

NOTAS

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.

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. Sólo que, en lugar del estilo erístico de *objección 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 sutiliza 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 prolocuciones 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.

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, sólo 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.

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 dramatúrgicas 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, 2ª 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.
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.
11. Max Weber, *Sociología del derecho*, Comares, 2001, pp. 209-10.
12. Incluso en el mundo de habla francesa —donde también se ha impuesto arrolladoramente el juspositivismo— persiste una respetabilidad académica de la temática del Derecho Natural. Probablemente la causa es que (pese al revisionismo histórico inaugurado por François Furet) en el país vecino no se ha eliminado el tropismo de la Revolución Francesa como cuna de las instituciones de la República y de los derechos del hombre. En la medida en que la Declaración de 1789 está incorporada a la Constitución de la República Francesa, siendo, como es, inseparable tal Declaración —y todo el legado revolucionario— de su matriz doctrinal, el *Droit naturel* de la Ilustración racionalista, por mucho que hoy prevalezcan las obediencias positivistas, nunca eclipsan del todo un larvado interés por el Derecho Natural —desde luego predominantemente histórico y referido al pasado, mas no sin alguna proyección para el presente.
Puedo citar los dos botones de muestra siguientes: Las Jornadas internacionales de historia del Derecho Natural y de los derechos del hombre organizadas en Grenoble del 27 al 30 de mayo de 2009 por la sociedad de historia del Derecho de la Universidad Pierre-Mendès-France, Grenoble II (sus actas se han publicado en el volumen *Droit naturel et droits de l'homme*, PUG, 2011, ISBN 9782706116391); y el coloquio internacional de la *Association Française des Historiens des Idées Politiques*, Poitiers, también en mayo de 2009, con el tema «Un dialogue juridique-politique: le droit naturel, le législateur et le juge», cuyas Actas se han publicado en las Presses Universitaires d'Aix-Marseille en 2010, ISBN 9782731407051.
Pensemos qué evoca en España la locución «la revolución española». La desmemoria histórica, el deliberado olvido de todo lo anterior a 1978, han acarreado que sea casi impensable tener un punto de referencia de la identidad colectiva como 1808 o 1868. El jusnaturalismo que inspiró aquellas dos revoluciones sólo interesa a algunos especialistas
13. Sobre la íntima afinidad entre el positivismo gnoseológico y el positivismo jurídico, v. (Peña, 2015a).
14. Un efecto de la partición es que en España, desde 1984, ha sido imposible lo que es común en el mundo anglosajón: profesar, a la vez, lógica y metafísica, o ética e historia de la filosofía —y, en general, cualesquiera combinaciones inter-áreas pues, en los concursos, ese salirse de los límites del área puede venir reprochado como demérito.
15. La Resolución vino publicada en el BOE el 10 de diciembre del mismo año.
16. O sea, tales que no aceptan que, en los ordenamientos modernos, los valores morales estén incorporados al contenido del Derecho.
17. V. *infra*, solución a la 2ª dificultad del capítulo III.

18. Repróchasele a Burlamaqui falta de originalidad, incluso plagio. Lo que sucede es que en un libro póstumo sobre principios del derecho político —editado por sus discípulos— se insertan amplios extractos de Jean Barbeyrac y de Samuel Pufendorf (tomados de los apuntes de sus clases magistrales). Ambos libros se juntarán después en uno titulado *Principios del Derecho Natural y político*. Sin embargo, Burlamaqui se distancia radicalmente de ambos predecesores, rechazando de plano su voluntarismo y su pesimismo, al abrazar, al revés, las ideas optimistas e intelectualistas de Leibniz. V. Petter Korkman, «Burlamaqui and Natural Law» (tomado de la introducción al libro de Burlamaqui *The Principles of Natural and Politic Law*, trad. por Thomas Nugent, ed. y comentarios de Peter Korkman, Indianapolis: Liberty Fund, 2006); disponible en <http://oll.libertyfund.org/pages/burlamaqui-and-natural-law>, acc. 2016-10-11.

19. El *Cours de droit naturel* del krausista Enrique Ahrens sale a la luz en 1838, alcanzando 24 ediciones en siete idiomas. Todavía mayor fue la difusión en el mundo universitario del *Cours de droit naturel* del catedrático Théodore Jouffroy, asimismo reeditado múltiples veces.

20. V. sobre todo este tema Palomar Maldonado, 2005.

21. V. <http://www.filosofia.org/mfa/far864a.htm>, acc. 2015-07-24.

22. Advirtamos, no obstante, que no se da sólo una ruptura parcial sino también una considerable dosis de continuidad entre la doctrina de Pío Nono y la de su sucesor en el solio pontificio.

23. Suena hoy extraño el aserto de que el tradicionalismo católico del período de los pontificados de Gregorio XVI y Pío IX, en su desdén por el Derecho Natural, profesaba un punto de vista rayano en un cierto positivismo jurídico; es el positivismo —eso sí—, no de la ley humana, sino de la divina. (Ese punto de vista seguirá siendo abrazado por el Partido Integrista —Partido Católico Nacional— fundado en 1888 por D. Ramón Nocedal y Romea, distanciándose del partido carlista oficial cuando éste asuma las nuevas orientaciones doctrinales de su santidad León XIII.)

Para aclararlo, repasemos los textos clásicos de la filosofía jurídica. En ellos siempre se distinguió, dentro de la ley divina, dos ramas: la ley natural (o Derecho natural) y la ley divina positiva.

Toda la ley natural es divina. Sin embargo, el sentido y el alcance de tal aserto difiere según las escuelas. Para los intelectualistas —como Santo Tomás y Leibniz— Dios ha promulgado esas leyes porque no podría no promulgarlas, ya que son dictados de la razón y necesariamente Dios regula el mundo que crea con vistas al bien. En cambio, para los voluntaristas —como Duns Escoto y Pufendorf— la fuente de la ley natural es la voluntad divina; igual que, según Descartes, Dios hubiera podido decidir otras verdades lógicas y matemáticas, para los voluntaristas Dios habría podido edictar una ley que mandara robar, matar o fornicar y prohibiera la benevolencia. (Los voluntaristas abordan el dilema de Eutifrón optando por la alternativa según la cual lo bueno es bueno porque Dios lo quiere y no al revés.)

Al margen de esa discusión (en la cual —hay que decirlo— el voluntarismo fue siempre muy minoritario), todos conceden que Dios también edicta unas leyes positivas. La diferencia entre las leyes divinas positivas y la ley natural es que ésta última nos es accesible por la luz natural de la razón, mientras que la ley divina positiva sólo la conocemos por la revelación sobrenatural. De la ley natural vemos la necesidad en virtud de una reflexión racional; la ley divina positiva se nos aparece como un *factum* bruto y sin porqué. Eso no significa que forzosamente sea arbitraria en sí (*quoad se*); pero, perteneciendo su motivación a los insondables designios de la Providencia —opacos a la luz de nuestra razón humana—, es arbitraria *quoad nos*. Así, son preceptos positivos los mandamientos de observar la cuaresma y holgar el domingo (el día del Señor); pero preceptos positivos divinos, no humanos.

No olvidemos que, en la Ilustración racionalista, un número significativo de autores admitieron la ley natural pero rechazaron la existencia de la ley divina positiva (que ya en Leibniz apenas juega papel alguno, tendiendo a evacuarse o diluirse). En ese grupo están todos los deístas, agnósticos y ateos que abrazan un Derecho natural sin connotaciones teológicas —entre ellos, todos los enciclopedistas, a quienes había precedido Grocio al proclamar que, así no existiera Dios, tendrían vigencia las normas jurídico-naturales, pues éstas no derivan su validez de la voluntad divina.

El jusnaturalismo decimonónico rechaza que el ordenamiento jurídico haya de someterse a los dictados de una ley divina positiva.

Cuando finalmente la tendencia predominante entre los católicos empiece a apartarse de ese excesivo énfasis en la ley divina positiva (que exigía la sumisión de las leyes humanas a la revelación sobrenatural), en la orilla de enfrente el jusnaturalismo vendrá suplantado por el positivismo jurídico, en un movimiento de desencuentro cruzado.

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

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

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

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

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

Dando un traspasé, Hegel coloca, empero, el Derecho, *abstrakte Recht*, como el primer momento y la moral como el segundo. Esa desubicación es un síntoma de que Hegel no sabe bien cómo habérselas con el Derecho. Su prodigiosa y apabullante erudición no parece abrazar una familiarización con la técnica jurídica ni un dominio profundo de las cuestiones nomológicas. Hegel nunca fue un jurista —como lo había sido Leibniz, p.ej.— ni parece haber consagrado al estudio del Derecho la pasión que desplegó en el de la matemática, la historia, el arte e incluso la ciencia natural de su época.

25. G.W.F.Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (1807), ed. por W. Bonsiepen & R. Heede, Hamburg 1980.

26. V. Liborio Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, 2003.

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

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

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

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

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

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

El verbo «inherir» pertenece a la jerga técnica de la tradición aristotélico-escolástica. Dícese en latín «accidentia inhærent substantiæ», con ese verbo «inhærerere» —que rige dativo—; podríamos laxamente traducirlo

como un «radicar en», «agarrarse a», «estar en». Sustantívase también la frase, diciéndose *substantia subjectum est inhæsiōnis*. (*Inhære* es un derivado de *hære*, que ya tiene un significado próximo de «hincarse en», «pegarse a»; el prefijo «in» refuerza ese nexo.) (En el lenguaje corriente del español no hemos heredado —salvo en las escuelas filosóficas— el verbo «inherir», pero sí «adherir», «adhesión» y «cohesión».)

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

31. V. Lorenzo Peña, *Rudimentos de lógica matemática*. Madrid: Editorial CSIC, 1991. ISBN 8400071565. Más técnica y detalladamente (aunque ciñéndome a algunos puntos) en «C₁-Compatible Transitive Extensions of System CT», *Logique et Analyse* (ISSN 0024-5836), N° 161-162-163 (1998), pp. 135-143.

32. Con su obra *De universi juris uno principio et fine uno*, Nápoles, 1720 y 1721.

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

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

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

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

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

El holismo de Quine no desprecia completamente una cierta dualidad entre enunciados analíticos y sintéticos (existiendo, reconocidamente —aunque el asunto encierra más complicaciones, en las que no cabe entrar aquí—, una estrecha solidaridad entre que sea analíticamente verdadero el enunciado «X implica Z» y la validez de la regla de inferencia: $X \vdash Z$). La tesis que propone Quine (a la cual se adhirió —y sigue adherido— el autor de estas páginas desde hace decenios) es que la diferencia es de grado, rigiéndose la adopción de nuestras teorías por un canon holístico: enfréntase la teoría, como un todo, a la experiencia para verse corroborada o falsada; sólo que, ante recalcitrantes experiencias que pongan en un aprieto a la teoría, no toda ella, cual compacta falange, es igualmente susceptible de venir sacrificada, sino, escalonadamente: primero los asertos periféricos y luego, por incisión en los círculos concéntricos, los componentes menos expuestos de la teoría hasta llegar a su núcleo duro, último en claudicar. La adopción de una concepción del mundo que sea un conjunto de axiomas y de reglas de inferencia se adopta como hipótesis, sometándose a la experiencia. Las confrontaciones llevan a rectificaciones localizadas.

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

Me quedo con el optimismo metafísico leibniziano.

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

Yo me alinee con quienes, desde el tomismo, han rechazado la nueva vía de John Finnis, Germain Grisez y Robert George, como lo hacen Russell Bittinger, Ralph McInerny, Henry Veatch y Anthony Lisska. V. Russell Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory*, University of Notre Dame P., 1987; Ralph McInerny, «The Principles of Natural Law», *American Journal of Jurisprudence*, 25 (1980), pp. 1-15; Henry Veatch, «Natural Law and the 'IS'-'OUGHT' Question: Queries to Finnis and Grisez», en *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy*, Washington, D.C.: The Catholic University of America P, 1990, pp. 293-311; Anthony J. Lisska, *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*, Oxford U. P., 1996. En general sobre este interesante debate, v. (Grant, 2004).

36. V. Lon Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964 (edición revisada), ISBN 9780300010701, pp. 33ss.

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

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

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

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

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

Estriba ésta en mi adhesión a lo que Quine llamó «economía ideológica», en su famoso artículo de 1951 «Ontology and Ideology», *Philosophical Studies* 2/1, pp. 11-15 (con una reelaboración más afinada 32 años después, en «Ontology and Ideology Revisited», *Journal of Philosophy*, 80/9, pp. 499-502). Quienes hayan seguido algo mi trayectoria filosófica en el período anterior al viraje jurídico conocen mi enorme apego a Quine, a pesar de que fui un discípulo disidente del gran filósofo norteamericano, flexibilizando su extensionalismo para reconciliarlo con el realismo modal y abandonando una de las premisas en que se basa su argumentación a favor de la indeterminación de la traducción, la relatividad ontológica y la inescrutabilidad de la referencia. Por el contrario he adoptado —y sigo adoptando— varias de sus tesis fundamentales, como la ontología conjuntista (si bien yo he preferido hablar de *cúmulos* más que de *conjuntos* para emanciparme de las axiomáticas estándar) y su disposición

a aceptar más entes a cambio de asumir menos conceptos. Dicho de otro modo: frente al machete de Occam, el machete de Quine. Occam nunca enunció la frase que se le suele atribuir, «*Entia non sunt multiplicanda præter necessitatem*», pero sí otra que, en la lectura usual, es equivalente: «*Non sunt ponenda pluria ubi pauciora sufficiunt*». Mas el *pluria* y el *pauciora* pueden entenderse de dos maneras: (1ª) más o menos entes; (2ª) más o menos distingos conceptuales.

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

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

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

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

43. V. Russ VerSteege, *Law in Ancient Egypt*, Carolina Academic Press, 2002. ISBN 978-0-89089-978-6.

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

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

46. David Lewis, *On the Plurality of Worlds*, Blackwell, 1986.

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

48. Son numerosas las prescripciones del Código Civil derogadas por la costumbre y, sobre todo (aunque no únicamente) por la jurisprudencia. P.ej. —y eso bien que lo deploro— el art. 1902 sobre la responsabilidad extracontractual; arrancando con una equivocada Sentencia del Tribunal Supremo de enero de 1936 —e imitando la deriva jurisprudencial que ya había empezado allende los Pirineos— se ha suprimido de la prótasis (supuesto de hecho) la condición de culpa o negligencia, lo cual, dígame lo que se diga, viene a significar que se asigna responsabilidad a quien causa un daño por caso fortuito o fuerza mayor, derogándose así los arts. 1105 y 1905

CC. (He criticado esa transmutación *contra legem* del art 1902 CC en lo tocante al ejercicio de la medicina en (Peña, 2016b); similares argumentos valen para los demás ámbitos.)

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

49. V. (Peña, 2006b).

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

51. V. André Martinet, *Eléments de linguistique générale*, París: Armand Colin, 1970.

52. En (Peña, 2015a) sigo la doctrina del institucionalismo de Santi Romano: «siempre que se tenga un organismo social de cualquier grado de complejidad, por ligera que sea, instáurase en su interior una disciplina, que contiene todo un ordenamiento de autoridades, poderes, normas, sanciones...», de suerte que ese sistema normativo interno es un ordenamiento jurídico al cual han de aplicarse también la lógica jurídica y el Derecho Natural. Lo sabe el autor de este libro, no sólo por reflexión intelectual, sino por práctica vital, toda vez que pasó años de su juventud sometido al sistema normativo de una organización clandestina que no participaba en las reglas de reconocimiento por las cuales muchos españoles estimaban jurídicamente vinculantes los mandamientos del régimen establecido.

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

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

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

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

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

el aditivo.

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

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

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

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

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

58. Fue doctor por la Universidad de Basilea en 1580 y después profesor de Griego y de Derecho así como Síndico, Rector y Vicecanciller de la Universidad de Marburgo y asesor del Tribunal de la Corte. A pesar de su fe protestante, fue ennoblecido por el Emperador en 1631, en plena guerra de los treinta años, siendo elevado a la dignidad de Consejero Imperial.

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

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

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

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

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

No ocurre así porque —según lo he analizado en diferentes trabajos de lógica deóntica (particularmente en (Peña, 2009c)— una cosa son los grados de obligatoriedad y otra los de realización de lo obligatorio; puede ser en altísima medida obligado realizar un poco cierta conducta y puede también ser un poco obligatorio —nada más que un poco— realizarla cabalmente.

Por otro lado, la lógica nomológica se originó justamente por el abandono de la regla de cierre lógico de la lógica deóntica estándar, o sea: la regla que estipula que las consecuencias lógicas de conductas obligatorias son también obligatorias. Si valiera tal regla, ciertamente de oA y $o\text{---}A$ se seguiría oB , para cualquier «B». (En la lógica nomológica ni siquiera vale el principio de agregación, o sea « oA » y « oB » no entrañan « $o(A\&B)$ »; por mucho que emanen de la misma fuente jurídica, las obligaciones separadas no se conjuntan.)

62. Igual que el congelador conserva el grado de comestibilidad de los alimentos que en él se depositan —mas, si ya estaban estropeados, no les va a devolver comestibilidad— las reglas válidas de inferencia tienen una mera función preservativa.

63. V. mi ensayo «El papel de Frege en la historia de la lógica», <http://digital.csic.es/handle/10261/14089>.

64. V. *infra*, al final del apartado 6, la referencia al artículo de Pablo José Castillo Ortiz.

65. Una aclaración terminológica. En esta obra «preceptivo», «debido» y «obligatorio» son sinónimos; también puede serlo el adjetivo «vinculante». Por otro lado, «permitido», «autorizado» y «lícito» también son sinónimos entre sí. En el lenguaje coloquial hay varias locuciones verbales para expresar, respectivamente, la obligatoriedad y la licitud; así para la obligación se puede emplear el futuro o los sintagmas «tener que» y «haber de»; para la licitud, «se puede» (en sentido deóntico) y «se tiene derecho». Otros autores introducen distingos conceptuales, pero —por los motivos sobradamente argumentados en esta obra— tales distingos no merecen ser adoptados.

66. Tal opción no es la única posible en las lógicas difusas; los motivos que la avalan figuran en mis dos libros *Rudimentos de lógica matemática*, Madrid: Editorial CSIC, 1991, ISBN 8400071565, e *Introducción a las lógicas no-clásicas*, México: UNAM, 1993, ISBN 9683634516.

67. Técnicamente, principio de monotonía.

68. Si Juan cuadra el círculo, entonces es obligatorio que destruya el sistema solar. Es una verdad necesaria, mas no es una situación jurídica. Y es que no hay mundo posible en el que Juan cuadre el círculo y, sin embargo, esté exento de la obligación de destruir el sistema solar.

69. Este supuesto está previsto en el art. 94 del Código Civil; pero el concepto de discapacidad o de minusvalía es difuso. Es muy posible que surja un conflicto entre el derecho de visitas paterno y las necesidades del menor aquejado por algún grado de minusvalía, teniendo en cuenta que en tales materias tiene que prevalecer el interés del menor. Pero en ciertos casos puede entenderse que el menor se halla ante dos intereses suyos en conflicto.

70. Igualmente fallan los esquemas de intercalación para el operador de obligatoriedad, siendo falaces las fórmulas « $HoA\leftrightarrow oHA$ » y « $LoA\leftrightarrow oLA$ ». Puede ser obligatorio que se realice totalmente A sin ser totalmente obligatorio que se realice A; y viceversa.

71. A quienes sostienen que esos cánones o criterios de prelación disipan las antinomias jurídicas hay que responderles que:

(1) Tales cánones, aun en aquellos casos en que sean aplicables, puede que no deshagan la antinomia, sino que meramente atenúen su efecto o —si se quiere— lo desactiven, ya que la aplicación de un canon de éstos puede entenderse como atinente a la exequibilidad y no a la vigencia o validez (conque una norma puede resultar válida y vigente aunque, por la razón que sea, el juez haya de inaplicarla para ejecutar otra; p.ej., dos Tratados internacionales que colocan al Estado ante sendos compromisos mutuamente incompatibles —aunque en el Derecho público internacional [y, en particular, en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados] no se otorga vigencia al canon de la *lex posterior*, puesto que, de concedérsela, un Estado podría desligarse de un compromiso adquirido a través de un Tratado suscribiendo con otro Estado un nuevo Tratado de contenido opuesto—).

(2) Puede discutirse la vigencia de esos cánones o criterios (salvo el de la *lex superior* que podemos considerar un principio esencial del Derecho, perteneciente al Derecho Natural o a la lógica jurídica); los cánones de la *lex specialis* y de la *lex posterior* son contingentes, pudiendo no valer en un número de ordenamientos; en particular, el canon de la *lex posterior* carecía de vigencia en el Derecho Romano

anterior al siglo II (redactábanse las leyes condicionándose la validez de su contenido a su conformidad con el antiguo *Jus Romanorum* —si bien dicha fórmula acabó paulatinamente convirtiéndose en una mera cláusula de estilo); tampoco se aplica en el ordenamiento civil foral de Navarra (al menos en teoría); y venía expresamente rechazada en el viejo ordenamiento foral catalán (que, antes del Decreto de Nueva Planta, abarcaba el Derecho público y no sólo el privado). Asimismo en el Derecho castellano tardó mucho en aceptarse la prevalencia de la *lex posterior*, pues durante siglos siguió consagrada la supremacía de las Partidas de Alfonso X y del Ordenamiento de Alcalá, promulgado en 1348 —con la aquiescencia de las Cortes del Reino— por Alfonso Onceno.

De todos modos, entre el criterio de la *lex superior* y el de la *lex posterior* surgen a menudo conflictos, particularmente en las coyunturas de mutación o cambio constitucional, que se eluden (no se resuelven) con la ficción de un presunto *big bang* jurídico-constitucional.

72. V. *infra*, §13.

73. En inglés '*hopefully*' suena más natural.

74. V. *infra*, la discusión de la 2ª dificultad del capítulo VIII. Sobre el expresivismo de Alchourrón y Bulygin, v. *infra*, Anejo Nº 2 del capítulo VIII.

75. V. (Peña, 2006b). En realidad esa posición reduccionista de la frase imperativa «¡Ven!» al aserto performativo «Te mando que vengas» ya la defendí en mi Tesis Doctoral en Filosofía de 1979, *Contradiction et vérité*, en la Universidad de Lieja; no era una idea que se me hubiera ocurrido a mí, pues antes la habían ya defendido otros autores. Yo la tomé de uno de los miembros de mi comité de Tesis, el Dr. Hubert Hubien, si bien la versión que él proponía no usaba el performativo «mandar» sino el volitivo «querer»: «Quiero que vengas». Argumentaba que, cuando nos referimos en tercera persona a un mandato, lo solemos hacer en esos términos: «Fulano quiere que vengas». Pero la reducción volitiva es muy vulnerable, pues dar una orden no implica, evidentemente, ser sincero, o sea querer que se cumpla. (Ya San Agustín le dio muchas vueltas al mandato divino en su polémica con los pelagianos.) La frase «Quiero que vengas» puede ser falsa. La oración performativa «Te mando que vengas» tiene que ser —por necesidad pragmático-comunicacional— verdadera, igual que cualquier otra oración performativa (como un «pregunto si», «declaro que» etc).

76. El hecho que hace verdadero el aserto «Te mando que A» es esa misma aserción —siempre que el contexto pragmático-comunicacional sea apropiado para tal prolocución. Por eso es un performativo. Su verdad es correspondencia; mas no correspondencia a otro hecho, sino al propio hecho que es el acto de habla en el cual se profiere. (Más ampliamente viene este problema abordado en (Peña, 2006b).

77. V. Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

78. P.ej. reconvertir la afirmación de la obligatoriedad para Ernesto de pagar impuestos en la oración metalingüística «'Ernesto paga impuestos' es un enunciado contenido en tal acervo de oraciones». Todo eso no es ya que sea difícil de creer (y que ese acervo —puro figmento de la imaginación— no figure en lugar alguno) sino que es un recurso extremadamente rebuscado e innecesario.

79. En todos los mundos posibles es verdad que Celedonio no cuadra el círculo; por lo tanto, en todo mundo posible donde cumple una obligación, O, se abstiene también de cuadrar el círculo. Es absurdo decir, sin embargo, que de su obligación O se sigue la de no cuadrar el círculo. Es más, por argumentos sobradamente expuestos en la presente obra, es perfectamente lícito cuadrar el círculo.

80. Al decir que el argumento del operador (y un operador es una función) es otro estado de cosas (generalmente uno puramente fáctico), me estoy expresando laxamente. No excluyo en absoluto la existencia de una situación normativa, N, tal que $N = oN$. De hecho en la lógica nomológica, se tiene el teorema: $ooN \rightarrow oN$.

No se tiene, empero, lo inverso: puede existir la obligación de una conducta sin que tal obligación haya forzosamente de ser, ella misma, obligatoria. Pero nada impide que sí existan ciertas obligaciones necesariamente obligatorias, o sea tales que $\vdash oN \rightarrow ooN$. De donde se seguiría, para esa N en particular, $\vdash ooN \leftrightarrow oN$; o sea, tendríamos que $ooN = oN$. Y, abreviando «oN» como «M», tendríamos un estado de cosas, M, tal que $M = oM$.

¿Cuál podría ser ese M? Probablemente la obligatoriedad del bien común, la cual no ya es que de hecho exista sino que tiene que existir.

81. V. más abajo la referencia a los estudios de política judicial y el reciente artículo de P.J. Castillo.

82. De todos modos, yo rechazo la tesis de Moore de que lo que él llama «falacia naturalista» sea una falacia. Uno de los más perseverantes defensores de la dicotomía entre ser y deber-ser es, desde luego, Hans Kelsen. Luis Recaséns Siches en su «Estudio preliminar» al *Compendio de teoría general del Estado* de Hans Kelsen, México: Colofón, 1992, p. 18, resume la oposición kelseniana entre ser (*Sein*) y deber-ser (*Sollen*) —que le viene de Kant, al cual le vino de Hume—: «La contraposición entre ser y deber ser es una oposición lógico-formal: mientras nos movamos, pues, en el marco del conocimiento lógico-formal, no cabe pasar del primero al segundo; constituyen dos mundos separados por un abismo infranqueable».
83. Eso es comparable a la diferencia entre utilitarismo de actos y de reglas. Un utilitarista sensato sigue el utilitarismo de reglas. No reputa automáticamente como buena la conducta que cause la máxima felicidad del máximo número, sino aquella que se realice según reglas cuya adopción causa la máxima felicidad del máximo número.
84. Incluyendo la etología social de animales de otras especies sociales.
85. V. Pablo José Castillo Ortiz, «¿Importa el Derecho? Política judicial, realismo jurídico y el problema de la indeterminación del Derecho como problema metodológico», *Isegoría* N° 51 julio-diciembre, 2014, pp. 575-596, ISSN 1130-2097.
86. En su libro *The Problems of Philosophy*, Oxford University Press, 1912.
87. Puede el objetor formular su reparo en términos, no de conductas o comportamientos, sino de acciones; prefiero no entrar en ese distingo, pues es mejor hablar de conductas, ya que una conducta es un trozo de vida, una acción u omisión o una secuencia de acciones u omisiones causal y temporalmente unidas por un vínculo estrecho que hace del todo una unidad relevante de la vida humana, no un corte arbitrario.
88. Hasta de algunos huracanes se alega que están causados por el calentamiento global a su vez resultante de las excesivas emisiones de anhídrido carbónico, en cuya causación tienen, sin duda, una parte significativa quienes se lucran gracias a promover instrumentos —p.ej. vehículos— singularmente contaminantes.
89. V. mi artículo «De la logique combinatoire des *Generales Inquisitiones* aux calculs combinatoires contemporains», *Theoria* N° 14-15, 1991, pp. 129-59. ISSN 0495-4548.
90. Hasta donde yo sé, ninguno de los representantes del idealismo alemán presintió atisbo alguno de ese inminente cambio de paradigma lógico, que vendrá de la mano de la matemática. (V. mi ya citado trabajo inédito «El papel de Frege en la historia de la lógica», <http://digital.csic.es/handle/10261/14089>.)
91. Aunque eso, dicho así, no lo he hallado en los escritos de ninguno de sus representantes, Schlick, Neurath, Carnap, Ayer etc.
92. Sí en el marco de la filosofía de la lógica —p.ej. los riquísimos debates sobre las paradojas semánticas en la filosofía de la lógica del Renacimiento, cuyo más célebre cultor es Paulo Véneto, a quien tenemos el placer de haber descubierto por los historiadores de la lógica como el P. Bocheński y los esposos Kneale.
93. Pero en francés, lo cual limitó mucho su impacto.
94. Sobre el principio de tolerancia de Carnap, v. Florian Steinberger, «How tolerant can you be? Carnap on the normativity of logic», *Philosophy and Phenomenological Research*, publ. online 2015-01-14, DOI: 10.1111/phpr12165.
95. V. mi artículo «Quine y el intento neopositivista de superación de la metafísica», en *Reexamen del neopositivismo*, Salamanca: Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, 1992, pp. 39-64. ISBN 8460443949.
96. No podía Carnap —al formular ese principio en su *Logische Syntax der Sprache* en 1934— prever la teoría epistemológica que desarrollará Thomas Kuhn en 1962, con su *The Structure of Scientific Revolutions*, en la cual sostiene la inconmensurabilidad de las teorías científicas en conflicto y, por ende, su intraducibilidad. Cada nuevo paradigma científico traería consigo su propio mundo.

97. Aunque ya en 1935 había cuestionado la dicotomía carnapiana en su formidable artículo «Truth by Convention», que entonces no alcanzó todavía el eco merecido.

98. V. p.ej, Charles Parsons, «Platonism and Mathematical Intuition in Kurt Gödel's Thought», *The Bulletin of Symbolic Logic*, Vol.1/1, Marzo 1995, repr. en <https://www.math.ucla.edu/~asl/bsl/0101/0101-004.ps>, cons. 2015-02-27; John P. Burgess, «Intuitions of Three Kinds in Gödel's Views on the Continuum», en Juliette Kennedy (ed), *Interpreting Gödel: Critical Essays*, Cambridge U.P., 2014, ISBN 9781107002661, repr. en <http://www.princeton.edu/~jburgess/Goedel.pdf>.

99. Son esenciales las ocurrencias de aquellas palabras tales que reemplazarlas por sendas ocurrencias de otra palabra puede hacer pasar de la verdad a la falsedad. Así en «Llueve o no llueve» sólo el «o» y el «no» son esenciales; podemos reemplazar «llueve» por «nieva», «suda», «habla», «bebe», «ronca» sin perjudicar la verdad de la frase inicial. En una teoría física pueden ser palabras esenciales, p.ej., «protón», «electrón», «positrón» etc. En una historiográfica sobre las guerras napoleónicas, «París», «Tilsit», «Jena», «Moscú» etc. En la ciencia del Derecho civil, tenemos palabras esenciales como «contrato», «sucesión», «aleatorio», «propiedad», «posesión», etc.

100. Tarski relativizará igualmente la dicotomía entre el vocabulario lógico y el no lógico. En su tratamiento, ningún criterio de principio impide expandir el primero a expensas del segundo. Parece un asunto de mera decisión.

101. Puede que haya excepciones. Hay quizá reforzamientos de ciertas teorías por la vía de expansión de su acervo de axiomas que acaso no conseguiríamos adoptando nuevas reglas de inferencia; y viceversa. Pero, de darse realmente, son casos muy raros.

102. No sería un argumento convincente, en principio, que nuestro postulado dejara escépticos a los operadores jurídicos (abogados, jueces, juristas, fiscales); pero si ese escepticismo, lejos de ser ocasional o episódico, fuera sistemático, eso nos daría que pensar. Si nos percatáramos de que con ese principio de colicidad nos comprometíamos, una y otra vez, a consecuencias prácticas perniciosas para el bien común, un canon de honestidad intelectual nos tendría que llevar a replantearnos seriamente el sistema adoptado de lógica deontica y, dentro de la contemplada reelaboración, sopesar la sacrificabilidad del principio de colicidad.

