relevantistas, en las cuales sólo cabe inferir una conclusión de unas premisas si se da un determinado vínculo analítico de significado entre éstas y aquella.

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

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

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

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

Afirmase, en los capítulos IV, V, VI, VII y IX de esta Tesis Doctoral, que son derechos naturales los usualmente llamados «derechos humanos»,<sup>66</sup> alguno de

---

<sup>66</sup>. Según se indica en el capítulo VII, son revisables las listas adoptadas de tales derechos. Es absurdo tomarlas como inquebrantable dogma de fe, para siempre, dada la proliferación desmesurada de tales listas —junto con pavorosas ausencias, p.ej. la del derecho a comer y a beber o el derecho a la movilidad.

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

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

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

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

ellos en particular (el derecho a la vida conyugal), otro derecho más que tristemente aún nadie ha incluido en el catálogo de tales derechos (el de radicación y naturaliza-

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

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

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

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

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

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

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

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

ción estudiado en el capítulo IX) así como ciertos derechos de los miembros no humanos de la sociedad (capítulo VI).

Por consiguiente, tales derechos son verdades necesarias. Es necesario que, si hay seres como los humanos y como otros animales miembros no-humanos de sociedades humanas, disfruten obligatoriamente de tales derechos. Es contingente que haya humanos, que haya fronteras (de no haberlas sería vacío el derecho de radicación y naturalización del capítulo IX de esta Tesis Doctoral)

Y por eso podemos definir los principios del derecho natural como aquellas situaciones jurídicas cuya afirmación se deduce en todo ordenamiento normativo. Hay asimismo, claro está, situaciones jurídicas que tienen vigencia en virtud del derecho natural —y no de promulgamiento alguno de una autoridad contingente— pero que no son verdades necesarias, porque se siguen de principios del derecho natural más supuestos de hecho contingentes, en virtud del *modus ponens* deóntico en cualquiera de sus cuatro variantes. Así, el derecho de un ser humano individual, H, a escoger el país en el cual opta por radicarse y naturalizarse (a tenor de los argumentos ofrecidos en el capítulo IX de esta Tesis Doctoral) es un derecho humano, un derecho natural, pero contingente; lo es porque la mera existencia y la vida de H es un supuesto de hecho contingente. Lo que sí es una verdad necesaria es que, si H existe y vive, tiene ese derecho.<sup>67</sup>

---

## §12.— EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

Uno de los asertos más recurrentes en los diferentes capítulos de la Tesis Doctoral es la negación de las lagunas jurídicas, explícitamente defendida en las aportaciones I, II y III, pero igualmente supuesta en las demás.

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

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

---

<sup>67</sup>. Presupongo que la pertenencia de un individuo a la especie humana es una verdad necesaria; tal individuo puede no existir, mas, si existe, es un ser humano; podría cuestionarse ese supuesto, alegando que la evolución biológica habría podido seguir otro rumbo, por lo cual quizá H existiría, mas no sería un humano. (V. mi artículo «Grados de posibilidad metafísica», *Revista de filosofía*, vol VI, Nº 9, 1993, pp. 15-57.)

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

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

En la *Teoría pura del derecho*<sup>68</sup> dice:

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

En ese párrafo (tan enjundioso que ha merecido la pena la longitud de la cita) Hans Kelsen está en realidad enunciando una regla de inferencia fundamental de nuestra lógica nomológica (la regla de permisión) y uno de sus axiomas (el principio de no impedimento).<sup>69</sup> (Podemos pasar por alto su inciso parentético que —en coherencia con su teoría— vincula la existencia de una obligación a la de una sanción por

---

<sup>68</sup>. Trad. del francés por M. Nilve, Buenos Aires: EUDEBA, 1994, p. 172.

<sup>69</sup>. Paréceme empero que no lo formula correctamente. Donde dice «no constreñirlo a hacer lo que está prohibido» entiendo que quería decir «no constreñirlo a hacer lo que no es obligatorio». Una conducta no prohibida pero tampoco obligatoria ha de ser libre y, por consiguiente, a los demás ha de estarles vedado forzarlos a realizarla. Achaco ese *lapsus* a un descuido de redacción.

incumplimiento.)<sup>70</sup>

Lo más llamativo en esa declaración kelseniana es el principio de permisión, que él profesa aquí en una doble formulación pero que no justifica. La primera de sus dos formulaciones es ésta: es «la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido». Pues bien, ¿quién ha promulgado esa regla general? ¿Es un principio de lógica jurídica? Ciertamente la versión francesa de la *Teoría pura del Derecho* se publica en 1953 nueve años antes que nuestro jusfilósofo inicie un repudio de la lógica jurídica (que nunca se resignará a adoptar plenamente y sin titubeos, ni siquiera en su obra póstuma).<sup>71</sup> En todo caso ese estatuto no lo aclara Kelsen. (Y, además, unos axiomas de lógica jurídica se parecen demasiado a principios de derecho natural, puesto que valdrían en todos los ordenamientos jurídicos sin necesidad de venir promulgados, sin emanar de la voluntad de legislador alguno).

La segunda formulación es ésta: «el orden jurídico [...] garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado». ¿La garantiza? ¿En qué norma? Si es en una norma de un determinado ordenamiento jurídico, ése lo garantizará, pero no los otros. Claramente Kelsen está dando a entender que cualquier ordenamiento jurídico garantiza esa libertad y tiene que garantizarla; que la garantiza independientemente de cuáles sean los promulgamientos legislativos y las decisiones jurisdiccionales. Sin percatarse de ello, Kelsen está abrazando una norma de derecho natural, como (*à leur corps défendant*) hacían todos los juspositivistas de su época.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup>. Kelsen reincide en sostener el principio de permisión en muchos otros ensayos. Así en el *Compendio de teoría general del Estado*, *loc.cit.*, p. 166, afirma: «El hombre puede hacer todo cuanto no está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico». ¿Puede? ¿De dónde emana ese «poder», esa facultad, esa licitud —a la cual Kelsen, no obstante, rehúsa el calificativo de «derecho» (a su juicio no tenemos derecho a no ser asesinados)? ¿No será una norma de derecho natural? En la *Teoría general del Derecho y del Estado* (*loc.cit.*, pp. 94ss) define el derecho subjetivo como la posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción. Está claro que la víctima de un homicidio carece de tal posibilidad. Sin embargo Kelsen ni de lejos es consecuente en ese uso técnico tan *sui generis* de «derecho». En la misma obra recién citada, p. 88, afirma (expresando la misma posición que la defendida en el capítulo II de la presente Tesis Doctoral): «Tengo el derecho subjetivo de hacer algo, o de abstenerme de hacer algo, sólo porque o en cuanto otro tiene el deber de no impedirme que lo haga o deje de hacerlo». ¡Una coincidencia más, como tantísimas otras, entre el autor jusnaturalista de la presente Tesis Doctoral y el más encarnizado anti-jusnaturalista del siglo XX!

Sin embargo, con Kelsen siempre nuestras coincidencias tienen su anverso amargo; en su obra póstuma *Théorie générale des normes*, *loc.cit.*, Nota 85, pp. 440-441 critica y rechaza la opinión de Wilhelm Wundt de que la correlación entre derechos (o sea licitudes) y deberes ajenos (de no impedimento) es una correlación puramente lógica. (Wundt lo había afirmado en su *Logik*, 3ª ed., 1908.) Las objeciones de Kelsen son enrevesadas, oscuras y meandrosas. Es en ese sitio donde asevera que no tenemos el derecho de no ser asesinados.

<sup>71</sup>. V. Mario G. Losano, *op.cit.*, p. 52; v. *ibid.*, pp. 55ss sobre la aplicabilidad del principio de no-contradicción, la correspondencia con Ulrich Klug y la complejísima relación de Kelsen con la lógica desde 1962 hasta su muerte once años después.

<sup>72</sup>. Kelsen se reafirma en su rechazo de las lagunas —por motivos que sustancialmente no han cambiado— en su obra póstuma, *Théorie générale des normes*, *loc.cit.*, capítulo 31, pp. 171ss, donde reitera su adhesión al principio de permisión, que justifica sólo diciendo que es una aplicación del derecho vigente, lo cual no demuestra. (Ni siquiera es

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

Ha sido ésa una de las objeciones que se han dirigido contra varias de las aportaciones compendiadas en esta Tesis Doctoral.

Pienso que en gran medida la nueva corriente se ha originado a partir de los trabajos de lógica deóntica de Alchourrón y Bulygin<sup>73</sup> y que ha ido ligada a un neo-positivismo jurídico. A diferencia del viejo positivismo que tendía a exaltar o enaltecer la Ley (el positivismo ideológico de Bobbio)<sup>74</sup> concibiéndola como un sistema completo y consistente que contenía no sólo lo preceptuado expresamente por el legislador sino también aquello que se siguiera lógicamente de esos preceptos (aunque jamás se aclaró cuál era la lógica adecuada para ese cometido), el nuevo, o bien excluye totalmente consecuencias lógico-deónticas, o bien (tal es el caso de Alchourrón y Bulygin) las admite pero a cambio de restringir drásticamente el campo de lo deónticamente deducible.

Como ya lo he señalado más arriba, la manzana de la discordia es el principio de permisión. En la lógica deóntica que, en su juventud, elaboró Leibniz en sus *Elementa Juris Naturalis* figuraba la regla de presunción de libertad o de licitud;<sup>75</sup> regla que filosóficamente había sido ya abrazada por Hobbes (quien hizo de ella uno de los ejes de su filosofía política) y más tarde será igualmente asumida por Bentham.

Lógicamente esa regla plantea una dificultad: autoriza a extraer la conclusión «aX» (X está autorizado o es lícito), no de unas premisas, sino de la ausencia de premisas (o teoremas) de los cuales quepa deducir que X está prohibido. La adopción de tal regla (abrazada, desde luego, en la lógica nomológica) acarrea que el sistema resultante no sea recursivamente enumerable. En la práctica eso carece absolutamente de importancia, porque la única ventaja de los sistemas cuyo conjunto de teoremas es recursivamente enumerable estriba en que para cada fórmula demostrable en el

---

seguro que todos los ordenamientos contengan una norma expresa que venga a decir que el inocente no será judicialmente condenado.)

<sup>73</sup>. V. Carlos Alchourrón & Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1991.

<sup>74</sup>. V. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid: Debate, 1993, capítulo VII, pp. 227ss.

<sup>75</sup>. *Op.cit.*, p. 93: «El acto se presume justo». En la terminología de Leibniz, «justo» significa lo mismo que «lícito». En la página siguiente lo expresa afirmando una obligatoria presunción a favor de la libertad. Al igual que su descolante opúsculo de 1686 *Generales inquisitiones de analysi notionum et veritatum* (v. mi estudio de esta obra: «De la logique combinatoire des *Generales Inquisitiones* aux calculs combinatoires contemporains», *Theoria*, Nº 14-15, 1991, pp. 129-59), en sus *Elementa Juris Naturalis* mezcla Leibniz axiomatizaciones de sistemas incompatibles. En las *Generales Inquisitiones* elabora una lógica combinatoria, pero, al aferrarse al principio de subalternación cuantificacional de la silogística aristotélica, lo echa a perder. En los *Elementa Juris naturalis* tenemos seminalmente, de un lado, toda la lógica deóntica estándar pero también, de otro lado, algunos de los axiomas de nuestra lógica nomológica: la presunción de licitud, la subalternación deóntica y el principio de no impedimento.

sistema puede hallarse un algoritmo que en un número finito de pasos produzca una prueba; el número puede ser superior al de átomos del universo o al de segundos de existencia del planeta Tierra.

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

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

---

### §13.— ¿INDETERMINACIÓN DE LA LEY?

A favor de la afirmación de lagunas mucho se ha insistido, desde ambas orillas, en la indeterminación de los preceptos jurídicos a causa de la pluralidad de interpretaciones posibles.<sup>76</sup>

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

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

Si la interpretación es constitutiva, entonces surge la cuestión adicional de si, durante el lapso que media entre el acto legislativo y el pronunciamiento jurisdiccional, ya es verdadera una interpretación o no es verdadera ninguna. De ser ya

---

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

verdadera, ¿cuál? Aquella por la que optará ese órgano jurisdiccional.<sup>77</sup> No sabemos cuál será, pero está alécticamente determinada.

De todos modos, si bien —en aras de la simplicidad— he dicho que, de ser constitutiva la interpretación, será aquella por la que se pronuncie el órgano jurisdiccional, he de rectificar o matizar, a tenor del realismo jurisprudencial defendido en el capítulo VIII de esta Tesis Doctoral: la interpretación relevante no es aquella que adopte, en una sentencia aislada, un tribunal, sino la que acabe siendo consensuada en el conjunto de la comunidad de operadores jurídicos, la suma de jurisprudencia y doctrina.<sup>78</sup>

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

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

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

Mucho me temo que en derecho (y en historia, y en lingüística, y en sociología y en medicina e incluso en biología) nuestros asertos carecen de esa plena certeza.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup>. Topámonos de nuevo con un viejo problema lógico-metafísico, que viene de Aristóteles: la verdad de los futuros contingentes, tan debatida, no sólo en la filosofía medieval y renacentista, sino también en la posterior, p.ej. en Leibniz y Spinoza.

<sup>78</sup>. Añadiría también la conciencia pública y, en particular, la conciencia jurídica del conjunto de profesionales del derecho —no sólo jueces, sino abogados, procuradores, fiscales, notarios, registradores.

