

Prólogo

Siempre ha sido difícil abrazar puntos de vista que se opongan a los paradigmas comúnmente adoptados. Arriésgase quien lo hace a que su aportación venga ninguneada. La ley del menor esfuerzo nos empuja a no discrepar de la mayoría de quienes nos rodean, más aún cuando se trata de una mayoría rayana en la unanimidad.

El presente ensayo asume ese desafío de remar contra la corriente; no en esto o en aquello, sino prácticamente en todo. En un ambiente doctrinal y académico donde se cuentan con los dedos de una mano quienes no se adhieren al positivismo jurídico, profesa esta obra la existencia de un derecho natural.

A la vez, concibe ese derecho natural como diferente de la moral y separado de ella, cuando —como sucedáneo del jusnaturalismo, hoy desdeñado— pululan las tendencias jusmoralistas, aquellas que sienten malestar ante un derecho positivo a palo seco, buscándole un complemento anímico en la moral, sin por ello dejar de ubicarse dentro del positivismo (o del pospositivismo, que seguramente no deja de ser un positivismo afinado).

Por otro lado, el jusnaturalismo 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—, sin por ello renunciar al más amplio legado de la *philosophia perennis*, a la cual

tiende a remitirse la mayoría de los poco abundantes nostálgicos del jusnaturalismo que todavía no se han rendido.

Plásmase esa raigambre leibniziana en un estrechísimo entronque del derecho natural con la lógica nomológica (una cuasi-identidad entre ambos), lo cual constituye otra singularidad, acentuada porque la lógica escogida no es la aristotélica —ni la lógica llamada «clásica», que desarrollaron Frege y Russell, preservando los supuestos lógicos esenciales de Aristóteles—, sino una lógica gradualista y contradictorial, una lógica de los grados de verdad (que, en lo normativo, se traduce en una lógica de los grados de licitud). No es que sea el autor de este trabajo el único filósofo del derecho que haya optado por una lógica difusa, pero ningún otro ha desarrollado esa opción con dedicación, minuciosidad y espíritu de consecuencia (tal vez porque ningún otro tiene una trayectoria académica de lógico antes de ser filósofo del derecho).

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. La discrepancia revela un desacuerdo sobre los fines del ordenamiento jurídico y de las instituciones políticas: para unos, trátase de arbitrar las desavenencias entre los ciudadanos desde la imparcialidad; para mí, la meta es el bien común, con la doble consecuencia de que cada cual habrá de contribuir a ese bien común y, en contrapartida, participará del mismo mediante el disfrute de los derechos de libertad y de los de bienestar, sin que haya primacía de los unos sobre los otros —mas pudiendo producirse antinomias—. En relación con ello, la justificación del poder político estriba en su servicio al bien común.

Sostengo, pues, que el axioma jurídico-natural del bien común es el fundamento de los dos mencionados conjuntos de derechos humanos¹. Al exponer esa fundamentación y las antinomias a que da lugar, me veo obligado a entrar en la cuestión del rango de la libertad en el plexo de

¹ Por motivos que no abordaré en este estudio, soy escéptico sobre la existencia de derechos humanos que no pertenezcan a ninguna de esas dos clases, esos llamados de tercera o de cuarta generación.

los derechos humanos y, más en concreto, de qué libertad se trata, en qué libertades específicas se plasma. Así pues, a diferencia de tantas invocaciones de la libertad en términos abstractos (en los círculos de las filosofías políticas liberales y libertarias, hoy prevalentes), este ensayo se moja, comprometiéndose al enumerar una serie de libertades de las cuales no disfrutamos en nuestros ordenamientos jurídicos, pero cuya denegación merma el bien común. Algunas de esas libertades son reclamaciones de un sector minoritario de la doctrina jurídica y de la conciencia pública, pero otras no parece que nadie más las haya reivindicado.

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.

* * *

Se ha escrito la presente obra en tres etapas sucesivas. Compúsose en la fase inicial una versión preliminar de la Parte I, integrada en mi tesis doctoral jurídica *IDEA IURIS LOGICA* (sustentada en la Universidad Autónoma de Madrid el martes 16 de junio de 2015). A lo largo de un dilatado período (entrecortado por múltiples tareas) se fue redactando posteriormente un borrador de lo que es ahora la Parte II; tratábase de dialogar con mis colegas e interlocutores tomando en consideración sus observaciones; al hacerlo, íbanse perfilando y aclarando las tesis enunciadas en la Parte I. El tercer estadio ha sido el de una honda reelaboración de conjunto, habiendo releído cada capítulo para colmar brechas, no solo introduciendo rectificaciones —donde fuera menester—, sino igualmente explicaciones y, en general, sistematizando un trabajo de síntesis doctrinal.