103. Cit. en *Dig.*, 1, 1, 1.

104. Así, p.ej., los razonamientos analógico y *a sensu contrario* pueden entenderse, ora como criterios hermenéuticos, ora como reglas de inferencia abductivas (a sabiendas de que, para ser verosímil, la abducción ha de someterse a severos constreñimientos y que, aun así, nunca ofrece tanta evidencia y garantía como la deducción). Ninguno de los dos es deductivo ni, por lo tanto, viene legitimado por la lógica nomológica. Sobre ambos razonamientos se ha escrito tantísimo que huelga recoger aquí bibliografía alguna al respecto; me limito a señalar, con relación al segundo, el artículo de Juan Antonio García Amado «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del Derecho», *Doxa*, Nº 24 (2001), ISSN 0214-8876, pp. 85-114. Asimismo la llamada «tópica jurídica» puede, seguramente, reconducirse a un arsenal de razonamientos abductivos (si es que no de criterios hermenéuticos). V. la tesis doctoral de Wolfram Velten *Juristic topics in English legal theory: The 'topical' method of finding and legitimizing premises for the solution of 'hard cases' in the light of English legal theory*, Durham University, 1990, disp. en <http://etheses.dur.ac.uk/6043/>, cons. 2015-03-16.

105. Junto con otros parámetros de racionalidad —inductivos, abductivos y hermenéuticos— cuyo estudio cae fuera del ámbito de la presente obra.

106. Insisto una vez más para evitar confusiones: tal lógica es necesaria, no suficiente para la racionalidad, no sólo de la praxis jurídica, sino también de la ciencia y la filosofía del Derecho.

107. O sea la regla de equivalencia: Si $\vdash A \leftrightarrow B$, entonces $oA \leftrightarrow oB$.

108. Esta regla es una versión alternativa del famoso principio de permisión; aceptar la regla implica rechazar las lagunas.

109. Como lo he argumentado en mi artículo (ya citado) «Imperativos, preceptos y normas», el hecho que hace verdadero el contenido de un promulgamiento jurídico es el propio acto de habla promulgante, el cual es así autorreferencial. Considéranse en el artículo procedimientos promulgativos más complejos, como una requerida concordancia entre dos promulgantes facultados para ello. Lo que hace verdadero el contenido de cada uno de esos dos actos de habla co-promulgantes es que exista y coincida con el otro.

110. Según lo he sostenido en (Peña, 2016a), los axiomas de la lógica nomológica son, todos ellos, o bien normas o bien conexiones normativas, es decir vínculos necesarios, ya sea entre situaciones normativas, ya sea entre situaciones normativas y supuestos de hecho. Los axiomas que son normas y aquellos que son conexiones normativas pueden subsumirse bajo el común denominador de «principios normativos». Y a todos ha de adscribirseles vigencia normativa, en tanto en cuanto, si bien una conexión normativa no establece aisladamente una obligación (o un permiso o una prohibición), sí lo hace en un contexto fáctico y jurídico. Por lo tanto, los axiomas de la lógica nomológica no sólo son verdades necesarias, sino también principios normativos necesariamente vigentes en cualquier ordenamiento.

111. Art. 127.1 CE. Existen otras restricciones constitucionales de la libre sindicación en virtud del art. 28.1 y 103.3. Notemos que el derecho de libre sindicación del art. 28.1, pese a su enunciación literal, ha de interpretarse en el contexto del propio artículo 28.1, que limita de hecho su ejercicio, aunque no su titularidad. Por ello a los jueces les asiste como a los demás españoles el derecho de libre sindicación; sólo que no pueden ejercerlo mientras sean jueces, por el art. 127.1; recuperan la plena ejercibilidad del derecho —de cuya titularidad nunca han venido privados— en cuanto renuncian a la carrera judicial. Es de notar que ser juez no es un derecho fundamental reconocido en la Constitución, justamente porque está sujeto a muchas condiciones: unas de capacidad y mérito, otras de correcto ejercicio de la potestad judicial y finalmente algunas de incompatibilidad, en aplicación del art. 127.2 CE.

Por otro lado, es de lamentar que la Constitución —tan reglamentista y ordenancista que desmenuza farragosamente un montón de detalles— haya pasado por alto problemas muy serios, como el de si quienes ejercitan un poder del Estado —los jueces, concretamente, que ejercen el poder judicial— pueden ponerse en huelga, suspendiendo tal ejercicio. Por las mismas, ¿podrían ponerse en huelga los diputados o los senadores? ¿Los ministros? ¿El presidente del gobierno? ¿El Jefe del Estado? (Y, por cierto, ¿qué prohíbe al Jefe del Estado afiliarse a un partido o a un sindicato?)

112. De transcendencia infinitamente mayor es la cuestión de en qué medida gozan de libertad de palabra los ministros. Y es que la Constitución (tan puntillósima en tantas minucias) es silente en este particular. El art. 98.4 se limita a decirnos que la ley regulará el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno; prescripción ociosa si las hay, porque, de no existir ese precepto 98.4 CE, las demás disposiciones de la Carta Magna no sólo autorizarían al legislativo a tal regulación, sino que se la impondrían, por ser palmariamente necesaria. Es digno de señalarse que constitucionalmente la Ley de Gobierno no necesite ser una Ley Orgánica; y, al no necesitar serlo, seguramente sería inconstitucional que lo fuera.

A este respecto, prodúcese una colisión entre el secreto de las deliberaciones del Consejo de Ministros preceptuado por el art. 5.3 de la Ley 50/1997 de Gobierno y lo dispuesto por la ley 19/2013 de Transparencia. En una importantísima Sentencia, la 194/2014 (una de las pocas que merecen de veras la manida calificación de «histórica»), el Tribunal Constitucional ha derogado el citado art. 5.3 de la Ley 50/1997, no porque sea anticonstitucional en sí (puesto que la Constitución en ningún momento manda que esa deliberación haya de ser pública), sino por incompatibilidad con una *lex posterior* que es la 19/2013.

No sé cuántos precedentes tenga tal Sentencia. Entendíase hasta ahora que, en recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, el TC circunscribía su competencia a determinar si una Ley aislada era o no compatible con la Constitución. En el §09 del capítulo 3 de (Peña, 2009a), propongo yo el concepto de *juridicidad constitucional*; digo allí (en la nota 46, *loc.cit.*): «consiste en que el sistema de normas y actos jurídicos sea, en su conjunto, conforme con la Constitución. Cuando una norma o un acto jurídico de un poder público —en particular un acto gubernativo— transgrede lo preceptuado por otra norma de rango superior o de preferente exequibilidad, aunque no entre en conflicto con la Constitución, produce un ordenamiento jurídico resultante que sí colisiona con la previsión constitucional, y concretamente con la garantía de jerarquía normativa del art. 9.3. Jerarquía que ha de abarcar todos los aspectos de la articulación de un sistema jurídico: no sólo la jerarquía en sentido estrecho, o diferencia de rango propiamente dicha, sino también la primacía, la especialidad, las reglas de derogación, las de inaplicabilidad o inexequibilidad. Con otras palabras: lo que colisiona, en tal hipótesis, con la Constitución no es un acto jurídico, B, tomado por separado, sino la coexistencia entre ese acto y otro acto, A, contrario a él y que, en la jerarquía normativa constitucionalmente prevista, sea de superior rango.» Como se ve, incluyo entre los criterios **las reglas de derogación**. Y eso ha hecho el TC.

De todos modos parece razonable que el ejercicio de la libertad de palabra de quienes están ejercitando uno de los poderes del Estado quede restringido mientras continúen en el desempeño de tal función. Hay deberes

de reserva y secretos oficiales. Un diplomático que está negociando un tratado fronterizo con una potencia históricamente enemiga no estaría facultado para divulgar el contenido de las conversaciones.

113. Me imagino que algunos objetores no se conformarán con mi respuesta, pensando que los futuros contingentes carecen de valor veritativo, que no son ni verdaderos ni falsos. Tal fue ya la opinión de Aristóteles, seguida por Occam y otros nominalistas de la escolástica tardía. Era igualmente la opinión de Łukasiewicz (quien, eso sí —y por añadidura—, se singularizó por sostener que también el pasado es contingente, porque —según su opinión—, a partir de cierta distancia temporal, las cosas dejan de haber sucedido, opinión que, por ferviente que fuera su adhesión al catolicismo, le valió una reprobación eclesiástica, pues así perdían justificación el cielo y el infierno). No es éste el lugar para tales controversias lógico-metafísicas, que ya abordé en mi primer libro, *La coincidencia de los opuestos en Dios*, Quito: EDUC, 1981.

114. Una más de las anticipaciones de la lógica nomológica que hallamos en Hans Kelsen es su reiterada insistencia en que ni lo necesario ni lo imposible pueden estar prohibidos ni ser obligatorios; que sólo pueden ser preceptivos o ilícitos hechos contingentes. V., p.ej., en el *Compendio de teoría general del Estado*, loc.cit., p. 114: «El contenido de un orden normativo debe ser de tal manera que se dé la posibilidad de una contradicción entre los actos reales particulares y la norma. Tiene que ser posible obrar contra la ordenación: ésta tiene que poder ser violada, porque, de otro modo, no poseería el carácter de un orden normativo». En idéntico sentido, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. E. García Máynez, México: UNAM, 1995, p. 141).

115. Estas enunciaciones de [2.1.a] y [2.1.b] pueden resultar un poquito enrevesadas o desconcertantes a primera vista. Quizá merecerían, en tal formulación, llamarse '*modus tollens* deóntico'. Notemos que son equivalentes a éstas otras:

[2.1.a] $o(A \rightarrow B) \rightarrow A \rightarrow oB$

[2.1.b] $a(A \rightarrow B) \rightarrow A \rightarrow aB$

O sea: el que sea obligatorio que, en tanto en cuanto se realice A, también se realice B implica que, en tanto en cuanto se realice A, será obligatorio que B ([2.1.a]); y lo mismo pero reemplazando el operador de obligación por el de licitud ([2.1.b]).

Ahora bien, «aA» se define como «~o~A» o viceversa, «oA» se define como «~a~A». Por otro lado, «~~A» equivale a «A». Por ejemplificación, en virtud de la regla de equivalencia y una simple aplicación del cálculo sentencial, tendremos, pues, estas enunciaciones alternativas:

[2.1.a.i] $o(A \rightarrow B) \rightarrow aA \rightarrow B$

[2.1.b.i] $a(A \rightarrow B) \rightarrow oA \rightarrow B$

Tales versiones son muy similares a las propuestas en el texto (de las diferencias podemos prescindir aquí). Ejemplo de [2.1.a.i]: que sea obligatorio, en la medida en que uno incrementa su patrimonio, tributar más por ese concepto implica que uno sólo tiene derecho a incrementar su patrimonio en tanto en cuanto tribute más por ese concepto. (Si no está dispuesto a tributar más, el modo que tiene de cumplir la ley es absteniéndose de incrementar su patrimonio —p.ej. rehusando una donación o renunciando a una herencia—, puesto que el incremento patrimonial en cuestión es lícito sólo en tanto en cuanto el beneficiario abone el suplemento impositivo que trae consigo.) Otro ejemplo: el que para una sociedad anónima sea obligatorio sólo repartir este año dividendos en tanto en cuanto se incrementen sus ventas implica que sólo le es lícito este año repartir dividendos en tanto en cuanto aumenten sus ventas.

Ejemplo de [2.1.b.i]: Que una esposa divorciada tenga derecho a, en la medida en que permanezca soltera, percibir una pensión compensatoria de su exmarido, eso implica que sólo le es obligatorio permanecer soltera en la medida en que siga percibiendo tal pensión. (Renunciando a percibirla le es lícito contraer nuevas nupcias; y también se extingue la obligación si, por otra causa, el exmarido cesa el pago de la pensión.)

116. El art. 12 del Convenio de 1989-11-20 sobre los Derechos del Niño —ratificado por España en 1990-11-30— estipula: «Art. 12.1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez». Esa locución preposicional, «en función de», es semánticamente equivalente a «en la medida en que», «en tanto en cuanto». Es cuestión de grado. El Tratado manda sopesar, medir el grado de evolución del menor para, **en ese grado**, concederle derecho a comparecer ante el juez y expresar sus preferencias (así como tomar en consideración tales preferencias, porque, de no, sus declaraciones al juez por un oído le entrarían y por el otro le saldrían).

Incumple ese Convenio (por más que pretenda cumplirlo) la Ley Orgánica 1/1996 dizque de Protección Jurídica del Menor (que, en buena medida, es de desprotección), al preceptuar en su artículo 9: «Derecho a ser oído. ... Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho [a ser oído] por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio». ¡Adiós grados! No es «en la medida en que tenga juicio» sino sólo cuando lo tenga «suficiente». Hay un umbral (arbitrariamente fijado) tal que por

debajo nada y por encima todo.

No mejora las cosas la LEC 1/2000 en su art. 777.5 (red. enmendada por la Ley 15/2005) «Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal ... oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio...». Y el art. 770, regla 4.ª, LEC, modificado por la Ley 13/2009, dispone: «4.ª ... se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años». De nuevo el «en la medida en que» se reemplaza por un «si». El legislador español demuestra una crasa y supina ignorancia semántica y un desconocimiento de la lógica nomológica. ¡Gracias a Dios están los jueces para enmendar la plana al legislador!

117. Kelsen es insuperable. No es mi propósito agregar un enésimo distingo o una sutileza más para enderezar alguno de los muchos argumentos a favor o en contra de un positivismo inclusivo, de uno exclusivo o de algún pospositivismo. Dialogo con los clásicos. Kelsen lo es y seguirá siéndolo durante los siglos venideros, como Platón, Aristóteles, Leibniz y Hegel. (Sobre la actualidad de Kelsen, v. de Guillermo Lariguet «Los muertos que vos matáis gozan de buena salud: Un análisis crítico del *kelsenismo*», en *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. VI/3 (21015), pp. 1-41, ISSN 2250-619.)

118. V. el análisis del argumento de Kelsen en Mario G. Losano, *Teoría pura del Derecho: Evoluciones y puntos cruciales*, trad. J. Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, p. 63. Más en detalle Losano vuelve a analizar esos argumentos de Kelsen en las pp. 170ss

119. En su obra póstuma, que cito por la trad. francesa, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud & F. Malkani, París: PUF, 1996, nota 183, p. 576, repite la misma consideración quizá más claramente: «La signification de la norme 'Si un homme vole, il doit être puni' est 'On doit, si un homme vole, punir cet homme'. Nous sommes en présence d'un devoir-être-puni conditionné, et non inconditionné».

120. Ciertamente Kelsen venía defendiendo, al menos desde 1925, que la sentencia crea derecho, que es una norma jurídica individual, que «es la individualización o concreción de la norma general o abstracta» (*Compendio de teoría general del Estado*, *loc.cit.*, p. 196). Lo que no quedaba nada claro entre 1925 y 1965 es que, hasta que el juez dicte sentencia condenatoria, no es verdad que Lupiciano, habiendo perpetrado un robo, deba ser condenado.

121. El functor monádico «H» significa *A cabalidad, totalmente, plenamente, completamente, enteramente*. Un hecho que se realiza del todo, plenamente, es uno que no se realiza a medias o parcialmente, o sea: hasta cierto punto sí y hasta cierto punto no.

122. V. *infra*, Anejo Nº 1 del capítulo VIII.

123. V. *infra*, la 2ª consecuencia funesta en el Anejo Nº 1 del capítulo VIII.

124. Hay que restringir esos axiomas de distribución, « $o(A\&B)\&A\rightarrow oB$ » y « $a(A\&B)\&A\rightarrow aB$ », postulando que B sea, o bien un hecho aún no realizado, o bien un hecho lícito (o, por lo menos, axiológicamente positivo).

Bloquéase así la vieja paradoja del buen samaritano que aqueja a la lógica deóntica estándar: habiendo indigentes, es preceptivo que se les dé ayuda pública; mas que se dé ayuda a indigentes equivale lógicamente a que haya indigentes y se les dé ayuda. Hay que bloquear la inferencia que va de «Es preceptivo que haya indigentes y se les dé ayuda», junto con la premisa de que se les da efectivamente ayuda, a la conclusión de que es preceptivo que haya indigentes. En realidad la existencia de indigentes es un hecho prohibido, por ser absolutamente contrario al bien común.

Podríamos extender el ámbito de la dificultad, ya que hay hechos que, si bien resulta difícil calificar de prohibidos, no obstante, siendo axiológicamente negativos, no deseamos concluir que deben tener lugar en aplicación del principio de distribución.

Sea la obligación de prestar socorro a quien sufre una desgracia. Sonando un poco extraño decir que está jurídicamente prohibido que a alguien le suceda una desgracia, lo cierto es que se trata de un hecho axiológicamente negativo. (Lo deseable es que no sucedan desgracias.) Por ello, si bien, acaecida la desgracia, es preceptivo prestar socorro, y prestar socorro a quien sufre una desgracia equivale lógicamente a que alguien haya sufrido una desgracia y se lo socorra, de eso más la premisa de que efectivamente se preste el socorro no queremos concluir que es obligatorio que haya sucedido la desgracia.

Si el problema se planteaba ya en la lógica deóntica estándar, en la lógica nomológica todavía más, en virtud del teorema —más arriba expuesto, en el apartado 9.3.1— [PFD1] (principio de fusión deóntica), a saber: $HA\&oB\rightarrow o(A\&B)$; porque supongamos las tres premisas HA, oB y B. El principio de distribución nos llevaría a afirmar oA, aunque A sea totalmente reprochable e incluso prohibido. De ahí que necesitemos la restricción expuesta en la presente nota.

125. Viene varias veces tratado ese problema en (Peña, 2009a).

126. V. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Blackwell, 1974, pp. 176ss; Dale F. Murray, *Nozick, Autonomy and Compensation*, Londres: Bloomsbury, 2007, ISBN 9780826488862; R. Bader & J. Meadowcroft (eds.) *The Cambridge Companion to Nozick's Anarchy, State, and Utopia*, Cambridge University Press, 2012; C. Nock, «Equal Freedom and Unequal Property: A Critique of Nozick's Libertarian Case», *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 25/4, 1992, pp. 677-695; Karl Widerquist, «Lockean Theories of Property: Justifications for Unilateral Appropriation», *Public Reason* 2/1, 2010, pp. 3-26; S. B. Drury, «Locke and Nozick on Property», en *John Locke: Critical Assessments*, ed. por Richard Ashcraft, Nueva York: Routledge, 1982, pp. 495-510; J. Paul (ed), *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell, 1981.

127. En (Peña, 2016a) he tratado de solucionar estas dificultades conceptuales del principio de causa lícita brindando una formulación alternativa. Lo he denominado «Principio de la originación ilícita» enunciándolo en estos términos: «En la medida en que un hecho ocasione una consecuencia prohibida, es ilícito». El verbo «ocasionar» tiene una extensión más amplia que «causar»; pero, de nuevo, sin perder su base fiscalista, el perfil jurídico de la noción de ocasionamiento no puede quedar perfectamente acabado y definido sin notas normativas, que, pienso, pueden basarse en la teoría de la acción de Jescheck. La ventaja de hacer intervenir la relación de ocasionamiento en lugar de la de causación es que así resulta mucho más fácil dar cuenta de por qué son ilícitas en virtud de este principio ciertas omisiones y también por qué no se ha ocasionado el efecto funesto cuando han concurrido caso fortuito o fuerza mayor.

Según lo afirmo en el citado ensayo, «[p]odemos decir que la omisión ocasiona el resultado, porque la relación de ocasionamiento es más laxa, expresándose con locuciones verbales como las de 'dar lugar a', 'propiciar' u otras semejantes. Hay un hecho físico que es una combinación de tres hechos: (1) X se abstiene de la acción A; (2) tiene lugar el resultado deplorable B; (3) es verdadero el condicional subjuntivo: Si se hubiera efectuado A, no habría tenido lugar B. Claro que esa mera conyunción no basta para que sea reprochable la inacción de X. Tienen que concurrir otras circunstancias».

128. Naturalmente esto se aplica sólo en el ámbito jurídico general, no concretamente en el penal.

129. Pasa lo mismo al norte de los Pirineos. En realidad la jurisprudencia española, desde vísperas de nuestra guerra civil, se puso a imitar la evolución de la francesa. En el país vecino, el Art. 1382 del *Code Civil*, promulgado el 30 de ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), prescribe: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.» No se ha alterado la enunciación en los 212 años transcurridos desde entonces, pero sí su interpretación jurisprudencial y doctrinal (aunque en estos últimos años un sector minoritario de la doctrina empieza a reaccionar tímidamente contra esa deriva).

Podría dar la impresión de que ese artículo del *Code Civil* establece como supuesto de hecho una conducta del hombre que causa daño a otro y como consecuencia jurídica el deber de reparación. Tal lectura es errónea, porque prescinde de la locución «oblige celui par la faute duquel il est arrivé». O sea, está claro que el hecho del hombre que causa un daño es un hecho realizado con *faute*, e.d. culpa. En rigor, esa *faute*, en el espíritu de los redactores del Código, es mala fe, no mera culposidad o negligencia. Pruébalo que a dicho artículo siga inmediatamente el 1383, que reza así: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.» O sea, el legislador francés de 1804 entiende que un agente causa *par son fait* sólo lo que hace intencionadamente, a sabiendas de sus efectos causales. Nuestro artículo 1902 subsume, pues, en uno solo los dos artículos franceses 1382 y 1383. En ellos está claro que la responsabilidad reparatoria no se contrae más que si el hecho que ha ocasionado el daño se ha realizado con mala fe o con negligencia o imprudencia. Pero donde el legislador ha dicho «digo», la jurisprudencia ha dicho «diego» —eso sí, con la mejor intención del mundo, la de amparar a la parte débil o perjudicada en cualquier relación humana, incluyendo un encuentro azaroso—.

130. Aplicaríamos así al derecho civil un canon análogo a aquel por el cual, en el Derecho penal, hay casos de exoneración de responsabilidad por dos fundamentos: (1º) las causas de exculpación (inimputabilidad o bien concurrencia de uno de aquellas eximentes del art. 20 del Código Penal que, a juicio de la doctrina, no constituyen causas de justificación [p.ej, el miedo insuperable], puesto que no eliminan la antijuridicidad de la conducta —aunque sí la culpabilidad de su autor); (2º) las excepcionales (pero dispersas y abigarradas) excusas absolutorias (v. sobre éstas últimas María Pilar Marco Francia, «Las excusas absolutorias en la legislación y jurisprudencia española: A propósito de la Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado», en *Noticias Jurídicas*, Marzo 2011, en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/201103-777253125852365.html>, cons. 2015-02-25). En tales situaciones el Derecho penal considera que estamos en presencia de una conducta antijurídica —e incluso delictiva si su autor viene amparado por una mera excusa absoluta y no por una causa de exculpación—, pero excluye la aplicabilidad de sanción penal.

131. Esta cuarta solución —que es aquella con la que me quedo— podríamos ilustrarla con miles de ejemplos tomados de diversos ámbitos, en varios de los cuales la jurisprudencia ha aducido abusivamente su lectura *contra legem* del 1902.

Imaginemos una defunción o una pérdida de un miembro ocasionadas por la intervención de un cirujano que la ha realizado siendo todo lo competente y experimentado que cabe legítimamente esperar, poniendo toda la atención, habiendo tomado —o mandado que se tomen— todas las medidas precautorias del caso y respetando escrupulosamente la *lex artis* —o sea, los códigos de buenas prácticas o *soft law* de la profesión médica y del ejercicio de la cirugía en particular. ¿Qué ha pasado? Ha pasado, ni más ni menos, que se han interpuesto factores causales que el cirujano no podía controlar: ya sea que el paciente estaba, por causa de su propia enfermedad o dolencia, propenso a ese lamentable desenlace y la cirugía iba encaminada (con un margen de probabilidad, pero sin seguridad) a prevenir lo que, a la postre, ha resultado imprevisible; ya sea que ese mismo paciente estaba aquejado por algún otro mal que el cirujano no podía conocer y que ha sido el desencadenante del fracaso de la operación; ya sea, en fin, que han surgido otros imponderables externos, como ha podido ser un cortocircuito o una incontrolable enfermedad nosocomial. (V. (Peña, 2016b).)

132. En la doctrina francesa se han esgrimido dos teorías para justificar la deriva jurisprudencial en la aplicación del art. 1382: (1ª) la teoría del riesgo: el que, con su actividad, causa un peligro ha de asumir las consecuencias causales del mismo; (2ª) la teoría del lucro: el que se lucra con una actividad ha de estar a las duras y a las maduras, indemnizando a las eventuales víctimas de esa actividad con la cual se lucra.

Pienso que en ambos supuestos pueden concebirse alternativas perfectamente verosímiles sin tener que embutirlas en la responsabilidad extracontractual. En el caso de actividades peligrosas, hay que entender que las mismas están generalmente prohibidas; extiéndese una dispensa condicional de prohibición a aquellos que cumplen determinados requisitos (p.ej, aprueban los exámenes para obtener el carnet de conducir); siendo condicional esa dispensa, una condición de la misma es la de reparar los daños causados a terceros por tal actividad —de suyo ilícita, aunque el autor del hecho dañoso esté, en ese supuesto, condicionalmente eximido de tal prohibición. En el caso de actividades lucrativas, caben al menos tres soluciones: (1ª) establécese una implícita relación contractual entre el Estado y el empresario en virtud de la cual éste, a cambio de beneficiarse del marco jurídico y de las obras públicas gracias a los cuales puede desempeñar su actividad mercantil, se compromete a indemnizar daños a terceros; (2ª) la relación contractual implícita es la que se da entre el empresario y quien resulte perjudicado por su actividad (pues para ello ha tenido que encontrarse de algún modo en la esfera de esa actividad, al menos indirectamente); (3ª) tenemos un enriquecimiento ilícito, pues, al perjudicar el empresario a ese damnificado, créase entre ellos una cuasi-asociación temporal en la cual es justo que el perjuicio sufrido sea compensado por la parte beneficiada.

133. Aunque un poco insólito, no es desconocido entre los lógicos introducir una constante sentencial y postularla, o postular su negación. En una formulación muy original de Alonzo Church, en su *Introduction to Mathematical Logic. Vol. I*, Princeton U.P, 1956, se define incluso la negación de «p» como el que «p» implique una constante sentencial que significa la falsedad. Richard Sylvan (ex-Routley), en una de sus lógicas relevantistas fuertes, introduce un postulado contradictorio, «A&~A», donde «A» es una constante sentencial (cuyo sentido se abstiene de explicar).

134. V. Iª IIª q. 94 a. 2 co. «Respondeo dicendum quod [...] præcepta legis naturæ hoc modo se habent ad rationem practicam, sicut principia prima demonstrationum se habent ad rationem speculatiuam, utraque enim sunt quædam principia per se nota. [...] Et ideo primum principium in ratione practica est quod fundatur supra rationem boni, quæ est, bonum est quod omnia appetunt. Hoc est ergo primum præceptum legis, quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum uitandum. Et super hoc fundantur omnia alia præcepta legis naturæ». Está claro que el Aquinate, al sentar ese principio, no está distinguiendo el principio del *Jus Naturæ* del principio general de la razón práctica. Leyendo atentamente toda la cuestión 94 de la *Prima Secundæ* de la *Suma Teológica*, está claro que el Doctor Angélico no distingue ahí el *Jus Naturæ* de la *lex naturalis*. Presupone que el Derecho es parte de la moral.

Frente a la doctrina tomista, mi planteamiento implica, justamente, el distingo entre la ley jurídica y la ley moral. En cambio, si bien cae fuera de mi presente investigación discutir la presunta diferencia entre razón teórica o especulativa y razón práctica, no ocultaré —y valga, nada más, como un *obiter dictum*— que se trata de una de tantas dicotomías aristotélicas conceptualmente prescindibles (varias de las cuales, en el campo metafísico, ya me ocupé de descartarlas en mi obra *El ente y su ser: un estudio lógico-metafísico*, Publicaciones de la Universidad de León, 1985, ISBN 8460039730).

Un intelectualismo de cuño leibniziano, como el profesado en este libro, ni necesita ni consiente tal dicotomía. No es menester para nada una razón práctica diversa de la razón a secas.

135. La prohibición de la tortura voy a defenderla como una regla de plena vigencia que hace enteramente ilícita cualquier tortura contra un ser humano; por lo cual es indefectible, *juris et de jure*.

Aun siendo dudoso si hemos de ser tan tajantes en lo que atañe a miembros no humanos de nuestra sociedad, el mero hecho de compartir con ellos un vínculo social más la hermandad biológica que nos une nos imponen unas infranqueables líneas rojas que vedan absolutamente infligirles cualquier sufrimiento que no sea estrictamente necesario para que desempeñen el papel social al cual están adscritos y aun eso sólo dentro de un perímetro de lo tolerable, allende el cual se estaría negando el valor que esos hermanos inferiores tienen como parientes y consocios y se degradaría a la propia sociedad humana que perpetrase o consentiera crueldades inadmisibles, por ser gratuitas o desmedidas.

En cuanto al concepto de *vejaciones*, es menos riguroso que el de *humillaciones*, atentatorio contra el valor del ser humano (o —si se quiere expresarlo así, contra el elemental derecho a la dignidad humana; v. *infra* 13ª dificultad del capítulo IV).

Sin duda a los animales domesticados y cautivos —por su propia condición de tales— no nos queda más remedio que permitirnos tratarlos con grados de coerción y sujeción que, con relación a los humanos, consideraríamos sevicias o humillaciones. Sin embargo tal permisibilidad ha de estar rigurosamente limitada por las aludidas líneas rojas. También esos compañeros no-humanos de nuestra de sociedad tienen derecho a beneficiarse, en alguna medida, del bien común; y lo mínimo para ello es que la legislación los proteja de vejaciones o crueldades excesivas. Podría acudirse aquí al concepto de dignidad animal, acuñado por Martha Nussbaum —en aplicación de su teoría de las capacidades, que no suscribo—. V. su libro *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard U. P., 2006, ISBN 0674019172. Una crítica de ese enfoque la ofrece Federico Zuolo, «Dignity and Animals: Does it Make Sense to Apply the Concept of Dignity to all Sentient Beings?», *Ethical Theory and Moral Practice*, 2016, doi: 10.1007/s10677-016-9695-8.

136. Desde luego, mi enfoque deja abiertas muchas cuestiones, porque, inevitablemente, usa conceptos jurídicamente indeterminados. ¿Será obligatoria la dieta vegetariana? ¿En qué circunstancias y hasta qué punto? ¿Cuán benevolente ha de ser el trato que inflijamos a los animales de labor? ¿Qué instrumentos de coerción son legítimos? Nada de todo eso puede resolverse de una vez para siempre. Es evolutivo según nuestra toma de conciencia, nuestras necesidades y nuestras posibilidades.

137. Lo imposible es lícito porque sólo las situaciones contingentes son prohibidas u obligatorias (con la única excepción, tal vez, de que, siendo necesaria, la obligatoriedad del bien común es obligatoria; el bien común posee así una obligatoriedad de primero y de segundo grado).

138. V, en particular (Peña, 2009c).

139. Eso quiere decir que sólo está prohibido impedir una conducta si es posible impedirla.

140. En las deliberaciones preliminares, un número de diputados insistieron —con razón— en la necesidad de ese acompañamiento de los derechos por los deberes del hombre y del ciudadano. Así en la sesión del 17 de agosto de 1789, el diputado Pellerin afirma: «Vous allez lui indiquer ses droits; mais ces droits supposent des devoirs: il est incontestable que les uns ne peuvent exister sans les autres; ils ont entre eux des idées relatives. Il est incontestable, en effet, qu'aucun citoyen n'a de droits à exercer s'il n'y a pas un autre citoyen qui ait des devoirs à remplir envers lui. Il faut donc établir que les droits ne peuvent exister sans les devoirs; ainsi, lorsque nous établissons que la vie de l'homme, son honneur, son travail, forment sa propriété, il convient cependant de dire qu'il en doit une portion à la patrie. [...] Nous n'oublions pas surtout de rappeler à l'homme qu'il ne tient pas la vie de lui-même; que les vertus sont récompensées. [...] Je demande donc une déclaration qui renferme les droits et les devoirs de l'homme en société». El diputado Guiol argumenta así: «il faut remonter au principe générateur et en suivre les conséquences. Il existe, et il doit en exister un qui embrasse tous les droits et tous les devoirs de l'homme; c'est celui de veiller à la conservation de son être; les autres n'en sont que la suite naturelle». V. http://frda.stanford.edu/en/catalog/bm916nx5550_00_0526, cons. 2015-02-20.