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

<sup>79</sup>. Ni siquiera creo que tengan tanta certeza los asertos de las ciencias duras, puesto que el *big bang*, la materia oscura, la energía oscura, los agujeros negros, la dualidad de lo ondulatorio y lo corpuscular, la paradoja de Einstein, la de Schrödinger y el propio principio de Heisenberg suscitan tantas incógnitas y tan fuertes interrogantes —incluso

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

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

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

¿Cuándo se hará el sorteo? Podemos dejarlo para después del juicio; a la hora de dictar sentencia, el tribunal se retira, hace girar el bombo y procede al escrutinio. Pero ¿por qué esperar y perder tiempo? Mejor que una comisión de jurisperitos se reúna nada más votado el texto legislativo en las cámaras y haga un elenco de sus interpretaciones razonables, asignando una clave a cada una; acto seguido, se acude a la lotería para fijar la interpretación preceptiva. Sin embargo, no se hace pública: mántiense bien guardada bajo sello (y, para mayor seguridad, ni siquiera los miembros de la comisión de jurisperitos conocen el resultado de selección aleatoria).

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

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

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

Esa ocurrencia podría tomarse en consideración si los jueces, a la hora de

---

sobre la lógica adecuada a la comprensión de esas teorías— que son materias donde es dudoso cuánto tiempo van a permanecer las concepciones actualmente en boga —ya sin hablar de otras hipótesis más audaces, como la teoría de cuerdas con sus nueve dimensiones. ¡Emplacémonos para dentro de cinco lustros a ver qué queda entonces de tales conceptualizaciones! Pero nada de todo eso es, en absoluto, un indicio de que la realidad esté indeterminada.

interpretar, nos dijeran que interpretan así o así porque quieren, porque les gusta más, porque una corazonada los inclina a esa opción hermenéutica o cualquier cosa parecida.

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

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

El desacuerdo se irá resolviendo por las vías de recurso.<sup>80</sup> La decisión sobre un caso aislado no fijará la interpretación finalmente aceptada, sino que habrán de acumularse casos para que se vaya llegando a un consenso en la jurisprudencia y la doctrina (que no siempre concuerdan entre sí, por otro lado).

No pocas veces, en realidad la interpretación así seleccionada es, en rigor, *contra legem*, opuesta al sentido (al menos el originario) del texto legislativo.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup>. Sin embargo, una vez firme la sentencia, cobra fuerza de cosa juzgada. Con lo cual se puede generar otra antinomia jurídica. La situación surgida de la fuerza de la cosa juzgada es lícita. Pero también puede ser ilícita en tanto en cuanto sea contraria a la norma según ésta acabe viniendo interpretada en el consenso de los operadores jurídicos.

<sup>81</sup>. Tal como emanó del poder constituyente de 1978, la Carta Magna —según el tenor clarísimo del art. 20.4— dejaba el derecho a la libre expresión subordinado a las pretensiones ajenas de honor, intimidad y propia imagen (propia imagen halagüeña, se entiende), en una prelación escalar no atenuada por ninguna consideración de proporcionalidad ni de ponderación de valores.

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

No es ése el único extremo en el que la jurisprudencia constitucional ha modificado, creativamente, el contenido nomológico vigente. El art. 22 CE apenas reconocía, muy cicateramente, un restringidísimo derecho de asociación, que ni siquiera recibía el nombre de «libertad»; mantúvose en vigor hasta 2002 la ley de asociaciones franquista de diciembre de 1964. Fueron las sentencias del TC las que dieron la vuelta, haciendo decir al art. 22 CE

Unas sentencias del TC son correctas y otras son incorrectas. Las correctas son aquellas que seleccionan una interpretación del texto constitucional tal que no hay otra de la que sea afirmable con verdad que es más acertada. (No es afirmable con verdad porque o bien es menos acertada o lo es más en unos aspectos pero menos en otros; para que un enunciado sea afirmable con verdad es menester que sea verdadero en todos los aspectos.)<sup>82</sup>

Cuando es correcta una sentencia del TC, no crea derecho. Su pronunciamien-

---

lo que no decía, a fin de amparar un más amplio derecho de asociación —aunque todavía abusivamente limitado por la vigente ley orgánica 1/2002.

Lamentablemente en otros aspectos la mutación constitucional decidida por el TC ha sido para mal. P.ej., el art. 25.3, leído en el contexto, claramente excluye toda privación de libertad que no sea decidida por un juez de lo penal (en fase instructiva o de cumplimiento de condena), mientras que la jurisprudencia constitucional ha avalado que un juez de lo contencioso-administrativo estampille la privación de libertad que a un inmigrante sin papeles le inflige extrapenalmente la administración en castigo a la infracción administrativa de «encontrarse en territorio español sin autorización legal». (V. el capítulo IX de esta Tesis Doctoral.)

<sup>82</sup>. Cae fuera del ámbito de estas Conclusiones referirme al impacto de la jurisprudencia constitucional en ordenamientos extranjeros, siendo particularmente destacable su papel en Alemania (la magna obra del *Bundesverfassungsgericht* de Karlsruhe), Colombia, Perú y otros países, para no hablar ya del papel tan especial de la *Supreme Court* de los Estados Unidos. Sobre Europa, v. Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, A&C Black, 2014, ISBN 8781782252450. Con respecto al Tribunal Constitucional peruano, v. Eloy Espinosa-Saldaña Barrero & Juan Manuel Sosa Sancio, «El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones», *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, N° 85 (enero de 2015), pp. 21-39.

Permítaseme no resistir a la tentación de citar la famosísima decisión del Conseil Constitutionnel del 16 de julio 1971, que, al norte de los Pirineos, implicó una genuina y radical mutación constitucional. (En frase de Jean Gicquel: «Le Conseil Constitutionnel a lié [desde la indicada fecha] sa fortune aux droits fondamentaux de la personne en élevant face au pouvoir la barrière de l'État de droit» [en *Libertés et droits fondamentaux*, ed. por M. Delmas-Marty & Claude Lucas de Leyssac, París: Seuil, 1996, p. 239].) Acogiéndose a la Ley de libertad de asociación de 1901, había creado un colectivo que se llamó «Les Amis de La Cause du peuple», en el cual participaba la escritora Simone de Beauvoir. A la hora de matricularse —según lo preceptuado en la citada Ley—, el ministro del Interior, Raymond Marcellin, ordenó a la prefectura rehusar la inscripción. Careciendo de base legal tal denegación, el gobierno del Presidente Pompidou presentó al Parlamento un proyecto de ley que restringía el derecho de asociación, al otorgar un poder discrecional a la administración sobre la inscriptibilidad o no de las nuevas asociaciones. El presidente del Senado, Alain Poher (derrotado poco antes por Pompidou en las elecciones presidenciales), planteó ante el Consejo Constitucional un recurso de inconstitucionalidad a tenor del art. 61.2 de la Constitución. Ahora bien, el espíritu de ese artículo era el de atar corto al Parlamento para que no ejerciera su potestad legislativa en materias que la Constitución reservaba al ejecutivo.

Por otro lado ningún artículo de la Constitución francesa de 1958 amparaba ni la libertad de asociación ni ninguna otra. Sólo el Preámbulo hablaba de los derechos del hombre, pero sin perfilar su contenido, remitiéndose a la Declaración versallesa de 1789 y a «las leyes de la República». ¿Qué leyes de la República tenían la fuerza de obligar que se quisiera atribuir al Preámbulo, que teóricamente carecía de ella?

Estríbaba la dificultad en que, aun erigiendo el Preámbulo en un precepto (lo cual claramente no era), la Declaración de 1789 no contempla, absolutamente para nada, ni el derecho de asociación ni siquiera el de reunión. El Presidente del Consejo Constitucional, Gaston Palewski, impulsó una interpretación (desde luego forzada, por no decir carente de base textual), según la cual el Preámbulo pasaba a tener la misma fuerza vinculante del articulado y la Ley de 1901 se erigía una de esas «Leyes de la República» englobadas en el bloque de constitucionalidad —concepto de creación jurisprudencial.

Conque el proyecto de Ley fue anulado y la libertad de asociación salvaguardada. Desde 1971, ha sido enorme el papel del Consejo, muchas veces favorable a los derechos humanos, dejados bastante desamparados por la Constitución de 1958, de inspiración antiprogresista. V. Louis Favoreu & Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, París: Dalloz-Sirey, 1995.

to ya estaba contenido en la Constitución.<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup>

Ese erróneo contenido puede ser de dos clases: (1ª) declarar erróneamente la inconstitucionalidad de una ley;<sup>85</sup> (2ª) declarar erróneamente su conformidad con la Constitución. En lo tocante a la clase 1ª, el derecho creado por el TC consiste sólo en tener que entender la Constitución inconstitucionalmente; pero, si bien eso abre la puerta a nuevas leyes inconstitucionales (cuya inconstitucionalidad vendrá ig-

---

<sup>83</sup>. Puede dudarse si, en el caso de que el TC seleccione una de varias interpretaciones tales que de ninguna de ellas es afirmable con verdad que sea más acertada que las otras, el precepto constitucional estaba indeterminado hasta el pronunciamiento del Alto Tribunal. Me inclino a pensar que no estaba indeterminado sino sobredeterminado; tenía varias significaciones, todas normativamente válidas (aunque estuvieran en mutuo conflicto). Claro que, de ser así, también el TC crea derecho al abolir las interpretaciones que descarta.

<sup>84</sup>. Sobre las sentencias erróneas de un tribunal constitucional, v. José Juan Moreso «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en *Los desacuerdos y el Derecho* por J.J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, ISBN 9788461442973. V. también el ya citado artículo de Espinosa-Saldaña y Sosa Sacio sobre el caso peruano.

Tales contribuciones plantean la cuestión de si, una vez recaída sentencia de la jurisdicción constitucional, la fuerza de cosa juzgada ha de ser absoluta o si podría contemplarse una reforma de la Ley Orgánica del TC que —bajo condiciones estrictísimas— lo autorizara a revisar sus propias decisiones. Ciertamente ello iría en desmedro de la seguridad jurídica, pero ésta no es un valor absoluto. Desde luego hay que diferenciar las dos funciones principales del TC: el amparo y la declaración de (in)constitucionalidad de la ley. En torno a la revisabilidad de decisiones relativas al amparo en España, v. Enrique Morera Guajardo, «La violación de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional», Verano 2005, publ. en el portal de la firma de abogados Balaguer-Morera, [http://www.bmabogados.com/articulos/Violacion\\_derechos\\_fundamentales\\_TC.pdf](http://www.bmabogados.com/articulos/Violacion_derechos_fundamentales_TC.pdf). cons. 2015-03-14. Con relación a Iberoamérica, v. Humberto Nogueira Alcalá, «Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur», *Ius et Praxis*, Año 10 N°1, 2004, pp. 113-158, repr. en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122004000100005](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005), cons. 2015-03-14.

<sup>85</sup>. Diferente del problema que estoy planteando es el de precisar el exacto perfil jurídico de la sentencia de inconstitucionalidad, concretamente si los efectos de la anulación son *ex tunc* o *ex nunc*. En el ordenamiento austríaco son sólo *ex nunc* —e.d. la ley declarada inconstitucional viene *ipso facto* abrogada. Es España la doctrina ha tendido a pensar que tiene efectos *ex tunc*, o sea que es una declaración de nulidad, a salvo del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas en virtud de la ley así anulada —p.ej, todas las decisiones judiciales con fuerza de cosa juzgada y ciertos actos administrativos que han creado irreversibles derechos para terceros. En esos casos, nos encontraremos con situaciones jurídicas que son prohibidas, o sea: a la vez se da esa situación jurídica, X, y la ilicitud de X, puesto que X tiene como fundamento jurídico uno que ha sido declarado nulo a *radice*. (Si una ley permite a la administración desafectar y enajenar un predio demanial, lo cual se lleva a cabo, siendo posteriormente declarada inconstitucional esa ley, el nuevo dueño del predio tiene derecho al mismo, pero lo tiene ilícitamente, aunque, por otro lado, todo derecho existente es lícito.) Por consiguiente, al aplicar los principios lógico-nomológicos más arriba expuestos, podremos, en muchos de esos casos, inferir no sólo genuinas antinomias jurídicas, sino contradicciones verdaderas.

Por otro lado, ni siquiera siempre la declaración de inconstitucionalidad produce plenos efectos anulatorios *ex nunc* (o sea, ultractividad), como lo ha puesto de manifiesto Javier Jiménez Campo (en «¿Qué hacer con la ley inconstitucional?», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Madrid: Tribunal Constitucional/CEC, 1997, pp. 63-4): la ley anulada puede haber eliminado ciertos supuestos de un determinado tipo penal o puede haber instituido nuevas eximentes; está claro que el principio de legalidad impide que la anulación de la ley lleve a acusaciones penales excluidas por dicha ley.

norada por ser conformes con la interpretación promulgada por el TC), directamente la Sentencia del TC no crea nuevos derechos ni nuevos deberes. Al revés, en lo tocante a la clase 2ª, el TC, junto con el legislador, impone una situación jurídica anti-constitucional, acarreado así una antinomia nomológica adicional.<sup>86</sup>

Podríamos hacer consideraciones parecidas sobre la labor de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, especialmente cuando no da lugar a recursos de amparo ni cuestiones de inconstitucionalidad. La jurisprudencia errónea siempre crea derecho. La jurisprudencia acertada puede que lo cree en algunos casos.