No se le escapa al autor que la obra es un producto de singular hechura (otra particularidad adicional de este texto). La Parte I empezó siendo un compendio de tesis sustentadas en nueve publicaciones sobre diversos temas de filosofía jurídica; en absoluto le hace eso perder su unidad temática, tratándose de un trabajo jusfilosófico. Precisamente por servir de síntesis sistemática de una pluralidad de cuestiones se logra proponer una filosofía jurídica —a la manera de un *tractatus brevis*, con una visión de conjunto (al fin y al cabo, la filosofía jurídica es filosofía).

La Parte II —cuya génesis ya he bosquejado— se perfila como una secuencia de *cuestiones disputadas* en torno a varios manojos de *dificultades*, cada una seguida de la *solución* que yo propongo². Casi todas ellas me las han formulado mis interlocutores —a quienes se las debo y agradezco, aunque las haya enunciado yo con frases distintas, en aras de la claridad y unidad sistemática—. Lejos de que estén prefabricadas para propiciar o legitimar las soluciones respectivas, lo contrario es verdad: he querido respetar siempre, si no la letra, al menos el espíritu de los reparos que se me han dirigido, de suerte que son las soluciones las que —a la atenta escucha de sendas dificultades, tomadas muy en serio— han venido a completar, aclarar y matizar los asertos de la Parte I³.

* * *

En su ulterior radicalización, algunos o muchos adeptos del positivismo jurídico están ya incluso arrinconando la propia locución de «filosofía del derecho», cuya connotación recuerda al denostado dere-

² Esa confección literaria, a modo de disputación, pertenece a la tradición de la *philosophia perennis* —de cuyo precioso legado se ha beneficiado el autor—. Solo que, en lugar del estilo erístico de objeción y respuesta, he preferido una terminología —más idónea para el diálogo— de dificultades y soluciones.

Un lector habituado a los estilos usuales de la monografía académica puede mirar con ceño la disputación escolástica, considerándola obsoleta. Por mi parte, lejos de avergonzarme de lo que debo a mis lejanos maestros —como Duns Escoto, Francisco de Vitoria o Francisco Suárez (cuya sutileza aspiraría yo a emular)—, tomo como un halago que se compare esa parte de mi obra a la de los doctores escolásticos. Sin embargo no es menester remontarse a ellos. En la filosofía analítica es usual ese modo de presentación. Muchos *papers* dedican su última sección a una discusión de las objeciones —las unas ya dirigidas efectivamente a versiones precedentes del texto, las otras anticipadas por el autor.

Ese modelo estilístico (el tradicional de la *disputatio* y el analítico de la secuencia de objeciones y respuestas) lo juzgo superior al adoptado en las monografías de teoría del derecho, en el cual se desdibuja la delimitación entre las proclamas de los interlocutores, fundidas en un flujo discursivo sin cesuras. Es mejor que la enunciación de la dificultad venga deslindada de la solución, cual corresponde a una interlocución razonada, a la busca conjunta de la verdad a través del intercambio de ideas.

³ Huelga decir que algunas de esas dificultades se analizan con mucho mayor detalle que otras, por razones obvias.

cho natural⁴. Prefiérese ahora, en su lugar, construir una «Teoría del derecho»⁵.

Tales construcciones suelen ser elaboraciones formales, en el sentido de ser neutras con relación al contenido del derecho. Tienden a abordar tan solo aspectos estructurales —como la jerarquía de normas, las nociones abstractas de validez, vigencia, eficacia, edicción, abrogación y otras afines—. Más audaces —y menos constreñidos por ese prurito formalista—, algunos pospositivistas se adentran en temas como la racionalidad legislativa y los valores jurídicos.