141. La cual seguirá siendo, durante decenios, un faro luminoso, hasta que la conciencia pública haya madurado para que se logre consensuar una mejor.

142. Una implicación une, no dos enunciados, sino dos situaciones. La lógica no se ocupa de relaciones entre frases, sino de vínculos metafísicamente necesarios entre hechos. La regla del *modus ponens* no es una mera receta para escribir unas oraciones debajo de otras, sino que refleja un hecho necesario de la realidad, a saber: siempre que en un mundo posible se realice la situación A y también la situación de que, si A, entonces B, en ese mundo se realizará igualmente el estado de cosas B.

Todas las conectivas lógicas son operadores ónticos, que afectan a estados de cosas (aunque se

expresen mediante «operadores» lingüísticos; el doble uso del mismo vocablo, «operador», no debería provocar confusión alguna, teniendo en cuenta el contexto en cada caso). Así la copulativa «y» expresa un operador óntico tal que, tomando como argumentos funcionales los estados de cosas A más B, los proyecta sobre el estado de cosa conyuntivo A-y-B, que no es la mera yuxtaposición de las dos situaciones, A, B, por separado, sino un *tertium quid*. De ahí que sea posible —y necesario, según la lógica deóntica aquí defendida— rechazar el principio de agregación deóntica, aquel que, de la obligación de A y de la de B, deduce la obligación de A-y-B.

143. Tal deducibilidad de las verdades necesarias a partir de premisas cualesquiera es un rasgo común a una amplísima gama de lógicas —incluidas las propuestas por el autor de esta obra— pero ha sido rechazado por las que forman la familia de lógicas relevantes o relevantistas, en las cuales sólo cabe inferir una conclusión de unas premisas si se da un determinado vínculo analítico de significado entre éstas y aquella.

Tal restricción sedujo a un número de lógicos que consagraron ímprobos esfuerzos a levantar y justificar esas lógicas. Lamentablemente, siempre se acaban revelando tremendamente decepcionantes los resultados —todos ellos muy estimulantes como ejercicio intelectual—. En aras de ese purismo, esas lógicas tienen que sacrificar demasiados axiomas lógicos y demasiadas reglas de inferencia. Además tienen que carecer de negación fuerte, con lo cual su potencia expresiva es muy débil y pobre.

Y ¿cuánto vale la ganancia? ¿Cuánto mejor es la vida intelectual o la aplicabilidad de la lógica al conocimiento y a la investigación porque nos hayamos desembarazado de ese hecho —sin duda sorprendente para los novicios en lógica— de que las verdades necesarias se sigan de cualesquiera asertos? El ingenio derrochado por los lógicos relevantes ha convencido a pocos; entre esos pocos no se halla el autor de estas páginas.

144. En mi opinión son revisables las listas adoptadas de tales derechos. Es absurdo tomarlas como inquebrantable dogma de fe, para siempre, dada la proliferación desmesurada de tales listas —junto con pavorosas ausencias, p.ej. la del derecho a comer y a beber o el derecho a la movilidad.

Pretensiones discutibles, culturalmente condicionadas y, a veces, socialmente perjudiciales se han erigido en derechos naturales del hombre. Baste, p.ej., repasar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para percatarse de cómo un documento que parecía tan modesto y consensual como el Convenio de Roma de 1950 (junto con sus protocolos adicionales) —a pesar de no contener ni un solo derecho de bienestar o prestacional— desemboca (correctamente aplicado, lo cual es más grave) en sentencias como que Grecia esté obligada a indemnizar con 8 millones de euros a su ex-rey por privarlo de sus palacios reales y otros bienes de la Corona; que los presos ingleses hayan de tener derecho de voto (*Hirst v. the United Kingdom* (N1 2) [2005] ECHR 681, ratificado por la sentencia del Tribunal del 10 de febrero de 2015, que exige al Reino Unido modificar su legislación para permitir el sufragio de los penados, cualquiera que sea el fundamento de la condena); que constituya una violación de un derecho humano fundamental el que en las paredes de las escuelas públicas italianas haya un crucifijo (*litigio Lautsi c. Italia*, 2009, felizmente anulado en 2011).

Por el contrario, el Tribunal de Estrasburgo ha avalado la prohibición de emitir opiniones disidentes sobre determinados hechos históricos, agrupados en un catálogo que crece sin parar; paulatinamente la libertad de palabra se convierte en libertad de estar de acuerdo con la mayoría; este reproche se dirige contra sentencias como éstas: *T. v. Belgium*, App. No. 9777/82 (1983); *F. P. v. Germany*, App. No. 19459/92, (1993); *Honsik v. Austria*, App. No. 25062/94 (1995); *Remer v. Germany*, App. No. 25096/94 (1995); *Nachtmann v. Austria*, App. No. 36773/97 (1998); *Witzsch v. Germany*, App. No. 41448/98 (1999).

Los instrumentos internacionales de derechos humanos han agregado muchas prescripciones que darían lugar a fuerte polémica social si se sometieran a debate público (en vez de que tales textos sean venerados con la fe del carbonero). Entre otras, han exaltado el derecho de propiedad al rango de sagrado e inenajenable sin indemnización; han calificado la confiscación de bienes como una violación de un derecho fundamental del hombre. (Sin embargo, al firmarse el Convenio de Roma, en 1950, los laboristas ingleses, bajo el liderazgo de Clement Attlee, se habían opuesto a que, entre los derechos individuales, figurase el de propiedad —que sólo vendrá agregado por el art. 1 del Primer Protocolo adicional.)

Notemos que muchos clásicos del Derecho Natural (de Tomás Moro y Campanella a Diderot) juzgaban la propiedad privada incompatible con el Derecho Natural. Lo recuerda Hans Kelsen: «... el mismo Derecho Natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la nature ou le véritable esprit des lois*. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli [sic], de quien no sabemos gran cosa». (*Teoría pura del Derecho*, trad. M. Nilve, Buenos Aires: EUDEBA, 1994 [24ª ed.], pp. 111-112.) La atribución a Diderot me atrevo a pensar que es la auténtica, por concordancia con afirmaciones contenidas en los ensayos tardíos del gran editor de la *Enciclopedia*, quien varias veces hizo atribuir a otros sus propios escritos más osados; y es que era hombre prudente. escarmentado por el verano y el otoño de 1749 que había pasado encerrado en los calabozos del castillo de Vincennes, en castigo a haber escrito la *Lettre sur les aveugles*.

Kelsen parece ignorar total y absolutamente los debates en la Escuela de Salamanca acerca de si la propiedad privada es compatible con el Derecho Natural. Los dominicos, siguiendo a su maestro, Santo Tomás de

Aquino, juzgan que, de suyo, la propiedad privada es contraria al Derecho Natural, sólo que, una vez instaurada, viene legitimada por prescripción adquisitiva —aunque siempre sujeta a una función social cuyo incumplimiento la anula, siendo así confiscable sin indemnización.

En varios escritos, también Leibniz le da vueltas al problema de si es armonizable con el Derecho Natural la propiedad privada, adoptando un punto de vista similar al de los tomistas; justifica su mantenimiento en virtud de los males que se seguirían de intentar abolirla (por injusta que haya sido su instauración). En los *Elementa Juris Naturalis* (que escribió de 1669 a 1672, o sea a una edad de entre 23 y 26 años) ya se muestra Leibniz preocupado por ese problema: cito por la ed. y trad. de Tomás Guillén Vera, Madrid: Tecnos, 1991; en la p. 57 nos dice: «Me pregunto si es justo en mayor medida que el bien común se reparta entre las personas en una determinada proporción geométrica». Siendo dudoso cuál sería esa proporción, está clara la incompatibilidad de reparto proporcional alguno con la propiedad privada (a menos que ésta quede reducida a un nombre).

Unos años después, en su opúsculo «De tribus juris naturæ et gentium gradibus» (1680) (Gaston Grua, Leibniz, *Textes inédits*, Paris: PUF, 1948, p. 611) nuestro filósofo afirma: «En un estado perfecto todos los bienes tendrían que ser de propiedad pública y [sus beneficios] perfectamente repartidos entre las personas privadas; pero desgraciadamente el público no está suficientemente ilustrado para vivir así ni hay administradores suficientemente justos y animados por el espíritu público. Vale entonces, hoy por hoy, mantener la propiedad privada sujeta a un deber de benevolencia para que a nadie falte lo necesario. Sería difícil y peligroso distribuir la propiedad según méritos y virtudes» (v. Leibniz, *Political Writings*, ed. por Patrick Riley, Cambridge U.P., 1982, 2ª ed., p. 20).

Dos decenios después (en 1702-03), en sus «Meditaciones sobre el concepto común de la justicia», Leibniz vuelve a discutir si ha de otorgarse prelación al derecho de propiedad (*strictum jus*) sobre la utilidad pública. Su respuesta es que ha de privilegiarse la utilidad o conveniencia pública, pero que ésta última determina que «no esté permitido privar a los ricos de sus bienes para beneficiar a los pobres [...] Eso se debe al desorden que se produciría y que acarrearía un mal y una inconveniencia mayores que los que se tienen [con la desigualdad de riquezas]. Es preferible mantener las posesiones, puesto que el Estado no puede hacerse cargo de los asuntos domésticos de los hombres, por lo cual ha de preservarse la propiedad [privada] de los bienes, de suerte que cada quien tenga su propia esfera que pueda mejorar y ordenar adecuadamente, *Spartam quam ornet*, siendo en general útil la emulación; de otro modo, siendo todo de dominio común, se descuidaría, a no ser que se regulara como entre miembros de órdenes religiosas, lo cual sería difícil en los tiempos que corren; no obstante son tolerables infracciones a esta política [favorable a la propiedad privada] en aras de la seguridad común y del bien común; de ahí se sigue lo que se denomina *dominium Eminens*, los impuestos y tributos para gastos bélicos» (en Riley, *op.cit.*, p. 64).

Está más claro que el agua que Leibniz se las ve y se las desea para justificar la propiedad privada —aunque sólo sea pragmáticamente, como un *pis aller* para los tiempos que corren.

Maria Luisa Suprani, en *Il concetto di 'giustizia' negli scritti di diritto naturale de G.W. Leibniz: Un ponte fra Oriente ed Occidente* (tesis de *laurea magistrale*, Universidad de Bolonia, 2012, disp. <http://academia.edu/4083933>, acc. 2015-03-05), dice (p. 41): «Mentre Locke pone la proprietà fra i diritti inalienabili dell'uomo (perché fondata sul lavoro personale), Leibniz considera invece la stessa un male minore di cui è prematuro liberarsi: i disordini cagionati dalla sua abolizione sarebbero ben più gravi di ciò 'a cui [sc. con questo gesto] si vuole porre rimedio'». Y agrega: «Questa sintesi condusse il Nostro [Leibniz] a trarre alcune conseguenze temperate peraltro dopo di una (amara) constatazione rassicurante: 'in uno Stato perfetto ogni bene dovrebbe essere di proprietà pubblica, venir pubblicamente distribuito ai privati' (la comunione dei beni manifesterebbe per tanto il raggiungimento del livello più alto da parte di una società capace di adottare in larga parte le modalità di vita delle comunità religiose)».

La autora explica que la posición de Leibniz es inversa a la de Rousseau, para quien la propiedad privada implica el abandono del estado de naturaleza, al paso que para el filósofo de Leipzig constituye precisamente ese estado, el plano inferior, precivilizatorio, esperando que la ilustración de los hombres acabe desembocando en un estado de mayor perfección en el cual se renunciará a la propiedad privada en aras del bien común.

Leibniz es paradigmático de toda esa tradición jusnaturalista en la cual hallamos coincidencias con los derechos de bienestar de la tradición socialista e incluso con algunos de sus fundamentos doctrinales.

145. V. (Peña, 2015b).

146. V. (Peña, 2012).

147. Presupongo que la pertenencia de un individuo a la especie humana es una verdad necesaria; tal individuo puede no existir, mas, si existe, es un ser humano; podría cuestionarse ese supuesto, alegando que la evolución biológica habría podido seguir otro rumbo, por lo cual quizá H existiría, mas no sería un humano. (V. mi artículo «Grados de posibilidad metafísica», *Revista de filosofía*, vol VI, Nº 9, 1993, pp. 15-57.)

148. Trad. del francés por M. Nilve, Buenos Aires: EUDEBA, 1994, p. 172.

149. Paréceme empero que no lo formula correctamente. Donde dice «no constreñirlo a hacer lo que está prohibido» entiendo que quería decir «no constreñirlo a hacer lo que no es obligatorio». Una conducta no prohibida pero tampoco obligatoria ha de ser libre y, por consiguiente, a los demás ha de estarles vedado forzarnos a realizarla. Achaco ese *lapsus* a un descuido de redacción.

150. Kelsen reincide en sostener el principio de permisión en muchos otros ensayos. Así en el *Compendio de teoría general del Estado*, *loc.cit.*, p. 166, afirma: «El hombre puede hacer todo cuanto no está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico». ¿Puede? ¿De dónde emana ese «poder», esa facultad, esa licitud —a la cual Kelsen, no obstante, rehúsa el calificativo de «derecho» (a su juicio no tenemos derecho a no ser asesinados)? ¿No será una norma de Derecho Natural? En la *Teoría general del Derecho y del Estado* (*loc.cit.*, pp. 94ss) define el derecho subjetivo como la posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción. Está claro que la víctima de un homicidio carece de tal posibilidad. Sin embargo Kelsen ni de lejos es consecuente en ese uso técnico tan *sui generis* de «derecho». En la misma obra recién citada, p. 88, afirma: «Tengo el derecho subjetivo de hacer algo, o de abstenerme de hacer algo, sólo porque o en cuanto otro tiene el deber de no impedirme que lo haga o deje de hacerlo». ¡Una coincidencia más, como tantísimas otras, entre el autor jusnaturalista de la presente obra y el más encarnizado anti-jusnaturalista del siglo XX!

Sin embargo, con Kelsen siempre nuestras coincidencias tienen su anverso amargo; en su obra póstuma *Théorie générale des normes*, *loc.cit.*, Nota 85, pp. 440-441 critica y rechaza la opinión de Wilhelm Wundt de que la correlación entre derechos (o sea licitudes) y deberes ajenos (de no impedimento) es una correlación puramente lógica. (Wundt lo había afirmado en su *Logik*, 3ª ed., 1908.) Las objeciones de Kelsen son enrevesadas, oscuras y meandrosas. Es en ese sitio donde asevera que no tenemos el derecho de no ser asesinados.

151. V. Mario G. Losano, *op.cit.*, p. 52; v. *ibid.*, pp. 55ss sobre la aplicabilidad del principio de no-contradicción, la correspondencia con Ulrich Klug y la complejísima relación de Kelsen con la lógica desde 1962 hasta su muerte once años después.

152. Kelsen se reafirma en su rechazo de las lagunas —por motivos que sustancialmente no han cambiado— en su obra póstuma, *Théorie générale des normes*, *loc.cit.*, capítulo 31, pp. 171ss, donde reitera su adhesión al principio de permisión, que justifica sólo diciendo que es una aplicación del Derecho vigente, lo cual no demuestra. (Ni siquiera es seguro que todos los ordenamientos contengan una norma expresa que venga a decir que el inocente no será judicialmente condenado.)

153. V. (Alchourrón & Bulygin, 1991). V. *infra*, Anejo Nº 2 del capítulo VIII.

154. V. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid: Debate, 1993, capítulo VII, pp. 227ss.

155. *Op.cit.*, p. 93: «El acto se presume justo». En la terminología de Leibniz, «justo» significa lo mismo que «lícito». En la página siguiente lo expresa afirmando una obligatoria presunción a favor de la libertad. Al igual que su descollante opúsculo de 1686 *Generales inquisitiones de analysi notionum et ueritatum* (v. mi estudio de esta obra: «De la logique combinatoire des *Generales Inquisitiones* aux calculs combinatoires contemporains», *Theoria*, Nº 14-15, 1991, pp. 129-59), en sus *Elementa Juris Naturalis* mezcla Leibniz axiomatizaciones de sistemas incompatibles. En las *Generales Inquisitiones* elabora una lógica combinatoria, pero, al aferrarse al principio de subalternación cuantificacional de la silogística aristotélica, lo echa a perder. En los *Elementa Juris naturalis* tenemos seminalmente, de un lado, toda la lógica deóntica estándar pero también, de otro lado, algunos de los axiomas de nuestra lógica nomológica: la presunción de licitud, la subalternación deóntica y el principio de no impedimento.

156. En *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad* (México: UNAM, 2009), Pilar Zambrano —quien se adhiere a un planteamiento jusnaturalista— lleva a cabo una amistosa discusión con el positivista excluyente Raz, con el positivista incluyente Waluchow y con el postpositivista Dworkin. Concluye concediendo que el Derecho está indeterminado, incumbiendo al juez determinarlo. Para esa autora la interpretación es creativa, no cognitiva; sólo que eso no exime al intérprete de dos cánones hermenéuticos: (1) contextualizar la expresión; y, sobre todo, (2) guiarse por un principio de exégesis «teleológico-sistemática donde el intérprete determina el sentido de las normas a la luz de los fines globales de la práctica jurídica» (*ibid.*, p. 76). Lo que no me queda claro es si la vigencia de esos cánones es epistemológica, moral o jurídica; la autora nos dice (*ibid.*, p. 77) que, contrariamente a lo que afirman los juspositivistas, esos cánones no son modos contingentes de interpretar el Derecho. De acuerdo, pero, siendo así, ¿no estaba ya esa interpretación expresada semánticamente por el propio precepto legislativo? ¿No tiene la interpretación un alcance

cognitivo, en vez de creativo? Con lo cual el intérprete no determina; simplemente enuncia algo ya predeterminado. Y es que no hay que confundir indeterminación con plurideterminación o sobredeterminación.

157. Topámonos de nuevo con un viejo problema lógico-metafísico, que viene de Aristóteles: la verdad de los futuros contingentes, tan debatida, no sólo en la filosofía medieval y renacentista, sino también en la posterior, p.ej. en Leibniz y Spinoza.

158. Añadiría también la conciencia pública y, en particular, la conciencia jurídica del conjunto de profesionales del Derecho —no sólo jueces, sino abogados, procuradores, fiscales, notarios, registradores.

Y un poco también la opinión pública en general, siendo especialmente relevante el comportamiento de la población, la cual puede hacer caer en desuetud muchas obligaciones y prohibiciones, que van perdiendo fuerza constriñente cuando son masiva y continuamente desobedecidas. Así la prohibición penal de los anticonceptivos (oficialmente en vigor incluso en la Francia de los años 60) perdió vigencia real porque, desde luego, los jueces la inaplicaron sistemáticamente, pero lo hicieron porque las boticas expendían ese fármaco, que era consumido por la mayoría de la población femenina en edad de actividad sexual.

159. Ni siquiera creo que tengan tanta certeza los asertos de las ciencias duras, puesto que el *big bang*, la materia oscura, la energía oscura, los agujeros negros, la dualidad de lo ondulatorio y lo corpuscular, la paradoja de Einstein, la de Schrödinger y el propio principio de Heisenberg suscitan tantas incógnitas y tan fuertes interrogantes —incluso sobre la lógica adecuada a la comprensión de esas teorías— que son materias donde es dudoso cuánto tiempo van a permanecer las concepciones actualmente en boga —ya sin hablar de otras hipótesis más audaces, como la teoría de cuerdas con sus nueve dimensiones. ¡Emplacémonos para dentro de cinco lustros a ver qué queda entonces de tales conceptualizaciones! Pero nada de todo eso es, en absoluto, un indicio de que la realidad esté indeterminada.

160. Sin embargo, una vez firme la sentencia, cobra fuerza de cosa juzgada. Con lo cual se puede generar otra antinomia jurídica. La situación surgida de la fuerza de la cosa juzgada es lícita. Pero también puede ser ilícita en tanto en cuanto sea contraria a la norma según ésta acabe viniendo interpretada en el consenso de los operadores jurídicos.

161. V. supra, final del §4.

162. Tal como emanó del poder constituyente de 1978, la Carta Magna —según el tenor clarísimo del art. 20.4— dejaba el derecho a la libre expresión subordinado a las pretensiones ajenas de honor, intimidad y propia imagen (propia imagen halagüeña, se entiende), en una prelación escalar no atenuada por ninguna consideración de proporcionalidad ni de ponderación de valores.

La jurisprudencia *contra legem* del Tribunal Constitucional en su primera etapa (bajo la Presidencia de D. Manuel García-Pelayo y Alonso) alteró la situación jurídica, imponiendo la obligación de ponderar los bienes en conflicto, de suerte que la intimidad o la honra de personalidades cuya actuación fuera socialmente significativa y suscitara un legítimo interés de la opinión pública no podía ponerse por encima del derecho de los periodistas a informar honestamente para cumplir su deber profesional de satisfacer el derecho del público a recibir información veraz, según lo preceptuado en el art. 20.1.d CE. Posteriormente ha sido sinuosa la jurisprudencia constitucional al respecto. (V. Eduardo Francisco Rodríguez Gómez, «El Tribunal Constitucional y el conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen: Revisión jurisprudencial», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, Vol. 20/2, 2014, pp. 1209-1224, http://dx.doi.org/10.5209/rev_ESMP.2014.v20.n2.47061, cons. 2015-02-23.) A pesar de esas fluctuaciones, hoy la norma material en vigor en España no es la que literalmente expresa el texto constitucional.

No es ése el único extremo en el que la jurisprudencia constitucional ha modificado, creativamente, el contenido nomológico vigente. El art. 22 CE apenas reconocía, muy cicateramente, un restringidísimo derecho de asociación, que ni siquiera recibía el nombre de «libertad»; mantúvose en vigor hasta 2002 la ley de asociaciones franquista de diciembre de 1964. Fueron las sentencias del TC las que dieron la vuelta, haciendo decir al art. 22 CE lo que no decía, a fin de amparar un más amplio derecho de asociación —aunque todavía abusivamente limitado por la vigente ley orgánica 1/2002.

Lamentablemente en otros aspectos la mutación constitucional decidida por el TC ha sido para mal. P.ej., el art. 25.3, leído en el contexto, claramente excluye toda privación de libertad que no sea decidida por un juez de lo penal (en fase instructiva o de cumplimiento de condena), mientras que la jurisprudencia constitucional ha avalado que un juez de lo contencioso-administrativo estampille la privación de libertad que a un inmigrante sin papeles le inflige extrapenalmente la administración en castigo a la infracción administrativa de «encontrarse en territorio español sin autorización legal».

163. Cae fuera del ámbito de este capítulo referirme al impacto de la jurisprudencia constitucional en ordenamientos extranjeros, siendo particularmente destacable su papel en Alemania (la magna obra del *Bundesverfassungsgericht* de Karlsruhe), Colombia, Perú y otros países, para no hablar ya del papel tan especial de la *Supreme Court* de los Estados Unidos. Sobre Europa, v. Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, A&C Black, 2014, ISBN 8781782252450. Con respecto al Tribunal Constitucional peruano, v. Eloy Espinosa-Saldaña Barrero & Juan Manuel Sosa Sacio, «El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones», *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, N° 85 (enero de 2015), pp. 21-39.

Permítaseme no resistir a la tentación de citar la famosísima decisión del Conseil Constitutionnel del 16 de julio 1971, que, al norte de los Pirineos, implicó una genuina y radical mutación constitucional. (En frase de Jean Gicquel: «Le Conseil Constitutionnel a lié [desde la indicada fecha] sa fortune aux droits fondamentaux de la personne en élevant face au pouvoir la barrière de l'État de droit» [en *Libertés et droits fondamentaux*, ed. por M. Delmas-Marty & Claude Lucas de Leysac, París: Seuil, 1996, p. 239].) Acogiéndose a la Ley de libertad de asociación de 1901, habíase creado un colectivo que se llamó «Les Amis de La Cause du peuple», en el cual participaba la escritora Simone de Beauvoir. A la hora de matricularse —según lo preceptuado en la citada Ley—, el ministro del Interior, Raymond Marcellin, ordenó a la prefectura rehusar la inscripción. Careciendo de base legal tal denegación, el gobierno del Presidente Pompidou presentó al Parlamento un proyecto de ley que restringía el derecho de asociación, al otorgar un poder discrecional a la administración sobre la inscriptibilidad o no de las nuevas asociaciones. El presidente del Senado, Alain Poher (derrotado poco antes por Pompidou en las elecciones presidenciales), planteó ante el Consejo Constitucional un recurso de inconstitucionalidad a tenor del art. 61.2 de la Constitución. Ahora bien, el espíritu de ese artículo era el de atar corto al Parlamento para que no ejerciera su potestad legislativa en materias que la Constitución reservaba al ejecutivo.

Por otro lado ningún artículo de la Constitución francesa de 1958 amparaba ni la libertad de asociación ni ninguna otra. Sólo el Preámbulo hablaba de los derechos del hombre, pero sin perfilar su contenido, remitiéndose a la Declaración versallesa de 1789 y a «las leyes de la República». ¿Qué leyes de la República tenían la fuerza de obligar que se quisiera atribuir al Preámbulo, que teóricamente carecía de ella?

Estribaba la dificultad en que, aun erigiendo el Preámbulo en un precepto (lo cual claramente no era), la Declaración de 1789 no contempla, absolutamente para nada, ni el derecho de asociación ni siquiera el de reunión. El Presidente del Consejo Constitucional, Gaston Palewski, impulsó una interpretación (desde luego forzada, por no decir carente de base textual), según la cual el Preámbulo pasaba a tener la misma fuerza vinculante del articulado y la Ley de 1901 se erigía una de esas «Leyes de la República» englobadas en el bloque de constitucionalidad —concepto de creación jurisprudencial.

Conque el proyecto de Ley fue anulado y la libertad de asociación salvaguardada. Desde 1971, ha sido enorme el papel del Consejo, muchas veces favorable a los derechos humanos, dejados bastante desamparados por la Constitución de 1958, de inspiración antiprogresista. V. Louis Favoreu & Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, París: Dalloz-Sirey, 1995.

164. Puede dudarse si, en el caso de que el TC seleccione una de varias interpretaciones tales que de ninguna de ellas es afirmable con verdad que sea más acertada que las otras, el precepto constitucional estaba indeterminado hasta el pronunciamiento del Alto Tribunal. Me inclino a pensar que no estaba indeterminado sino sobredeterminado; tenía varias significaciones, todas normativamente válidas (aunque estuvieran en mutuo conflicto). Claro que, de ser así, también el TC crea derecho al abolir las interpretaciones que descarta.

165. Sobre las sentencias erróneas de un tribunal constitucional, v. José Juan Moreso «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en *Los desacuerdos y el Derecho* por J.J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, ISBN 9788461442973. V. también el ya citado artículo de Espinosa-Saldaña y Sosa Sacio sobre el caso peruano.

Tales contribuciones plantean la cuestión de si, una vez recaída sentencia de la jurisdicción constitucional, la fuerza de cosa juzgada ha de ser absoluta o si podría contemplarse una reforma de la Ley Orgánica del TC que —bajo condiciones estrictísimas— lo autorizara a revisar sus propias decisiones. Ciertamente ello iría en desmedro de la seguridad jurídica, pero ésta no es un valor absoluto. Desde luego hay que diferenciar las dos funciones principales del TC: el amparo y la declaración de (in)constitucionalidad de la ley. En torno a la revisabilidad de decisiones relativas al amparo en España, v. Enrique Morera Guajardo, «La violación de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional», Verano 2005, publ. en el portal de la firma de abogados Balaguer-Morera, http://www.bmabogados.com/articulos/Violacion_derechos_fundamentales_TC.pdf. cons. 2015-03-14. Con relación a Iberoamérica, v. Humberto Nogueira Alcalá, «Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur», *Ius et Praxis*, Año 10 N°1, 2004, pp. 113-158, repr. en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100005, cons. 2015-03-14.

166. Diferente del problema que estoy planteando es el de precisar el exacto perfil jurídico de la sentencia de inconstitucionalidad, concretamente si los efectos de la anulación son *ex tunc* o *ex nunc*. En el ordenamiento austríaco son sólo *ex nunc*—e.d. la ley declarada inconstitucional viene *ipso facto* abrogada. Es España la doctrina ha tendido a pensar que tiene efectos *ex tunc*, o sea que es una declaración de nulidad, a salvo del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas en virtud de la ley así anulada—p.ej, todas las decisiones judiciales con fuerza de cosa juzgada y ciertos actos administrativos que han creado irreversibles derechos para terceros. En esos casos, nos encontraremos con situaciones jurídicas que son prohibidas, o sea: a la vez se da esa situación jurídica, X, y la ilicitud de X, puesto que X tiene como fundamento jurídico uno que ha sido declarado nulo *a radice*. (Si una ley permite a la administración desafectar y enajenar un predio demanial, lo cual se lleva a cabo, siendo posteriormente declarada inconstitucional esa ley, el nuevo dueño del predio tiene derecho al mismo, pero lo tiene ilícitamente, aunque, por otro lado, todo derecho existente es lícito.) Por consiguiente, al aplicar los principios lógico-nomológicos más arriba expuestos, podremos, en muchos de esos casos, inferir no sólo genuinas antinomias jurídicas, sino contradicciones verdaderas.

Por otro lado, ni siquiera siempre la declaración de inconstitucionalidad produce plenos efectos anulatorios *ex nunc* (o sea, ultractividad), como lo ha puesto de manifiesto Javier Jiménez Campo (en «¿Qué hacer con la ley inconstitucional?», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Madrid: Tribunal Constitucional/CEC, 1997, pp. 63-4): la ley anulada puede haber eliminado ciertos supuestos de un determinado tipo penal o puede haber instituido nuevas eximentes; está claro que el principio de legalidad penal impide que la anulación de la ley lleve a acusaciones penales excluidas por dicha ley.

167. Con relación a la fuerza (material y formal) de cosa juzgada de que están revestidas las decisiones del Tribunal Constitucional surge el consabido problema de si abarca sólo al fallo o también a sus fundamentos. Sería absurdo que sólo el fallo adquiriese dicha fuerza, porque ello eliminaría la autoridad doctrinal del TC.

En Francia la *Cour de Cassation* (tribunal supremo de justicia) sostiene que la fuerza de cosa juzgada de las decisiones del *Conseil Constitutionnel* en lo tocante a los motivos (nuestros fundamentos) sólo afecta al «texte soumis à l'examen du Conseil». Bajo esa fórmula sibilina, trátase de prevenir cualquier extrapolación hermenéutica que adujera la autoridad de cosa juzgada por el CC para preceptos afines, aunque no idénticos, a aquel sobre el cual se ha pronunciado dicho Consejo. Tan restrictiva visión parece superada con la reciente reforma constitucional de 2008-07-23 (en vigor desde 2010-03-01), que ha introducido la QPC (*question prioritaire de constitutionnalité*, una variante—aunque filtrada por la *Cour de Cassation*— de nuestra cuestión de constitucionalidad). (V. Olivier Desaulnay, «L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel vue par la Cour de Cassation», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 30, enero 2011, disp. online, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-30/l-autorite-des-decisions-du-conseil-constitutionnel-vue-par-la-cour-de-cassation.53155.html>, cons. 2015-03-15. En el mismo número hallamos, entre otros, artículos sobre la autoridad de cosa juzgada de las decisiones del CC y sobre las QPC.)