De nada de todo eso se deduce la existencia de lagunas. En rigor, aquello con lo que a veces nos topamos es la existencia de *gluts*, no de *gaps*. No es que una conducta no sea lícita ni ilícita según el ordenamiento. Es que no pocas veces es lícita e ilícita. El tribunal que emite un fallo condenatorio actúa conforme a derecho y lo mismo hace el que emite un fallo absolutorio.

En el curso de la depuración jurisprudencial y doctrinal normalmente se irá imponiendo uno de los puntos de vista en mutuo conflicto, cayendo en desuetud el punto de vista descartado; y así ese *glut* se acabará superando (normalmente). Sin embargo, cuando el *glut* surge por la simultánea vigencia de la Constitución y de una jurisprudencia *contra constitutionem* del TC, el conflicto de situaciones jurídicas sólo será posible por una reforma de la Carta Magna.<sup>87</sup>

Por último, he de señalar que, a mi modo de ver, igual que cualquier sentencia o auto jurisdiccional es un acto intelectual o racional (acertado o

---

<sup>86</sup>. Con relación a la fuerza (material y formal) de cosa juzgada de que están revestidas las decisiones del Tribunal Constitucional surge el consabido problema de si abarca sólo al fallo o también a sus fundamentos. Sería absurdo que sólo el fallo adquiriese dicha fuerza, porque ello eliminaría la autoridad doctrinal del TC.

En Francia la *Cour de Cassation* (tribunal supremo de justicia) sostiene que la fuerza de cosa juzgada de las decisiones del *Conseil Constitutionnel* en lo tocante a los motivos (nuestros fundamentos) sólo afecta al «*texte soumis à l'examen du Conseil*». Bajo esa fórmula sibilina, trátase de prevenir cualquier extrapolación hermenéutica que adujera la autoridad de cosa juzgada por el CC para preceptos afines, aunque no idénticos, a aquel sobre el cual se ha pronunciado dicho Consejo. Tan restrictiva visión parece superada con la reciente reforma constitucional de 2008-07-23 (en vigor desde 2010-03-01), que ha introducido la QPC (*question prioritaire de constitutionnalité*, una variante —aunque filtrada por la *Cour de Cassation*— de nuestra cuestión de constitucionalidad). (V. Olivier Desaulnay, «L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel vue par la Cour de Cassation», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Nº 30, enero 2011, disp. online, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-30/l-autorite-des-decisions-du-conseil-constitutionnel-vue-par-la-cour-de-cassation.53155.html>, cons. 2015-03-15. En el mismo número hallamos, entre otros, artículos sobre la autoridad de cosa juzgada de las decisiones del CC y sobre las QPC.)

<sup>87</sup>. Manifiéstase —soy consciente de ello—, en las consideraciones que preceden, un cierto titubeo entre dos tesis opuestas: (1ª) La jurisprudencia constitucional produce una mutación constitucional, abrogando la vigencia de aquellas significaciones válidas del texto de la Carta Magna que han quedado descartadas al optar el Tribunal por una interpretación contraria a las mismas (llegando incluso a derogar, en algún caso, la única lectura correcta, ajustada al tenor literal del articulado y a su contexto); (2ª) siguen en vigor tales normas, singular o pluralmente significadas por un precepto de la Constitución, aunque sean contrarias a la jurisprudencia constitucional —un vigor impotente, desde luego, porque lo único exequible, en ese conflicto de normas, será aquello que sea conforme con las decisiones de la jurisprudencia constitucional, por anticonstitucionales que sean. En el momento de redactar estas Conclusiones, no me siento con ánimos para pronunciarme ni por la una ni por la otra de esas dos alternativas.

desacertado, sincero o falaz), lo propio sucede con los actos legislativos. O bien la norma jurídico-natural del bien común, junto con los supuestos de hecho, entraña la necesidad de un cierto promulgamiento, o no. Si no, si tal promulgamiento no corresponde al deber de impulsar y tutelar el bien común, el legislador crea derecho. Mas incluso en el supuesto de que sí corresponda a ese deber, al explicitar el derecho implícito en la obligación del bien común, tal explicitación podemos legítimamente considerarla creación del derecho en la medida en que así el legislador impone una interpretación posible del principio del bien común en detrimento de otras.<sup>88</sup>

## §14.— INCONVENIENTES DE LA DICOTOMÍA ENTRE LICITUD INTERNA Y LICITUD EXTERNA

Vale la pena reflexionar acerca de cómo y cuánto se ha extendido hoy la afirmación de la indeterminación del derecho. Es digno de notar, en efecto, cuán cerca están del positivismo jurídico (si no es que, en el fondo, vergonzantemente lo suscriben) aun varios de aquellos (no tan numerosos) que hoy día se profesan adeptos del derecho natural (bajo alguna versión del mismo).<sup>89</sup>

Así, Juan B. Etcheverry,<sup>90</sup> si bien parece querer impugnar las tesis del positivismo jurídico sobre la indeterminación del derecho, en verdad las asume, e incluso las radicaliza, haciendo suyo el distingo de Archourrón-Bulygin sobre la inventada y deletérea diferencia entre licitud externa e interna.

Reprocha Etcheverry a Raz<sup>91</sup> que éste se adhiera al principio de permisión (lo que no se demuestra prohibido está permitido), sosteniendo que es un mero principio lógico (lo que a Raz le falta decir es de qué sistema lógico).

Dice Etcheverry: Raz «considera que es una verdad lógica la idea de que no existe una razón jurídica concluyente para realizar un acto si el derecho no requiere concluyentemente hacer esto. Esto se reafirma con la idea de que no puede ser

<sup>88</sup>. Aquí sigo a Luc Wintgens, con su teoría de la legisprudencia (v. su libro *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Ashgate, 2007, ISBN 9780754626671, también disponible en formato ePUB), la cual ha puesto de relieve que la actuación deliberativa y razonadora del legislador no es un mero acto de voluntad y guarda semejanzas con la jurisprudencial. El legislador se puede y suele equivocar, pero su acto es intelectual, no volitivo, como bien lo supo ver Santo Tomás de Aquino, al definir la ley como una ordenación de la razón, en *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4 co: «Et sic ex quatuor prædictis potest colligi definitio legis, quæ nihil est aliud quam quædam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata».

<sup>89</sup>. Tal vez no suceda así (o no tanto) en el mundo anglosajón. Posiblemente sea sobre todo un fenómeno hispano ese deslizamiento subrepticio de la doctrina del derecho natural, nominalmente abrazada, a un jusnaturalismo anodino, acomplejado, reticente, presto, con alacridad, a concesiones de principio al positivismo jurídico —incluso al neopositivismo radical y extremo inaugurado por Alchourrón, con su rechazo del principio de permisión. Las causas de esa claudicación serían político-culturales.

<sup>90</sup>. En *Objetividad y determinación del derecho: Un diálogo con los herederos de Hart*, Ed. Comares, 2009.

<sup>91</sup>. *Ibid.*, pp. 189-90.

verdad que jurídicamente haya una razón concluyente para realizar un acto y, al mismo tiempo, que jurídicamente no exista esa razón. Estas afirmaciones lo llevan a sostener que la conocida regla de clausura según la cual todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido es en realidad una verdad analítica que no necesita ser incorporada en un sistema jurídico para que puedan evitarse este tipo de lagunas». <sup>92</sup>

Dejando de lado la gradualidad del tránsito de lo analítico a lo sintético en un marco epistemológico holista, podría criticársele a Raz que no se da cuenta de que esa presunta verdad analítica es una regla de lógica deóntica, porque lo que está en cuestión es si una conducta tal que no hay una razón jurídica concluyente para no realizarla merece la protección del derecho, o sea si está prohibido a los demás impedirlo o si tal prohibición sólo se dará en el eventual caso de que, contingente-mente, el legislador opte por promulgar un precepto como el art. 172 del vigente Código Penal español (delito de coacciones). <sup>93</sup>

Lejos de ser ésa la refutación de Etcheverry, lo que reprocha a Raz <sup>94</sup> «es que un permiso explícito puede aportar una razón mientras que el permiso entendido como falta de prohibición no parece hacerlo. Esto parece advertirse con claridad en el hecho de que si un sistema jurídico que otorga un permiso débil para hacer algo, posteriormente establece una norma que impone una prohibición, esto no genera un conflicto entre la nueva prohibición y el permiso débil, lo que sí sucedería si la nueva prohibición es contraria a un permiso fuerte».

Ese doble argumento es un paralogismo. Se descompone en dos subargumentos. El primero es que la mera ausencia de prohibición no suministra razón alguna para amparar o tutelar la conducta no-prohibida. Sí, justamente existe una poderosísima razón, que es una norma de derecho natural que protege la libertad, en virtud de la cual la acción se presume lícita —una presunción defectible, que será deshecha en cuanto se pruebe que sí existe una situación jurídica consistente en la ilicitud de esa acción. ¿Qué más poderosa y decisiva razón cabe invocar?

---

<sup>92</sup>. La cita es de Raz, *The Authority of Law*, Oxford U.P., 1979, pp. 53-77.

<sup>93</sup>. Como todos cuantos rechazamos las lagunas (de Zitelmann al autor de esta Tesis Doctoral, pasando por Kelsen) Raz sostiene lo siguiente: la inadmisión —o, de no haberse producido ésta, eventualmente la desestimación— de la pretensión de un actor contra el demandado de que éste responda por cierta conducta (activa u omisiva), cuando se basa en el silencio de la ley sobre tal conducta, posee exactamente el mismo fundamento jurídico que cuando se basa en un texto legal que expresamente reconozca el derecho a realizar esa conducta. En cambio, para el lacunarista (el adepto de las lagunas), en el primer supuesto (silencio de la ley) el juez debe inadmitir la demanda porque lo debatido sería materia extrajurídica, mientras que en el segundo supuesto habrá de inadmitir o desestimar para así amparar un derecho jurídicamente reconocido y, a fuer de tal, protegido por la ley. El lacunarista está inventando un distingo conceptual huero, espurio y ocioso por ser nomológicamente inane e irrelevante. Además propone una visión falsa y degradante del juez, como si éste, en el primer supuesto, no estuviera tutelando derechos. Siendo ello así, el lacunarista puede todavía objetar que no ve de dónde emana un derecho que la ley no ha reconocido *expressis verbis*. A esa objeción Raz no tiene nada que responder. En suma, Raz no suministra la *razón* por la que el juez debe inadmitir o desestimar la demanda en el primer supuesto.

<sup>94</sup>. *Ibid.*, p. 190.

Al segundo subargumento cabe responder que, al instituir una nueva prohibición, el legislador abroga la previa norma no escrita que permitía jurídicamente la realización de esa conducta. No hay conflicto de normas, sino tránsito de una norma permisiva implícita (no enunciada) a una norma prohibitiva posterior, que deroga la primera.

Lo propio sucede, al revés, cuando viene abolida la norma prohibitiva. Voy a poner un ejemplo: la abrogación de la ordenanza de policía parisina del 7 de noviembre de 1800 (16 de brumario del año IX), «Ordonnance concernant le travestissement des femmes», impuesta bajo la autoridad del primer cónsul, Napoleón Bonaparte —recién enseñoreado del poder (justo un año antes, por el golpe de estado del 18 de brumario del año VIII = 9 de noviembre de 1799).<sup>95</sup> Esa ordenanza prohíbe a las mujeres el atuendo masculino, especialmente llevar pantalón.

La grandísima escritora George Sand desafió la prohibición, pero su pertenencia a la privilegiada clase dominante le otorgaba una inmunidad, mientras que las féminas de condición modesta estaban obligadas a la falda larga, inconveniente para muchas labores y símbolo de discriminación. Sin éxito alguno, en 1887 Mme. Marie-Rose Astié de Valsayre pidió la abrogación de la ordenanza de 1800 en una solicitud dirigida a la cámara de los diputados. En 1930, en un juicio que alcanzó celebridad, la campeona Violette Morris reivindicó su derecho a vestirse con pantalones, pensando que esa Ordenanza había caído en desuetud; perdió, siendo expulsada de la Federación deportiva femenina de Francia. La primera parlamentaria que se atrevió a sentarse en el hemiciclo en pantalón fue la diputada comunista Chantal Leblanc en 1978.<sup>96</sup>

Tras muchas peticiones para la abrogación de la ordenanza, el ministerio francés sobre los derechos de la mujer, en 31 de marzo de 2013, responde: «Cette ordonnance est incompatible avec les principes d'égalité entre les femmes et les hommes qui sont inscrits dans la Constitution et les engagements européens de la France, notamment le Préambule de la Constitution de 1946, l'article 1er de la Constitution<sup>97</sup> et la Convention européenne des droits de l'homme. De cette incompatibilité découle l'abrogation implicite de l'ordonnance du 7 novembre qui est donc dépourvue de tout effet juridique et ne constitue qu'une pièce d'archives conservée comme telle par la

---

<sup>95</sup>. V. Christine Bard, «Le droit au pantalon: Du pittoresque au symbolique», *La Vie des idées*, 1er mars 2013. ISSN 2105-3030. Repr. en <http://www.laviedesidees.fr/Le-droit-au-pantalon.html>, cons. 2015-03-06.

<sup>96</sup>. Parece hoy mentira, pero unos poquitos años antes, en 1972, a Michèle Alliot-Marie, consejera técnica del ministro Edgar Faure, al querer entrar en el recinto de la asamblea en pantalón para transmitir un mensaje, se le rehusó el ingreso; atribúyesele la réplica, tan parisina: «Si c'est mon pantalon qui vous gêne, je l'enlève dans les plus brefs délais».