En la producción académica del área de la filosofía jurídica hispana viene a darse casi un aire de familia que se plasma en el género de monografías y de artículos que se publican. Trátase a menudo de tomar prolijamente un punto muy concreto, dándole vueltas, trayendo a colación lo que arguyen Fulano, Mengano y Zutano —preferiblemen-

⁴ Me pregunto cuántos textos nuevos se publican con un título como «Filosofía del derecho». Buscando en Google Books libros en cuyo título figure la locución «derecho natural», aparecen varios dedicados a estudiar la teoría del derecho natural en célebres filósofos jurídicos del pasado. Fuera de eso, solo libros de hace varios decenios, apuntes de clase para la asignatura que todavía entonces se impartía en varias universidades españolas que aún se regían por el plan de 1953 (el cual quedó definitivamente extinto en los primeros años del siglo XXI).

Pero es que, en el mismo sitio, los libros en cuyo título figura el sintagma «filosofía del derecho» también tienden a ser, o bien de orientación histórica, o, si no, antiguos, exceptuando poquísimos —como un texto de la UNED (de 2015) y alguno que otro publicado en México u otro país hispanoamericano.

Por el contrario, introduciendo la ristra «teoría del derecho» hallamos una muchedumbre, abundando las publicaciones recientes (las del siglo XXI). (Ni una sola con carácter histórico, del estilo «La teoría del derecho de Burlamaqui»; se ve que hasta las postrimerías del siglo XX nadie propuso una teoría del derecho; a menos que —forzando los conceptos y jugando con las palabras— se quiera embutir ahí la teoría general del derecho y del Estado de Hans Kelsen o su teoría pura del derecho).

Como curiosidad cabe citar el libro *Concepto y teoría del Derecho: Estudio de metafísica jurídica* de Adolfo Bonilla y San Martín, 1897. El subtítulo dice a las claras que eso nada tiene que ver con la teoría positivista del derecho que hoy se profesa.

⁵ No ignoro que la nomenclatura viene impuesta por los planes de estudios, en cuyo diseño los profesores del área de filosofía jurídica han tenido que plegarse al sentir de sus colegas juristas (casi todos ellos positivistas hasta la médula de los huesos). Sin embargo, la tendencia antifilosófica reinante ha producido un síndrome de Estocolmo.

te cuando son textos aparecidos muy recientemente—⁶, hasta causar a veces en el lector una sensación de *déjà vu* y de saciedad ante lo que semeja ser una serie de filigranas o devaneos nugatorios⁷.

En ese ambiente va a resultar extraña una obra que abraza un plan sistemático, en el cual vienen abarcados temas diversos, cada uno de los cuales podría prestarse a una monografía exhaustiva del aludido tenor. Más aún cuando la obra no se ciñe a una contemplación estructural del derecho, sino que entra en su contenido⁸.

En rigor el positivista nada tiene que decir sobre el contenido jurídico —el cual, en su opinión, incumbe exclusivamente al legislador—. Piensa, en cambio, el jusnaturalista que, habiendo normas jurídicamente vigentes que no emanan de la edicción legislativa, han de examinarse los aspectos concretos en los que, o bien efectivamente se plasman en normas legisladas, o bien entran en contradicción con ellas.

Así, cualquier jusnaturalista reconocerá hoy que el derecho natural contiene una vigencia de los derechos fundamentales o naturales del hombre⁹. Para el positivista la cuestión de los derechos humanos es material, cayendo fuera del ámbito de la teoría del derecho.

Se asombrará, pues, un positivista de que —a pocas páginas de distancia— se afronten, en un mismo texto, cuestiones a su modo de

⁶ Y —en genuflexión ante los dictados de la gestocracia— sobre todo publicaciones indexadas en el cuartil superior de una escala diseñada por la bibliometría dominante. Además de eso, las múltiples referencias cruzadas despiden un aroma de endogamia intelectual.

⁷ Cada argumento a favor de un aserto se enfrenta a un número de dificultades, a cada una de las cuales se pueden oponer múltiples objeciones, cada una de las cuales, a su vez, presta el flanco a reparos, y así sucesivamente al infinito.

⁸ Violando así los cánones formales del positivismo metodológico —que tanto recuerdan a las viejas reglas dramáticas de la triple unidad.

⁹ Evidentemente subsisten —o, hasta un tiempo reciente, han subsistido— los paleotomistas, que oponían derecho natural (entendido según la tradición aristotélico-escolástica) y derechos del hombre. El portaestandarte de esa corriente fue Michel Villey (v. *Philosophie du droit. II. Les moyens du droit*, París: Dalloz, 1984, 2.^a ed.). En España un ilustre abanderado de las mismas ideas fue el difunto profesor Álvaro d'Ors. Según tendré ocasión de decirlo en esta obra, no creo que haya corte alguno entre el derecho natural de esa tradición escolástica y el de la Ilustración, de Grocio a Burlamaqui y Diderot. En Vitoria, Suárez y Mariana hallamos una tematización de los derechos del hombre —por más que difiera de aquella que nos ha conducido a abarazar la experiencia jurídico-política.

ver no ya dispares, sino independientes, como lo serían la de los derechos humanos y la de las lagunas jurídicas.