168. Manifiéstase—soy consciente de ello—, en las consideraciones que preceden, un cierto titubeo entre dos tesis opuestas: (1ª) La jurisprudencia constitucional produce una mutación constitucional, abrogando la vigencia de aquellas significaciones válidas del texto de la Carta Magna que han quedado descartadas al optar el Tribunal por una interpretación contraria a las mismas (llegando incluso a derogar, en algún caso, la única lectura correcta, ajustada al tenor literal del articulado y a su contexto); (2ª) siguen en vigor tales normas, singular o pluralmente significadas por un precepto de la Constitución, aunque sean contrarias a la jurisprudencia constitucional—un vigor impotente, desde luego, porque lo único exequible, en ese conflicto de normas, será aquello que sea conforme con las decisiones de la jurisprudencia constitucional, por anticonstitucionales que sean. En el momento de redactar este libro, no me siento con ánimos para pronunciarme ni por la una ni por la otra de esas dos alternativas.

169. Aquí sigo a Luc Wintgens, con su teoría de la legisprudencia (v. su libro *Legislation in Context: Essays in Legisprudence*, Ashgate, 2007, ISBN 9780754626671, también disponible en formato ePUB), la cual ha puesto de relieve que la actuación deliberativa y razonadora del legislador no es un mero acto de voluntad y guarda semejanzas con la jurisprudencial. El legislador se puede y suele equivocar, pero su acto es intelectual, no volitivo, como bien lo supo ver Santo Tomás de Aquino, al definir la ley como una ordenación de la razón, en *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4 co: «Et sic ex quatuor prædictis potest colligi definitio legis, quæ nihil est aliud quam quædam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata».

170. Tal vez no suceda así (o no tanto) en el mundo anglosajón. Posiblemente sea sobre todo un fenómeno hispano ese deslizamiento subrepticio de la doctrina del Derecho Natural, nominalmente abrazada, a un jusnaturalismo anodino, acomplejado, reticente, presto, con alacridad, a concesiones de principio al positivismo jurídico—incluso al neopositivismo radical y extremo inaugurado por Alchourrón, con su rechazo del principio de permisión. Las causas de esa claudicación serían político-culturales.

171. En *Objetividad y determinación del Derecho: Un diálogo con los herederos de Hart*, Ed. Comares, 2009.
172. *Ibid.*, pp. 189-90.
173. La cita es de Raz, *The Authority of Law*, Oxford U.P., 1979, pp. 53-77.
174. Como todos cuantos rechazamos las lagunas (de Zitelmann al autor de esta obra, pasando por Kelsen) Raz sostiene lo siguiente: la inadmisión —o, de no haberse producido ésta, eventualmente la desestimación— de la pretensión de un actor contra el demandado de que éste responda por cierta conducta (activa u omisiva), cuando se basa en el silencio de la ley sobre tal conducta, posee exactamente el mismo fundamento jurídico que cuando se basa en un texto legal que expresamente reconozca el derecho a realizar esa conducta. En cambio, para el lacunarista (el adepto de las lagunas), en el primer supuesto (silencio de la ley) el juez debe inadmitir la demanda porque lo debatido sería materia extrajurídica, mientras que en el segundo supuesto habrá de inadmitir o desestimar para así amparar un derecho jurídicamente reconocido y, a fuer de tal, protegido por la ley. El lacunarista está inventando un distingo conceptual huero, espurio y ocioso por ser nomológicamente inane e irrelevante. Además propone una visión falsa y degradante del juez, como si éste, en el primer supuesto, no estuviera tutelando derechos. Siendo ello así, el lacunarista puede todavía objetar que no ve de dónde emana un derecho que la ley no ha reconocido *expressis verbis*. A esa objeción Raz no tiene nada que responder. En suma, Raz no suministra la *razón* por la que el juez debe inadmitir o desestimar la demanda en el primer supuesto.
175. *Ibid.*, p. 190.
176. V. Christine Bard, «Le droit au pantalon: Du pittoresque au symbolique», *La Vie des idées*, 1er mars 2013. ISSN 2105-3030. Repr. en <http://www.laviedesidees.fr/Le-droit-au-pantalon.html>, cons. 2015-03-06.
177. Parece hoy mentira, pero unos poquitos años antes, en 1972, a Michèle Alliot-Marie, consejera técnica del ministro Edgar Faure, al querer entrar en el recinto de la asamblea en pantalón para transmitir un mensaje, se le rehusó el ingreso; atribúyesele la réplica, tan parisina: «Si c'est mon pantalon qui vous gêne, je l'enlève dans les plus brefs délais».
178. Esa referencia parece cogida por los pelos. En su versión actual lo que dice ese artículo es: «La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales». De ahí no se deduce ningún derecho a vestirse con las mismas prendas los individuos de ambos sexos ni siquiera a poder viajar en los mismos vagones del ferrocarril, ni a frecuentar las mismas escuelas. Con ese artículo serían compatibles la segregación y la discriminación sexuales en muchos ámbitos. Además la ley sólo *favorece* ese igual acceso.
179. *Journal Officiel*, Sénat, 31 janvier 2013, p. 339. El texto original francés reza así: «Cette ordonnance est incompatible avec les principes d'égalité entre les femmes et les hommes qui sont inscrits dans la Constitution et les engagements européens de la France, notamment le Préambule de la Constitution de 1946, l'article 1er de la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme. De cette incompatibilité découle l'abrogation implicite de l'ordonnance du 7 novembre qui est donc dépourvue de tout effet juridique et ne constitue qu'une pièce d'archives conservée comme telle par la Préfecture de police de Paris».
180. Cabe preguntarse si en Francia los varones tienen derecho a vestirse con faldas. Mi tesis es que sí, pero sólo sobre la base del principio de permisión, o sea de la presunción de libertad.
181. Las discriminaciones vestimentarias continúan en Francia, esta vez en perjuicio de los varones, a quienes se prohíbe, en muchos empleos, el pantalón corto, autorizado a las mujeres (en empresas donde no existe ninguna obligación de llevar uniforme). Lo peor es que la jurisprudencia avala tales discriminaciones. Así pues, dista de ser verdad que el efecto conjunto del Preámbulo de la Constitución de 1946 más el Convenio de Roma garanticen en Francia los mismos derechos a los individuos de ambos sexos.
182. Otro ejemplo —mucho más dramático— es el de las leyes promulgadas por Hitler en 1935 en materia de relaciones sexuales y conyugales, que —en una amplísima y heteróclita serie de supuestos— prohibían, dentro o fuera del matrimonio, la cópula carnal; entre ellas figuraba la ley para la salud genética del pueblo alemán. Hubo que esperar a 1986-02-07 para que, por fin, un tribunal de primera instancia de Kiel declarase que tal ley vulneraba el artículo 123.1 constitucional y, por consiguiente, había perdido vigencia. Pero abolir así determinadas prohibiciones conyugales no es lo mismo que declarar lícitas tales relaciones. V. al respecto: (Santos, 2014).

183. Ha habido tantos y tan preclaros juristas y jusfilósofos que han defendido el positivismo que no hay —ni podría haber— ningún otro denominador común entre ellos. Sin lugar a dudas algunos han sido campeones de los derechos humanos. Pero ¿era ésa una consecuencia lógica de su juspositivismo? Eso es lo que ni se prueba ni hay cómo probarlo, porque cualquier pauta *jurídica* suprapositiva tiene que venir rechazada por el juspositivismo (y por su variante el realismo jurídico).

Podría ejemplificarlo con el caso del celeberrimo (y, sin duda, insigne) juez Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841-1935), *Chief Justice* de la Corte Suprema estadounidense. (V. «Holmes, Oliver Wendell», *World Encyclopedia*, Oxford University Press 2005, repr. <http://www.encyclopedia.com/doc/1O142-HolmesOliverWendell.html>, cons. 2015-03-04). Encarnizado adversario de toda invocación de unos supuestos derechos del hombre y de cualquier otro concepto jusnaturalista, habíase opuesto, durante varios años, a declarar inconstitucionales ciertas reformas sociales, como la protección del trabajo infantil (en virtud de su tendencia a la jurisprudencia sociológica, separándose así del originalismo hermenéutico tan seguido en USA).

Eran tiempos de paz. Llegó después la guerra. Una feroz persecución se abatió en los Estados Unidos sobre toda propaganda pacifista en virtud del *Espionage Act* promulgado por el presidente Wilson en 1917. El título de esa ley era de lo más engañoso, puesto que prohibía penalmente «to interfere with the operation or success of the armed forces of the United States or to promote the success of its enemies»; un promover que podía consistir simplemente en opinar en público que era injusta la guerra por el lado aliado.

El 16 de junio de 1918 (cinco meses antes del fin del conflicto bélico), Eugene V. Debs, dirigente del Partido Socialista Norteamericano, pronunció un discurso en Canton, Ohio, criticando la entrada de los EE.UU. en la gran guerra europea. Escandalizadas por su pacifismo, las autoridades lo detuvieron; el fiscal lo acusó de violar la citada ley. El acusado alegó su libertad de palabra en virtud de la Enmienda Nº 1 de la Constitución federal. Finalmente el asunto llegó a la Corte Suprema; Oliver Holmes redactó la sentencia, aprobada por unanimidad, que rechazaba la alegación de Debs, cuya condena resultó así definitiva. (V. «Debs v. United States», the Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law, 2015-03-04 http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1918/1918_714.)

No fue, ni mucho menos, el único caso. Otro anterior fue *Schenck v. United States*. Los acusados, Charles Schenck y Elizabeth Baer, eran militantes del partido socialista en Filadelfia; habían distribuido entre reclutas octavillas expresando su sentimiento contrario a la conscripción (la cual, a su juicio, equivalía a un tipo de servidumbre prohibida por la 13ª enmienda). La sentencia (también unánime) de la Corte Suprema, igualmente redactada por el Juez Holmes, sostuvo que tales declaraciones eran criminales, por comportar «un peligro claro e inmediato» de realización de un crimen, por lo cual no podían ampararse bajo la libertad de palabra de la 1ª Enmienda.

Sin el juspositivismo de Holmes, ¿se habría producido esa triste jurisprudencia (que no hace honor a la idea de que, si en USA se reconocen menos derechos fundamentales, en cambio los que sí se aceptan tienden a ser absolutos)? Tal vez sí, tal vez no. Si la 1ª Enmienda no fue un dique suficiente para proteger la libertad de palabra, acaso tampoco lo habría sido el Derecho Natural del hombre a la libre expresión de sus opiniones. Con todo es legítima la duda.

Otra actuación del juez Holmes que consideraríamos hoy lesiva de los derechos humanos fue su redacción de la sentencia *Buck v. Bell* 274 US 200 (1927). (V. Paul A. Lombardo, *Three Generations, No Imbeciles: Eugenics, The Supreme Court, and Buck v. Bell*, Baltimore: The John Hopkins U.P., 2008; y también: José Antonio Santos, 2014, pp. 60-61.) La sentencia avaló la esterilización forzosa de una muchacha pobre y violada con una argumentación que podemos leer —entre líneas— como la previsibilidad de que los nacidos en ese medio miserable se acabarán haciendo delincuentes. Es dudoso qué derecho subjetivo reconocido en las enmiendas de la Constitución federal norteamericana podría invocarse en contra de tales prácticas (que se van a generalizar legislativamente en USA a partir de dicha sentencia), como no sea la 9ª enmienda que protege los derechos no enumerados en las otras enmiendas pero «retenidos» por la gente («retained by the people»). Tal cláusula, no obstante, vale lo mismo para un roto que para un descosido. No existe en USA ningún derecho constitucional a la integridad física, ni a la salud, ni al desarrollo de la personalidad, ni siquiera a la libertad (fuera de aquellas libertades tasadas que se enuncian explícitamente en varias enmiendas). Por ello este caso es claro: de haber hecho algún hueco a los derechos naturales del hombre, Holmes podría haber sido de otra opinión en el caso *Buck v. Bell* de 1927, habiendo evitado así la ulterior política legislativa de esterilizaciones forzosas en 27 estados de la Unión.

Sobre el juspositivismo del juez Holmes, v. Robert P. George, «Holmes on Natural Law», *Villanova Law Review* 1 (2003), repr. en <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol48/iss1/1>, cons. 2015-03-04; el célebre artículo de Holmes «Natural Law», publ. en la *Harvard Law Review*, 1918, está repr. en <http://teachingamericanhistory.org/library/document/natural-law>, cons. 2015-03-14; ahí Holmes niega que exista un derecho a la vida y afirma que la creencia en un Derecho Natural resulta de la ingenuidad de pensar «our truth is cosmic truth».

184. Dícese en el Preámbulo de la Constitución del 4 de noviembre de 1848: «Il — La République française [...] reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives». No contenta con esa radical y centelleante afirmación jusnaturalista, dicha ley fundamental recoge detalladamente en su articulado tales derechos y deberes individuales, no sólo los de libertad, sino también los de bienestar.

185. Una muestra de ello es el proyecto de Constitución de la República Francesa mayoritariamente adoptado por la Asamblea nacional constituyente el 19 de abril de 1946 (aunque rechazado después en el plebiscito de 1946-05-05). Ábrese el texto del 19 de abril con una escueta Declaración de los derechos del hombre (no del ciudadano) de sólo dos párrafos, en el primero de los cuales aparece esta frase: «le peuple français, fidèle aux principes de 1789 — charte de sa libération — proclame à nouveau que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés, auxquels nulle loi ne saurait porter atteinte, et décide, comme en 1793, 1795 et 1848, de les inscrire en tête de la Constitution». Y el artículo 1º reza así: «Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux devant la loi». Esa declaración de derechos culmina en el art. 29, último de esa sección, que prescribe deberes de aportación al bien común: «La sauvegarde des droits inscrits dans la présente déclaration [...] et le progrès social exigent que tous connaissent et remplissent leurs devoirs: les citoyens doivent servir la République, la défendre au prix de leur vie, participer aux charges de l'État, concourir par leur travail au bien commun et s'entraider fraternellement».

Paradójicamente la mayoría que votó a favor estaba formada sobre todo por marxistas, sin que asome en ese texto el más mínimo atisbo o residuo de marxismo. Recordemos que Marx había manifestado el mayor desdén hacia los «derechos del hombre» como altisonantes disfraces de los derechos burgueses; en pos de él, lo mismo dijeron todos los pensadores marxistas, de Rosa Luxemburgo en adelante. (V. (Peña, 2006a).) Además, en el marco del materialismo histórico el Derecho, siendo una superestructura, varía con la sucesión de formaciones económico-sociales, sin que haya en él nada inmutable, nada natural ni, por ende, derecho alguno inherente al ser humano por su nacimiento ni derecho alguno que sea sagrado e inalienable; menos aún derechos que estén por encima de la ley.

Es, en cambio, rotundo y absoluto el tenor jusnaturalista del texto de abril de 1946; la izquierda francesa de la inmediata posguerra procedía a un *ressourcement* que la llevaba a asumir ideologías jurídico-políticas propias de la primera y de la segunda revoluciones francesas. En realidad la liberación de 1944 constituyó una tercera revolución francesa, pero que duró menos de un trienio.

186. Hacen falta astucias hermenéuticas para presentar a Locke como un precursor de los derechos humanos en cualquier acepción de ese sintagma que asuma, como mínimo, el legado de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Locke ni siquiera concede libertad de conciencia a los católicos (alegando que, si ellos prevalecieran, no se la otorgarían a sus oponentes) ni a los ateos (siendo —a su juicio— el ateísmo enemigo de la sociedad). Su espacio de libertades, ya angosto de por sí, queda reducido por esa cláusula de excluir a quienes no sean partidarios de la libertad que él defiende, según él la defiende y precisamente para aquellos para quienes él la reclama (aunque la prohibición del ateísmo es gratuita aun con tales criterios), al paso que la verdadera libertad sólo se da cuando ampara por igual a sus adeptos y a sus adversarios. (V. (Peña, 2006c).)

Más grave que esa restricción es el vínculo de Locke con la esclavitud. No sólo no la condenó (como sí la había condenado Santo Tomás) sino que se lucró con la esclavitud y la trata negrera. (V. Wayne Glauser, «Three approaches to Locke and the slave trade», *Journal of the History of Ideas*, vol. 51/2 (1990), pp. 199-216, repr. en <http://www.jstor.org/stable/2709512>, cons. 2015-03-04.)

Peor que eso: Locke redactó las «Fundamental Constitutions for the Government of Carolina» cuyo artículo CX preceptúa: «Every freeman in Carolina shall have absolute power and authority over his negro slaves of what opinion and religion soever». Notemos que en las posesiones hispanas la legislación en vigor no reconocía a los dueños de esclavos ese poder absoluto, puesto que concedía a los negros algunos derechos de bienestar (aunque ciertamente pocos).

A diferencia de Locke, Leibniz condena la esclavitud, proponiendo, hasta que sea abolida, una mitigación. V. Christopher Johns, *The Science of Right in Leibniz's Moral and Political Philosophy*, Boomsbury Studies in Philosophy, 2013, p. 114, ISBN 9781780937663.

187. Algunos publicados y otros no. En (Peña, 2009a) hay unas reflexiones que contribuyen a seguir alguno de esos itinerarios transgeneracionales.

188. Mi lectura de los textos de Kant y de Locke me ha conducido a cuestionar su pertenencia a las fuentes de la doctrina de los derechos humanos. Insto a cualquier persona que comparta una visión actual de los derechos humanos a leer con detenimiento aquellos textos de esos dos filósofos que se suelen considerar seminales para los derechos humanos. V. mis apuntes inéditos «Lecturas filosófico-jurídicas (2005-2007): Ejercicios didácticos», <http://digital.csic.es/handle/10261/15158>.

189. En este particular, convendría releer la olvidada aportación de Román Rianza Martínez-Osorio —discípulo de Rafael Ureña Smenjaud y víctima de homicidio en 1936—, estudioso del pensamiento filosófico-jurídico de nuestro Siglo de Oro, en el cual vio una fuente de las declaraciones de derechos del hombre de finales del siglo XVIII, terciando así en la célebre polémica (de 1902) entre Émile Boutmy y Georg Jellinek; v. mi ensayo inédito «La renovación de los estudios histórico-jurídicos en España en el primer tercio del siglo XX», 2014, en <http://lorenzopena.es/ms/EstHistorJur.pdf>.

190. Louis-Adrien Le Paige (1712-1802) era un abogado jansenista. Gracias al apoyo de su patrón, el Príncipe de Conti (Luis Francisco de Bourbon-Conti, 1717-76, primo de Luis XV), gran prior de la Orden de San Juan de Jerusalén en París, obtiene el título de baillío del Templo (un recinto que había pertenecido a la antigua orden de los Templarios y que será derruido por el emperador Napoleón Bonaparte en 1808). Considerado *le dernier prince frondeur*, Conti acoge en su palacio, auspicia y alienta tanto a los enciclopedistas cuanto a los jansenistas, unos y otros oponentes a la Corte de Versalles, a la jerarquía eclesiástica y a los jesuitas, aunque sólo eso los unía. (Mi tesis es que, a pesar de sus hondísimas discrepancias, unos y otros son, a su manera, precursores intelectuales de la revolución de 1789.)

Ardiente polemista, inspirado y prolífico escritor, además de insigne letrado (estrechamente unido a los círculos forenses parisinos, al provenir de una familia de parlamentarios y profesores de la Sorbona), Le Paige, gracias a la inmunidad que le otorga el título de baillío, consagra una buena parte de su tiempo a escribir y publicar una ingente cantidad de artículos y ensayos de muy diverso volumen, muchos de ellos rayanos en lo sedicioso. Su principal obra la constituyen las *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs et les lois fondamentales du Royaume* (1753-54), texto que (alejadísimo en su método de la historiografía científica posterior) expone la ideología de la clase jurídica —especialmente de la forense— bajo los reinados de Luis XV y Luis XVI: una ideología plagada de elementos conservadores, pero que converge, en parte (desde principios diametralmente opuestos), con las tendencias de los enciclopedistas (por lo menos de los radicales, como Diderot) a combatir el despotismo, reclamando la vuelta de los *Estados Generales* (cuya última reunión, en 1614-15, la había convocado la entonces reina regente, María de Médicis) y atribuyendo a los *Parlements*, en ausencia de esa asamblea electa, un papel de representante del Reino.

Ni los enciclopedistas ni los jansenistas de los círculos forenses aspiraban a una revolución; cuando ésta llegue, los desbordará en seguida. Pero unos y otros la habían propiciado sin saberlo ni quererlo.

V. Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, París: PUF, 1995 (3ª ed.), pp. 176-177.

191. Si bien, al estallar la revolución francesa en la primavera y el verano de 1789, el filósofo de Königsberg era no sólo un hombre de edad proveccta (sobre todo para la época) sino también un autor conocido y respetado en los ambientes filosóficos, el conocimiento de su obra apenas había empezado a desbordar el estrechísimo círculo académico en Alemania. En Francia era mínimo el interés por sus cogitaciones —y seguirá siéndolo durante decenios después de su muerte, pues la filosofía francesa de la época seguía otras rutas, principalmente la *ideología* influida por el sensualismo de Condillac. Kant había escrito muchos ensayos en 1789, pero la mayoría de ellos habían pasado totalmente desapercibidos (incluso ese magnífico opúsculo de 1763, el *Beweisgrund*, «El único fundamento posible para demostrar la existencia de Dios»). Más impacto había tenido su folleto de 1775 *Sobre las diferentes razas de hombres* (un escrito que hoy posiblemente se prohibiría por ir contra los derechos humanos). La *Crítica de la razón pura* (1781, 1787) y la *Crítica de la razón práctica* (1788), si es que llegaron a ser conocidas en la Francia de la época, por poquísimos pudieron ser leídas —menos aún entendidas—; desde luego, su influjo fue nulo.

Más se ha discutido, inversamente, sobre la influencia de la revolución francesa en Kant. Con su encomiable y envidiable valentía intelectual, con su extraordinario talento para defender las causas más impopulares, Domenico Losurdo ha derrochado ingenio, afán investigativo y quizá un poco de imaginación para presentarnos un Kant muy amigo de la revolución incluso en su fase jacobina; según él, el rechazo kantiano del derecho a rebelarse contra el poder significaría una condena del rey y los reyes que eran quienes se sublevaban contra la legítima autoridad popular, encarnada por la Convención revolucionaria. V. *Rivoluzione francese e filosofia classica tedesca*, a cura di Domenico Losurdo, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, *Acta philosophica* 13, Nápoles: Ad. QuattroVenti, 1993. También de Losurdo: *Autocensure et compromis dans la pensée politique de Kant*, Presses Universitaires de Lille, 1993. V. asimismo de Gérard Raulet, *Kant. Histoire et citoyenneté*, París: PUF, 1996.

192. V. *La philosophie et la Révolution française: Actes du Colloque de la Société française de philosophie, 31 mai, 1er et 2 juin 1989*, ed. por Bernard Bourgeois, París: Vrin, 1993, ISBN 9782711611423.

193. Inicialmente adepto del catolicismo ultramontano, lo cual desencadena su primera confrontación con la realeza, siempre de tendencia galicana, incluso con el rabioso absolutista Carlos X.

194. Destaquemos en la revolución de 1848 la influencia de Pierre Leroux, desidente del saint-simonismo e influido por la filosofía de Schelling.

195. La constitución republicana española de 1873 (adoptada por la comisión constitucional de las Cortes constituyentes en julio y al parecer redactada en 24 horas por Emilio Castelar y Ripoll) empieza, en su Título Preliminar, proclamando «todos los derechos naturales» de «toda persona» y, tras enumerarlos, concluye: «Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva». Al igual que, no sólo la mayoría de los republicanos, sino, más ampliamente, la de los demócratas de la época, estaba influido Castelar por el jusnaturalismo krausista; inclinábase más Pi y Margall a ser receptor de Hegel —aunque de un Hegel mezclado de Proudhon y de otros pensadores socialistas. Ni uno solo de ellos abrazaba el positivismo jurídico, enseña ideológica del unionismo y el moderantismo.

196. Es cierto, en cambio, que fue grande y significativa la influencia de Bentham; mas no su positivismo jurídico, sino su utilitarismo. Si bien se mira, ambos se hallan en conflicto.

197. Sobre Hamilton, v. Forrest McDonald, *Alexander Hamilton: A Biography*, Nueva York: WW Norton & Company, 1979. Hamilton escribió, ya en 1775 (un año antes de la Declaración de Independencia), «The Farmer Refutation», donde sostiene: «upon this law [natural law] depend the natural rights of mankind». Y también: «I would recommend to your perusal Grotius, Puffendorf, Locke, Montesquieu and Burlamaqui [sic]». Años después, cuando ahonde sus conocimientos jurídicos, preferirá a Vattel. En el citado artículo, sin embargo, el autor más citado es Blackstone. V. <http://oll.libertyfund.org/titles/1378>, cons. 2015-03-14.

198. V. entre otros: Francisco Fernández Segado, *La Evolución de la Justicia Constitucional*, Madrid: Dykinson, 2014, ISBN 9788490318409; Joe Wolverton, II, J.D., «Forgotten Influences of the Founders» (2009-12-24), en <http://www.thenewamerican.com/culture/history/item/4766-forgotten-influences-of-the-founders> (cons. 2015-02-22); Ray Forrest Harvey, *Jean Jacques Burlamaqui: A Liberal Tradition in American Constitutionalism*, The University of North Carolina Press, 1937; Barry Alan Shain (ed), *The Nature of Rights at the American Founding and Beyond*, University of Virginia Press, 2007, ISBN 9780813926667; Raúl Pérez Johnston, «Jean Jacques Burlamaqui and the Theory of Social Contract», *Historia Constitucional*, 2005 (6), repr. en <http://www.redalyc.org/pdf/2590/259027572013.pdf>, cons. 2015-02-22; Forrest McDonald, «A Founding Father's Library», *Literature of Liberty: A Review of Contemporary Liberal Thought*, vol. 1/1 January/March 1978, repr. en <http://oll.libertyfund.org/pages/founding-father-s-library-a-bibliographical-essay-by-forrest-mcdonald>, cons. 2015-02-22.

199. Bernard Bailyn, en *The Ideological Origins of the American Revolution* (enlarged edition, Harvard U.P., 1992, ISBN 9780674443020), muestra que los *Founding Fathers* no revelan un conocimiento de Locke que vaya mucho más allá de unos cuantos manidos tópicos. Bailyn afirma que Locke «is referred to in the most offhand way».

200. Está lleno de interesantes informaciones históricas y agudos comentarios el libro de Ricardo Cueva Fernández *De los niveladores a Marbury vs. Madison: La génesis de la democracia constitucional*, Madrid: CEPC, 2011. Sin embargo, aunque constituye un hondo estudio de genealogía doctrinal, no se detiene en los problemas de influencia jusfilosófica a que me estoy refiriendo.

201. V. Robert Trout, «Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness: How the Natural Law Concept of G.W. Leibniz Inspired America's Founding Fathers», *Fidelio Magazine*, vol VI, Nº 1, spring 1997; repr. en http://www.schillerinstitute.org/fid_97-01/1971-vattel-2.html, cons. 2015-03-03. El mismo autor afirma en su artículo «Vattel»: «The myth that the founding of American Republic was based on the philosophy of John Locke could only have been maintained because the history of Leibniz's influence was suppressed», v. http://east_west_dialogue.tripod.com/vattel/index.html, cons. 2015-03-03.

202. V. Nancy Spannaus, «Alexander Hamilton's Economics Created our Constitution», *Executive Intelligence Review*, dec. 2010, repr. en http://www.larouche.com/other/1010/3748hamilton_constitution.html, cons. 2015-03-03. V. también *The Political Economy of the American Revolution*, ed. by Nancy Spannaus & Christopher White, Executive Intelligence Review, 1996.

203. En los *Federalist Papers* —colectivamente firmados por «Publius»— opúsose Hamilton a que se introdujera, como enmienda, un *Bill of rights*, al texto aprobado por la Convención de Filadelfia en 1787 (que pasará a la historia como «Constitución de los Estados Unidos de América»). Temiase que un elenco de tales derechos se entendiera limitativo, además de sostenerse que la garantía de la libertad estribaba únicamente en el buen funcionamiento de instituciones representativas y electas.

Es de señalar, sin embargo, que en una Constitución que todavía hoy se resiste a dar cabida, por vía de enmienda, a los derechos de bienestar (constitucionalmente inexistentes en USA), Hamilton tiene una visión del poder público como promotor del bienestar colectivo —lo cual, lógicamente (por la correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos), acarrea un derecho del individuo a participar en ese bienestar común.

El Preámbulo de la Constitución de 1787 reza así: «We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America». (V. Bruce A. Ackerman, *We the People: Foundations*, Harvard University Press, 1991, ISBN 9780674948419.)

He atribuido a Hamilton la paternidad, no sé si de todo el Preámbulo, pero sí, como mínimo, de la cláusula del *general welfare*. Tras haber pasado por varias comisiones, el texto de la Constitución fue finalmente redactado (en 10-12 de septiembre de 1787) por un comité de estilo de cinco miembros, entre ellos Hamilton y Madison. Suele adscribirse al gobernador Morris la escritura del Preámbulo, pero para darle a Hamilton el crédito por la cláusula del *general Welfare* me baso en que concuerda con su opúsculo de 1791 *Report on the Subject of Manufactures*, donde —refutando las tesis de Adam Smith— propone la idea de una administración federal encargada de promover el bienestar general de la nueva nación —una propuesta que suscitó la oposición no sólo del antifederalista Jefferson, sino también del federalista Madison. Hamilton preconizaba que la administración asumiera, no sólo las obras públicas y el abastecimiento de la población, sino también la promoción de la industria, la agricultura y la enseñanza, ajustándose, eso sí, al principio de no favorecer a una sección de la población a expensas de otra. El individualista Jefferson abogaba por el Estado mínimo, no intervencionista.

Robert Trout, *op.cit.*, afirma: «Hamilton launched a program to build up the new nation based on the Leibnizian concept of the development of the production of labor. He designed the National Bank of the United States [...] Hamilton mapped out a grand design for the development of the nation, through measures to develop labor force, protect and encourage domestic industry and develop industry through science».

Hamilton fue el más brillante orador de esa Convención de Filadelfia de 1787. Trout añade: «Whereas many of the delegates to the Convention saw the purpose of government from the Lockean standpoint of 'life, liberty, and property', Hamilton's speech, coherent with Vattel's *Principal Objects of a Good Government*, located the purposes of government as 'the great purposes of commerce, revenue or agriculture', 'tranquility and happiness at home' and 'sufficient stability and strength to make us respectable abroad'».

204. Censura que habría que matizar, teniendo en cuenta los citados aportes de la Escuela de Salamanca.

205. Jefferson, a quien una tradición erige en un ilustre prócer, abanderado de los derechos humanos, fue, en 1778, el redactor de un proyecto de ley penal en su colonia de Virginia, «A Bill for Proportioning Crimes and Punishments» (v. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendVIII10.html>, cons. 2015-03-10) que preceptuaba, entre otros castigos: «Whosoever shall be guilty of Rape, Polygamy, or Sodomy with man or woman shall be punished, if a man, by castration, if a woman, by cutting thro' the cartilage of her nose a hole of one half inch diameter at the least.» «Whosoever on purpose and of malice forethought shall maim another, or shall disfigure him, by cutting out or disabling the tongue, slitting or cutting off a nose, lip or ear, branding, or otherwise, shall be maimed or disfigured in like sort: or if that cannot be for want of the same part, then as nearly as may be in some other part of at least equal value [...]» «Slaves guilty of any offence punishable in others by labor in the public works, shall be transported to such parts in the West Indies, S. America or Africa, as the Governor shall direct, there to be continued in slavery.» (El proyecto no prosperó; la sodomía siguió castigándose con la pena capital.) Otra norma que sancionó siendo Gobernador de Virginia castigaba con destierro y proscripción perpetua a la mujer blanca que yaciera con un negro o mulato.

206. ¿Cómo desconocer que va a mediar casi un siglo entre la Declaración de Independencia de 1776 —proclamada por el Segundo «Congreso Continental» (un documento privado, mera propaganda a favor de unos rebeldes alzados en armas contra la Corona británica)— y la abolición de la esclavitud en USA en 1865?

En 1790, al realizarse el primer censo de la población de la nueva República, el único de los 13 estados que había abolido la esclavitud era el de Massachusetts. El número de esclavos era entonces de 697.897, sobre una población total de 3.893.635 —o sea, aproximadamente el 18%. En Carolina del Sur el porcentaje era del 43%. (V. Jeffrey B. Russell, «Christianity and Black Slavery», *Christian Research Journal*, vol. 36/1, 2013.)