<sup>97</sup>. Esa referencia parece cogida por los pelos. En su versión actual lo que dice ese artículo es: «La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales». De ahí no se deduce ningún derecho a vestirse con las mismas prendas los individuos de ambos sexos ni siquiera a poder viajar en los mismos vagones del ferrocarril, ni a frecuentar las mismas escuelas. Con ese artículo serían compatibles la segregación y la discriminación sexuales en muchos ámbitos. Además la ley sólo favorece ese igual acceso.

Préfecture de police de Paris»<sup>98</sup>

Las razones son sofisticadas. Ya sabemos con qué pulso en 1971 el Conseil Constitutionnel ganó contra el legislativo la vigencia vinculante del Preámbulo de la Constitución de 1946; una vigencia no consagrada aún en el texto constitucional. De ahí que sea problemático el alcance jurídico exacto del punto 3 de ese preámbulo que declara que la ley garantiza a la mujer, en todos los dominios, derechos iguales a los del hombre. ¿«Derechos iguales» equivale a «los mismos derechos»? Porque hasta los años 60/70 no se permitió a la mujer el uso de esa prenda, pudiéndose alegar que tenía derechos iguales (cada uno al atuendo propio de su sexo).<sup>99</sup>

Por otro lado, es doctrina común que la preferible exequibilidad del Convenio de Roma de 1950 —y en general de los tratados internacionales suscritos por la República Francesa— no implica la abrogación o pérdida de vigencia de una ley interna en Francia que le sea contraria.

Lo que sí parece claro es que la desuetud ha revocado la Ordenanza liberticida de 1800 y que, a la postre, las autoridades han acabado reconociendo esa abrogación consuetudinaria (aunque con argumentos retorcidos y falaces). Sin embargo no hay precepto legislativo alguno que permita a la mujer vestirse con pantalones.<sup>100</sup>

En el enfoque dicotómico de Alchourrón-Bulygin, abrazado por Etcheverry, una mujer francesa que se vea discriminada por llevar pantalón no puede reclamar que tiene un derecho a vestirse así.<sup>101</sup>

Corro el riesgo de hacer pensar que el problema del silencio jurídico se plantea (sólo) cuando tácitamente viene revocada una prohibición (o, lo que es igual, cuando se constata la abrogación o derogación implícita del precepto que la imponía en virtud de su incompatibilidad con preceptos posteriores o superiores). Pero el problema es idéntico cuando la abrogación es expresa y explícita. La abrogación de un precepto no implica, de suyo, restablecimiento de otro anterior al cual el ahora abro-

---

<sup>98</sup>. *Journal Official*, Sénat, 31 janvier 2013, p. 339.

<sup>99</sup>. Cabe preguntarse si en Francia los varones tienen derecho a vestirse con faldas. Mi tesis es que sí, pero sólo sobre la base del principio de permisión, o sea de la presunción de libertad.

<sup>100</sup>. Las discriminaciones vestimentarias continúan en Francia, esta vez en perjuicio de los varones, a quienes se prohíbe, en muchos empleos, el pantalón corto, autorizado a las mujeres (en empresas donde no existe ninguna obligación de llevar uniforme). Lo peor es que la jurisprudencia avala tales discriminaciones. Así pues, dista de ser verdad que el efecto conjunto del Preámbulo de la Constitución de 1946 más el Convenio de Roma garanticen en Francia los mismos derechos a los individuos de ambos sexos.

<sup>101</sup>. Otro ejemplo —mucho más dramático— es el de las leyes promulgadas por Hitler en 1935 en materia de relaciones sexuales y conyugales, que —en una amplísima y heteróclita serie de supuestos— prohibían, dentro o fuera del matrimonio, la cópula carnal; entre ellas figuraba la ley para la salud genética del pueblo alemán. Hubo que esperar a 1986-02-07 para que, por fin, un tribunal de primera instancia de Kiel declarase que tal ley vulneraba el artículo 123.1 constitucional y, por consiguiente, había perdido vigencia. Pero abolir así determinadas prohibiciones conyugales no es lo mismo que declarar lícitas tales relaciones. V. al respecto: José Antonio Santos, *Los olvidados del nacionalsocialismo: Repensar la memoria*, Madrid: CEPC, 2014, pp. 112-115.

gado hubiera venido a reemplazar. (La derogación de un un precepto  $P_1$  derogante de otro  $P_2$  no implica repromulgamiento alguno de  $P_2$ .)

Sin embargo, cuando lo que se deroga es una prohibición, todos estarán conformes en afirmar que, al levantarse tal prohibición, se permite implícitamente la conducta hasta aquí ilícita. ¿Por qué? Justamente por el principio de permisión, porque lo que no está prohibido está permitido.

Esta digresión nos lleva a las conclusiones que de tales debates extrae Etcheverry, quien reconoce la existencia de casos de indeterminación jurídica en los cuales la decisión la toman discrecionalmente los jueces, en lugar de sostener (como se hace en estas páginas) que en tales casos el juez se limita a abrazar una interpretación que, por ser válida, ya estaba semánticamente contenida en el propio texto legislativo; en rigor el juez sólo crea derecho cuando su sentencia es normativamente errónea, o sea se basa en una equivocada inferencia deóntica o en una falsa lectura de la ley.

---

## §15.— LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como era de esperar, ha suscitado polémica la demostración en el §8 del capítulo VII de la raíz jusnaturalista de la doctrina de los derechos humanos. Ofrécese en ese artículo una doble vía demostrativa —histórica y conceptual— a favor de dicha tesis.

**1ª VÍA.**— Conceptualmente mi argumento consiste en afirmar que el único sentido que tiene afirmar que los derechos humanos son violados en los reinos de Baréin, Swazilandia, Brunei o Arabia Saudí es que allí existen (pues lo que no existe no se viola). Como bien lo señaló repetidas veces Kelsen, que una norma exista es lo mismo que el que sea válida o vigente. Luego en esas cuatro desgraciadas monarquías están vigentes los derechos humanos. No lo están por un promulgamiento legislativo (los que allí ostenten ese nombre no coinciden ni en todo ni en parte con lo que entendemos por «derechos humanos»). Tiene, pues, que tratarse de una norma no promulgada, supralegislativa, que emana sólo de la esencia misma del derecho y de la naturaleza del ser humano.

Parecen destinados al fracaso más estrepitoso todos los intentos de probar que el juspositivismo ha contribuido o puede contribuir doctrinalmente al reconocimiento jurídico de los derechos humanos. Y es que ha habido, ciertamente, un número de juspositivistas que han sido grandes adalides del reconocimiento constitucional de derechos fundamentales del individuo (al menos de los nacionales del Estado correspondiente); pero ni un solo relato de los que he podido consultar acredita, en lo más mínimo, que haya sido su profesión juspositivista —o la particular doctrina juspositivista que ellos abrazaban en cada caso— lo que los haya llevado a esa defensa de los derechos individuales. Pueden haber sido motivados por consideraciones morales cuando tomaban parte en el ejercicio del poder constituyente (o cuando lo asesorbaban), pero esas consideraciones morales eran totalmente independientes y absoluta-

mente separadas de la doctrina jusfilosófica que profesaban.

Y eso ha sucedido así porque no puede suceder de otra manera.<sup>102</sup> Si todo

<sup>102</sup>. Ha habido tantos y tan preclaros juristas y jusfilósofos que han defendido el positivismo que no hay —ni podría haber— ningún otro denominador común entre ellos. Sin lugar a dudas algunos han sido campeones de los derechos humanos. Pero ¿era ésa una consecuencia lógica de su juspositivismo? Eso es lo que ni se prueba ni hay cómo probarlo, porque cualquier pauta *jurídica* suprapositiva tiene que venir rechazada por el juspositivismo (y por su variante el realismo jurídico).

Podría ejemplificarlo con el caso del celeberrimo (y, sin duda, insigne) juez Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841-1935), *Chief Justice* de la Corte Suprema estadounidense. (V. «Holmes, Oliver Wendell», *World Encyclopedia*, Oxford University Press 2005, repr. <http://www.encyclopedia.com/doc/1O142-HolmesOliverWendell.html>, cons. 2015-03-04). Encarnizado adversario de toda invocación de unos supuestos derechos del hombre y de cualquier otro concepto jusnaturalista, habíase opuesto, durante varios años a declarar inconstitucionales ciertas reformas sociales, como la protección del trabajo infantil (en virtud de su tendencia a la jurisprudencia sociológica, separándose así del originalismo hermenéutico tan seguido en USA).

Eran tiempos de paz. Llegó después la guerra. Una feroz persecución se abatió en los Estados Unidos sobre toda propaganda pacifista en virtud del *Espionage Act* promulgado por el presidente Wilson en 1917. El título de esa ley era de lo más engañoso, puesto que prohibía penalmente «to interfere with the operation or success of the armed forces of the United States or to promote the success of its enemies»; un promover que podía consistir simplemente en opinar en público que era injusta la guerra por el lado aliado.

El 16 de junio de 1918 (cinco meses antes del fin del conflicto bélico), Eugene V. Debs, dirigente del Partido Socialista Norteamericano, pronunció un discurso en Canton, Ohio, criticando la entrada de los EE.UU. en la gran guerra europea. Escandalizadas por su pacifismo, las autoridades lo detuvieron; el fiscal lo acusó de violar la citada ley. El acusado alegó su libertad de palabra en virtud de la Enmienda N<sup>o</sup> 1 de la Constitución federal. Finalmente el asunto llegó a la Corte Suprema; Oliver Holmes redactó la sentencia, aprobada por unanimidad, que rechazaba la alegación de Debs, cuya condena resultó así definitiva. (V. «Debs v. United States», the Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law, 2015-03-04 [http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1918/1918\\_714](http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1918/1918_714).)

No fue, ni mucho menos, el único caso. Otro anterior fue *Schenck v. United States*. Los acusados, Charles Schenck y Elizabeth Baer, eran militantes del partido socialista en Filadelfia; habían distribuido entre reclutas octavillas expresando su sentimiento contrario a la conscripción (la cual, a su juicio, equivalía a un tipo de servidumbre prohibida por la 13<sup>a</sup> enmienda). La sentencia (también unánime) de la Corte Suprema, igualmente redactada por el Juez Holmes, sostuvo que tales declaraciones eran criminales, por comportar «un peligro claro e inmediato» de realización de un crimen, por lo cual no podían ampararse bajo la libertad de palabra de la 1<sup>a</sup> Enmienda.

Sin el juspositivismo de Holmes, ¿se habría producido esa triste jurisprudencia (que no hace honor a la idea de que, si en USA se reconocen menos derechos fundamentales, en cambio los que sí se aceptan tienden a ser absolutos)? Tal vez sí, tal vez no. Si la 1<sup>a</sup> Enmienda no fue un dique suficiente para proteger la libertad de palabra, acaso tampoco lo habría sido el derecho natural del hombre a la libre expresión de sus opiniones. Con todo es legítima la duda.

Otra actuación del juez Holmes que consideraríamos hoy lesiva de los derechos humanos fue su redacción de la sentencia *Buck v. Bell* 274 US 200 (1927). (V. Paul A. Lombardo, *Three Generations, No Imbeciles: Eugenics, The Supreme Court, and Buck v. Bell*, Baltimore: The John Hopkins U.P., 2008; y también: José Antonio Santos, *op.cit.*, pp. 60-61.) La sentencia avaló la esterilización forzosa de una muchacha pobre y violada con una argumentación que podemos leer —entre líneas— como la previsibilidad de que los nacidos en ese medio miserable se acabarían haciendo delincuentes. Es dudoso qué derecho subjetivo reconocido en las enmiendas de la Constitución federal norteamericana podría invocarse en contra de tales prácticas (que se van a generalizar legislativamente en USA a partir de dicha sentencia), como no sea la 9<sup>a</sup> enmienda que protege los derechos no enumerados en las otras enmiendas pero «retenidos» por la gente («retained by the people»). Tal cláusula, no obstante, vale lo mismo para un roto que para un descosido. No existe en USA ningún derecho constitucional a la integridad física, ni a la salud, ni al desarrollo de la personalidad, ni siquiera a la libertad (fuera de aquellas libertades tasadas que se enuncian explícitamente en varias enmiendas). Por ello este caso es claro: de haber hecho algún hueco a los derechos naturales del hombre, Holmes podría haber sido de otra opinión en el caso *Buck v. Bell* de 1927, habiendo evitado así la ulterior política legislativa de esterilizaciones forzosas en 27 estados de la Unión.

Sobre el juspositivismo del juez Holmes, v. Robert P. George, «Holmes on Natural Law», *Villanova Law*

lo que hay en el derecho es derecho positivo, la invocación de los derechos humanos jurídicamente sólo es válida y pertinente cuando y donde se han promulgado por el legislador; lo más que cabrá hacer será una propaganda moral para influir en ese legislador. Tal propaganda no podrá aducir ningún argumento jurídico.

Concluyo, pues, que no es convincente la objeción que se me ha dirigido de que niego *a priori* la posibilidad de fundamentaciones no jusnaturalistas de los derechos humanos. No hay tal aprioridad. Hay un doble análisis conceptual e histórico. En ninguna de las dos vertientes ha conseguido el objetor rebatir racionalmente mis argumentos.<sup>103</sup>

**2ª VÍA.**— Históricamente pónese de manifiesto cómo, desde las primeras declaraciones hoy reconocibles como de derechos humanos —paradigmáticamente la Declaración de Independencia norteamericana de 1776 y la Declaración versallesa del 26 de agosto de 1789—, la terminología misma refleja la total impregnación de los redactores y suscriptores de tales textos en la concepción de los derechos naturales del hombre cual concreciones de un Derecho Natural objetivo.

