

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Un inesperado iusnaturalista

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

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

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

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

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

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

2. Fundamento metafísico y antropológico

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

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

3. Una sociedad de animales

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

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

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

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

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

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

4. ¿Iusnaturalismo racionalista?

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

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

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

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

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

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

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

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

5. La creencia en el sistema

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Derecho natural y moral

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

⁶ Entre otros trabajos propios al respecto.

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

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

7. Justicia y bien común

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. ¿Iusnaturalismo aditivo o sustractivo?

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

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

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

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

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

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

9. Esencia y existencia en el derecho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* * *

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

Bibliografía

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