La abolición de 1865 no será una consecuencia del rimbombante texto de 1776, sino, más bien, de un renovado brío del jusnaturalismo en el segundo tercio del siglo XIX, que impulsó el movimiento emancipatorio antiesclavista. (V. Justin Buckley Dyer, *Natural Law and the Antislavery Constitutional Tradition*, Cambridge U.P., 2014, ISBN 9781107454354.) Su influencia acabará repercutiendo en el triunfo electoral de Lincoln en 1860; sin embargo, eso por sí solo no implicaba en absoluto el fin de la esclavitud, que será, un quinquenio después, el inevitable resultado de la derrota de la secesión de *Dixie*, por una concatenación de acontecimientos que van a permitir a los republicanos radicales obtener mayoría en el congreso durante unos poquitos años (los primeros y

casi los últimos en que va a tener un cariz progresista la política legislativa norteamericana). Los republicanos radicales eran sensibles a la oleada de ideas emancipadoras suscitada, a ambos lados del Atlántico, por la segunda revolución francesa, la de 1848.

Pero la emancipación de 1865 dejó a los negros en un estatuto de parias, una casta inferior. Tendrán que esperar a la 14ª enmienda (1868) para obtener la ciudadanía estadounidense y dos años más para que, por fin, la 15ª enmienda les otorgue el derecho de voto. Eso sobre el papel del texto constitucional. En los estados meridionales la legislación discriminatoria y segregacionista persistirá todavía cien años más hasta la presidencia de Lyndon Johnson.

207. «The [Kelsenian] distinction between positive and negative legislator rests on the absence, within the constitutional law, of enforceable rights. Kelsen equated rights with (open-ended) natural law and thought that, through the process of discovering and enforcing rights, a CC [Constitutional Court] would inevitably obliterate the distinction between negative and positive legislator. Today Kelsen's warning is usually politely ignored», Alec Stone Sweet, «Constitutional Courts», en Michael Rosenfeld & Andrés Jajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., 2012, ISBN 9780191640179, pp. 816-830; la cita es de la p. 819.

208. Desde el punto de vista que anima e inspira toda esta obra, resulta dudoso que el neoconstitucionalismo caiga fuera del campo del juspositivismo, aunque haya superado su modalidad decimonónica, el legalismo. En palabras de Gustavo Zagrebelsky «la Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia —como sucede con todas las manifestaciones del iusnaturalismo—, su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana; los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas». (Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2009 (9ª ed.), p. 114.) De lo cual se sigue que los derechos humanos no vinculan para nada al poder constituyente (a diferencia de lo que proclaman las constituciones francesas de 1793, 1848, 1946 [en su primera versión, derrotada en el plebiscito ratificatorio] y la española [no promulgada] de 1873, textos impregnados de jusnaturalismo).

209. En este punto podría reclamarse que, para salvaguardar al máximo nuestros derechos, los poderes públicos aplicaran lo que se ha llamado «el principio de precaución», que equivale a ponerse en el peor escenario posible, presumiendo que se realizará la hipótesis más catastrófica (eso que otros denominan informalmente «la ley de Murphy»: *everything that can go wrong will go wrong*). Lo que pasa es que, al querer así dominar el caso fortuito y la fuerza mayor, los poderes públicos sacrifican muchos derechos, sin necesidad, porque de hecho en muchísimos casos no ocurrirán tales calamidades. Cuando no podemos prever el grado de probabilidad de una hipótesis, es irracional presumir lo peor si, como resultado, lesionamos la libertad o el bienestar de muchos, particularmente cuando los lesionados son los más desvalidos y necesitados. V. (Peña, 2015c).

210. No es válido contra este aserto el argumento de Dworkin, según el cual la libertad sólo existe legítimamente para fines legítimos y medios igualmente legítimos, de suerte que sólo puede haber libertad para realizar lo que permitan la Constitución y las leyes, o sea: únicamente somos libres para llevar a cabo conductas que no colisionen con otros bienes jurídicamente protegidos. (V. su obra *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, ISBN 9780674046719.)

El planteamiento de Dworkin —acorde con su integralismo jurídico— es el de la tradición casuística: no tenemos —en general o a secas— libertad ambulatoria, sino que, en el enunciado completo de tal libertad, hay que agregar cláusulas restrictivas y condicionales, como la de no estar sufriendo condena, no circular en las zonas administrativamente delimitadas por una decisión de policía, caminar al ritmo que prescriban las ordenanzas y con la frecuencia autorizada, etc. En suma, el contenido de cada derecho es aquel que se armoniza y compagina perfectamente con la totalidad de las normas vigentes y, por lo tanto, ni entra ni puede entrar en contradicción con otros derechos.

Concluyo de tal enfoque que: (1) libertad la hay sólo para lo que nos permita la autoridad (lo cual desvirtúa considerablemente la fuerza de las declaraciones de derechos fundamentales); y (2) el genuino contenido de un derecho de libertad requeriría enunciarse en una frase que, con sus numerosísimas y pormenorizadas cláusulas condicionales, quizá se extendería por decenas de miles de páginas, tendiendo potencialmente al infinito.

Con esa teoría no cabe ponderación alguna, lo cual puede ser llamativo en el jusfilósofo que introdujo el distinguo entre principios y reglas. Pero, a la postre, un principio viene a ser un mero *desideratum*, mientras que lo único que tiene genuina vigencia jurídica es la regla; pero una regla tan prolija y exhaustivamente enunciada que no deja resquicio alguno para la antinomia.

Frente a ese monismo extremo, confieso mi adhesión a un matizado pluralismo. Verdad es que el único

valor del ordenamiento jurídico es el bien común, pero éste se desglosa en una pluralidad de valores que chocan entre sí. Dworkin no ha logrado refutar los convincentes argumentos de Isaiah Berlin al criticar «the conviction that all the positive values in which men have believed must, in the end, be compatible [...] It is a commonplace that neither political equality nor efficient organization nor social justice is compatible with more than a modicum of individual liberty, and certainly not with unrestricted laissez-faire. [...] The world that we encounter in ordinary experience is one in which we are faced with choices between ends equally ultimate, and claims equally absolute, the realization of some of which must inevitably involve the sacrifice of others». (El texto de I. Berlin, de su escrito «Two Concepts of Liberty», 1958, está disponible en http://www.cooperative-individualism.org/berlin-isaiah_positive-versus-negative-liberty-1958.htm, acc. 2016-05-01.)

211. V. (Peña, 2015b).

212. En Francia el «discurso de odio» racial no se introdujo como restricción a la libertad de prensa hasta 1939, justo en vísperas de la II guerra mundial —por motivos coyunturalmente justificados, dado que el racismo antisemita servía de quinta columna al inminente enemigo bélico. Se ha generalizado después esa restricción de circunstancias. La verdad es que odiar es lícito, y por lo tanto, no hay razón válida para que sea ilícito expresar ese odio. Es más, dígase lo que se diga, los medios de comunicación de masas están llenos a rebosar de discursos de odio. Ahora, v.g., se profiere hasta la histeria el odio a los yihadistas, pero, por extensión, hacia el «Islam radical», o sea cualquier manifestación de la religión mahometana a menos que agache mucho la cabeza, dando fehacientes y obsequiosas pruebas de sumisión a los «valores del occidente». Discurso de odio es toda la leyenda negra que rodea la experiencia comunista del siglo XX, que se difunde a raudales —repitiéndose *usque ad nauseam*, en machacón y estruendoso griterío, muchas veces sin venir a cuento—. En cambio hay que dar pasos como quien pisa sobre huevos a la hora de vilipendiar la vida suntuaria de los oligarcas financieros, sus cuentas en Panamá, la fuga de capitales, sus concomitancias políticas, etc. ¿Por qué va a ser ilícito expresar el odio que uno siente a conductas que reprueba la propia conciencia moral y, por extensión, a quienes dedican su vida a tales conductas?

Peor que eso es que determinados hechos históricos se califiquen de dogmas de fe, tipificándose como delito negarlos, lo cual ha llevado al encarcelamiento de un historiador como David Irving. Al autor de estas páginas —quien, huelga decirlo, no simpatiza para nada con el Sr. Irving ni comparte sus tesis— tal persecución le huele a chamusquina. En Francia, con la Ley Gayssot de 1990-07-1 —a la cual han seguido otras que han ampliado aún más las prohibiciones penales de opiniones históricas minoritarias—, es punible con privación de libertad cualquier aserto en público que contradiga las sentencias del Tribunal aliado de Nürnberg de 1946. (Esa ley liberticida fue la invocada para perseguir con saña a uno de los filósofos franceses más descollantes del siglo XX, Roger Garaudy, un veterano de la lucha antinazi, que había estado preso en uno de los campos de concentración alemanes.) ¿Desde cuándo las sentencias son incriticables hasta el punto de que merezca el encarcelamiento cualquier discrepancia con sus fundamentos jurídicos o fácticos? La verdad histórica no necesita al juez penal para brillar, sino que ha de resplandecer por el argumento, por la evidencia documental, expuestas en discusión libre y respetuosa de los disidentes.

213. Como ejemplo de imposiciones vestimentarias que atentan contra la libertad cito la ley francesa *Loi 2010-1192*, de 2010-10-11, cuyo título es «Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public», vigente desde 2011. Prohíbe andar por la calle o esperar en la cola de un autobús —aunque la temperatura esté bajo cero y azote un impetuoso cierzo o aquilón— con parte de la cara cubierta por un embozo o una balaclava. Los diputados y senadores que hicieron la ley y el presidente Níkolás Sárkózy que la promulgó nunca esperan en la cola de un autobús; ellos van en coche.

El Tribunal de Estrasburgo bendijo esa ley liberticida el 1 de julio de 2014, desmintiendo así, una vez más, su inmerecida fama de tutelador de los derechos de libertad. (Lamentablemente también había fallado en su misión el Consejo constitucional francés, al rehusar declarar inconstitucional esa norma. Notemos que la ley había sido aprobada por todos los diputados menos uno, o sea por 576 a favor y uno en contra; izquierda y derecha se unen condenando a los pobres a la pulmonía.)

Es cierto que el art. 2.II exonera de la prohibición casos en los que «la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée pour des raisons de santé ou des motifs professionnels ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou des manifestations artistiques ou traditionnelles». Tal exención es bastante vaga. ¿Justifícase el embozo en tiempo glacial cuando quien lo lleva es una persona de edad propensa a enfermedades de las vías respiratorias? ¿Tendrá que exhibir un certificado médico que lo acredite ante el agente armado que lo detenga por su osadía vestimentaria?

(No deja de ser curioso que esa ley liberticida llevara, en su refrendo, la firma de la ministra Michèle Alliot-Marie, la cual en 1972 había padecido una prohibición vestimentaria discriminatoria —según lo hemos visto más arriba, en una nota del §14 de este mismo capítulo II.)

214. V. Esteban Hernández, «Así funciona la censura: El control ideológico en la Universidad española», *El confidencial*, 2016-09-25. Céntrase el artículo en la economía, donde, desde los años 80, la escuela neoclásica se ha ido adueñando de los comités de las revistas, las cátedras, los tribunales de acceso a las plazas, las acreditaciones y los proyectos de I+D, condenando al ostracismo a los discrepantes. Un partidario de alguna de las escuelas hoy tildadas de heterodoxas (marxista, keynesiana u otra), si ya está ocupando una plaza de funcionario docente, podrá seguir en ella hasta su jubilación, mas no conseguirá ningún sexenio ni podrá formar parte de tribunales ni publicar en las revistas indexadas. Cuantos accedan en adelante serán discípulos de los ases del área, o sea adeptos de la escuela neoclásica. Un número de disidentes residuales, por miedo a quedar arrinconados, se unirán al carro vencedor.

La economía es muy ideológica y politizada. En otros campos no existe tanta presión del dinero o de intereses creados, mas sí se da una imposición de los paradigmas encastillados. Incumbe a la investigación psico-social saber por qué se adoptan ciertos modelos, con tendencia a la unanimidad, sin que lo justifiquen motivos racionales (lo cual constituye una prueba adicional de que el ser humano, animal racional, no lo es del todo, ni mucho menos).

El hecho es que el efecto aplanador del establecimiento de un paradigma y la expulsión de las ideas disidentes viene exponencialmente acrecentado por los mecanismos actuales: evaluaciones; acreditaciones, obligación de publicar en revistas «de impacto» monopolizables por el paradigma en ascenso; ninguneo de quienes no lo consigan en cantidad suficiente; concesión de proyectos de I+D gracias al informe positivo de evaluadores anónimos, nombrados a dedo y en secreto. ¡Adiós oposiciones, adiós concursos de cara al público! (V. mi escrito de 2014 «Por un levantamiento del velo en el ámbito académico», <http://lorenzopena.es/Minerva/>, disponible en formatos PDF y HTML.) Esos mecanismos dificultan extraordinariamente la posibilidad de un estudio sociológico que revele el acaparamiento de cada área de conocimiento por una tendencia hegemónica o, a lo sumo, por unas pocas en régimen de oligopolio.

215. No es España el único país donde a los menores se les rehúsa la libertad de pensar como quieran e incluso la de abstenerse de tener opinión. En Francia existe la asignatura de «educación moral y cívica» (que ahora se llama «enseñanza moral y cívica» para disimular un poco su finalidad adoctrinante). En el programa de 2008 se le asignaba este fin: «L'objectif est de former un citoyen autonome, responsable de ses choix, ouvert à l'altérité, pour assurer les conditions d'une vie en commun qui refuse la violence, pour résoudre les tensions et les conflits inévitables dans une démocratie. Ce sont les attitudes de respect de soi et des autres, de responsabilité et de solidarité qui sont mises en évidence à tous les niveaux de ces programmes». Se reconoce que con ese lavado de cerebro se trata de inculcar en el alumno, quiera o no quiera, los valores socialmente aceptados de «respeto de sí y de los demás, responsabilidad y solidaridad». Ya no se trata de obligaciones de hacer, sino de obligaciones de pensar. La propia locución «formar a un ciudadano» evoca el moldeado de una masa. Si ya el título general marca esa pauta, su desarrollo irá más lejos, forzando al disidente o al silencioso a agachar la cabeza, dando su brazo a torcer, sumándose a lo que prescribe el funcionario, al cual el poder público ha encomendado esa tarea de inculcación doctrinal.

La norma de 2015 toma precauciones: «Loin de l'imposition de dogmes ou de modèles de comportements, l'enseignement moral et civique vise à l'acquisition d'une culture morale et d'un esprit critique qui ont pour finalité le développement de dispositions permettant aux élèves de devenir progressivement conscients de leurs responsabilités dans leur vie personnelle et sociale [...] Développer les dispositions morales et civiques, c'est développer une disposition à raisonner, à prendre en compte le point de vue de l'autre et à agir. L'EMC est par excellence un enseignement qui met les élèves en activité individuellement et collectivement».

Suena muy bonito, pero, si se analiza, ¿en qué consisten esas «disposiciones morales y cívicas»? ¿Qué es esa «cultura moral»? ¿Qué pasa si un alumno rehúsa el contenido de tal cultura moral, si no se pliega a esas «actividades individuales y colectivas», si no le interesan los puntos de vista ajenos, si no se plantea hacerse progresivamente responsable en su vida personal —en el sentido en que lo entienda el enseñante-inculcador— o si, sencillamente, se obstina en guardarse su opinión sobre todo eso, porque presiente que está en minoría? ¿Qué hace de malo para que se sancione con un suspenso o —peor— con el hostigamiento y el acoso?

Tras los recientes acontecimientos lúgubres en el país vecino, los profesores de educación moral y cívica han recibido la consigna de inculcar a sus alumnos que los medios de comunicación de masas son fidedignos, que no ocultan nada, que sólo hay una versión permitida, que es la transmitida por la prensa y la TV.

Se ha argumentado que en democracia no se puede tolerar que haya quienes discrepen de las versiones oficiales, porque entonces no es posible el debate democrático. Yo pienso lo contrario: sólo tiene sentido el debate si algunos están en desacuerdo, por razones buenas o malas; si son malas, basta argumentar; pero argumentar sin apabullar, sin estigmatizar al discrepante, sin incitar a los condiscípulos a avergonzarlo por sus opiniones. Y todo eso se hace.

Como un sector de la juventud desconfía de los medios de comunicación, se va a imponer, dentro de esa educación moral y cívica, una subdisciplina. Tomo de la página oficial del ministerio francés esta explicación de su contenido (<http://eduscol.education.fr/cid72525/l-emi-et-la-strategie-du-numerique.html>, acc. 2016-09-24):

L'éducation aux médias, et notamment à la presse écrite, des jeunes est un enjeu démocratique, citoyen et

éducatif majeur. La presse est en effet indispensable à la compréhension du monde et sa lecture contribue au développement de la citoyenneté chez les jeunes. La ministre de la culture et de la communication en a fait un des axes majeurs de sa politique à destination de la jeunesse, aux côtés de l'éducation artistique et culturelle.

Muchísimos jóvenes, y menos jóvenes, piensan que no es así, que la prensa escrita es inservible, porque la mitad de lo que cuenta es falso o medio-falso y la mitad del resto inexacto, habiendo, en cambio, abundantes medios de información, útiles siempre que se crucen y se lean o escuchen críticamente. Pues bien, se los va a forzar a que cambien de opinión si no quieren ser suspendidos.

Acerca de cómo todo ese adoctrinamiento redundaba en una opresión, v. el artículo de B. Girard «Éducation morale et civique: les collégiens sous surveillance», en una bitácora de Mediapart, <https://blogs.mediapart.fr/b-girard/blog/040716/education-morale-et-civique-les-collegiens-sous-surveillance>, acc. 2016-09-24. El autor afirma:

Invariablement, d'une année sur l'autre, l'éducation civique des collégiens se conclut ainsi par une ode infantilisante à la république dans laquelle on chercherait en vain les marques d' «esprit critique» [...]: l'EMC, sous ses diverses appellations, apparaît plutôt comme un instrument de propagande politique destiné à étouffer toute contestation, toute interrogation, tout regard critique sur un régime considéré comme intouchable, quelles que soient sa nature et son évolution. Pourtant, tout spécialement dans le contexte actuel de brutalisation de la société officiellement menée au nom de la défense des intérêts supérieurs de la république, est-il illégitime que des élèves de 15 ans s'interrogent sur la conformité de la république avec sa devise proclamée? [...] la promotion forcée des prétendues «valeurs de la république» et de ses symboles (drapeau, hymne national) s'est imposée comme une religion officielle dans les prescriptions et les pratiques de l'EN, faisant de la soumission à un ordre politique et social considéré comme indiscutable [...] la finalité ultime de l'éducation, une sorte d'exigence qui transcenderait toutes les autres.

Se queda corto B. Girard. Aunque no hubiera motivos legítimos para discrepar de los relatos oficiales, persistiría el derecho a discrepar y, todavía más, a no tener opinión o reservársela.

(Que la educación cívica es un trato aflictivo que se impone —y no un servicio que se presta [y, por consiguiente, es una actividad que no redundaba en provecho del sometido a tal adoctrinamiento]— pruébalo que, además de forzarse a soportarlo a los alumnos de la enseñanza pública y privada, sea también un castigo que se inflige a quienes incumplan ciertas prohibiciones, como v.g. quienes desafíen la ley 2010-1192 llevando un embozo o una balaclava, aunque la temperatura sea glacial.)

216. V. a este respecto el capítulo 8º de (Peña, 2009a).

217. V. el mismo capítulo de (Peña, 2009a). Nótese que la Constitución actual de España se promulgó en 1978. Su art. 53.1 autoriza al poder legislativo a regular el ejercicio de las libertades y los derechos fundamentales; leído sistemáticamente, no es una mera potestad lo que confiere, sino una encomienda, porque, si una libertad no está legalmente regulada, la ausencia de regulación da pie a que venga conculcada, al interpretarse arbitrariamente su ámbito, especialmente cuando colisiona con otros derechos. Ocho lustros después de promulgarse la Constitución, no ha habido ninguna ley de libertad ideológica; de hecho invocar tal libertad del art. 16.1 no sirve para nada, careciendo de amparo legal.

Íntimamente relacionado con la libertad ideológica está el derecho a la objeción de conciencia, según la STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 6º: «la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16 [por lo cual] [...] puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión 'la Ley regulará', la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para 'regular' el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia».

En la STC 145/2015 el Tribunal reitera esa doctrina, mas no sin graves ambigüedades, titubeos y confusiones, que, en su voto particular, analiza el Magistrado Andrés Ollero Tassara, lamentando la jurisprudencia embrollada y zigzagueante del TC en este asunto. Ollero afirma:

Ciertamente, aun siendo la objeción de conciencia un derecho fundamental, no lo es con un alcance ilimitado. Es preciso ponderarlo con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. Será el legislador en principio el encargado de hacerlo, sin perjuicio de que tal labor la lleve en caso contrario a cabo el órgano judicial competente.

Sufrimos —38 años después de edictarse la Constitución— un déficit de libertad al no existir una Ley Orgánica reguladora del ejercicio de la objeción de conciencia (inseparable de una ley orgánica de libertad ideológica) que siente sus fundamentos jurídicos, establezca con claridad sus ámbitos subjetivo y objetivo, marque las obligaciones que recaerán sobre el objetor (prestaciones sustitutorias u otras cargas), preceptúe los requisitos para poder legítimamente invocar la objeción y ponga a salvo los intereses del público y de la sociedad, evitando ejercicios abusivos.

Por ser un derecho fundamental (en virtud de la íntima conexión entre el derecho a la objeción de conciencia del art. 30.2 y la libertad ideológica del art. 16 —según esa la doctrina del FJ 6º de la STC 15/1982) incumbe la materia al legislador español, que tiene el deber de hacer una Ley orgánica, la cual luego se

desarrollará reglamentariamente para las diversas actividades y circunstancias.

Aquello en lo que discrepo de Andrés Ollero es lo atinente al contenido de la objeción de conciencia. Para mí es el derecho que otorga el ordenamiento jurídico a incumplir una obligación jurídica de hacer cuando ésta colisiona con un deber moral según la conciencia del objetor; que así es lo prueba su incardinación en la libertad ideológica, la cual es libertad de vivir según los dictados de la propia cosmovisión —o sea, de la propia moral— (dentro de límites y parámetros necesarios para el bien común). Ollero, en cambio, piensa que la moral no tiene nada que ver, pues entonces se trataría de tolerancia y no de justicia. Ollero denuncia:

la tendencia a identificar conciencia con moral, con lo que la objeción expresaría un conflicto entre moral y Derecho que se pretendería fallar en beneficio de la primera. En realidad el conflicto se da entre la delimitación legal del mínimo ético característico del Derecho, fruto de un respaldo mayoritario, y la discrepante concepción de ese mínimo ético jurídico suscrita por un ciudadano en minoría. No nos encontramos pues ante un conflicto entre el mínimo ético que da sentido a lo jurídico y maximalismos morales que puedan repercutir sobre la conciencia individual.

Quedaría en muy poco la objeción de conciencia si únicamente amparase incumplimientos de obligaciones legales cuando el motivo aducido por el objetor no fuera su código moral sino exclusivamente un entendimiento distinto del «mínimo ético característico del Derecho». Sobre todo, de ser así no se vería el sentido de su incardinación en la libertad ideológica, que no se ciñe, en absoluto, a ese «mínimo ético jurídico». Una sociedad liberal es la que tolera precisamente un incumplimiento de obligaciones legales, siempre que el incumplidor: (1º) demuestre tener poderosísimas razones morales para ello según su cosmovisión y sus valores; (2º) pruebe ser coherente en su vida con los motivos morales que aduzca; (3º) no cause con su desobediencia ningún perjuicio desproporcionado ni a la sociedad ni a terceros; y (4º) cumpla una prestación sustitutoria u otra obligación subsidiaria.

Creo, justamente, que se trata de tolerancia. Una sociedad liberal se permite ser tolerante o deferente para no violentar la conciencia moral de sus miembros; pero, a cambio de esa tolerancia —que, al fin y al cabo, es un permiso de desobedecer el Derecho—, tiene que establecer cautelas y compensaciones para salvaguardar el bien común; cautelas que se entenderían mal si sólo se tratara de una divergencia de apreciación en el «mínimo ético jurídico».

218. V. mi escrito «Lo injusto del descuento de jornal a los empleados de la Administración Pública», 2002, acc. <http://lorenzopena.es/soc/huelga.htm>. Notemos que está también en juego la libertad de realizar las actividades normales de la vida —como acudir al propio empleo—, por estar indeterminada la regulación de la huelga (con una ley preconstitucional de la cual no se sabe exactamente qué artículos siguen vigentes), de suerte que —por no entrar en conflicto con los sindicatos— las autoridades toleran huelgas dañinas para los más desfavorecidos —que no tienen nada que ver en la disputa—, los usuarios pobres que dependen vitalmente del transporte público. Teóricamente son libres de acudir o no a su propio trabajo o al médico, pero en la práctica quedan encerrados en sus domicilios o aparcados a medio camino.

En lo que atañe al ejercicio de la huelga, mi referido escrito prueba que, en realidad, según las normas vigentes, no se permite más que sufriendo sanciones —sólo que éstas no llegan al despido; eso significa que realmente ese derecho no viene tratado como un genuino derecho fundamental. En lugar de que la ley delimite el ámbito objetivo de ese derecho pero permita, dentro de tal ámbito, ejercerlo sin sanciones, lo que se hace es consentir o tolerar cualquier cese colectivo del trabajo pero sancionando a los huelguistas (e incluso a quienes, sin serlo, no cumplan un requisito *ad hoc* equivalente, *de facto*, a declarar que repudian la huelga); los colectivos privilegiados acuden entonces a las huelgas encubiertas, que causan un perjuicio tremendo a los más vulnerables.

219. O al menos una amplia gama de concepciones morales, desde las de sesgo kantiano hasta las utilitaristas.

220. Puede objetárseme que esas exigencias más perentorias de la moral no son tales, sino meros ideales supererogatorios de perfección; consejos, que no preceptos. Bien, ¡sea!, cada cual escogerá su moral y, si lo desea, adoptará ese distingo. En general, sin embargo, quienes abrazan la *regla de oro* (o cualquier máxima similar) estiman que sí es moralmente preceptivo dar al prójimo lo que querríamos que él nos diera; albergarlo en nuestra casa si lo han desahuciado, igual que desearíamos que los demás nos albergaran a nosotros en tal adversidad. En cambio el Derecho Natural ni exige ni puede exigir tanta generosidad. Limitase a imponer la obligación de contribuir al bien común. Incumbirá a las autoridades dar una solución a tales infortunios gracias a las contribuciones legalmente instituidas que pesan sobre todos.

221. Incluso a la moral subjetiva —la cual, siguiendo a Hegel, distingo de la ética objetiva.

222. Incluso, en definitiva, el imperativo de bien común es una reverberación de un Valor objetivo en las sociedades de seres dotados de voluntad (o incluso meramente dotados de percepción y apetencia).

223. V. el magnífico artículo de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, «Charles Leslie Stevenson», <http://plato.stanford.edu/entries/stevenson/>, cons. 2015-02-25.
224. V. el artículo —excelente como todos los de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*— «Russell's Moral Philosophy», <http://plato.stanford.edu/entries/russell-moral/>, cons. 2015-02-25.
225. Los autores que cito como representantes de no-cognitivism moral son, en cierto sentido, clásicos. El no-cognitivism no se ha quedado estancado en sus posturas, pero desbordaría completamente los propósitos del autor de esta obra ir en pos de las actualizaciones de tal enfoque. (V. Guillermo Lariguet, «La presencia de la subjetividad en la metaética contemporánea», *Prometeica: Revista de filosofía y ciencias*, Nº 2, 2010, repr. en <http://www.prometeica.com/ojs/index.php/prometeica/article/view/67/67>, cons. 2015-03-06.)
226. Con relación a esos casos teratológicos o degenerados el enfoque prescriptivo es impotente y el interpretativo inapropiado.
227. Una pauta hermenéutica que no se ha inventado quien esto escribe sino que viene siendo aplicada por la ciencia jurídica desde, por lo menos, la era clásica de los grandes jurisconsultos romanos bajo influencia de la filosofía estoica.
228. En rigor, los valores no son Derecho, sino fuentes del Derecho. Lo que es Derecho es el principio de que los poderes públicos y los particulares han de actuar en aras de la realización de tales valores.
229. V. Marie-France Renoux-Zagamé, «Juger la loi au nom du droit naturel: Fondements et portée du contrôle des parlements de la Monarchie», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Nº 28 (2010), 10-15, ISSN 1253-2177, disp. en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-28/juger-la-loi-au-nom-du-droit-naturel-fondements-et-portee-du-controle-des-parlements-de-la-monarchie.52716.html>, acc. 2016-10-10.
230. Entre la bibliografía oportuna figuran las obras de Robert H. Bork, William Bentley Ball, Paul Moreno, Hadley Arkes, Russell Hittinger y Russell Kirk citadas al final de este trabajo.
231. V. «Lecturas filosófico-jurídicas: Ejercicios didácticos», acc. en <hdl.handle.net/10261/15158>.
232. Impedir las en el auténtico sentido de la palabra, equivalente al inglés *to thwart, to prevent, to hinder, to block*, o sea: estorbar, obstaculizar, bloquear, forzar a que no se realice la acción.
233. Concedo, no obstante, que el principio de distribución deóntica de la lógica nomológica no permite deducir, a partir de la premisa de que a Anastasio le está prohibido matar, la conclusión de que le está prohibido matar y que sea miércoles salvo añadiendo una premisa: que de hecho es miércoles. ¿Qué pasa si mata en jueves? Entonces concluimos que le está prohibido matar siendo jueves. ¿Quiere eso decir que le hubiera estado permitido matar de haber sido miércoles? No, claro, porque, en esa hipótesis contrafáctica, sería verdadera la premisa «Es miércoles».
234. Esa licencia de legislar arbitrariamente no sólo se la arrogan los regímenes autocráticos, sino que es también un dogma de los democráticos, en los cuales la filosofía política dominante concede a los miembros electos de las asambleas legisladoras patente de corso para edictar lo que les dé la gana, sin tener que justificar nada, so pretexto de que gozan de la confianza del electorado y que ya rendirán cuentas ante éste al presentarse a los siguientes comicios, equis años después. Por su parte los electores tampoco tienen que motivar su voto, pudiendo escoger, porque sí, la papeleta que les plazca. Muy otro es el modelo de la democracia justificativa que he propuesto en (Peña, 2009a).
235. Pseudorraciales, para ser más verídicos.
236. En verdad, se suministró también otra explicación: la maldad innata de los hebreos, raza perversa, degenerada y parásita. Sin embargo, aunque el racismo hitleriano se cebó, con particular saña, en los individuos de origen israelita, también implicó, no sólo un brutal ataque contra cualesquiera otras razas que no fueran la presuntamente nórdica en el suelo del Reich, sino incluso políticas de sojuzgamiento y de masacre en territorios conquistados por la Wehrmacht. Así fueron exterminados los individuos de etnia gitana y también sufrieron durísima segregación y opresión aquellos que, parcialmente, eran de origen africano o asiático. En Polonia y, mucho más, en Rusia se trató de eliminar masivamente a una buena parte de la raza eslava.

237. V. al respecto estas dos obras: Tina Campt, *Other Germans: Black Germans and the politics of race, gender and memory in the Third Reich*, The University of Michigan P., 2004, ISBN 9780472031382, esp. pp. 143ss; y la autobiografía de Hans-Jürgen Massaquoi, *Destined to witness: Growing up black in Nazi Germany*, William Morrow Paperbacks, 2001, ISBN 9780060959616. En el primero de esos libros, la autora muestra cuán elásticas eran las leyes raciales hitlerianas (sobre cuyo contenido ofrece interesantes análisis, notando la inseguridad jurídica que ocasionaban y la incertidumbre consiguiente de los operadores jurídicos). Tal elasticidad permitía ir determinando el ámbito de aplicación según criterios políticos (p.ej., hasta el estallido de la guerra la Alemania hitleriana había exigido la devolución de sus colonias, esperando recuperarlas, por lo cual fue relativamente benigna en el trato a los alemanes parcialmente oriundos de una de sus antiguas posesiones africanas: Namibia, Tanganica, Camerún y Togo, especialmente cuando habían combatido por el Reich en 1914-18. Aquellos a quienes privó de la nacionalidad alemana se encontraron apátridas, porque Francia e Inglaterra —los dos colonialismos triunfantes que se habían adueñado de esos territorios— les prohibían retornar a su patria de origen).