Contrariamente a la opinión de que ese influjo jusnaturalista se circunscribe a los orígenes, demuestro que continúa en las nuevas y grandiosas declaraciones incorporadas a la Constitución republicana francesa de 1848<sup>104</sup> y a la española (no promulgada) de 1873. En la segunda posguerra mundial, el influjo jusnaturalista<sup>105</sup>

---

*Review 1* (2003), repr. en <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol48/iss1/1>, cons. 2015-03-04; el célebre artículo de Holmes «Natural Law», publ. en la *Harvard Law Review*, 1918, está repr. en <http://teachingamericanhistory.org/library/document/natural-law>, cons. 2015-03-14; ahí Holmes niega que exista un derecho a la vida y afirma que la creencia en un derecho natural resulta de la ingenuidad de pensar «our truth is cosmic truth».

<sup>103</sup>. Desde el punto de vista que anima e inspira toda esta Tesis Doctoral, resulta dudoso que el neoconstitucionalismo caiga fuera del campo del juspositivismo, aunque haya superado su modalidad decimonónica, el legalismo. En palabras de Gustavo Zagrebelsky «la Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia —como sucede con todas las manifestaciones del iusnaturalismo—, su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana; los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas». (Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2009 (9ª ed.), p. 114.) De lo cual se sigue que los derechos humanos no vinculan para nada al poder constituyente (a diferencia de lo que proclaman las constituciones francesas de 1793, 1848, 1946 [en su primera versión, derrotada en el plebiscito ratificatorio] y la española [no promulgada] de 1873, textos impregnados de jusnaturalismo).

<sup>104</sup>. Dícese en el Preámbulo de la Constitución del 4 de noviembre de 1848: «Il — La République française [...] reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives». No contenta con esa radical y centelleante afirmación jusnaturalista, dicha ley fundamental recoge detalladamente en su articulado tales derechos y deberes individuales, no sólo los de libertad, sino también los de bienestar.

<sup>105</sup>. Una muestra de ello es el proyecto de Constitución de la República Francesa mayoritariamente adoptado por la Asamblea nacional constituyente el 19 de abril de 1946 (aunque rechazado después en el plebiscito de 1946-05-05). Ábrese el texto del 19 de abril con una escueta Declaración de los derechos del hombre (no del ciudadano) de sólo dos párrafos, en el primero de los cuales aparece esta frase: «le peuple français, fidèle aux principes de 1789 —

es decisivo en la nueva ola de ampliaciones de los derechos fundamentales del individuo y, sobre todo, en el redactar la Declaración Universal de la ONU de 1948.

A la demostración histórica se ha opuesto esta objeción. El derecho natural había existido —como doctrina— desde la antigüedad, desde los estoicos; habíanlo profesado —cada uno a su modo— todos los filósofos medievales. Sin embargo, de ahí no emanó, ni por asomo, reclamación alguna de derechos de libertad y de bienestar como los entendemos hoy. Esos jusnaturalistas aceptaron la esclavitud y la servidumbre. Es cierto que, posteriormente, hay una doctrina del derecho natural que sirve de matriz, en la Ilustración, a la gestación de los derechos humanos; mas ese derecho natural tardío, representado por Locke,<sup>106</sup> Rousseau y Kant, sería una reacción al

---

charte de sa libération — proclame à nouveau que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés, auxquels nulle loi ne saurait porter atteinte, et décide, comme en 1793, 1795 et 1848, de les inscrire en tête de la Constitution». Y el artículo 1º reza así: «Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux devant la loi». Esa declaración de derechos culmina en el art. 29, último de esa sección, que prescribe deberes de aportación al bien común: «La sauvegarde des droits inscrits dans la présente déclaration [...] et le progrès social exigent que tous connaissent et remplissent leurs devoirs: les citoyens doivent servir la République, la défendre au prix de leur vie, participer aux charges de l'État, concourir par leur travail au bien commun et s'entraider fraternellement».

Paradójicamente la mayoría que votó a favor estaba formada sobre todo por marxistas, sin que asome en ese texto el más mínimo atisbo o residuo de marxismo. Recordemos que Marx había manifestado el mayor desdén hacia los «derechos del hombre» como altisonantes disfraces de los derechos burgueses; en pos de él, lo mismo dijeron todos los pensadores marxistas, de Rosa Luxemburgo en adelante. (V. mi ensayo «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006 ISBN 9788493439552, pp. 163-386.) Además, en el marco del materialismo histórico el derecho, siendo una superestructura, varía con la sucesión de formaciones económico-sociales, sin que haya en él nada inmutable, nada natural ni, por ende, derecho alguno inherente al ser humano por su nacimiento ni, derecho alguno que sea sagrado e inalienable; menos aún derechos que estén por encima de la ley.

Es, en cambio, rotundo y absoluto el tenor jusnaturalista del texto de abril de 1946; la izquierda francesa de la inmediata posguerra procedía a un *ressourcement* que la llevaba a asumir ideologías jurídico-políticas propias de la primera y de la segunda revoluciones francesas. En realidad la liberación de 1944 constituyó una tercera revolución francesa, pero que duró menos de un trienio.

<sup>106</sup>. Hacen falta astucias hermenéuticas para presentar a Locke como un precursor de los derechos humanos en cualquier acepción de ese sintagma que asuma, como mínimo, el legado de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Locke ni siquiera concede libertad de conciencia a los católicos (alegando que, si ellos prevalecieran, no se la otorgarían a sus oponentes) ni a los ateos (siendo —a su juicio— el ateísmo enemigo de la sociedad). Su espacio de libertades, ya angosto de por sí, queda reducido por esa cláusula de excluir a quienes no sean partidarios de la libertad que él defiende, según él la defiende y precisamente para aquellos para quienes él la reclama (aunque la prohibición del ateísmo es gratuita aun con tales criterios), al paso que la verdadera libertad sólo se da cuando ampara por igual a sus adeptos y a sus adversarios. (V. mi trabajo «La doble escala valorativa del proyecto constitucional europeo», en *Valores e historia en la Europa del siglo XXI*, ed. por Roberto Rodríguez Aramayo & Txetxu Ausín, México-Barcelona: Plaza y Valdés, 2006, pp. 357-415, ISBN 9788493493545.)

Más grave que esa restricción es el vínculo de Locke con la esclavitud. No sólo no la condenó (como sí la había condenado Santo Tomás) sino que se lucró con la esclavitud y la trata negrera. (V. Wayne Glauser, «Three approaches to Locke and the slave trade», *Journal of the History of Ideas*, vol. 51/2 (1990), pp. 199-216, repr. en <http://www.jstor.org/stable/2709512>, cons. 2015-03-04.)

Peor que eso: Locke redactó las «Fundamental Constitutions for the Government of Carolina» cuyo artículo CX preceptúa: «Every freeman in Carolina shall have absolute power and authority over his negro slaves of what opinion and religion soever». Notemos que en las posesiones hispanas la legislación en vigor no reconocía a los dueños de esclavos ese poder absoluto, puesto que concedía a los negros algunos derechos de bienestar (aunque

derecho natural precedente. Vendría a ser una transición del derecho natural metafísico —hostil a los derechos humanos— a una visión del derecho emancipada de cualquier referencia natural. En el siglo XX las nuevas conquistas de derechos humanos ya habrían dejado atrás todo el horizonte intelectual en el que cabía hablar de derecho natural, fuera el tradicional o el ilustrado.

Frente a esa objeción, mis estudios de genealogía jusfilosófica<sup>107</sup> me han llevado a una visión totalmente opuesta a la del objeto.<sup>108</sup> Desde sus orígenes, la doctrina del derecho natural, que profesan los filósofos estoicos, influencia sobremedida el pensamiento de los juristas romanos de la época clásica (siglos II y III), plasmándose en evoluciones jurisprudenciales (*contra legem*) —derecho pretorio y rescriptos del *Princeps*—, como el *fauor libertatis* (la presunción de libertad), el reconocimiento de que el hombre es naturalmente libre y merece serlo, una suavización de la esclavitud (al menos sobre el papel), una mayor aceptación del extranjero, aunque sea bárbaro, y finalmente la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio en la constitución antonina del emperador Caracalla en 212.

En la baja edad media, el jusnaturalismo escolástico propicia, tímidamente, la evolución jurídico-política que se traducirá en la abolición progresiva de la servidumbre y en reconocer el deber público de beneficencia, con la apertura de hospicios y hospitales.

Más importante es el hecho de que el jusnaturalismo, concretamente el de la corriente tomista, es el inspirador, en la Escuela de Salamanca (entendida en sentido amplio), de la tesis de que todos los seres humanos, por serlo, merecen no ser tratados como seres inferiores. Otra de esas escuelas, la jesuítica, va a desarrollar la doctrina de los derechos ciudadanos, que denuncia el despotismo y la tiranía, proclamando el derecho del pueblo a la revolución. El P. Mariana será su más egregio representante, pero, menos resueltamente, otros autores van en la misma dirección.<sup>109</sup>

---

ciertamente pocos).

A diferencia de Locke, Leibniz condena la esclavitud, proponiendo, hasta que sea abolida, una mitigación. V. Christopher Johns, *The Science of Right in Leibniz's Moral and Political Philosophy*, Boomsbury Studies in Philosophy, 2013, p. 114, ISBN 9781780937663.

<sup>107</sup>. Algunos publicados y otros no. En mi obra de 2009 *Estudios republicanos* hay unas reflexiones que contribuyen a seguir alguno de esos itinerarios transgeneracionales.

<sup>108</sup>. Mi lectura de los textos de Kant y de Locke me ha conducido a cuestionar su pertenencia a las fuentes de la doctrina de los derechos humanos. Insto a cualquier persona que comparta una visión actual de los derechos humanos a leer con detenimiento aquellos textos de esos dos filósofos que se suelen considerar seminales para los derechos humanos. V. mis apuntes inéditos «Lecturas filosófico-jurídicas (2005-2007): Ejercicios didácticos», <http://digital.csic.es/handle/10261/15158>.

<sup>109</sup>. En este particular, convendría releer la olvidada aportación de Román Rianza Martínez-Osorio —discípulo de Rafael Ureña Smenjaud y víctima de homicidio en 1936—, estudioso del pensamiento filosófico-jurídico de nuestro Siglo de Oro, en el cual vio una fuente de las declaraciones de derechos del hombre de finales del siglo XVIII, terciando así en la célebre polémica (de 1902) entre Émile Boutmy y Georg Jellinek; v. mi ensayo inédito «La renovación de los es-

Varias de esas doctrinas serán retomadas en el siglo siguiente por Grocio y Leibniz, los dos máximos representantes del jusnaturalismo protoilustrado. En ambos es decisiva la influencia de la Escuela de Salamanca. Ellos, a su vez, dejarán una progenie en el siglo de las luces, en la obra, muy variada, de Wolff, Burlamaqui, Diderot, Montesquieu, Vattel, etc.

Otro conducto por el cual se transmite la herencia jusnaturalista hasta los orígenes intelectuales de la revolución francesa es la que pasa por la Liga (la cual, con su fanatismo religioso a cuestas, fue también una lucha por los derechos de la ciudadanía, contra la prepotencia nobiliaria y el absolutismo regio), la Fronda, la tradición jansenista de los órganos jurisdiccionales (principalmente los *Parlements*), que se refleja en Montesquieu (a pesar de su desconfianza para con los jueces), y se plasma en la obra de Louis-Adrien Le Paige, ya en vísperas de la revolución.<sup>110</sup>

Todas esas corrientes convergen en la asamblea versallesa que redacta la Declaración de agosto de 1789; y, ya metamorfoseadas, tras pasar por el alambique revolucionario, influirán en las declaraciones posteriores, mucho más actuales y más humanas, como la de la Constitución jacobina del año I (1793). En nada de todo eso asoma siquiera el menor atisbo de Kant.<sup>111</sup> En la revolución francesa Locke ha

---

tudios histórico-jurídicos en España en el primer tercio del siglo XX», 2014, en <http://lorenzopena.es/ms/EstHistorJur.pdf>.

<sup>110</sup>. Louis-Adrien Le Paige (1712-1802) era un abogado jansenista. Gracias al apoyo de su patrón, el Príncipe de Conti (Luis Francisco de Bourbon-Conti, 1717-76, primo de Luis XV), gran prior de la Orden de San Juan de Jerusalén en París, obtiene el título de baillío del Templo (un recinto que había pertenecido a la antigua orden de los Templarios y que será derruido por el emperador Napoleón Bonaparte en 1808). Considerado *le dernier prince frondeur*, Conti acoge en su palacio, auspicia y alienta tanto a los enciclopedistas cuanto a los jansenistas, unos y otros oponentes a la Corte de Versalles, a la jerarquía eclesiástica y a los jesuitas, aunque sólo eso los unía. (Mi tesis es que, a pesar de sus hondísimas discrepancias, unos y otros son, a su manera, precursores intelectuales de la revolución de 1789.)

Ardiente polemista, inspirado y prolífico escritor, además de insigne letrado (estrechamente unido a los círculos forenses parisinos, al provenir de una familia de parlamentarios y profesores de la Sorbona), Le Paige, gracias a la inmunidad que le otorga el título de baillío, consagra una buena parte de su tiempo a escribir y publicar una ingente cantidad de artículos y ensayos de muy diverso volumen, muchos de ellos rayanos en lo sedicioso. Su principal obra la constituyen las *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs et les lois fondamentales du Royaume* (1753-54), texto que (alejadísimo en su método de la historiografía científica posterior) expone la ideología de la clase jurídica —especialmente de la forense— bajo los reinados de Luis XV y Luis XVI: una ideología plagada de elementos conservadores, pero que converge, en parte (desde principios diametralmente opuestos), con las tendencias de los enciclopedistas (por lo menos de los radicales, como Diderot) a combatir el despotismo, reclamando la vuelta de los *Estados Generales* (cuya última reunión, en 1614-15, la había convocado la entonces reina regente, María de Médicis) y atribuyendo a los *Parlements*, en ausencia de esa asamblea electa, un papel de representante del Reino.

