

Visión lógica del derecho: Una defensa del racionalismo jurídico

Lorenzo Peña y Gonzalo

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

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

manuel.atienza@ua.es

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

Comentario a un libro singular

1.

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

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

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

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

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

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

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

2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.

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

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

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

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

4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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