238. Este tema ha sido muy bien estudiado por José Antonio Santos en (Santos, 2014).

239. La política racista no reportó beneficio alguno para Alemania. Las ganancias de la mano de obra esclava en los campos de la muerte fueron compensadas por los tremendos estragos, el desbarajuste, el caos y la destrucción que todo eso ocasionó. Poblaciones cuya neutralidad benévola habría podido intentarse quedaron mortalmente enemistadas.

En particular, fue causa de enormes quebrantos económicos la persecución de los hebreos, iniciada ya en 1933 e intensificada, por sucesivas oleadas, hasta la «solución final» en plena guerra. Tal persecución también provocó una sangría demográfica (cuando el Reich necesitaba más población para la guerra y para mantener plenamente su producción en la retaguardia). Fueron arianizados muchos negocios regentados por israelitas (o personas cuyos antepasados lo habían sido), pero otros, al no encontrar adquirentes, se cerraron, con un deterioro de la actividad económica.

La pérdida principal fue la de personal cualificado. Pese al antisemitismo larvado entre los círculos conservadores, la Alemania imperial había sabido sacar partido de su capital humano de origen hebreo, que le fue utilísimo en los campos de la finanza, la ciencia, la enseñanza, la técnica, la diplomacia, la administración y el espionaje. La mayoría de ellos habrían servido también a un régimen fascista (como muchos hebreos italianos sirvieron a Mussolini hasta las leyes raciales de 1938); otros se habrían resignado, aunque no fuera con entusiasmo. La persecución contra ellos empobreció todos esos campos de la vida cultural, política y económica del III Reich. Los más brillantes de los exiliados trabajarán luego con ardor por la destrucción de la Alemania nacionalsocialista.

No hay que olvidar que, al llegar Hitler al poder, existían dos organizaciones hebreas más o menos simpatizantes de la nueva situación: la Liga de Judíos Nacionales Alemanes (*Verband nationaldeutscher Juden*), fundada y presidida por el letrado Max Neumann, y la Vanguardia alemana (*der deutsche Vortrupp*) de Hans-Joachim Schoeps. En particular, Naumann trabajó con empeño y ardor por el triunfo de ideas cercanas al nacionalsocialismo, apoyando el antisemitismo siempre que fuera enfilado contra hebreos de reciente inmigración que no estaban genuinamente asimilados —y muchos de los cuales tendían al sionismo; en cambio, debían ser recompensados aquellos que se habían integrado plenamente en la nación alemana. Pero la política oficial del régimen nacionalsocialista en sus primeros años fue lo opuesto: combatir y perseguir a los asimilados (los que contaminaban la sangre alemana), favoreciendo al sionismo y, por lo tanto, la emigración hacia Palestina. (V. Francis R. Nicosia, *The Third Reich and the Palestine Question*, Transaction Publishers, 2000, ISBN 9780765806246.) Sobre los denodados esfuerzos de Max Naumann de promover la compenetración entre los hebreos germanizados y el régimen de Hitler, v. Douglas G. Morris, «Discrimination, degradation, defence: Jewish lawyers under Nazism», en (Steinweis & Rachlin, 2013), pp. 105-136. Este libro es muy importante para comprender la corrupción del ordenamiento jurídico bajo el nazismo.)

Como lo recuerda Eric Weiss en «The Nobel Prize Winners in Science» (acc. 2016-06-19, <http://www.vanderbilt.edu/AnS/physics/brau/H182/Term%20Papers/Eric%20Weiss.html>):

As the threat of Nazism spread throughout Europe, Jews were faced with a difficult decision, whether to leave their homeland or remain in the face of oppression. Many scientists made the decision to leave. In fact, between 1930 and 1941, twelve Nobel prize winning scientists came to the United States because of the threat of Nazi Germany. Seven of these twelve Nobelists were Jewish. These Jewish scientists included physicists Niels Bohr, Albert Einstein, James Franck, and Eugene Wigner, and biologists Otto Loewi, Otto Meyerhof, and Otto Stern. The other five non-Jewish Nobelists were physicists Enrico Fermi, Wolfgang Pauli, and Viktor Hess, chemist Peter Debye, and biologist C.P. Henrik Dam. Of this group of immigrant Nobelists, Pauli, Stern, Dam, and Wigner would win their prizes after coming to the United States. Upon arriving in the United States, the majority of the scientists worked on the east coast, at universities such as Princeton, New York University, Cornell, Fordham, Carnegie Institute of Technology, and the University of Pennsylvania [...]

The first impact that the new scientists had was in the construction of the atomic bomb. Prior to World War II, German physics was far superior to American physics. American graduate students in physics had to spend some time studying in Germany. Future Nobel laureate Isidor Rabi studied under Otto Stern. In addition

to this the head of the Manhattan Project, Robert Oppenheimer, also studied in Germany under Max Born [...] Because of this German tradition of excellence in physics, many scientists feared that Germany would win the race to create the atomic bomb [...] Thus, a project was begun at the University of Chicago in the Metallurgical Laboratory. Here, three Nobel prize winning scientists worked to help America create the first atomic bomb. These were the Jewish physicists James Franck, and Eugene Wigner, and the non-Jewish physicist Enrico Fermi. [...] Einstein wrote Roosevelt about the urgency of developing a bomb, and Fermi was instrumental in persuading the U.S. Army to convince DuPont to do the work [...] It took almost four years with tremendous resources and brilliant minds for the United States to develop the bomb [...]

The seven Jewish scientists who came over between 1930 and 1941 served as mentors for six other Nobelists. One of these six was John Bardeen who served as a mentor for two Nobelists himself. Thus, a second major impact which occurred because of the intellectual migration was multiple effects of mentorship.

While it is true that the intellectual migration strongly influenced American science in a positive way, it is also true that migration affected German science in a negative way. Before 1933, 30% of all prizes awarded (31 of 103 prizes) since the initiation of the Nobel prize went to German scientists who did their work in Germany [...] However, between 1933 and 1976, this number dropped to only 9%, or 19 of 210 total prizes. This is partly due to the fact that so many Jewish scientists were forced to leave, as the number of Jewish laureates for the same period dropped from 9 to 2. However, a similar effect is seen in other laureates as the proportion of non-Jewish laureates declined by 20%.

Esas citas bastan y sobran para demostrar la irracionalidad de una política legislativa que empobrecía material y espiritualmente al propio país y reforzaba al enemigo.

240. Werber Maser, *Hitler Adolf*, París: Plon, 1973, trad. P. Kamnitzer, pp. 146-147.

241. Wilhelm Bölsche (1861-1939) era un polígrafo, ensayista, literato y divulgador científico, entre cuyas obras figuran *Die Entwicklungslehre (Darwinismus)* de 1900 y *Darwin, seine Bedeutung im Ringen um Weltanschauung und Lebenswert*, 1909 (6ª edición). Es sumamente inverosímil que Hitler hubiera leído a Darwin. Más bien conocería el darwinismo (sobre todo el darwinismo social) de la pluma de vulgarizadores.

242. Alfred Ploetz (1860-1940) fue un médico y biólogo, difusor de las ideas de Ernst Haeckel y de Charles Darwin. Fue militante del partido nazi y pensador oficial del régimen hitleriano en la cuestión de la higiene racial. Proponía el exterminio, no sólo de quienes no fueran de pura raza nórdica junto con los débiles y enfermos, sino también de los mellizos y de aquellos cuyos progenitores fueran demasiado jóvenes o demasiado viejos. De ese programa los nazis sólo aplicarán una parte.

243. Alexander Tille (1866-1912) fue un individuo plurifacético: escritor, ensayista, profesor de alemán y, sobre todo, hombre de negocios, a título de *Geschäftsführer* del *Centralverband Deutscher Industrieller* y más tarde (hasta su muerte) síndico de la cámara de comercio de Sarabia (Saarbrücken) y representante mercantil de varias asociaciones de industriales. Fue uno de los divulgadores del darwinismo social. En 1895 publica *Darwin und Nietzsche: Ein Buch Entwicklungsethik*, donde rechaza los principios éticos humanitarios a los que ha conducido el desarrollo cultural de la humanidad, por ser antinaturales y obstaculizadores del avance biológico. Sus ideas congeniaban con la del superhombre de Nietzsche.

244. Posiblemente Hitler se refiere a Heráclito, aunque está claro que del gran presocrático de Éfeso desconocía todo, incluso el nombre; sin lugar a dudas, cita una frase de segunda o tercera mano, sacada de todo contexto.

245. Ese mismo biógrafo, Werner Maser, dice (*ibid.*, p. 169) que la formación del pensamiento de Hitler debe todo a las ideas antirrevolucionarias y ultraconservadoras, aduciendo, a favor de tal aserto, múltiples datos biográficos y bibliográficos. Así en *Mein Kampf* el futuro Führer ataca a la revolución francesa como obra de demagogos, de un «ejército de agitadores». Entre quienes influyeron en Hitler enumera a Dietrich Eckart, Gottfried Feder y Alexander von Müller.

Maser no menciona la influencia esotérica u ocultista que han destacado otros biógrafos. Es difícil saber a qué atenerse, porque, habiendo indicios que apuntan en esa dirección, son quizá insuficientes. El propio Hitler, al parecer, ocultó su ocultismo, aunque su pensamiento antirracionalista lo acercaba a vagas ideas de magia, adivinación y enigma vital, intuible por el genio en virtud de un don extraordinario e indescifrable.

246. *Hitlers zweites Buch. Ein Dokument aus dem Jahr 1928*. Eingeleitet und kommentiert von Gerhard L. Weinberg, Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1961. V. traducción inglesa: Gerhard L. Weinberg (ed), *Hitler's Second Book: The unpublished sequel to Mein Kampf*, Nueva York: Enigma Books, 2003, ISBN 1929631162.

247. Recuerda Jerry Bergman (*Hitler and the Nazi Darwinian worldview*, Kitchener [Ontario]: Joshua Press Inc., 2012, ISBN 9781894400503 [ePub], p. 178) que Himmler asignó a la guerra contra Rusia el objetivo de diezmar a la población eslava en 30 millones, esclavizando al resto. Ya en 1939 Hitler había instruido a sus soldados para

exterminar en masa a hombres, mujeres y niños de raza eslava, afirmando que la historia, olvidándose de tal episodio, sólo rememoraría la proeza conquistadora del guerrero germánico.

248. V. Jerry Bergman, *op.cit.* Este libro aporta abundantes datos que confirman hasta qué punto el darwinismo social fue la principal creencia, no sólo de Hitler, sino de casi toda la élite nacionalsocialista: Himmler, Goebbels, Göring, Heydrich, Alfred Rosenberg y Julius Streicher, así como sus testaferros en el campo científico, como el Dr. Josef Mengele. Sin embargo, el libro parte de un erróneo supuesto, que vicia todo su planteamiento y para cuya sustentación estira abusivamente las citas: la idea de que los nazis querían producir algo nuevo, una raza superior, cifrándose su plan en una ingeniería socio-genética para conseguir un nuevo hombre germano. No es así. Su modelo no era el futuro sino el pasado. Depurar la raza de mezclas, escorias y elementos somáticamente inferiores (degradados) no era, en absoluto, el medio para un proyecto de futuro, un superhombre germánico, sino para volver a la raza nórdica de lejanos antepasados y emular sus hazañas guerreras.

No se olvide que Darwin y el darwinismo repudian absolutamente todo finalismo, toda teleología y, por consiguiente, toda dirección del proceso de selección natural. En ese marco doctrinal (bajo cualquiera de sus variantes y, desde luego, bajo la del darwinismo social nazi) nada permite predecir que resultarán mejores especies, ni siquiera nuevas especies. Las mutaciones son aleatorias. ¿Por qué acaecen? ¡Velahí! Lo único que se explica es que, habiéndose producido —al buen tuntún— ciertas mutaciones, tienden a sobrevivir sus portadores si ellas son adaptativas y a perecer en caso contrario. Por ello, el darwiniano no puede fundar ni funda ningún proyecto de mejora de la raza ni de la especie, ningún plan de una nueva raza o de una nueva especie.

Como dato curioso podemos recordar una observación de Hitler recogida por Jerry Bergman, a saber: el dominio de USA sobre la América Latina se debe a que en Norteamérica se ha mantenido, en lo esencial, la pureza racial de origen germánico (Hitler siempre concibió así a los pueblos anglosajones), al paso que en Iberoamérica ha habido mestizaje (además de que ya el elemento racial latino es, de suyo, inferior al nórdico).

249. Vale la pena leer la pequeña monografía «To what extent was Hitler's rule of Nazi Germany similar to life in Sparta?» de Timothy Whiffen, http://www.academia.edu/4761037/To_what_extent_was_Hitlers_rule_of_Nazi_Germany_similar_to_life_in_Sparta, acc. 2016-06-11.

250. V. Ken Rise, «Hitler and the Law, 1920-1945», *History Today*, Issue 60, March 2008, ISSN 0018-2753. Es sabido que, tras la ley de habilitación de marzo de 1933, Hitler, de hecho, se convirtió en legislador supremo, revestido de un poder constituyente, a salvo de los poderes presidenciales (una salvedad muy vaga). Al fallecer Hindenburg y acumularse en el Führer las dos funciones de jefe de Estado y canciller del Reich, se extinguió *ipso jure* tal salvedad. A raíz de la noche de los cuchillos largos en 1934, la doctrina jurídica, encabezada por Carl Schmitt, instituyó el principio de que, en el nuevo ordenamiento jurídico nacionalsocialista, la voluntad del Führer era la norma suprema. Hubiéralo o no establecido así una disposición legislativa emanada del Reichstag (la Dieta del Imperio), fuera o no ese principio una consecuencia lógico-jurídica de la ley de habilitación de marzo de 1933 más la acumulación de funciones presidenciales y cancilleriles en el mismo individuo, el hecho es que esa doctrina creó una nueva regla de reconocimiento, al venir seguida y adoptada por la conciencia jurídica, por el conjunto de los operadores jurídicos. El régimen hitleriano era una autocracia. Ni se reformó ni se abrogó la Constitución de Weimar de 1919 porque sólo conservaba vigencia en tanto en cuanto se conformara con la voluntad del Führer, a tenor de la nueva regla de reconocimiento creada por la doctrina jurídica; en cuanto discrepara de esa voluntad, había pasado a ser irrita.

251. Ya en éstas se plantean serios problemas de traducción, pues no en todos los contextos «law» es traducible como «derecho» o viceversa; y en cuanto al «jus» latino, se han vertido ríos de tinta —principalmente por Michel Villey y sus adversarios— para determinar sus significados.

252. Sociedades imaginarias de seres inmateriales no tendrían necesidad de comer ni quizá de alojarse.

253. Dentro de la familia de las doctrinas jusnaturalistas, destácase, entre otras singularidades, la teoría del Derecho Natural profesada en el presente libro por merecer —más que ninguna otra— el calificativo de «naturalismo jurídico» al afirmar que la exigencia de unas unas pautas normativas en aras del bien común es una emanación, ciertamente, de la humana naturaleza, pero, más concretamente, de su realidad biológica como especie social.

¿Cuántos filósofos jusnaturalistas siguen esa línea de razonamiento? Algún barrunto lo podemos rastrear en Leibniz y es posible que en algunos enciclopedistas franceses del siglo XVIII (como Diderot).

Quienes abrazamos ese naturalismo somos seguidores de la máxima de Ulpiano, el preclaro y descollante jurisconsulto romano: *Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit* (a pesar de las críticas que he dirigido al naturalismo de Ulpiano en el §6 del capítulo I).

Sin embargo, la mayoría de los jusnaturalistas prefieren prescindir de la animalidad del hombre como

raíz de los vinculantes requerimientos que nos imponen unas obligaciones supralegislativas. Entienden que la raíz está en la racionalidad humana. Eso confunde las cosas. La razón es la facultad que nos permite hacer inferencias gracias a las cuales tenemos una conciencia lúcida y reflexiva de esas pautas jurídicas supralegislativas; no es la raíz de las mismas. En otras especies sociales también se dan esas pautas (en cada una amoldada a la naturaleza de la especie). Son menos racionales que nosotros (una diferencia de grado), pero, aunque sea por instinto, tienden a ajustar su conducta social a tales pautas.

254. El principio de no impedimento, o de no vulneración (en latín *interdictio prohibendi*) vehicula la prohibición de impedir u obstaculizar el disfrute o el ejercicio de los derechos ajenos. Establece así que, en la medida en que es lícita una conducta, es ilícito que cualquier otro la impida. El principio converso es el siguiente: cuando están prohibidos cualesquiera impedimentos ajenos a una conducta, esa conducta es lícita. Determina una gran dificultad de formalización la presencia de ese cuantificador universal cuyo campo de variación es un cúmulo de comportamientos (y, por lo tanto, de estados de cosas); dificultad superable acudiendo a un utillaje conceptual y notacional más complejo que el usado en la lógica nomológica.

En el futuro verosímelmente podrán formalizarse esos dos principios del Derecho Natural todavía no formalizados.

255. En particular es pertinente (Peña, 2009a), que forma un *tandem* con la presente obra.

256. Tres son las tesis del marxismo que —desde luego, sustancialmente modificadas en su concepción y en sus fundamentos— retengo todavía hoy: (1ª) que la comunidad de bienes es más racional que la propiedad privada —la cual no se justifica ni por su origen ni por sus efectos; (2ª) que existe una ley histórica de progreso, que, por encima de la voluntad de los individuos y de los grupos, determina teleológicamente un avance social por el desarrollo de las fuerzas productivas; (3ª) que ese desarrollo es condición necesaria para que se afiancen y evolucionen todas las actividades e instituciones que el marxismo llama «superestructuras»: los campos político, jurídico, literario, artístico, científico, filosófico y, en general, todos los no integrables en la actividad productiva o económica (*primum uiuere, deinde philosophare*). (Sin embargo, ser condición necesaria no implica ser condición suficiente.)

257. He abordado más en detalle este problema en (Peña, 2016a).

258. V. *supra*, el final de la solución a la 2ª dificultad del capítulo III.

259. Notemos, empero, que eso sólo se aplica al Derecho convencional, o sea a los tratados internacionales; no a las normas derivadas —decisiones de una organización creada por un Tratado— ni a las normas consuetudinarias. Con relación a todas esas normas podemos seguir siendo dualistas sin entrar en conflicto con lo preceptuado por la Constitución.

260. Además, son posibles y frecuentes varios tratados de contenido mutuamente incompatible. No vale para resolver el conflicto acudir ni a la regla *lex superior* ni a la *lex posterior* ni a la *lex specialis*.

261. Sin embargo, en la dificultad sí se detecta un problema que no ha sido disipado por mi explicación. En las circunstancias imaginadas, el senilicidio sería, no sólo lícito, sino también obligatorio. Ahora bien, en virtud del principio de no impedimento, es ilícito oponerse (por acción material) a un hecho lícito. Luego estarían actuando ilícitamente aquellos viejos que pudieran resistirse y lo hicieran.

Mi respuesta es que así sucede. Sería una antinomia deóntica. Aunque, en nuestra vigente legislación, la legítima defensa sólo vale —como eximente del artículo 20 del Código Penal— frente a una agresión ilegítima —lo cual no sucedería en el supuesto imaginado—, hobbesianamente pienso que existe un derecho más amplio de legítima defensa. Para Hobbes, aunque sea legítima la acción del soberano imponiendo la pena capital, también es legítima la resistencia del condenado, incluso violenta. La nomología hobbesiana necesita una lógica paraconsistente, para poder dar cabida a las antinomias.

262. Que es un corolario del axioma 6º de la lógica nomológica, el principio de no impedimento.

263. Aunque tanto a la empresa LAGUSA como a su rival, YIHOSA, les sea lícito intentar reclutar para su personal al ingeniero López cuando éste está desempleado, es posible que —dadas las circunstancias especiales del caso— la legislación mercantil (en nuestro caso el artículo 14 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal) prohíba a LAGUSA dirigir una oferta laboral a López cuando éste haya fichado por la otra firma, constituyendo ese intento un acto de competencia desleal.

V. <http://www.expansion.com/2009/03/22/juridico/1237758301.html>, acc. 2016-06-25: «Contratar a

trabajadores bajo engaño y con el fin de expulsar a la competencia del mercado es desleal. Así lo considera un Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca en el caso de una empresa que iba a entrar en Mallorca y que contrató al 80% de los trabajadores de otra que estaba establecida en la isla [...] además de a su gerente, que se dio de baja voluntaria. La compañía que perdió a la mayoría de su plantilla demandó a la otra firma por competencia desleal. Asimismo, pedía [...] que se declarara nulo el contrato de su antiguo gerente y un resarcimiento por daños y perjuicios de alrededor de un millón de euros, demandas que le han sido concedidas». «La deslealtad no se caracteriza por la existencia de una simple oferta de contrato, por el mero contacto con los trabajadores o clientes del competidor o por la captación de unos u otros. Es necesario que la oferta se dirija a provocar el incumplimiento de las obligaciones contractuales básicas y que exista inducción —instigación o motivación suficiente— para terminar la relación contractual seguida de engaño que contradiga la exigencia de competencia basada en la eficiencia de prestaciones propias y cuyo ánimo sea expoliar u obstaculizar la actividad de la otra empresa».

Es cierto que, en el caso de la competencia mercantil —y según lo señala oportunamente el juzgado— el bien jurídicamente protegido no es tanto el legítimo interés de la empresa perjudicada cuanto el de los consumidores de disfrutar de las ventajas de la libre competencia. Eso no sucede en el caso de las relaciones amorosas. Sin embargo, en éstas hay otro bien mucho más alto, que es el del respeto de todos los justiciables a cánones de lealtad, solidaridad y armonía social.

Como consideración *de lege ferenda*, habría que recomendar al legislador español que, en lugar de su obsesivo e insaciablemente puritano empeño por tipificar criminalmente cada vez más conductas normales de la vida social con un componente erótico (y de castigarlas con penas desproporcionadas), fuera más permisivo en lo que es inocuo, preocupándose, en cambio, de proteger —mediante cláusulas apropiadas de responsabilidad civil— la fidelidad a los compromisos y la leal competencia amorosa.

Así el Art. 182 CP prescribe: «1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. 2. Cuando los actos consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años». O sea, será encarcelado durante un lapso de entre un bienio y un sexenio un muchacho de 18 años que ha persuadido a una adolescente nacida seis meses después que él para acostarse juntos o tener una felación, ya sea contándole un embuste —p.ej., que todavía no ha cumplido los 18 años o que va a estudiar ingeniería o que es hinchado de tal club deportivo—, ya sea aprovechando la confianza que existe entre ellos por ser íntimos amigos desde la edad pueril. (La chavala lo ha denunciado posteriormente por celos.)

El art. 183.1 CP preceptúa: «El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años». Así pues, un joven de 18 años que, con su consentimiento, hace caricias íntimas a una mocita en la víspera de su 16º cumpleaños se enfrenta a una pena de reclusión de hasta seis años; de nuevo, imaginemos que la denuncia se ha debido a celos.

El art. 184 CP preceptúa: «1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, [...] en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios [...] y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses». Imaginemos a dos compañeros de trabajo, Roque y Sara. Roque solicita a Sara un «favor de naturaleza sexual»: salir una noche a bailar y luego acostarse juntos. Sin saberlo Roque, Sara está traumatizada por previas decepciones amorosas, por lo cual se siente ofendida —y, por lo tanto, humillada— por ese comportamiento de Roque. La definición del delito no requiere dolo más que para el primer conyunto (solicitar favores sexuales); el segundo conyunto (provocar una situación objetiva en la «víctima») es una calificación por el resultado, absolutamente independientemente de la intención del comitente y de cualquier previsibilidad. Consecuencia: esa banal propuesta, sin el menor ánimo agravante, hecha una sola vez, la califica el legislador penal de acoso sexual, castigándola con privación de libertad de hasta cinco meses.

Si los jueces tomaran en serio ese cúmulo de prohibiciones penales, haríanse difíciles las relaciones usuales entre los dos sexos —especialmente entre los jóvenes. Pienso que se debería podar todo eso, despenalizando completamente varias de tales conductas, perfilando con un tipicidad clara y sin ambigüedades las que merecieran mantenerse en el Código y aligerando las penas (salvo supuestos de violencia o coacciones).

En cambio, habría que introducir en el Código Civil una regla que sancionara la interferencia en la vida de una pareja mediante actos de desleal competencia amorosa, ya sea por engaño o con ánimo de arruinar la estabilidad y la tranquilidad de su relación o de humillar a un rival o vengarse de él.

264. Pero, por lo dicho en la nota precedente, puede haber otro motivo por el cual debería ser civilmente ilícito interferir en la vida de una pareja, tratando de romperla con mala fe o malas artes. No creo que sea por el principio de no impedimento sino por el del bien común, que conlleva un deber de lealtad y solidaridad.

265. Consúltense los siguientes libros: William Warwick Buckland, *The Roman law of slavery: The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge U.P., 1970, ISBN 9781108009430 (ed. original de 1908); Thomas Wiedemann, *Greek and Roman slavery*, Londres/Nueva York: Croom Helm Ltd, 1981, repr. Taylor & Francis e-Library, 2001; Kyle Harper, *Slavery in the late Roman world AD 275-425*, Cambridge U.P., 2011, ISBN 9780521198615; Keith Bradley, *Slavery and society at Rome*, Cambridge U.P., 1994, ISBN 0521372874; Keith Bradley & Paul Cartledge (eds), *The Cambridge World History of slavery*, Vol. I: The Ancient Mediterranean world, Cambridge U.P., 2011, ISBN 9780521840668.

266. Es sumamente difícil cualquier cálculo de la productividad agraria en la antigüedad. Posiblemente en decenios pasados se tendió a la baja, desestimando como halagüeñas las estimaciones de Varrón y Columela —quienes, en cualquier caso, se referían a explotaciones óptimas. Peter Garnsey, en *Cities, peasants and food in classical antiquity: Essays in social and economic history*, Cambridge U.P., 1998, ISBN 0521591473 (versión digital, 2004), ofrece una estimación para el Atica clásica: por grano sembrado, 4,8 granos cosechados en trigo y 6 en cebada; sólo que en años calamitosos se llegaba a no cosechar más de 1 grano de trigo por grano sembrado y 2,6 de cebada.

Por su parte, Marcel Mazoyer y Lorence Roudart —en *A history of world agriculture: From the Neolithic age to the current crisis* (trad. ingl. de J.H. Membrez), Londres: Earthscan, 2006, ISBN 9781844073993, pp. 240ss— consideran exagerados esos rendimientos agrarios estimados por P. Garnsey.

En el Imperio Romano se incrementó la productividad gracias a la evolución del arado romano, la explotación preferente de tierras fértiles y a muchas otras pequeñas mejoras, pero jamás tuvo lugar nada que podamos considerar una revolución agrotécnica. V. Paul Erdkamp, *The Grain Market in the Roman Empire*, Cambridge U. P., 2005, ISBN 9781139447683.

Las invasiones bárbaras produjeron un descalabro civilizacional en las provincias que formaban el Imperio Romano de Occidente. Retrocedió la vida de las poblaciones conquistadas varios siglos atrás y disminuyeron todavía más los rendimientos agrarios —hasta que, con el avanzar de la Edad Media, se lleven a cabo adelantos significativos.

V. a este respecto: Bryan Ward-Perkins, *The Fall of Rome and the end of Civilization*, Oxford U.P., 2005, ISBN 0780192807281. Con el fortísimo apoyo que ofrecen los hallazgos arqueológicos, cotejados con muchas fuentes documentales —convencionalmente olvidadas por la doctrina historiográfica dominante— ese libro prueba que la caída del Imperio Romano de occidente a manos de los invasores bárbaros marcó el derrumbe de una civilización, la vuelta a la barbarie, que caracterizará a los siglos oscuros durante los cuales la vida fue dura y áspera —inferior en cantidad y calidad a la de la época romana—, la industria había perecido, la agricultura retrocedido, con el consiguiente impacto demográfico; y eso no sólo con relación a la masa pobre de la población, sino incluso a la élite. Todas las capas de la población sufrieron las consecuencias de la destrucción del Estado Romano, de las devastaciones y del yugo de los invasores.

Es sintomático del lavado de cerebro planificadamente impulsado por la propaganda paneuropeísta desde 1957 que se haya impuesto en los medios de la nueva historiografía oficial una mutación conceptual, que subvierte todo el legado de la memoria histórica milenaria. Háblase de «migraciones» en lugar de «invasiones» —como si hubieran sido pacíficas—; háblase de «germanos» en lugar de «bárbaros», lo cual implica una doble confusión: de un lado, no todas las tribus u hordas invasoras eran germánicas (los hunos no lo eran); de otro lado, la común pertenencia al tronco étnico-lingüístico germánico era desconocida por los invasores y por quienes sufrieron la invasión; sólo hoy, con los instrumentos de la moderna filología y de la lingüística genética, podemos saber que procedían del tronco germánico los godos, anglos, sajones, francos, suevos, vándalos, alanos, alamanes y burgundios. No existía sentimiento alguno de formar una familia étnica ni nada por el estilo, sino que cada tribu atacaba, asolaba y saqueaba por su cuenta, a expensas de la población romana o romanizada pero también de las otras tribus invasoras, que se libraron frecuentemente una guerra a muerte.

El revisionismo historiográfico imperante se presenta bajo dos modalidades: la una, optimista, afirma una continuidad de la civilización romana bajo los nuevos reyes invasores; la otra, pesimista, sostiene que hubo efectivamente un declive, pero afirma que éste precedió a las invasiones y que las causó u ocasionó.

267. V. los volúmenes siguientes de *The Cambridge World History of slavery* (*op.cit.*), especialmente el volumen III, sobre los años 1420 a 1804, ed. por David Eltis & Stanley L Engerman, publ. en 2011, ISBN 9780511975400 (ebook), <http://dx.doi.org/10.1017/CHOL9780521840682>.

268. V. *supra*, apartado 16.1 del capítulo II.

269. V. *infra*, solución a la 3ª dificultad del capítulo VII.

270. Imaginemos el irrealista supuesto de que tuviéramos absoluta certeza —epistémicamente irrefragable— de que: (1) un determinado sujeto es culpable de un espeluznante crimen a punto de consumarse; y (2) torturándolo se le podrá sonsacar una información que prevenga esa consumación, evitando así calamitosas consecuencias. Pues ni aun en tal supuesto sería lícito torturar, en virtud de la total vinculatividad de la prohibición de torturar, una norma prohibitiva que, por añadidura, hace del todo ilícita la tortura, cualquier tortura, sean cuales fueren las circunstancias y pase lo que pasare.

¿De qué premisas se deduce esa absoluta vinculatividad de una total prohibición de torturar (o sea: que tal prohibición se da en el grado máximo y que, además, también es ilimitada su vigencia o validez jurídica)? Del axioma del bien común —o, con otras palabras, de la pública utilidad. Por dos razones: (1ª) nada hay tan nocivo y destructivo del bien común como el que la sociedad degrade a un ser humano privándolo hasta tal extremo de esa mínima participación en el bien común que es no sufrir sevicias (en comparación con lo cual hasta la mismísima pena capital sería una occisión compasiva para quien, en su extremo de maldad, hubiera hecho imposible su permanencia entre la comunidad de los vivos, con el continuado goce del derecho a participar en el bien común); (2ª) de hecho la certeza jamás puede, humanamente, ser absoluta, por lo cual una sociedad que —aunque sea excepcionalísimamente— acude a la tortura somete a todos a un riesgo de lo peor imaginable, del más horrible mal, de suerte que una sociedad así no vale la pena de que exista ni legítimos sacrificios o renunciaciones. (Conste que, al enunciar la primera razón, no estoy, en absoluto, defendiendo la pena capital.)