Ni los enciclopedistas ni los jansenistas de los círculos forenses aspiraban a una revolución; cuando ésta llegue, los desbordará en seguida. Pero unos y otros la habían propiciado sin saberlo ni quererlo.

V. Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, París: PUF, 1995 (3ª ed.), pp. 176-177.

<sup>111</sup>. Si bien, al estallar la revolución francesa en la primavera y el verano de 1789, el filósofo de Königsberg era no sólo un hombre de edad propecta (sobre todo para la época) sino también un autor conocido y respetado en los ambientes filosóficos, el conocimiento de su obra apenas había empezado a desbordar el estrechísimo círculo académico en Alemania. En Francia era mínimo el interés por sus cogitaciones —y seguirá siéndolo durante decenios después de su muerte, pues la filosofía francesa de la época seguía otras rutas, principalmente la *ideología* influida

sido un filósofo desconocido —que a lo sumo ha podido influir muy muy indirectamente.<sup>112</sup>

En las revoluciones del siglo XIX (particularmente la francesa de 1848 y la española de 1868) van a influir pensadores jusnaturalistas: unos salidos de la tradición escolástica, como Félicité de Lamennais;<sup>113</sup> otros adeptos de las nuevas corrientes socialistas;<sup>114</sup> otros, receptores de Hegel y, sobre todo, de Krause.<sup>115</sup> De nuevo Kant no aparece; si alguna vez se leyó, Locke está olvidado y ya poco puede aportar.<sup>116</sup>

Tal vez en la segunda mitad del siglo XX haya llegado, por último, una influencia kantiana con el nuevo valor de la «dignidad». Mas mi análisis de la Declaración Universal de 1948 demuestra que es totalmente antikantiano el sentido que en ella tiene ese vocablo (de contenido semántico tan etéreo y escurridizo), además de que, estudiando las trayectorias intelectuales de quienes más influyeron en la redac-

por el sensualismo de Condillac. Kant había escrito muchos ensayos en 1789, pero la mayoría de ellos habían pasado totalmente desapercibidos (incluso ese magnífico opúsculo de 1763, el *Beweisgrund*, «El único fundamento posible para demostrar la existencia de Dios»). Más impacto había tenido su folleto de 1775 *Sobre las diferentes razas de hombres* (un escrito que hoy posiblemente se prohibiría por ir contra los derechos humanos). La *Crítica de la razón pura* (1781, 1787) y la *Crítica de la razón práctica* (1788), si es que llegaron a ser conocidas en la Francia de la época, por poquísimos pudieron ser leídas ni, menos, entendidas y, desde luego, su influjo fue nulo.

Más se ha discutido, inversamente, sobre la influencia de la revolución francesa en Kant. Con su encomiable y envidiable valentía intelectual, con su extraordinario talento para defender las causas más impopulares, Domenico Losurdo ha derrochado ingenio, afán investigativo y quizá un poco de imaginación para presentarnos un Kant muy amigo de la revolución incluso en su fase jacobina; según él, el rechazo kantiano del derecho a rebelarse contra el poder significaría una condena del rey y los reyes que eran quienes se sublevaban contra la legítima autoridad popular, encarnada por la Convención revolucionaria. V. *Rivoluzione francese e filosofia classica tedesca*, a cura di Domenico Losurdo, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, *Acta philosophica* 13, Nápoles: Ad. QattroVenti, 1993. También de Losurdo: *Autocensure et compromis dans la pensée politique de Kant*, Presses Universitaires de Lille, 1993. V. asimismo de Gérard Raulet, *Kant. Histoire et citoyenneté*, París: PUF, 1996.

<sup>112</sup>. V. *La philosophie et la Révolution française: Actes du Colloque de la Société française de philosophie, 31 mai, 1er et 2 juin 1989*, ed. por Bernard Bourgeois, París: Vrin, 1993, ISBN 9782711611423.

<sup>113</sup>. Inicialmente adepto del catolicismo ultramontano, lo cual desencadena su primera confrontación con la realeza, siempre de tendencia galicana, incluso con el rabioso absolutista Carlos X.

<sup>114</sup>. V. el capítulo V de esta Tesis Doctoral. Destaquemos en la revolución de 1848 la influencia de Pierre Leroux, desidente del saint-simonismo e influido por la filosofía de Schelling.

<sup>115</sup>. La constitución republicana española de 1873 (adoptada por la comisión constitucional de las Cortes constituyentes en julio y al parecer redactada en 24 horas por Emilio Castelar y Ripoll) empieza, en su Título Preliminar, proclamando «todos los derechos naturales» de «toda persona» y, tras enumerarlos, concluye: «Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva». Al igual que, no sólo la mayoría de los republicanos, sino, más ampliamente, la de los demócratas de la época, estaba influido Castelar por el jusnaturalismo krausista; inclinábase más Pi y Margall a ser receptor de Hegel —aunque de un Hegel mezclado de Proudhon y de otros pensadores socialistas. Ni uno solo de ellos abrazaba el positivismo jurídico, enseña ideológica del unionismo y el moderantismo.

<sup>116</sup>. Es cierto, en cambio, que fue grande y significativa la influencia de Bentham; mas no su positivismo jurídico, sino su utilitarismo. Si bien se mira, ambos se hallan en conflicto.

ción del texto, es difícil hallar influencias de Kant.

Si cruzamos el Atlántico, hemos de tener en cuenta las investigaciones acumuladas desde hace décadas, pero incrementadas en los últimos años, sobre los orígenes intelectuales de los *founding fathers*. Contrariamente a los prejuicios, no influyó Locke tanto como suele decirse. Hay estudios detalladísimos que prueban cuáles eran las lecturas de Franklin, Jefferson, Jay, Hamilton,<sup>117</sup> Madison, Adams, en las diversas etapas. Junto con Montesquieu, el autor que más influencia parece haber tenido es Vattel (a su vez seguidor de Leibniz).<sup>118</sup> Entre los ingleses, tanto o más que a Locke,<sup>119</sup> leyeron a Edward Coke, Algernon Sidney, Milton, Bolingbroke, pero sobre todo William Blackstone.<sup>120</sup>

En concreto el eudemonismo reflejado en la Declaración de independencia de 1776 parece debido a la lectura de Burlamaqui, a expensas de Locke, con su derecho natural a la propiedad.<sup>121</sup> También parece influido por Vattel y Burlamaqui

---

<sup>117</sup>. Sobre Hamilton, v. Forrest McDonald, *Alexander Hamilton: A Biography*, Nueva York: WW Norton & Company, 1979. Hamilton escribió, ya en 1775 (un año antes de la Declaración de Independencia), «The Farmer Refutation», donde sostiene: «upon this law [natural law] depend the natural rights of mankind». Y también: «I would recommend to your perusal Grotius, Puffendorf, Locke, Montesquieu and Burlamaqui [sic]». Años después, cuando ahonde sus conocimientos jurídicos, preferirá a Vattel. En el citado artículo, sin embargo, el autor más citado es Blackstone. V. <http://oll.libertyfund.org/titles/1378>, cons. 2015-03-14.

<sup>118</sup>. V. entre otros: Francisco Fernández Segado, *La Evolución de la Justicia Constitucional*, Madrid: Dykinson, 2014, ISBN 9788490318409; Joe Wolverton, II, J.D., «Forgotten Influences of the Founders» (2009-12-24), en <http://www.thenewamerican.com/culture/history/item/4766-forgotten-influences-of-the-founders> (cons. 2015-02-22); Ray Forrest Harvey, *Jean Jacques Burlamaqui: A Liberal Tradition in American Constitutionalism*, The University of North Carolina Press, 1937; Barry Alan Shain (ed), *The Nature of Rights at the American Founding and Beyond*, University of Virginia Press, 2007, ISBN 9780813926667; Raúl Pérez Johnston, «Jean Jacques Burlamaqui and the Theory of Social Contract», *Historia Constitucional*, 2005 (6), repr. en <http://www.redalyc.org/pdf/2590/259027572013.pdf>, cons. 2015-02-22; Forrest McDonald, «A Founding Father's Library», *Literature of Liberty: A Review of Contemporary Liberal Thought*, vol. 1/1 January/March 1978, repr en <http://oll.libertyfund.org/pages/founding-father-s-library-a-bibliographical-essay-by-forrest-mcdonald>, cons. 2015-02-22.

<sup>119</sup>. Bernard Bailyn, en *The Ideological Origins of the American Revolution* (enlarged edition, Harvard U.P., 1992, ISBN 9780674443020), muestra que los *Founding Fathers* no revelan un conocimiento de Locke que vaya mucho más allá de unos cuantos manidos tópicos. Bailyn afirma que Locke «is referred to in the most offhand way».

<sup>120</sup>. Está lleno de interesantes informaciones históricas y agudos comentarios el libro de Ricardo Cueva Fernández *De los niveladores a Marbury vs. Madison: La génesis de la democracia constitucional*, Madrid: CEPC, 2011. Sin embargo, aunque constituye un hondo estudio de genealogía doctrinal, no se detiene en los problemas de influencia jusfilosófica a que me estoy refiriendo.

<sup>121</sup>. V. Robert Trout, «Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness: How the Natural Law Concept of G.W. Leibniz Inspired America's Founding Fathers», *Fidelio Magazine*, vol VI, Nº 1, spring 1997; repr. en [http://www.schillerinstitute.org/fid\\_97-01/1971-vattel-2.html](http://www.schillerinstitute.org/fid_97-01/1971-vattel-2.html), cons. 2015-03-03. El mismo autor afirma en su artículo «Vattel»: «The myth that the founding of American Republic was based on the philosophy of John Locke could only have been maintained because the history of Leibniz's influence was suppressed», v. [http://east\\_west\\_dialogue.tripod.com/vattel/index.html](http://east_west_dialogue.tripod.com/vattel/index.html), cons. 2015-03-03.

Hamilton<sup>122</sup> en el desarrollo de sus ideas federalistas.<sup>123</sup>

En cualquier caso, si (por fijar ese mojón) reprochamos al jusnaturalismo anterior a 1700 haber hablado del bien común sin levantar la voz contra la esclavitud,<sup>124</sup> ¿no incurriremos en un doble rasero absolviendo a los heraldos liberales de los derechos humanos —esos destructores del Antiguo Régimen que pregonan una nueva época de libertad— de su complicidad con la institución esclavista hasta el

<sup>122</sup>. V. Nancy Spannaus, «Alexander Hamilton's Economics Created our Constitution», *Executive Intelligence Review*, dec. 2010, repr. en [http://www.larouchepub.com/other/1010/3748hamilton\\_constitution.html](http://www.larouchepub.com/other/1010/3748hamilton_constitution.html), cons. 2015-03-03. V. también *The Political Economy of the American Revolution*, ed. by Nancy Spannaus & Christopher White, Executive Intelligence Review, ed. ed., 1996.

<sup>123</sup>. En los *Federalist Papers*—colectivamente firmados por «Publius»—opúsose Hamilton a que se introdujera, como enmienda, un *Bill of rights*, al texto aprobado por la Convención de Filadelfia en 1787 (que pasará a la historia como «Constitución de los Estados Unidos de América»). Temíase que un elenco de tales derechos se entendiera limitativo, además de sostenerse que la garantía de la libertad estribaba únicamente en el buen funcionamiento de instituciones representativas y electas.

Es de señalar, sin embargo, que en una Constitución que todavía hoy se resiste a dar cabida, por vía de enmienda, a los derechos de bienestar (constitucionalmente inexistentes en USA), Hamilton tiene una visión del poder público como promotor del bienestar colectivo —lo cual, lógicamente (por la correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos), acarrea un derecho del individuo a participar en ese bienestar común.

El Preámbulo de la Constitución de 1787 reza así: «We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America». (V. Bruce A. Ackerman, *We the People: Foundations*, Harvard University Press, 1991, ISBN 9780674948419.)

He atribuido a Hamilton la paternidad, no sé si de todo el Preámbulo, pero sí, como mínimo, de la cláusula del *general welfare*. Tras haber pasado por varias comisiones, el texto de la Constitución fue finalmente redactado (en 10-12 de septiembre de 1787) por un comité de estilo de cinco miembros, entre ellos Hamilton y Madison. Suele adscribirse al gobernador Morris la escritura del Preámbulo, pero para darle a Hamilton el crédito por la cláusula del *general Welfare* me baso en que concuerda con su opúsculo de 1791 *Report on the Subject of Manufactures*, donde —refutando las tesis de Adam Smith— propone la idea de una administración federal encargada de promover el bienestar general de la nueva nación —una propuesta que suscitó la oposición no sólo del antifederalista Jefferson sino también del federalista Madison. Hamilton preconizaba que la administración asumiera, no sólo las obras públicas y el abastecimiento de la población, sino también la promoción de la industria, la agricultura y la enseñanza, ajustándose, eso sí, al principio de no favorecer a una sección de la población a expensas de otra. El individualista Jefferson abogaba por el Estado mínimo, no intervencionista.