Para el jusnaturalismo hay un nexo íntimo entre ambos temas (como lo pensaron los jusnaturalistas revolucionarios franceses, aseverándolo expresamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789, que niega las lagunas en virtud del derecho natural a la libertad).

De ahí el marcado contraste entre la obra que tiene en sus manos el lector y la producción académica usual en la filosofía jurídica hispana. Contraste en el fondo y en la forma. Y es que a otro fondo corresponde otra forma.

* * *

La obra así producida es un texto de filosofía del derecho. Por lo tanto, es, sustantivamente, un trabajo filosófico. Una sustantividad que viene, no obstante, afectada por su cualidad inherente de ser filosofía *del derecho*, por lo cual se construye labrando materiales jurídicos: principios y textos legislativos, cánones jurisprudenciales, valoraciones y reglas constitucionales así como máximas de política legislativa¹⁰.

Llévanse a cabo el acopio y el examen de tales materiales desde el prisma del racionalismo jurídico, de la construcción de una lógica del derecho con una doble pretensión: descriptiva y prescriptiva. Me he ahorrado, en cambio, entrar en polémicas con las ideas de los demás filósofos del derecho —sean de nuestro propio ámbito lingüístico o de otros—. Puntualmente vienen citados Zagrebelsky, Raz, Alexy, Bobbio y Dworkin; hay bastantes referencias a Hart y a Fuller; mas es Kelsen el único autor del siglo xx en cuya compañía se camina luengo trecho, a pesar de estar doctrinalmente en las antípodas. (Hago una excepción con las aportaciones lógico-deónticas de Alchourrón y Bulygin, a las cuales consagro el Anejo n.º 2 del capítulo VIII. En buena medida,

¹⁰ Puesto que cada autor es él y su circunstancia, los problemas jurídicos aducidos pertenecen más a los ámbitos hispano y francés que a los anglosajones, que no están ausentes. Hay también ejemplos históricos, porque el derecho de hoy no existe sin su historia, igual que cada uno de nosotros no es nada sin su pasado.

todo ese capítulo constituye una polémica con la versión más radical del positivismo jurídico vinculada a la lógica deóntica).

Respetando el trabajo de quienes se enfrascan en tales controversias, yo he optado por seguir otra senda: la de una construcción sistemática de problemas jurídicos de nuestro tiempo, que —sin ignorar esas aportaciones contemporáneas (ni rehuir un ocasional cara a cara)— aspira a proponer un tratamiento enraizado en la tradición jusnaturalista, no buscando la confrontación con planteamientos alternativos (salvo de soslayo, al ofrecer soluciones a las alegadas dificultades).

En suma, la mayor originalidad de la obra que someto a la consideración del lector estriba en su honda raigambre en la tradición intelectualista y racionalista, la de Tomás de Aquino, Vitoria, Grocio, Leibniz y Wolff —entre otras luminarias—, pero de cara a inquietudes e interrogaciones jurídicas de nuestros días, con los instrumentos de formalización lógica que nos han suministrado las ciencias exactas de nuestro tiempo y con el auxilio de los métodos de razonamiento y análisis lingüístico-conceptual de la filosofía analítica del siglo xx.

Espero haber presentado todos mis asertos con comedimiento y con respeto a las tesis criticadas, con serenidad y con prudencia; sobre todo, basándolos en razonamientos.

* * *

Dedico mi libro a la grata memoria de quien dirigió mi primera tesis doctoral, el profesor Paul Gochet, de la Universidad de Lieja, la que fue mi *Alma Mater* durante el cuatrienio 1975-79, en medio de mi largo exilio. Sin sus lecciones de lógica matemática y de filosofía de la lógica y del lenguaje —en la Facultad de Filosofía junto a la Plaza del 20 de agosto, a orillas del Mosa— no hubieran tomado cuerpo las ideas que, dos decenios después, alumbrarán la filosofía jurídica que, tras muchas reelaboraciones, viene finalmente pergeñada en el presente ensayo.