Usando el concepto de «dignidad» (tan escasamente presente en esta obra, que trata de manejar un utillaje conceptual provisto de un potencial inferencial más escrutable), podríamos decir que la tortura es la humillación extrema y, por lo tanto, el máximo atentado contra la dignidad; y que el derecho a participar del bien común tiene un núcleo duro que sería el derecho a la dignidad.

No niego que hay grados de tortura y que no está nítidamente demarcado lo que es tortura de lo que no lo es. Los sucesos de Guantánamo y otros han dado lugar a una controversia casuística.

En el artículo «CIA torture report lays out in 'great and grotesque detail' excessive cruelty», Nick Grimm, de *ABC News* (acc. 2016-10-21 en <http://www.abc.net.au/news/2014-12-10/cia-torture-report-lays-out-in-great-and-grotesque/5957574>) entrevista a David Rothkopf, redactor en jefe de *Foreign Policy magazine*. Entresaco este fragmento:

NICK GRIMM: There was a lot of debate too over what constituted torture, but according to the report the techniques used by the CIA's interrogators were harsher and more brutal than they had revealed at the time.

DAVID ROTHKOPF: That's right and I think if you sat a group of reasonable people in the room and they debated what was torture, you might have some range of views. But if you ask would drowning somebody 150, 180 times in succession be considered torture, would force-feeding them food via their rectums be considered torture, would threatening them with a drill and a gun, or threatening to slit the throat of their mother, or making them stand without relief for a week plus be considered torture, I think the answer would be yes. And so I think, you know, one of the things the report does is end the semantic debate. What the United States did was torture. [...]

NICK GRIMM: They [unos ex-agentes de la CIA] also complain that the report makes no mention of the context in which they were working, essentially that the fear of another major terror attack being imminent justified their use of torture.

DAVID ROTHKOPF: And of course that's at the core of the debate. But I think there are many that would argue that when one sets aside one's values and one's laws and one's constitutional provisions because of the fear of an attack, one is in fact doing the work of one's enemy. And that in fearing another terrorist outrage we [...] did more damage than good.

En cualquier caso, una tortura leve no deja de ser tortura; además, creo que, por una vez, es perfectamente aplicable el argumento de la pendiente resbaladiza en una cuestión de tan abrumadora gravedad.

Sobre la relación entre la tortura y la dignidad, v. Suzy Killmister, «Dignity, Torture, and Human Rights», *Ethic Theory and Moral Practice*, 2016, pp. 1-15 DOI: 10.1007/s10677-016-9725-6.

271. En la nota precedente ya me he referido al uso —en este contexto— del concepto de *la dignidad humana*. Yo prefiero hablar del *valor del ser humano*. Un valor es una propiedad tal que es preferible tenerla antes que carecer de ella. Es preferible ser un humano antes que no serlo. Y ese valor del ser humano comporta, además, una dimensión relativa: vale más para los propios seres humanos. La máxima negación del valor del ser humano es su infinita degradación, la tortura.

272. Igual que la existencia de opiniones y teorías radicalmente enfrentadas no basta para rechazar la afirmación de que existe un Derecho Natural —como tampoco la de que existe un Derecho positivo—, ninguna disciplina puede desacreditarse porque en ella abundan las controversias, incluso a veces vivísimas y acaloradas, lo cual sucede hasta en matemáticas, donde ha sido, a veces, de tono subido la polémica entre los intuicionistas y los clásicos. ¿Quién deduciría de tales debates que no hay matemáticas, que son un mero invento y no un objeto de investigación?

273. Como no sea que se nos ocurra salvar el desmentido vaticinio alegando que lo que el jurista dijo no es que el juez fallaría así, sino que era razonable prever que así lo haría —lo cual a nada compromete.

274. El principio de Hamurabí es « $\circ(\circ A \rightarrow A)$ », o sea «Es preceptivo, en la medida en que una conducta sea obligatoria, se realice». Es equivalente a « $\circ(A \rightarrow aA)$ », o sea la obligación de que sólo se realicen conductas lícitas. Todo eso puede parecer razonable, pero ¡tiremos del hilo! Aplicando el principio del *modus ponens* deóntico (o principio de la consecuencia jurídica, del apartado 9.3 del capítulo II), deducimos « $A \rightarrow \circ aA$ »: cualquier conducta realizada es tal que debería ser lícita. Como « vA » (la prohibición de A, [la « v » viene del latín «vetatum»]) se define como « $\circ \sim A$ » y « $aA \leftrightarrow \sim \circ \sim A$ » (además de que, por el principio de involución del cálculo sentencial, « $A \leftrightarrow \sim \sim A$ »), lo que hemos deducido es « $A \rightarrow vvA$ », cualquier conducta realizada es tal que está prohibido prohibirla. Aplicando ahora el principio de permisibilidad, deducimos « $A \rightarrow aA$ », sólo se realizan acciones lícitas; o, lo que es lo mismo, « $\circ A \rightarrow A$ », todas las obligaciones se cumplen.

275. Esta enunciación es susceptible de dos lecturas. Según la primera de ellas, la validez de la ilación nomológica estriba en que el grado de favorecimiento del bien común de las premisas no se deteriore en la conclusión, o sea que ésta no sea más perjudicial al bien común que las premisas. La segunda lectura, más laxa, sólo exige que de premisas favorables al bien común en algún grado no se pase a una conclusión absolutamente deletérea para el mismo.

La lectura correcta es la primera, por lo siguiente. En la lógica alética, para la validez de una inferencia sólo se requiere no pasar de premisas verdaderas a una conclusión totalmente falsa. Pero en lo deóntico no es así. Si las reglas de la lógica nomológica sólo nos resguardaran de conclusiones *completamente* perjudiciales al bien común, sería escasa su utilidad práctica —además de que es dudoso si un daño al bien común puede ser tan grande que no pueda haber otro mayor, o sea que alcance un 100%. (Esta aclaración ha surgido en torno a un comentario de Marclo Vásconez.)

276. Así es salvo si abrazamos una lógica relevantista; las lógicas relevantistas o relevantes —y otras afines, como las conexivistas— proscriben que se pueden deducir de premisas dadas conclusiones que «no tienen nada que ver», que «no están contenidas» en las premisas. Lamentablemente esa sugestiva idea ha desembocado en un fracaso, porque acarrea el sacrificio de demasiadas verdades y reglas de inferencia sumamente útiles para el razonamiento.

277. Entre las obras más recientes de aplicación al Derecho de la lógica difusa cito éstas: G. Keil & R. Poscher (eds.), *Vagueness and the Law: Philosophical and Legal Perspectives*, OUP, 2016; H. Patrick Glenn & Lionel D. Smith (eds), *Law and the New Logics*, Cambridge U.P., 2016, ISBN 9781107106956 (ambos compiladores enseñan Derecho en la McGill University de Montreal). Esta última antología incluye la colaboración «Fuzzy Law: A Theory of Quasi-Legality» de Oren Perez, quien es Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Bar-Ilan, ya previamente destacado en un estudio lógico-jurídico que aproveche las aportaciones de las lógicas de lo difuso, mereciendo citarse aquí su contribución «Law as a Strange Loop», en *Sociological Jurisprudence: Liber Amicorum Gunther Teubner*, coord. por Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch & Peer Zumbansen, Berlín: Gruyter, 2009 y su libro (escrito en coautoría con Gunther Teubner) *Paradoxes and Inconsistencies in Law*, Hart Publishing, 2006. Varios de sus trabajos están disponibles en <http://ssrn.com/author=327866>, acc. 2016-09-24.

278. V. en particular su libro —convertido ya en un clásico— *Le flou du droit: Du code pénal aux droits de l'homme*, París: Presses Universitaires de France, 1986, ISBN 9782130396024.

En pos del trabajo pionero de Mireille Delmas-Marty han venido muchos otros, entre los que menciono éste: Nicholas Léger-Riopol & Agnès Viaud, «La structure conceptuelle des controverses juridiques: Petite anatomie des cas difficiles», *Lex Electronica*, vol. 18/2 (2013), ISSN 1480-1787, disp. en <https://www.erudit.org/revue/lex/2013/v18/n2/1021111ar.html>, acc. 2016-09-24.

Notemos que nuestros vecinos del norte también han usado la lógica difusa en estudios de Historia del Derecho; v.g. Françoise Hildesheimer, «Les deux premiers registres des 'ordonnances' ou la logique floue de l'enregistrement», *Histoire et Archives*, Nº 12 (2002), pp. 79-114.

279. A salvo de la otra faceta sustractiva: la no-juridicidad del sistema.

280. El DRAE define así «estorbar»: «1. Poner dificultad u obstáculo a la ejecución de algo. 2. Molestar, incomodar». Define «impedir» así: «Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo».

En francés, el diccionario de wictionary.org es más explícito: «empêcher: 1. Entraver quelqu'un dans la réalisation de quelque chose. 2. Rendre impossible, irréalisable; s'opposer à, faire obstacle. 3. Gêner ou arrêter par un obstacle». El Diccionario Littré define así «empêcher»: «1. Mettre entrave à quelqu'un. 2. Être cause que quelque chose ne se fasse pas. 3. Gêner l'exercice de».

El Diccionario Oxford español-inglés (acc. <https://es.oxforddictionaries.com/translate/spanish-english/>) traduce «impedir» así: «1 (imposibilitar) *to prevent*. 2. (dificultar) *to hamper, to hinder*».

De los múltiples ejemplos lexicográficos que recoge de una u otra acepción selecciono éstos: «El protector fijo se situará en la línea de peligro impidiendo el acceso a la misma». «Amenazan con tomar la planta e impedir el ingreso a la misma». «El gobierno ni siquiera intentó impedir estas matanzas». «Acusan al Estado mexicano de impedir el libre ejercicio del credo religioso en diversas entidades». «Poste de hierro hincado en el suelo y destinado a impedir el paso o aparcamiento de vehículos». «La policía impide la entrada de vehículos al campamento». «Es recomendable colocar puertas de seguridad, para impedir el paso de los chicos». «Impedir u obstaculizar el normal funcionamiento de los órganos de participación o representación». «El debate apenas comienza y bajo ninguna circunstancia se debe impedir o limitar». «El Senado debe impedir a toda costa que César se haga con el poder». «Que impida u obstaculice la asistencia regular al centro educativo». «Deberán construirse de manera que no impidan o dificulten el libre uso de las terrazas». «Cortes en puentes y carreteras impiden el tránsito normal a través del territorio nacional». «La reacción de los policías impidió la fuga». «Se impide el ejercicio pacífico del derecho de manifestación legal y autorizada». «Tres anillos de seguridad impiden el acceso a la plaza de los manifestantes». «Además de que impiden el libre paso a peatones». «La autoridad debe impedir que continúe esta situación». «Barreras que impiden o limitan la comunicación». «La semana pasada iba a hacer un entrega de material quirúrgico y le impidieron el paso».

Puesto que los verbos ingleses que traducen «impedir» son «to prevent», «to hinder», «to hamper», consultemos la definición de «to prevent» en el Diccionario Oxford del inglés americano (en http://www.oxforddictionaries.com/us/definition/american_english/): «1. Keep (something) from happening or arising; [...] 'It may involve going to Pearson Airport to try to prevent a deportation from happening'». Como sinónimos: «stop, put a stop to, avert, nip in the bud, fend off, turn aside, stave off, ward off, head off, shut out, block, intercept, halt, arrest, check, stay, hinder, impede, hamper, obstruct, balk, foil, thwart, obviate, cheat, frustrate, forestall, counteract, inhibit, hold back, curb, restrain, preclude, pre-empt, save, help, suppress, disallow, prohibit, forbid, proscribe, exclude, debar, bar, deter». Añade una subacepción: «1.1 Make (someone or something) unable to do something».

El Diccionario Merriam-Webster (acc. en <http://www.merriam-webster.com/dictionary/>) define, de manera general, «prevent» así: «to stop (something) from happening or existing; to stop (someone or something) from doing something». Al desglosar las acepciones, incluye éstas: «to keep from happening or existing», «to hold or keep back: hinder, stop»; «to interpose an obstacle».

No olvidemos que en latín «impedir» se traduce como «prohibeo» (por eso el principio de no impedimento se enuncia con la locución latina *interdictio prohibendi*). El Diccionario latín-inglés (acc. en <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/morph>) traduce «prohibeo» así: «to hold before, hold back, keep away, check, restrain, hinder, prevent, avert, keep off, debar».

Toda esa evidencia lexicográfica corrobora que la significación primaria de «impedir» y sus equivalentes en otros idiomas connota obstaculización, traba, estorbo, molestia, por una acción material (de estricta violencia o no) que imposibilita o hace prácticamente muy difícil una acción o un hecho. Implica fuerza, al menos en las cosas, o uso de barreras, si bien, en ciertos casos, se pueden asimilar al impedimento medidas que estrictamente no *impiden* pero que se consideran impedimentos, por analogía, en virtud de circunstancias determinadas. (Por ejemplo se puede impedir haciendo ruido, perturbando, alborotando, amenazando.)

Por tal razón, es, en rigor, pleonástico el complemento circunstancial «por la fuerza»; cuando se precisa, habría que advertir que tal fuerza no se ha de tomar restrictivamente, en el sentido de que el único impedimento ilícito de un derecho ajeno fuera aquel que se realice por la violencia.

281. En principio, aunque puede existir una regla que prohíba malgastarlos arbitrariamente. En situaciones de penuria, puede ser ilícito malgastar comida o agua.

282. V. *supra*, solución a la 13ª dificultad del capítulo IV.

283. De la inabarcable multitud de trabajos del propio Robert Alexy donde desarrolla su concepto de la ponderación y de los aún más numerosos de otros autores que comentan sus ideas, cito sólo: Robert Alexy, «Constitutional Rights and Proportionality», disp. en <http://revus.revues.org/pdf/2783>, acc. 2016-09-24; ídem, «On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison», *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 433-449; ídem, «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality», *Ratio Juris* 16 (2003), pp. 131-140; Virgílio Afonso da Silva, «Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision», *Oxford Journal of Legal Studies*, 31 (2011), pp. 273-301; Lars Lindahl, «On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing», *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, ed. por Augusto Silva Dias, vol I, pp. 355-375, Edições Almedina, 2009, ISBN 97897240395101.

284. El asunto es, en rigor, más complicado, porque hay que sopesar, no sólo el grado de obligatoriedad o licitud de unas u otras conductas, sino el grado de vigencia de la norma que prescribe tal obligatoriedad o licitud.

Normamente el juez puede y debe prescindir de esa consideración, presumiendo que todas las normas tienen el mismo grado de existencia en el ordenamiento jurídico. Mas tal presunción es defectible (*juris tantum*); en supuestos complejos se aducirá que ha caído parcialmente en desuetud alguna de las normas en conflicto o que su fuente no tiene tanta fuerza vinculante como aquella de la cual emana la norma opuesta (sin que, no obstante, estemos ante un simple caso de *lex superior*). Así, en el caso de los jovencuelos jueguistas y sus sufridos vecinos, podemos imaginar que esa ordenanza municipal tan laxa y permisiva ha venido perdiendo buena parte de su vigencia por colisión con una norma consuetudinaria necesitada por la evolución de los hábitos y las valoraciones sociales, por los requerimientos laborales y los horarios de la actividad derivados de las mayores distancias a recorrer para llegar puntualmente al trabajo o cualesquiera otras circunstancias.

285. Aquí Marcelo Vásconez me pregunta si ese *hecho* es un hecho como el de que hay una lámpara encima de la mesa, o sea un dato fáctico empíricamente constatable. Mi respuesta es que tampoco los «enunciados protocolarios» —para usar la terminología del círculo de Viena— son tan absolutamente neutrales con respecto a presupuestos teóricos. Es éste un viejo debate de la teoría del conocimiento. Admito, no obstante, la diferencia de grado. En la jerga de Quine, el haber una lámpara encima de la mesa es un enunciado observacional, mientras que el contener el ordenamiento jurídico unos principios implícitos de bien común es sólo una conclusión de un razonamiento. Mas no olvidemos que la observacionalidad es de grado y contextual.

286. En este punto me objeta lo siguiente Marcelo Vásconez: «Si nos preguntamos por el criterio de la obligación o deber, trazamos una taxonomía de respuestas, supuestamente exhaustiva, y luego vamos eliminando para quedarnos con la mejor alternativa. El razonamiento sería una especie de silogismo disyuntivo. Hay dos grandes criterios de la obligación: intrinsecismo o relacionismo. El primero tiene problemas. Dentro del segundo, cabe distinguir: antecedentalismo y consecuencialismo. Aquél tiene sus dificultades. Queda el último, al interior del cual nos podemos concentrar en dos versiones del utilitarismo: del acto y de la regla. No vale el penúltimo. Por lo tanto, el último. [...] Esto es deducción. El procedimiento es racional, aunque jamás indiscutible, como en cualquier otra disciplina científica. Entonces, se podría decir que la ética comparte los rasgos segundo y tercero de la objetividad del Derecho Natural».

Mi respuesta es quintuple:

- 1ª) Lo debatido aquí no es si resulta o no racionalmente válida una teoría ética, sino si existe una moral objetiva, jurídicamente invocable (o al menos jurídicamente atendible), *que no sea Derecho Natural*, que se deslinda netamente de aquello que pretende ser el Derecho Natural, o sea Derecho (aunque no positivo). Para que no nos quedemos en una disputa verbal, entendamos por «Derecho» una instancia coercible o que merece serlo. Si la ética, o una parte de la ética, se revistiera de esa exigencia, no habríamos encontrado lo que se buscaba, que era una moral objetiva *que no fuera Derecho*, que no fuera ni mereciera ser coercible.
- 2ª) Aceptando todo el argumento de Marcelo Vásconez, añado dos matizaciones: (a) que, a lo largo de esa larga secuencia de opciones que nos hace desembocar en la elección de una ética consecuencialista de reglas, estamos condicionados por las tesis filosóficas que hayamos abrazado en otras disciplinas —principalmente en la metafísica (vuelvo sobre esto en el párrafo siguiente)—; y (b) que la mera opción por el utilitarismo de reglas no nos dice cuáles son esas reglas: en el ámbito jurídico, necesitamos la regla del bien común, pero un utilitarismo de reglas en general es compatible con la adopción de otras reglas (v.g., el bien de los mejores o el de los allegados).
- 3ª) En cada una de esas bifurcaciones, un filósofo inteligente y racional puede abrazar una opción que no es la nuestra; pensamos que hay buenas razones para recomendar nuestra elección, pero sabemos que, no siendo absoluta su fuerza de convicción, quien no nos siga no por ello queda desacreditado como filosóficamente inepto. Filósofos que han optado por una u otra de las alternativas que hemos ido descartando pueden, en lo nomológico, coincidir con nosotros en la imperatividad del bien común. Luego, en algún sentido, persiste una objetividad del Derecho Natural no compartida por la ética: el Derecho Natural es filosóficamente más neutral (lo cual no obsta para que su cabal dilucidación también requiera acudir a un tratamiento lógico-metafísico).
- 4ª) En la formulación misma de la objeción se usan las palabras «obligación» y «deber». Pero ¿tienen el mismo sentido esos vocablos en la moral y en el Derecho? Mi tesis es que no, que el deber moral —que averiguamos deductivamente por ese camino— no es el deber nomológico, que descubrimos abductivamente.
- 5ª) La objeción prueba que el proceso intelectual que nos conduce a optar por una teoría moral es racional, pero no que el resultado de ese proceso comparta los tres rasgos que fundan la objetividad del Derecho Natural: la existencia de un *corpus* normativo del cual se parta, el razonamiento abductivo y la exigencia o imperatividad pública.

287. Ese *ubi* podría venir dado por el acopio de datos de la ética experimental, si es que aceptamos sus supuestos metodológicos. Confieso mi escepticismo, por un número de motivos que, salvo uno, no procede explicar aquí. El que sí he de expresar es éste: de valer algo todo ese esfuerzo, sólo afecta al *corpus* de intuiciones morales, mientras que yo no creo en la intuición, puesto que personalmente carezco de ella y nadie me ha demostrado que exista. Tengo opiniones, no intuiciones. Opino que es bueno dar de comer al hambriento pero no lo intuyo —como, al parecer, sí lo intuyen los más afortunados.

Sobre la recientísima pero ya floreciente ética experimental, v. «Experimental Moral Philosophy (Stanford Encyclopedia of Philosophy)», <http://plato.stanford.edu/entries/experimental-moral/>, acc. 2016-09-10.

288. Hoy existen, dentro del positivismo jurídico (o sea, del cúmulo de escuelas jusfilosóficas que rechazan la existencia de un Derecho Natural), dos ramas: el positivismo puro y el jusmoralismo. Coinciden ambas ramas en afirmar que sólo es Derecho el positivo y que su único contenido es el que proviene de una fuente social —sea la legislación, sean los tratados, sea la costumbre vinculante, sea tal vez la jurisprudencia o sean los principios que han recibido aquiescencia de la población (nomoárquica jurídica). Pero el jusmoralismo entiende que hay una continuidad entre Derecho y moral, un nexos, un tránsito, una pasarela; que las consideraciones morales —o algunas de ellas— son jurídicamente atendibles, aunque no jurídicamente vinculantes.

Confieso que no he logrado entender exactamente en qué estribaría esa atendibilidad o esa relevancia jurídica. En buena medida ese jusmoralismo se orienta a concebir el Derecho y la moral como razones para obrar, guías del comportamiento, tratando de colmar la brecha entre las razones morales y las jurídicas, para que el sujeto de Derecho no esté desgarrado. Pero lo está. Frecuentemente surge una contradicción entre el deber jurídico y el deber moral. Por otro lado, la obligatoriedad es, ante todo, una cualidad de estados de cosas; hay obligatoriedad ética y obligatoriedad nomológica; secundariamente, que un estado de cosas sea obligatorio es un motivo para realizarlo en nuestra conducta. Cómo la moral o la ética vaya a determinar el contenido de las obligaciones jurídicas es un problema que no he visto resuelto por ningún jusmoralista. A mi parecer, el jusmoralismo expresa un mero *desideratum* programático.

289. Frente a mi argumentación, Marcelo Vásconez me ha objetado lo siguiente: «La ética se encarga de descubrir verdades o principios generales en torno al bien y el deber. [...] Si la metafísica u ontología puede reclamar para sí un estatuto científico, también la ética, en tanto que puede plasmarse de manera rigurosa en una lógica. Accedemos a ella y la justificamos por medio de la razón. [...] No desconozco que la empresa se enfrentará a dificultades graves, o incluso sufrirá de ciertos defectos; pero ése es el destino de cualquier postura, de modo que esa situación no puede desanimarnos». Y en otra parte de su comentario señala: «De igual modo que la mera existencia de una pluralidad de teorías lógicas y de rivalidad entre ellas no excluye el hecho de que una de ellas sea la correcta —lo cual requiere de una argumentación explícita—, asimismo el conflicto entre teorías éticas no debería hacernos perder la fe en que una de ellas es la más apropiada».

Desde luego concuerdo en que podemos ofrecer argumentos racionalmente convincentes a favor de una ética y en contra de las alternativas. Que los argumentos sean convincentes no significa que sean infalibles ni absolutamente concluyentes, claro está. (En ningún ámbito le es dado al ser humano disponer de argumentos así.)

Con todo, sigue mediando una colosal distancia entre la fundamentación filosófica de una teoría ética y la justificación jusfilosófica de unos axiomas de Derecho Natural. Lo primero es posible sólo a través de un recorrido intelectual en el que se van concatenando muchas opciones sucesivas —cada una de ellas racional, sin duda, pero que forman una ristra de ilaciones cuyo grado de imperatividad racional es el máximo común denominador de tales ilaciones; la cadena no puede ser más fuerte que su eslabón más débil. La exigencia de coercibilidad que tiene el Derecho ¿se puede basar en esa cadena?

Por el contrario, aunque una dilucidación filosóficamente satisfactoria del Derecho Natural también ha menester de la metafísica (v. Peña, 2015a), es posible poner entre paréntesis tal fundamentación para meramente descubrir los axiomas del Derecho Natural, al margen del sistema filosófico que hayamos abrazado. Pudiendo abstraernos de esa fundamentación metafísica, a mayor abundamiento podemos prescindir de las convergencias y las divergencias entre los dos cúmulos de valores, los morales y los nomológicos, para postular y acordar unos principios de Derecho Natural, siendo, unos, no cognitivistas en lo atinente a los juicios morales, otros cognitivistas; unos, generalistas, otros particularistas; unos, rigoristas, otros laxistas; unos, intrínsecistas, otros consecuencialistas, otros adeptos de la ética material de los valores, y así sucesivamente. Para concluir que los axiomas correctos del Derecho Natural son éstos o aquéllos no necesitamos averiguar previamente cuál de esas opciones es la acertada en la teoría ética.

290. A lo largo de esta discusión, trato de prescindir del posible distinguo entre ética y moral. En un sistema como el de Hegel, el distinguo está perfectamente justificado, siendo conceptualmente esclarecedor. Pero —al margen de una teorización elaborada en el marco de un sistema filosófico determinado—, dudo que sea pertinente tal distinguo. Según un discurso hoy más o menos difundido, la moral sería subjetiva, cosa de cada cual, ligada a su particular cosmovisión, a sus creencias ideológicas o religiosas, al paso que, frente a ella, se erigiría una ética

pública.

Lamentablemente esa ética pública que se invoca tan a menudo está erizada de todas las dificultades que considero en el presente Anejo. Sus proponentes suelen dejar indefinidas sus fuentes, sus criterios, sus fundamentos de validez y sus credenciales de vinculatividad. La locución «ética pública» es ambigua, maleable y adaptable a diversos gustos. Se suele denotar con ella el cúmulo de valoraciones comunes en una sociedad, pero siempre que pasen un filtro cuya naturaleza y cuya base no se precisan. Así, ¿es conforme con la ética pública quemar a los herejes en el siglo XVI? La opinión pública decía que sí. Entiendo que quienes hablan de una ética pública no desean asumir esa respuesta afirmativa; pero ¿por qué? Probablemente porque, aun siendo generalmente valorada positivamente esa punición, no es conforme con un criterio independiente. ¿Cuál? Y, si lo hay, ¿qué nos importa la opinión mayoritaria?

Si es jurídicamente vinculante el dictamen de esa «ética pública» —sea ésta lo que fuere—, entonces es Derecho Natural. Si no es jurídicamente vinculante, si sólo constriñe en otro ámbito, trátase de una orden normativo disjuncto del Derecho.

Me temo que cada quien diseña la presunta ética pública al compás de sus personales opciones ideológicas, apuntalándolas con la aquiescencia de la opinión pública cuando ésta les resulta propicia.

291. V. *infra*, punto 6 de este mismo Anejo.

292. Esto parece paradójico, pero, bien mirado, no lo es. Aparentemente sería un sinsentido que, careciendo de valor veritativo los asertos sobre lo bueno y lo malo en general —o sea, las estimaciones que proferimos acerca de las voliciones o actuaciones humanas (o no humanas) según nuestra conciencia subjetiva—, poseyeran, en cambio, verdad o falsedad las afirmaciones de que tal acto o tal norma es conforme *con el bien común*. Se disipa la paradoja cuando se distinguen los dos sentidos de «bueno» y de «deber»: el ético y el nomológico, aquel que implica responsabilidad ante nuestra conciencia y aquel que conlleva responsabilidad para con la sociedad. Por ello, siendo sentidos diferentes —a pesar de las analogías—, sería posible creer en la existencia de lo bueno nomológico y no en la de lo bueno ético o viceversa.

No es que el autor de este ensayo preconice el no cognitivismo, ni en ética ni en nomología. Sólo estoy señalando que, epistemológicamente, sería racional ser cognitivista en un campo axiológico y no en el otro —igual que se puede ser cognitivista en la ética y no en la estética (pensando que no hay belleza ni fealdad objetivas, sino sólo gustos subjetivos).

Por otro lado, aun abrazando el cognitivismo en la ética, aun admitiendo la existencia de valores éticos, de lo bueno ético, podemos ser un poquito escépticos con respecto a cómo averiguar el contenido de esos valores. ¿Nos lo suministra la intuición moral? Así lo han creído un número de filósofos éticos, como Max Scheler, Nicolai Hartmann y G.E. Moore. Lo malo de la intuición es que constituye un acceso inmediato e incompatible. ¿Cómo quedamos los parias epistemológicos que carecemos de tales intuiciones? ¿Nos ha hecho mal la naturaleza, al privarnos de ese sexto sentido del que disfrutaban los individuos excelsos, provistos de esa facultad que a nosotros nos falta? ¿Cómo saben esos privilegiados, los que tienen esa dicha, que la tal intuición es verídica y fehaciente? ¿En qué se distingue de un mero presentimiento?

(Según lo he dicho más arriba, la intuición ha sido rehabilitada y abordada con un utillaje conceptual de mayor rigor por la actual filosofía experimental; y, en lo tocante a los temas aquí discutidos, por la ética experimental. Confieso mi escepticismo, pero podemos aquí limitarnos a este apunte, sin ir más allá.)

No estoy diciendo que sin acudir a la intuición no se puedan hacer afirmaciones sobre el contenido de los valores éticos. Pero entonces justamente hará falta movilizar todos los recursos de la deducción filosófica —y la conclusión alcanzada dependerá del sistema filosófico que hayamos abrazado. ¡Demuestre el lector (sin invocar para nada su intuición) que es éticamente bueno dar de comer al hambriento!

Paréceme más fácil descubrir el contenido de los valores nomológicos; no necesitamos la intuición. Disponemos del procedimiento abductivo tomando como materia los propios ordenamientos jurídicos.

Para remachar la diferencia entre lo ético y lo nomológico aduciré una vez más un ejemplo de una familia de casos que ya invoqué en otros lugares de este ensayo. Usualmente tildaremos de moralmente malo el deseo de alguien de que sus contrincantes en un concurso se enfermen o mueran para que así no puedan acudir a las pruebas. En lo nomológico, sin embargo, tal deseo es neutro, ni bueno ni malo.

293. En su *Introducción crítica al Derecho Natural* (5ª ed. corregida, Pamplona: EUNSA, 1988) Javier Hervada va más lejos, asignando el estudio del Derecho Natural a una rama especial de la ciencia jurídica. Hervada distingue Derecho Natural de ley natural, pues ésta es más abstracta, pudiendo ser moral o jurídica; por ello atribuye el estudio de la ley natural a la filosofía moral.

Discrepo de tal punto de vista. ¿Qué necesidad hay de una rama de la ciencia jurídica especializada en el Derecho Natural separada de la filosofía del Derecho? Sea como fuere, son secundarias tales adscripciones disciplinares. Mi principal divergencia estriba en que el concepto de *ley natural* no lo concibo como perteneciente a la ética, porque hay una ley natural del ámbito moral y otra ley natural del ámbito jurídico.

Quizá no es irrelevante que Hervada centre el Derecho Natural en el valor de la justicia, no en el del bien común; para mí, la justicia —como valor jurídico— es un valor conexo y no fundamental; es un principio de reparto: dar a cada cual lo suyo. ¿Qué es lo suyo? Aquello que le corresponde en virtud de las reglas idóneas para realizar el bien común.

Tampoco creo que la ley natural moral gire en torno al valor de la justicia, sino al del bien; es agatología. Me pregunto si Hervada no viene a negar la Filosofía del Derecho.

294. ¿No puede, entonces, el moralista indagar el bien común? Sería tal vez razonable distinguir el bien común de los juristas (incluidos los filósofos del Derecho) del bien común desde el enfoque de la ética. A ésta no le está prohibido reflexionar sobre el bien común, pero las conclusiones que alcance no tendrán pretensión de coactividad pública, sino que serán valoraciones desde la conciencia. El filósofo moral, al discurrir sobre el bien común, formula propuestas sin exigir que el poder público las imponga; más bien lo que hace es indicar cómo han de evaluarse, desde su propia reflexión filosófica, las políticas públicas.