Robert Trout, *op.cit.*, afirma: «Hamilton launched a program to build up the new nation based on the Leibnizian concept of the development of the production of labor. He designed the National Bank of the United States [...] Hamilton mapped out a grand design for the development of the nation, through measures to develop labor force, protect and encourage domestic industry and develop industry through science».

Hamilton fue el más brillante orador de esa Convención de Filadelfia de 1787. Trout añade: «Whereas many of the delegates to the Convention saw the purpose of government from the Lockean standpoint of 'life, liberty, and property', Hamilton's speech, coherent with Vattel's *Principal Objects of a Good Government*, located the purposes of government as 'the great purposes of commerce, revenue or agriculture', 'tranquility and happiness at home' and 'sufficient stability and strength to make us respectable abroad'.

<sup>124</sup>. Censura que habría que matizar, teniendo en cuenta los citados aportes de la Escuela de Salamanca.

punto de que alguno de ellos, como Thomas Jefferson,<sup>125</sup> era un propietario de muchos esclavos y que, si contemplaba para un futuro indeterminado su manumisión, era a condición de desterrarlos por la fuerza?<sup>126</sup>

Por lo menos en Francia, gracias a la radicalización revolucionaria, fue posible que la Convención Nacional republicana aboliera la esclavitud, antes que ningún otro país, el 16 de pluvioso del año II (4 de febrero de 1794).

Reconociendo el inmenso mérito de todos esos pasos a favor de la libertad humana, ¡cuantísimo faltaba por recorrer antes que se llegara a una visión integral y genuinamente humanista de los derechos humanos!

Las genealogías intelectuales son entrecruzadas y complejas. Tras mezclarse las aguas de diversos cauces, vuelven a separarse, pero ya modificadas la una por la otra. Es muy posible que mis estudios de historia de las ideas sean muy parciales; pero, desde luego —hasta donde llegan y para lo que valgan—, desmienten completa-

---

<sup>125</sup>. Jefferson, a quien una tradición erige en un ilustre prócer, abanderado de los derechos humanos, fue, en 1778, el redactor de un proyecto de ley penal en su colonia de Virginia, «A Bill for Proportioning Crimes and Punishments» (v. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendVIII10.html>, cons. 2015-03-10) que preceptuaba, entre otros castigos: «Whosoever shall be guilty of Rape, Polygamy, or Sodomy with man or woman shall be punished, if a man, by castration, if a woman, by cutting thro' the cartilage of her nose a hole of one half inch diameter at the least.» «Whosoever on purpose and of malice forethought shall maim another, or shall disfigure him, by cutting out or disabling the tongue, slitting or cutting off a nose, lip or ear, branding, or otherwise, shall be maimed or disfigured in like sort: or if that cannot be for want of the same part, then as nearly as may be in some other part of at least equal value [...]» «Slaves guilty of any offence punishable in others by labor in the public works, shall be transported to such parts in the West Indies, S. America or Africa, as the Governor shall direct, there to be continued in slavery.» (El proyecto no prosperó; la sodomía siguió castigándose con la pena capital.) Otra norma que sancionó siendo Gobernador de Virginia castigaba con destierro y proscripción perpetua a la mujer blanca que yaciera con un negro o mulato.

<sup>126</sup>. ¿Cómo desconocer que va a mediar casi un siglo entre la Declaración de Independencia de 1776 —proclamada por el Segundo «Congreso Continental» (un documento privado, mera propaganda a favor de unos rebeldes alzados en armas contra la Corona británica)— y la abolición de la esclavitud en USA en 1865?

En 1790, al realizarse el primer censo de la población de la nueva República, el único de los 13 estados que había abolido la esclavitud era el de Massachusetts. El número de esclavos era entonces de 697.897, sobre una población total de 3.893.635 —o sea, aproximadamente el 18%. En Carolina del Sur el porcentaje era del 43%. (V. Jeffrey B. Russell, «Christianity and Black Slavery», *Christian Research Journal*, vol. 36/1, 2013.)

La abolición de 1865 no será una consecuencia del rimbombante texto de 1776, sino, más bien, de un renovado brío del jusnaturalismo en el segundo tercio del siglo XIX, que impulsó el movimiento emancipatorio antiesclavista. (V. Justin Buckley Dyer, *Natural Law and the Antislavery Constitutional Tradition*, Cambridge U.P., 2014, ISBN 9781107454354.) Su influencia acabará repercutiendo en el triunfo electoral de Lincoln en 1860; sin embargo, eso por sí solo no implicaba en absoluto el fin de la esclavitud, que será, un quinquenio después, el inevitable resultado de la derrota de la secesión de *Dixie*, por una concatenación de acontecimientos que van a permitir a los republicanos radicales obtener mayoría en el congreso durante unos poquitos años (los primeros y casi los últimos en que va a tener un cariz progresista la política legislativa norteamericana). Los republicanos radicales eran sensibles a la oleada de ideas emancipadoras suscitada, a ambos lados del Atlántico, por la segunda revolución francesa, la de 1848.

Pero la emancipación de 1865 dejó a los negros en un estatuto de parias, una casta inferior. Tendrán que esperar a la 14ª enmienda (1868) para obtener la ciudadanía estadounidense y dos años más para que, por fin, la 15ª enmienda les otorgue el derecho de voto. Eso sobre el papel del texto constitucional. En los estados meridionales la legislación discriminatoria y segregacionista persistirá todavía cien años más hasta la presidencia de Lyndon Johnson.

mente la ingenua dicotomía de un viejo jusnaturalismo escolástico hostil a los derechos humanos frente a un jusnaturalismo antiescolástico fautor de esos derechos (y que sería dizque casi precursor del juspositivismo decimonónico).

¿Cuál ha sido la aportación juspositivista? En el siglo XIX español, si seguimos los debates entre el liberalismo doctrinario y el naciente pensamiento republicano y democrático, comprobamos textualmente que para los adeptos del primero los derechos individuales han de fundarse exclusivamente en la ley, careciendo de título alguno supralegislativo, al paso que los demócratas opinan lo contrario —considerándolos derechos naturales del hombre— (y por eso en las Cortes Constituyentes de 1869 los declararon ilegales).

Para cerrar este apartado (dicho sea con toda mi infinita estima hacia el insigne jusfilósofo austríaco), en lo tocante a la presunta aportación de Kelsen a la fundamentación de los derechos humanos, son sus propios textos los que acreditan mi punto de vista.<sup>127</sup> Así en el ya citado *Compendio de teoría general del Estado* (*loc.cit.*, p. 165) se pronuncia, tajante y categóricamente, contra las garantías de libertades individuales contenidas en algunas constituciones (no ya de derechos de bienestar, lo cual ni siquiera se le ocurre), afirmando que, como mínimo, son superfluas. Y reconoce más de una vez que la pretensión de constitucionalizar tales libertades viene del jusnaturalismo.<sup>128</sup>

## §16.— ¿CABE FUNDAR LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CONSIDERACIONES MORALES?

No se me oculta la probable objeción de que yo llamo «derecho natural» a lo que otros llaman «moral». Yo sostengo que a esos soberanos absolutos cabe exi-

<sup>127</sup>. «The [Kelsenian] distinction between positive and negative legislator rests on the absence, within the constitutional law, of enforceable rights. Kelsen equated rights with (open-ended) natural law and thought that, through the process of discovering and enforcing rights, a CC [Constitutional Court] would inevitably obliterate the distinction between negative and positive legislator. Today Kelsen's warning is usually politely ignored», Alec Stone Sweet, «Constitutional Courts», en Michael Rosenfeld & Andrés Jajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., 2012, ISBN 9780191640179, pp. 816-830; la cita es de la p. 819.

<sup>128</sup>. Aunque huelga decir que el autor de esta Tesis se adhiere al jusnaturalismo, prefiere las denominaciones de «naturalismo jurídico» y de «esencialismo jurídico». La primera tiene la ventaja de reflejar una de sus proposiciones: que la normatividad de los sistemas humanos es un caso particular de la normatividad en las sociedades animales (además de que nuestra sociedad no es exclusivamente humana sino interespecífica, habiendo de reconocer ciertos derechos a sus miembros no-humanos); asimismo refleja mi punto de vista de que la doctrina filosófica que profeso trata de adecuarse a la naturaleza del derecho (guardando un parentesco con la escuela de la *Natur der Sache*). La segunda denominación refleja más exactamente mi visión del derecho como un tipo especial de entidad cultural con una esencia, sin la cual lo que se tendría sería un conglomerado de reglas o mandamientos de dudosa viabilidad mas no un sistema jurídico. (V. al respecto mi ensayo «Entidades culturales», en *El mobiliario del mundo: Ensayos sobre ontología y metafísica*, comp. por Guillermo Hurtado & Óscar Nudler, México: UNAM, 2007, pp. 317-342, ISBN 9703237835.)

girlas que respeten los derechos humanos, porque son imperativos jurídico-naturales. Según el objetor, otros dirán lo mismo con otras palabras, aduciendo que su no reconocimiento es contrario a la moral.

Pero ¿de veras es cuestión de palabras? No lo creo. El ámbito de la moral es el de la conciencia subjetiva, el de las convicciones íntimas. Tiene cuatro características.

- La primera es que en la moral el criterio por el que hay que guiarse es justamente la aprehensión subjetiva. No digo con ello que en moral no quepa el razonamiento, pero la última palabra la tiene la convicción, eso que muchos denominan «intuición». Cada quien es dueño de tener unas u otras convicciones hondas e inextirpables, inmunes a cualquier razonamiento porque el razonamiento no puede desalojar dogmas y esas convicciones morales son dogmas que se profesan con fe.
- La segunda característica de la moral es que en ella la intención cuenta tanto como la acción (al menos para una amplísima gama de concepciones morales). Moralmente pueden ser censurables la avidez, el pensamiento lascivo, las ganas de robar, el ombliguismo o egocentrismo, la ausencia de sentimientos de compasión, etc.
- La tercera característica es que la moral también rige actos de la vida humana que no guardan relación (o muy tenue y muy distante) con el bien común. P.ej., moralmente pueden ser censurables la masturbación, la gula, la mentira (cualquier mentira), la ludopatía, la ingratitud, la altanería, el encerrarse en uno mismo en vez de hacer amigos y muchos otros comportamientos de escasa o nula relevancia social.
- La cuarta es que, incluso con respecto a la relación entre las conveniencias particulares y el bien común, la moral<sup>129</sup> es propensa a imponer prescripciones mucho más severas que el derecho natural, el cual se ciñe a determinar reglas legislativas conducentes al bien común y, a la vez, respetuosas de la libertad (sin la cual lo que se instituye es un sistema de opresión y no de bien común), al paso que la moral suele reclamar el altruismo e incluso el autosacrificio o el heroísmo.<sup>130</sup>

Al revés, el principio jurídico-natural del bien común se abstiene de someter

<sup>129</sup>. O al menos una amplia gama de concepciones morales, desde las de sesgo kantiano hasta las utilitaristas.

<sup>130</sup>. Puede objetárseme que esas exigencias más perentorias de la moral no son tales, sino meros ideales supererogatorios de perfección; consejos, que no preceptos. Bien, ¡sea!, cada cual escogerá su moral y, si lo desea, adoptará ese distingo. En general, sin embargo, quienes abrazan la *regla de oro* (o cualquier máxima similar) estiman que sí es moralmente preceptivo dar al prójimo lo que querríamos que él nos diera; albergarlo en nuestra casa si lo han desahuciado, igual que desearíamos que los demás nos albergaran a nosotros en tal adversidad. En cambio el derecho natural ni exige ni puede exigir tanta generosidad. Limitase a imponer la obligación de contribuir al bien común. Incumbirá a las autoridades dar una solución a tales infortunios gracias a las contribuciones legalmente instituidas que pesan sobre todos.

todos los actos de los individuos y los grupos al criterio de su adecuación ideal al bien común; en lugar de eso exige reglas legislativas —viables por ser prudencialmente exigibles— cuya vigencia sea conducente al bien común, sin someter a los individuos a constreñimientos excesivos o desmesurados y sin pretender imponerles ningún ideal de perfección. Son consideraciones en torno a las cuales cabe esperar consenso porque se razona a partir de premisas casi unánimemente aceptadas —o al menos tales que es fácil convencer a los demás, tratándose de requerimientos lógicos del bien común, como los principios de la lógica nomológica. Sin depender para nada de la íntima convicción ni de los dictados de la conciencia subjetiva, hay muy convincentes razonamientos que demuestran cuánto se lastima el bien común en una sociedad donde no hay libertad (una gran libertad, concretada en muchas y amplias libertades) o no hay bienestar (un bienestar generosamente repartido). Por deducción y por inducción se pueden ofrecer argumentos en ese sentido.

Así es como se ha ido produciendo, a trancas y barrancas, una paulatina convergencia hacia el reconocimiento de los derechos humanos en la evolución histórica de los últimos siglos (y antes en la trabajosísima y lenta preparación de los milenios anteriores, imperceptible como el movimiento de las agujas de un reloj). Desde luego ese reconocimiento es todavía mucho más nominal que real; pero ya ha sido un inmenso progreso conseguir: de un lado, ese consenso nominal casi-universal; y, del otro, pasos —pasitos, si se quiere— hacia el cumplimiento de los deberes estatales dimanantes de tal reconocimiento (que se van arrancando porque ahora puede aducirse también, en muchos casos, la positivación legislativa de tales derechos).

Por el contrario, en los terrenos de la moral no hay convergencia alguna. Unos piensan que son legítimos y a menudo loables el odio, la envidia, el deseo de venganza y el resentimiento; otros abominan de todo eso. Unos consideran que la homosexualidad es un vicio moral, mientras que para otros es indiferente y para algunos es una virtud. Ni un solo paso adelante hacia la convergencia, como tampoco en la cuestión de si la pintura de Tiziano es más bonita que la de Picasso o viceversa.

Cerraré este apartado aclarando que nada de lo que precede significa que, con respecto a la moral<sup>131</sup> continúe yo hoy abrazando el punto de vista anticognitivistista que había provisionalmente adoptado hace más de cuarenta años (y que ya por esas fechas empezaba a suscitarme dudas). Como adepto que soy de la axiología hartmanniana, creo en la existencia objetiva de los Valores y en su fuerza vinculante.<sup>132</sup> En el análisis de los juicios morales no sigo ni el emotivismo de Charles L. Stevenson,<sup>133</sup> ni el prescriptivismo de Richard M. Hare ni el no-cognitivismo de Ber-

---

<sup>131</sup>. Incluso a la moral subjetiva —la cual, siguiendo a Hegel, distingo de la ética objetiva.

<sup>132</sup>. Incluso, en definitiva, el imperativo de bien común es una reverberación de un Valor objetivo en las sociedades de seres dotados de voluntad (o incluso meramente dotados de percepción y apetencia).

<sup>133</sup>. V. el magnífico artículo de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, «Charles Leslie Stevenson», <http://plato.stanford.edu/entries/stevenson/>, cons. 2015-02-25.

trand Russell<sup>134</sup> (que había sido aquel que me influyó durante unos años en la década de los setenta).<sup>135</sup>

Pero lo que sí creo es que: (1) aunque los juicios morales son verdaderos o falsos, es difícilísimo probar su verdad o su falsedad; (2) una de las verdades morales es que sólo son vinculantes para un individuo en la medida en que él es consciente de tal verdad, siendo moralmente mejor que el individuo actúe según los dictados de su conciencia —por equivocados que sean— que según imperativos objetivamente correctos. De ahí que la moral no pueda fundar ninguna reclamación en el ámbito jurídico.

---

## §17.— 48 PROPOSICIONES

Las 48 proposiciones que enuncio a continuación sintetizan lo propuesto en los nueve capítulos de esta Tesis Doctoral, constituyendo así las conclusiones finales de la misma.

- 1ª. Es imposible un sistema normativo en el cual tenga vigencia una prohibición general de prohibir, o sea una obligatoria licitud de todas las conductas.
- 2ª. Es imposible un canon de máxima libertad. Cualquier sistema de libertades las tiene que regular como limitadas entre sí y por otros derechos.
- 3ª. Es posible y justo que el valor de la libertad no quede subordinado a ningún otro (o sea que no haya una prelación lineal entre los valores jurídicos en la cual otros pasen por delante de la libertad).
- 4ª. No hay lagunas jurídicas. Obligatoriamente ha de presumirse libre cualquier conducta tal que no se demuestre su prohibición.
- 5ª. El nexo entre deberes y derechos es un vínculo lógico.
- 6ª. No existen varios tipos de derechos, fuertes y débiles, internos y externos, derechos en sentido propio e impropio (meras permisiones o licitudes). Es un derecho todo aquello cuya negación no es obligatoria.

---

<sup>134</sup>. V. el artículo —excelente como todos los de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*— «Russell's Moral Philosophy», <http://plato.stanford.edu/entries/russell-moral/>, cons. 2015-02-25.

<sup>135</sup>. Los autores que cito como representantes de no-cognitivismo moral son, en cierto sentido, clásicos. El no-cognitivismo no se ha quedado estancado en sus posturas, pero desbordaría completamente los propósitos del autor de esta Tesis Doctoral ir en pos de las actualizaciones de tal enfoque. (V. Guillermo Lariguet, «La presencia de la subjetividad en la metaética contemporánea», *Prometeica: Revista de filosofía y ciencias*, Nº 2, 2010, repr. en <http://www.prometeica.com/ojs/index.php/prometeica/article/view/67/67>, cons. 2015-03-06.)

- 
- 7°. Cualquier conducta es tal que, o bien es ilícita, o bien está prohibido impedir-la, por acción u omisión.
- 8ª. Es titular de aquel derecho cuyo contenido es un determinado hecho la persona a la cual en ese hecho corresponde el papel de agente.
- 9ª. Los derechos de libertad tienen como contenido o *dictum* un comportamiento sometido a la condición de que el agente quiera realizarlo.
- 10ª. Es ilícito causar un efecto ilícito.
- 11ª. La ausencia de alguno de los axiomas de la lógica nomológica en un ordenamiento lo invalida como ordenamiento jurídico.
- 12ª. Es inválida e inaplicable al derecho y a cualquier sistema normativo la lógica deontica estándar, o sea aquella que considera que las consecuencias lógicas de conductas obligatorias son también obligatorias.
- 13ª. En particular son inválidos para una lógica de las normas los dos principios de distribución deontica, a saber: «Si y sólo si es lícito A o es lícito B, es lícito A-o-B» y «Si y sólo si es obligatorio A y es obligatorio B, es obligatorio A-y-B».
- 14ª. Las normas son situaciones normativas. Una situación normativa es el estado de cosas resultante de venir afectado otro estado de cosas por un operador deontico: prohibición, obligación, licitud.
- 15ª. Si dos conductas son ambas lícitas, también lo es la conyunción de ambas. (*Quicquid licet singillatim licet conjunctim.*)
- 16ª. Lo lícito es lícitamente lícito.
- 17ª. Lo obligatorio es lícitamente obligatorio.
- 18ª. Es preceptivo que cualquier conducta obligatoria sea lícita.
- 19ª. Si es obligatorio que, en la medida en que se realice un supuesto de hecho, se siga una consecuencia, entonces, en la medida en que se realice ese supuesto de hecho, será preceptiva esa consecuencia.
- 20ª. Si es lícito que, en la medida en que se realice un supuesto de hecho, se siga una consecuencia, entonces, en la medida en que se realice ese supuesto de hecho, será lícita esa consecuencia.
- 21ª. Sólo hechos contingentes pueden ser obligatorios o prohibidos.

- 
- 22<sup>a</sup>. Hay válidos nexos de deducibilidad de hechos a situaciones jurídicas y de situaciones jurídicas a hechos. El ser no está divorciado del deber-ser.
- 23<sup>a</sup>. Es insostenible la propuesta aislacionista consistente en que en los deberes condicionales o implicativos el operador deóntico sólo esté afectando a la apódosis.
- 24<sup>a</sup>. Uno de los derechos esenciales del ser humano es el de vivir en una sociedad conyugal, en una pareja unida para compartir la vida y ayudarse recíprocamente en todas sus facetas, incluida la mutua satisfacción erótica.
- 25<sup>a</sup>. El derecho a la vida conyugal tiene una doble faceta de derecho de libertad y derecho de bienestar, por lo cual exige ciertas prestaciones y un reconocimiento y tutela de los poderes públicos.
- 26<sup>a</sup>. Como caso particular que es del derecho de asociación, el derecho a la vida conyugal acarrea el derecho a entrar libremente en la sociedad conyugal y a no ser injustamente expulsado de ella.
- 27<sup>a</sup>. En nuestra sociedad pluralista, una adecuada regulación legislativa del derecho a la vida conyugal exigiría la tipificación de varios contratos de convivencia con un escalonamiento de deberes y correspondientes derechos mutuos, tanto en intensidad cuanto en duración, grado de compromiso y consecuencias jurídicamente reconocidas.
- 28<sup>a</sup>. Es totalmente insatisfactorio el tratamiento del derecho a la vida conyugal en la legislación española y en otras porque no otorga reconocimiento de personalidad jurídica a la sociedad matrimonial ni la tutela ni apenas le concede consecuencias jurídicas.
- 29<sup>a</sup>. Dentro de la tradición socialista destacan el socialismo de cátedra alemán, el fabianismo inglés y el solidarismo francés, que propusieron un ensanchamiento del ámbito de los servicios públicos y de la participación pública en la vida económica para satisfacer los derechos de bienestar de los miembros de la sociedad.
- 30<sup>a</sup>. La satisfacción de los derechos de bienestar de todos requiere políticas legislativas inspiradas en esas corrientes de la tradición socialista y tendentes a alcanzar el bien común concretado en una creciente prosperidad económica y el justo reparto de sus beneficios. Tales metas se ven amenazadas por las doctrinas económicas en boga en los últimos siete u ocho lustros.
- 31<sup>a</sup>. La sociedad humana desde el final del paleolítico es una sociedad interespecífica en la que convivimos humanos y no-humanos.

- 
- 32<sup>a</sup>. Los no-humanos pertenecientes a la sociedad humana están en ella como subordinados y forzados. Tienen dos estatutos diferentes: domesticados y cautivos.
- 33<sup>a</sup>. A los no-humanos miembros de la sociedad humana debe reconocérseles una personalidad jurídica, con deberes (que les imponen sus dueños) y derechos correlativos, tutelables jurídicamente, legitimando para ello a asociaciones interesadas en su bienestar.
- 34<sup>a</sup>. Son irrealizables o serían dañinos los proyectos de abolición de la esclavitud animal o, en general, de liberación animal.
- 35<sup>a</sup>. El especismo es defendible, siendo la preferencia que cada especie se reconoce a sí misma y, en nuestro caso, la que los humanos nos reconocemos. Pero ha de venir jurídicamente disciplinada para cohonestarse con los derechos, aunque inferiores, de los no-humanos.
- 36<sup>a</sup>. El derecho es un sistema de normas que regula una sociedad para el bien común. Toda sociedad de animales superiores se rige por un sistema de normas, encomendando a uno o varios de sus miembros la competencia de administrar o incluso establecer tales normas. La única diferencia entre esos otros sistemas de normas y los de las sociedades humanas se derivan de las especificidades zoológicas del *homo sapiens*, principalmente el lenguaje de doble articulación.
- 37<sup>a</sup>. No sólo la sociedad en su conjunto sino también las sociedades en plural, las asociaciones de cualquier tipo, tienen su ordenamiento normativo interno al cual son aplicables los principios de la lógica nomológica.
- 38<sup>a</sup>. La afirmación de unos derechos universales y fundamentales del ser humano, válidos de suyo independientemente de que hayan sido o no admitidos por el legislador, es una emanación de las doctrinas del derecho natural en su estadio avanzado (el de la Ilustración) y su reconocimiento en las constituciones y en documentos internacionales a lo largo del siglo XX ha seguido determinado por la influencia de corrientes doctrinales jusnaturalistas.
- 39<sup>a</sup>. Sin el reconocimiento de que existen situaciones jurídicas supraconstitucionales y supralegislativas cuya vigencia emana de la esencia misma del derecho es imposible fundamentar jurídicamente los derechos humanos, o sea alegar que son violados allí donde la legislación no los ha reconocido.
- 40<sup>a</sup>. Los derechos humanos son particularizaciones del derecho de cada miembro de la familia humana a participar en el bien común de la sociedad, correlativo al deber de contribuir al mismo.

- 
- 41<sup>a</sup>. La tabla de derechos humanos de la Declaración Universal de 1948 y otros documentos posteriores sólo valen como imperfectas aproximaciones incumbiendo a las futuras generaciones mejorar esos catálogos añadiendo, quitando y afinando.
- 42<sup>a</sup>. No está demostrada la aportación doctrinal del juspositivismo al reconocimiento universal de los derechos humanos, a salvo de las meritorias aportaciones individuales o grupales de juristas de esa obediencia.
- 43<sup>a</sup>. Adoptar una fundamentación jusnaturalista de los derechos humanos no implica para nada propugnar que sea preceptivo vivir según la naturaleza en el sentido de abrazar patrones vitales no determinados por la evolución cultural.
- 44<sup>a</sup>. En la elaboración de sistemas de lógica deóntica el método adecuado, y efectivamente seguido en la praxis investigativa, es el abductivo, no sólo heurística sino también justificativamente: se inventan axiomas o reglas de inferencia que sirven para, a partir de unas premisas dadas, obtener las consecuencias deseables, evitando las indeseables.
- 45<sup>a</sup>. Para aplicar correctamente el método abductivo en la selección de reglas de inferencia y axiomas lógico-deónticos el filtro principal es la adecuación a la consecución del bien común, sin desdeñar otros constreñimientos: fecundidad, elegancia y verosimilitud.
- 46<sup>a</sup>. Todo ser humano es titular de un doble derecho de: (1) radicación permanente en el territorio que escoja; y (2), tras cumplir una serie de requisitos que impliquen un serio compromiso de incorporación a la población de su país de adopción, naturalizarse en el mismo con todos los derechos.
- 47<sup>a</sup>. Correlativamente la población del país al que un individuo decida incorporarse tiene no sólo la obligación de permitirselo y concederle la libertad de buscarse la vida en el país de adopción, sino también, una vez cumplidas las condiciones y transcurridos los plazos prudenciales de radicación, acogerlo en la comunidad nacional con todos los derechos de un nacional.
- 48<sup>a</sup>. Al acceder a un país extranjero, el recién llegado sigue siendo titular de todos los derechos humanos, tanto los de libertad cuanto los de bienestar, pero no está todavía autorizado a ejercitar éstos últimos con relación a la comunidad a la que acaba de agregarse, sino que podrá reclamárselos sólo cuando se haya consolidado su incorporación cumpliendo unas condiciones razonables de conducta meritoria y permaneciendo en el nuevo territorio un lapso de tiempo suficiente que demuestre su voluntad de naturalización.