Por el contrario el filósofo del Derecho, el jurista filosófico, todo lo que propone lo hace con la pretensión de que el legislador tome nota y lo asuma. Por eso sus elaboraciones tienen que expresarse en lenguaje jurídico y articularse con la técnica jurídica. Las más veces no será escuchado, pero su aspiración es ésa.

295. Se pregunta uno si se alcanza por iluminación o revelación.

296. De todos modos, me pregunto por qué la actuación de los sabios éticos no se somete al control ético. ¿En virtud de qué se presume que los médicos han de trabajar bajo el control de los éticos pero que éstos no han de actuar ajustados a control alguno? En aquellas instituciones que, al margen del sector sanitario, han creado sus propios comités de ética —v.g. algunos establecimientos de investigación científica, como el CSIC—, se someten a la aprobación de esos comités aquellas decisiones que escogen, caso por caso, las autoridades de la institución, de manera más o menos *ad hoc*. Lo que desde luego escapa por completo a la vigilancia ética es la actuación de esos mismos comités.

297. Además a los filósofos poquito sitio se les deja en los comités de ética, a pesar de que el *pensum* académico de estudios filosóficos es el único que tiene una asignatura con esa denominación estricta y escueta.

298. Citemos a Bertrand Russell, R. Carnap, A.J. Ayer, Stevenson, Hare y Simon Blackburn. Hay, de hecho, muchas variantes del no-cognitivism, como el expresivismo y el emocionalismo. Algunas dicen que no es asertivo el acto de habla que se hace profiriendo «Eso es bueno». Otras son más complejas. No nos conciernen aquí todos esos detalles.

V. la *Internet Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.iep.utm.edu/non-cogn/>, acc. 2016-07-20; «Moral Cognitivism vs. Non-Cognitivism» (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*), <http://plato.stanford.edu/entries/moral-cognitivism/>, 2016-07-20; sobre Bertrand Russell, v. «Russell, Bertrand: Ethics | Internet Encyclopedia of Philosophy», <http://www.iep.utm.edu/russ-eth/>, 2016-07-20.

Spinoza fue un precursor del no cognitivism, al afirmar que quien asevera «Eso es bueno» no lo hace por ninguna creencia de cómo sea eso, sino simplemente porque lo quiere (sin por ello hacer sinónimas las oraciones «Eso es bueno» y «quiero eso»).

299. Los no-cognitivistas se ven en dificultades para admitir que, de todos modos, son posibles las discusiones morales. A mi modo de ver, sólo son piruetas los encajes que pergeñan para compatibilizar la falta de verdad o falsedad de los enunciados morales con la posibilidad de una razonable controversia ética. Si, al decir «Eso es malo» expreso meramente mi repugnancia, no hay nada que discutir; no veo cómo podrían convencerme de que no siento tal repugnancia.

300. V. Lorenzo Peña, «Ubicación del utilitarismo de J. Stuart Mill en el panorama de las doctrinas éticas», prólogo al libro de Íñigo Álvarez Gálvez, *Utilitarismo y derechos humanos: La propuesta de John Stuart Mill*, México: Plaza y Valdés Editores, 2009, ISBN 9788496780835.

301. El más prominente particularista es Dancy, para quien no puede haber normas ni pautas, sino que la bondad o maldad se aprecian intuitivamente caso por caso. V. «Moral Particularism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/moral-particularism/>, 2016-07-20.

302. Aun reducidos a ese papel de prodigadores de consejos, esos paneles están siendo —sin justificación— financiados por el contribuyente. Además, siendo fruto de una opinión tan subjetiva como cualquier otra, su dictamen no debería servir de coartada para el decisor público, quien, antes bien, debería ser responsable de sus motivaciones sin escudarse tras un presunto dictamen pericial de éticos.

303. Los buenos deseos no son buenos en el mismo sentido de la palabra «bueno» en que es buena la protección de la salud.

304. Hay que distinguir entre legalismo y positivismo jurídico. El primero es una variedad del segundo, mas no la única. Positivismo jurídico es la tesis de que no hay más Derecho que el positivo. Pero un positivista puede aceptar fuentes extralegislativas del Derecho: la costumbre, el consenso de la opinión pública, la doctrina jurídica y la jurisprudencia. Por otro lado, frente al mito decimonónico del legislador único, hoy se reconoce una pluralidad de legisladores, en posible conflicto.

La tendencia mayoritaria entre los juspositivistas ha sido la de propender a aceptar sólo el Derecho legislativo, eliminando, en lo posible, la costumbre (como si fuera una fuente obsoleta, cuando renace con pujanza), prescindiendo de la doctrina y mirando con máxima desconfianza el consenso de la opinión (y los principios del Derecho a los que otorgaría legitimidad). Tal tendencia ha sido agudizada en los países de Derecho romano-germánico, aunque también ha ganado mucho terreno en los de *common law*.

En particular la corriente central del positivismo ha combatido y combate encarnizadamente contra las pretensiones de la jurisdicción a emanciparse de una sumisión absoluta a la ley. Esas aspiraciones al renacimiento de un Derecho de creación jurisdiccional (y a considerar la jurisprudencia como fuente del Derecho) a veces están amparadas en invocaciones vagas o perifrásticas del Derecho Natural, aunque no siempre es así (esta cuestión la estudio en el capítulo IX). La hostilidad que suele experimentar el positivista a esas pretensiones jurisdiccionales no se deriva sólo de su rechazo de las invocaciones del Derecho Natural (tantas veces crípticas, cifradas y subyacentes), sino de dos motivos por los cuales considera que el positivismo es la opción correcta: (1º) el principio de seguridad jurídica; y (2º) el principio de deferencia a la única fuente legítima —que sería el legislador democráticamente electo—.

El precio que paga el positivismo legalista es que, al adoptar esa postura (más ideológica que científica), traiciona su razón de ser, que es el principio metodológico de estudiar el Derecho que es y no el que debiera ser. El Derecho que es, el Derecho que realmente existe y funciona, no es aquel con que sueña el legalista. Lo que él propone es reemplazar el Derecho que es (en buena medida de creación jurisdiccional y de inspiración doctrinal) por aquel que, según su ideología política, debería ser.

305. La 8ª tesis recién enunciada —como conclusión de mis argumentos— me ubica en las antípodas de quienes abogan por la *unidad de la razón práctica*, o sea: una necesaria confluencia, o armonía preestablecida, entre el Derecho y la moral, para que ningún ser humano se vea nunca en el dilema de atenerse a las normas jurídicas o a las morales.

Admito esa concordancia como un *desideratum*, pero está claro que hay, y siempre habrá, conductas inmorales jurídicamente lícitas (no sólo permitidas por el Derecho positivo, sino también por el Natural) al igual que conductas autorizadas y aun exigidas por la moral pero jurídicamente ilícitas. Si bien hay una obligación moral de obedecer al Derecho, tal obligación moral sólo existe en una medida mayor o menor según el grado en el cual el Derecho cumpla su misión, la de promover el bien común. También existen obligaciones jurídicas de atenerse a ciertos valores éticos, como la buena fe. Mas en general no se da ningún deber jurídico de llevar una vida virtuosa, ser bueno, veraz, leal, bienintencionado y amante del prójimo.

Por otro lado, me permito cuestionar que la teoría del Derecho Natural se ocupe de la razón práctica. No está claro para mí el significado de ese sintagma. En todo caso pertenece a la razón teórica el estudio aquí emprendido sobre qué estados de cosas poseen una cualidad deóntica (obligatoriedad, licitud, ilicitud) y cuáles son las implicaciones lógicas (o sea, metafísicas) entre unas situaciones jurídicas y otras así como entre situaciones jurídicas y situaciones fácticas.

¿Constituye esta investigación una guía para actuar? Si eso quiere decir que muchos vemos —en parte— determinada nuestra voluntad por consideraciones de obligatoriedad, licitud y prohibición, sí. Si quiere decir que el filósofo del Derecho exhorta al respeto de las normas jurídicas, al menos en mi caso no es así. Yo no exhorto a nada. (No lo hago en el desempeño de mi tarea de investigador, de académico, de filósofo, de jurista.)

Claro que, si somos platónicos, admitiremos que querer mal es equivocarse, pues la voluntad sigue inexorablemente al juicio correcto, el cual sólo depende del conocimiento de la verdad. Tan hermosa concepción siempre ha tenido que habérselas con el aserto de la Medea de Séneca: *ideo meliora proboque, deteriora sequor*. Pienso que tales problemas —fascinantes, claro está— incumben a la psicología (y saberes afines, como la filosofía de la mente). Me inclino a opinar que desear es juzgar deseable, pero no estoy nada seguro de que sea lo mismo juzgar deseable un rumbo de acción que juzgarlo preceptivo; ni en el orden moral ni, menos, en el jurídico.

Nada de lo afirmado en los precedentes párrafos de esta nota obsta al hecho de que un orden de valores y normas sólo podemos conocerlo por la praxis, en tanto en cuanto esos valores y esas normas reverberan (por imperfectamente que sea) en conductas sociales, determinando unos comportamientos colectivos reglados (aunque se desvíen de lo normativamente obligatorio, igual que el habla de un idioma se desvía de las reglas léxicas y gramaticales del mismo).

No tenemos intuición del valor ni de la existencia de un orden normativo válido de suyo. Para N. Hartmann la única experiencia que tenemos del valor es la del contravalor, la percepción de lo que en la vida real

choca con los valores; en positivo, sólo la intuición. Como el autor de estas líneas carece de intuición, ha de acudir a la experiencia. De ella, por abducción, concluye lógicamente la existencia de un orden jurídico necesario y necesariamente incorporado a los ordenamientos legislativos, quiéranlo o no los legisladores, quienes no son omnipotentes.

306. Esa teoría del desnivelamiento categorial está ya presente en Frege, siendo reelaborada por Russell y el primer Wittgenstein.

307. Aquí, sin embargo, hay que dejar a salvo que Frege no milita en el grupo de quienes diferencian categorialmente lo significado por un enunciado de lo significado por un sintagma nominal, sino que para él el enunciado significa lo mismo que su nominalización; sólo que entiende que ese significado es un valor veritativo, la verdad o la falsedad.

308. En una variante más afinada serían admisibles otras cualidades no estrictamente empíricas siempre que fueran reducibles a propiedades físicas.

309. A pesar del atomismo lógico de Russell y del *Tractatus* de Wittgenstein, que se rehabilitaría decenios después.

310. O, de tener contenido fáctico, sería uno psíquico introspectivo, como en el emocionalismo de Stevenson (decir que tal conducta es buena es decir que le place a quien lo dice).

311. Entienden los adeptos de la LDE (lógica deóntica estándar) que un enunciado normativo «oA» se deduce de otro, «oB» —según la lógica deóntica— en tanto en cuanto «A» se deduce de «B» en el mundo de la novela del legislador, o sea uno en el que se cumplieran todas las prescripciones legislativas.

Dentro del campo de la LDE surge una corriente —que es aquella con la cual estoy polemizando en el presente capítulo— que podemos llamar «ultrapositivista», en tanto en cuanto abandona el último resto vergonzante de jusnaturalismo que, asumido por Bentham, Zitelmann, Kelsen y Raz, los ha llevado a reconocer la regla de permisión como una norma tácita (supralegislativa) —aunque ellos no la hayan visto así—, por lo cual, explícita o implícitamente, aceptaban al menos un principio jurídico cuya fuente no era el mandamiento del legislador. V. *infra*, 3ª dificultad de este capítulo.

312. Tal tesis la desarrollé en mi libro *El ente y su ser: un estudio lógico-metafísico*, León: Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 1985, ISBN 8460039730.

313. Lo que sigue está expuesto más prolijamente en (Peña, 2006b).

314. A mi juicio, es mejor traducir literalmente como «significado» el término fregeano *Bedeutung*, al que el filósofo alemán otorga un uso técnico dentro de su tratamiento semántico-ontológico.

En rigor Frege no se ocupó de los imperativos, sino de los interrogativos. Pero su tratamiento se extiende a otros modos de presentación de un contenido enunciativo, como lo sería el imperativo.

315. John L. Austin, *How to Do Things with Words*, Oxford: Clarendon, 1962. (V. 2ª ed., OUP, 1975, ISBN 019281205X.)

316. Es eso también lo que funda la infalibilidad del «Cogito» cartesiano; nadie puede decir con falsedad «pienso».

317. Evidentemente ser marido y mujer es un estado deónticamente complejo que encierra un haz de derechos y deberes.

318. La crítica más elaborada es la de Hart (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2ª ed., ed. por Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford U. P., 1994, pp. 35-42), pero, en buena medida, ya había venido anticipada por el propio Kelsen (si bien el maestro austríaco no siempre es consecuente en apartarse de la concepción imperativa de las normas). V. Lars Vinx, «Austin, Kelsen, and the Model of Sovereignty: Notes on the History of Modern Legal Positivism», en Michael Freeman & Patricia Mindus (eds), *The Legacy of John Austin's Jurisprudence*, Springer, 2012, pp. 51-71.

V. también Hans Kelsen, «The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence» en Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, The Lawbook Exchange, Ltd., 2000

(reed.), ISBN 9781584771012. V. asimismo McCoubrey & White's *Textbook on Jurisprudence* (5ª ed.), ed. por James Penner & Emmanuel Melissaris, Oxford U. P., 2012, ISBN 9780199584345, capítulo 3 (p. 40), J. E. Penner and E. Melissaris, «Classical Legal Positivism: Bentham, Austin, and Kelsen», DOI 10.1093/he/9780199584345.003.0003.

319. En su obra pionera sobre los actos de habla —especialmente sobre las promesas— John Searle se percató de que la negación de un performativo es otro performativo. «No te pregunto si vas a venir antes de las 10», «No te prometo que acudiré al acto de mañana», «No te aconsejo que leas esa novela» (que no es lo mismo que «Te aconsejo que no leas esa novela»). Está discutido si hay performativos de aserción (un tema que ha suscitado viva polémica); de haberlos, un performativo negativo es «No declaro haber visto al acusado el día de los hechos» (lo cual, de nuevo, no es igual que decir «Declaro que no vi al acusado el día de los hechos»).

V. de John Searle: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge U. P., 1969, ISBN 0521071844; «Indirect speech acts», en P. Cole & J.L. Morgan (eds.), *Syntax and Semantics 3: Speech Acts*, Nueva York: Academic Press, 1975; *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Act*, Cambridge U.P., 1979; «How performatives work», en D. Vanderveken & S. Kubo (eds.), *Essays in Speech Act Theory*, Amsterdam: John Benjamins 2001, pp. 85-117; *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge U. P., 1985 (en coautoría con Daniel Vanderveken). Sobre su relevancia, v. Ernest Lepore & Robert van Gulick (eds), *John Searle and his Critics*, Oxford: Basil Blackwell 1991, ISBN 0631156364.

320. V. su artículo «An essay in the systematics of legal concepts», *Scandinavian Studies in Law* 31 (1987), pp. 83-115.

321. El juez que declara a los contrayentes marido y mujer puede desear que no se casen; podría ser rival del novio para la mano de su prometida.

322. La cual —insisto— no sólo tiene la misma fuerza ilocucionaria, sino que, además, tiene como contenido locucionario su propia fuerza ilocucionaria.

323. Presupongo que nos referimos a obligaciones cuya fuente es un acto legislativo y no otra.

324. Eso sí, el aserto deóntico edictivo del legislador tiene una fuerza ilocucionaria diversa del del jurista. Al proferir, edictivamente, esa frase, el legislador la hace verdadera, creando la obligación. En cambio, el jurista no crea la obligación; únicamente la constata. Así pues, es verdad que existe una importante diferencia entre el precepto del legislador y el enunciado del jurista; sólo que no es semántica, sino pragmática; no es de contenido locucionario, sino de fuerza ilocucionaria.

325. Si se contesta que primero hubo —según esos relatos— una proclama de la divinidad, cabe replicar que podría no ser así, pues los profetas u oráculos pueden recibir inspiración divina sin que sea forzosamente por palabras.

326. Interrumpida por el absolutismo despótico de Luis XIV y por un breve paréntesis al final del reinado de Luis XV.

327. V. Ramón López Vilas, *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Civitas, 2002; Víctor Ferreres & Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid: Coloquio jurídico europeo, 2009; Frédéric Zenati, *La jurisprudence*, París: Dalloz, 1991; François Rigaux, *La Loi des juges*, París: Odile Jacob, 1997.

Antes de la Revolución francesa era aún mayor la fuerza legislativa de la jurisprudencia, no sólo por las *rémontrances* a las que me he referido más arriba (equivalentes a un veto suspensivo de los edictos regios), sino por la potestad de los altos tribunales de dictar *arrêts de règlement*, o sea sentencias directamente aplicables a todos los casos similares, con fuerza de ley.

328. En algunos sistemas jurídicos sucede al revés: sólo tiene vigencia la nueva ley en la medida en que sea conforme con la vieja. Ejemplos son el Derecho civil foral de Navarra (al menos el genuino e histórico, básicamente consuetudinario) y el viejo Derecho Público foral del principado de Cataluña. Remontándonos más lejos (y según lo expondré en una próxima monografía, «Lucha de clases y quiebra de la legitimidad constitucional en la Roma tardorrepública»), el carácter esencialmente consuetudinario de la constitución de la República romana determinaba una relación interactiva entre las normas escritas y las prescripciones constitucionales. De ahí que las leyes comiciales y los plebiscitos legislativos comenzaran con una cláusula —generalmente considerada, no sin fundamento, como de puro estilo—: «si quid sacri sanctique est, quod jus non sit rogari, ejus hac lege nihil

rogatur» —u otras enunciaciones de parecido tenor—.

329. También es fuente del Derecho la propia doctrina jurídica. Ésta juega un papel mixto o híbrido: en parte averigua el Derecho que existe y lo dilucida (dogmática jurídica); en parte, al sistematizarlo, crea Derecho.

Así fue en el Derecho romano de las épocas tardorrepública e imperial prejustiniana; así es en los sistemas de la *common law*; así es en el Derecho Público Internacional. El art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia establece:

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

El referido art. 59 se limita a precisar que los fallos sólo tendrán fuerza vinculante entre las partes y únicamente con relación al tema del litigio.

Pienso que también en nuestro ordenamiento sucede algo de eso, puesto que la propia jurisprudencia de los altos tribunales (el Supremo y el Constitucional) frecuentemente se inspira en la doctrina (aunque no siempre).

De ahí se sigue que no se da ningún corte tajante entre un enunciado de «Debe» edictivo o legislativo y otro descriptivo. Hay continuidad.

330. Repr. en *Schillers Sämmtliche Werke*, Zweiter Band, Stuttgart, 1879. Tomado de <http://gutenberg.spiegel.de/buch/wallenstein-3357/3>, acc. 2017-05-30.

331. Joseph Raz, «Permissions and Supererogation», *American Philosophical Quarterly* 12/2 (1975), pp. 161-168.

332. Ninguna ley dice que a Valentina le está prohibido allanar la morada de Elpidio, pero el ordenamiento jurídico, en su conjunto, al reconocer el derecho de habitación exclusiva de Elpidio en su morada y al prohibir el allanamiento de morada ajena, crea la situación jurídica existente de que a Valentina no le es lícito entrar en casa de Elpidio sin su consentimiento. Por otro lado la ley prohíbe muchas conductas aunque no lo haga *expressis verbis*. Para algo está la lógica jurídica, la cual nos habilita a inferir unas prohibiciones de otras. P.ej., gracias a la lógica nomológica sabemos que, si está prohibido A-y-B mas A está autorizado, entonces es que B está prohibido (implícitamente).

333. V. Quentin Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, U.P. 1998.

334. En (Peña, 2016a), §2.8 y nota 66, he estudiado la defensa que hace Bentham del principio de permisión, criticando la lectura revisionista de Lars Lindahl.

335. Entrada del 22 de febrero de 2013 sobre el juego por internet.

336. En el sitio jus.com.br de julio de 2005, «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»; acc. 2017-05-01.

337. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*, Lima: Editorial Universidad de San Marcos, 2004.

338. V. el sitio crhoy.com de 2017-02-24.

339. <http://etudiant.lextenso.fr> (acc. 2017-05-26).

340. www.paristribune.info/Francois-Fillon-ce-qui-n-est-pas-interdit-par-la-loi-est-autorise_a9379.html, acc. 2017-05-03.

341. V. Jany János, «The four sources of law in Zoroastrian and Islamic Jurisprudence», *Islamic Law and Society* 12/3 (2005), pp. 291-332, acc. en www.jstor.org/stable/3399405. El autor demuestra que también en el ordenamiento jurídico de la antigua Persia (de religión mazdeísta) la doctrina de los jurisapientes era fuente del Derecho, si bien los preceptos del *Avesta* constituían la fuente suprema.
342. Somasekhar Sundaresan, «Not prohibited, but is it permitted?», *Mumbai Mirror*, 2014-12-05, acc. en <http://www.mumbaimirror.com/columns/columns/Not-prohibited-but-is-it-permitted/articleshow/45379574.cms>.
343. Corresponde, efectivamente, a Alchourrón y Bulygin el mérito de haber dado el paso que faltaba por dar para llevar el positivismo jurídico a sus últimas consecuencias, abandonando la regla implícitamente jusnaturalista que constituye la preceptiva presunción de licitud de las conductas no demostradamente prohibidas, a la cual se habían seguido aferrando todos los demás positivistas. Enunciando así con brío la existencia de lagunas jurídicas, los dos lógicos argentinos dieron un vuelco. Antes era difícil afirmar esa existencia. Ahora es difícil negarla.
- Un autor que lo ha hecho con fuerza es Fernando Atria, en su libro *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, 2002, PDF eBook, ISBN 9781847316325 (en la Serie *European Academy of Legal Theory*). Atria se da cuenta de que para defender el principio de permisión es menester superar el positivismo jurídico; él abraza un jusmoralismo. Su trabajo ha dado lugar a una viva polémica.
344. Hernán Valencia Restrepo, *Nomoárquica, principalística jurídica — O los principios generales del Derecho*. Bogotá: Temis, 1993.
345. Victoria Iturralde Sesma, «Consideración crítica del principio de permisión según el cual 'lo no prohibido está permitido'», *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 15 (1998), pp. 187-218.
346. Salvo por motivos de competencia jurisdiccional, cuando el órgano judicial competente sea otro.
347. A lo largo de esta discusión, me he atenido al principio de permisión jurídica. Creo, empero, que es generalizable a todo orden normativo —sea la moral, sea uno de etiqueta o usos sociales o cualquier otro. Así, si la moral no prohíbe una conducta, ésta es moralmente lícita —no está en ningún limbo de lo ni moral ni inmoral. (A veces se usa el adjetivo «amoral», pero no creo que sea en ese sentido, sino en el del carácter de un sujeto que prescinde de reglas morales, aunque tampoco se rija por máximas que contradigan la moral.) Igualmente, en las reglas de uso social o etiqueta, si ninguna norma prescribe entrar en una casa, de visita, con el pie izquierdo, quien entre con el derecho tiene una conducta conforme con los usos sociales.
- En el ámbito de la ética, un alegato a favor del principio de permisión lo ofrece Jerry Gaus, en «A Defense of Natural Liberty», disp. en <https://www.youtube.com/watch?v=yqIJ-FNV3Qw>, acc. en 2017-06-14. Su argumento pertenece al campo de la ética experimental, tratando de mostrar que la presunción de licitud está arraigada en la percepción moral de la gente.
348. Me estoy refiriendo, claro, ante todo a la pareja de los esposos Churchland. Sobre esa variante del materialismo psicológico, v. William S. Robinson, «Toward Eliminating Churchland's Eliminationism», *Philosophical Topics*, 13/2, 1985, pp. 61-68, DOI 10.5840/philtopics198513217; y la obra póstuma de Putnam: Hilary Putnam, *Naturalism, Realism, and Normativity*, Harvard U. P., 2016, ISBN 9780674969131.
349. Incluso ese abordaje tan radical es dudoso que quiera decir que de enunciados de «es» no se infieren enunciados de «piensa», «desea» o «siente»; trátase más bien de un programa para reemplazar esos verbos por otros, no de una tesis de que en la realidad no haya pensamientos ni deseos ni sentimientos.
350. El segundo teorema de Fermat ha tardado siglos en poderse probar. Milenios fueron menester para probar que es indemostrable el axioma de las paralelas de Euclides a partir de los demás axiomas de la geometría euclídea. Desde luego soluciones al problema son —y las dos válidas— sentar axiomáticamente ese postulado y sentar axiomáticamente uno opuesto (geometrías no euclídeas).
351. Sobre el debate en torno al concepto de constantes lógicas v. <https://plato.stanford.edu/entries/logical-constants/>. V. también Greg Frost-Arnold, *Carnap, Tarski, and Quine at Harvard: Conversations on Logic, Mathematics, and Science*, Chicago: Open Court, 2013, p. 156: «Let's take Quine's language form (or another, similar one). We give the logical constants through enumeration».

352. En una lógica *fuzzy* suficientemente rica, deducimos de que Caín sea más belicoso que Abel que Abel es menos belicoso que Caín. Sólo que para eso son menester axiomas y reglas de inferencia. V. del autor de esta obra «Contribución a la lógica de los comparativos», en *Lenguajes naturales y lenguajes formales II*, comp. por Carlos Martín Vide, Universitat de Barcelona, 1987, pp. 335-50, ISBN 8476651414.
353. Rudolf Carnap propuso dicho principio en su libro de 1934 *La sintaxis lógica del lenguaje*. Su influjo ha sido inmenso. Sobre su aplicación al pluralismo lógico, v. Greg Restall, «Carnap's Tolerance, Language Change and Logical Pluralism», mayo de 2001, disponible en el URL <http://consequently.org/papers/carnap.pdf>, acc. 2017-05-30; más en general sobre el alcance metafilosófico del principio, v. Michael Friedman, «From Intuition to Tolerance: The Development of Carnap's Philosophy of Mathematics», julio de 2014, disp. en https://philosophy.stanford.edu/sites/default/files/publications/friedman_intuitiontotolerance.pdf, acc. 2017-05-30.
354. V. *infra* Anejo N° 1 de este capítulo.
355. V. Gregor Flock, «Moore and Hume on Ought From Is», disp. en http://www.academia.edu/16246990/Moore_and_Hume_on_Ought_From_Is, acc. 2017-05-28.
356. John R. Searle, «How to Derive 'Ought' from 'Is'», *The Philosophical Review*, 73/1 (enero de 1964), pp. 43-58.
357. Que famosamente aquejó al tratamiento de la creencia propuesto por Bertrand Russell —en un momento de su itinerario filosófico. V: «Propositions — The Multiple Relation Theory», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disp. en <https://plato.stanford.edu/entries/propositions/multiple-relations.html>, acc en 2017-06-09; Christopher Pincock, «Russell's Last (and Best) Multiple-Relation Theory of Judgement», *Mind*, Vol. 117, N° 465 (2008), pp. 1-33; Alexander Dolnick, «Russell's Multiple Relation Theory of Judgment», disp. en https://indigo.uic.edu/bitstream/handle/10027/8648/Dolnick_Alexander.pdf, acc. 2017-06-09; y Bernhard Weiss, «On the demise of Russell's multiple relations theory of judgement», *Theoria* 61/3 (1995), pp. 261-282.
358. El autor de esta obra es determinista; niega totalmente el libre albedrío, según lo argumentó en sus obras filosóficas decenios atrás.
359. Los italianos, en su derecho procesal-penal, tienen una fórmula idónea: «il fatto non sussiste» es un motivo de absolución; también, claro, «per non avere commesso il fatto»; en este caso el hecho existe mas en él no está involucrado como agente el acusado.
360. A cuyo estudio ha consagrado el autor de estas páginas un número de trabajos, algunos de ellos en coautoría con Txetxu Ausín; v. (Peña, 2006a), (Peña, 2010c) y mi artículo «Derecho a Algo: Los derechos positivos como participaciones en el bien común», *Doxa*, N° 30 (2007), pp. 293-317, ISSN 0214-8676; de Txetxu Ausín, v. «Tomando en serio los derechos de bienestar», *Enrahonar*, N° 40/41 (2008), pp. 83-98 y «El derecho a comer: Los alimentos como bien público», *Arbor*, N° 745 (2010), pp. 847-858.
361. No se trata de una obligación de hacer, sino de conseguir un resultado. El académico puede haber trabajado 60 horas por semana sin tomarse vacación alguna, haciéndolo con gran preparación y capacidad intelectual, sin, no obstante, obtener el deseado éxito —porque buscar no garantiza encontrar. Pero, sobre todo, aunque él logre producir en ese lapso cinco magníficas aportaciones, que éstas se publiquen en los sitios idóneos no depende de él, sino de la Fortuna —contando, entre otros, estos dos factores: qué relatores le caigan y qué otros trabajos de calidad compitan (si bien hay más factores, no los mencionaré aquí).
- Otra obligación de resultado es la del médico al servicio de una entidad de atención sanitaria —pública o privada— al cual es preceptivo (so pena de sanción) que haya menos de tantos pacientes suyos que se hagan pruebas clínicas. En parte ese resultado está en su mano, pero, sin duda, entran en juego factores aleatorios y también las actitudes de los propios pacientes.
362. Un ejemplo de obligación de resultado —que ni siquiera involucra a ningún ser humano— es el deber establecido en el Acuerdo de París sobre el clima del 12 de diciembre de 2015 por el cual es preceptivo que en el año 2100 la temperatura media del Planeta Tierra no sea superior a la de los tiempos preindustriales incrementada en 2 grados. Si bien el Acuerdo establece ese resultado como absolutamente preceptivo, no hace vinculantes los medios para llegar a él. Es cierto que adscribe a los Estados parte un vago deber de hacer contribuciones nacionales determinadas, ambiciosas y progresivas, de las cuales habrán de ir dando cuenta a la secretaría del Convenio de las Naciones Unidas sobre el clima, sito en Bonn. Mas ese desvaído deber queda en agua de borrajas por su absoluta imprecisión y por la ausencia de consecuencias jurídico-internacionales de la

omisión de tales contribuciones. De hecho cada uno le echará la culpa al otro.

Imaginemos que llevan razón los pocos científicos (casi amordazados por la censura) que se atreven a poner en tela de juicio la opinión dominante, sosteniendo que nuestro Planeta está iniciando una fase de enfriamiento global; supongamos que eso sea verdad, de resultas de lo cual de aquí a fin de siglo se produce un descenso de la temperatura media de nuestro astro. Entonces se habrá realizado el deber de resultado impuesto por el Acuerdo de París, aunque muchísima gente haya seguido calentando sus casas para vestir de manga corta en pleno invierno, se haya seguido desplazando constantemente en coche privado y haya seguido viajando a menudo en avión (probablemente las tres fuentes principales de las emisiones de anhídrido carbónico, generadoras del efecto invernadero), limitándose, entre tanto, los gobiernos a vagas y contradictorias exhortaciones a ser ecológicos.

363. En la LDE ser lícito que haya algo así-y-asá equivale a que haya algo que lícitamente sea así-y-asá; tal equivalencia está bloqueada en la lógica nomológica.

364. En 1926 Ernst Mally (filósofo austríaco discípulo de Alexius Meinong y sucesor suyo en la cátedra de Graz), basándose en el sistema clásico de lógica matemática de Whitehead y Russell de 1910 (los célebres *Principia Mathematica*), elaboró un sistema formalizado de lógica deóntica en su monografía *Grundgesetze des Sollens: Elemente der Logik des Willens* (Graz: Leuschner & Lubensky).

Es un trabajo prodigioso, con sus aciertos y sus errores. Encierra atisbos geniales y, a la vez, sucumbe a un número de prejuicios (varios de los cuales aquejarán crónicamente a la LDE). Mally se percató de que estaba en agraz, teniendo la enorme honestidad intelectual de —sin esperar a que otros se percataran de las consecuencias paradójicas de su sistema— enumerar una serie de teoremas chocantes o asombrosos (*befremdlich*). Algunas de tales paradojas son propias del sistema lógico-deóntico de Mally; otras le son comunes con la LDE de la cual han sido una perpetua pesadilla (una de ellas la de que lo necesariamente verdadero sea obligatorio).

En 1939 el matemático austríaco Karl Menger (hijo del fundador de la escuela austríaca de economía, Carl Menger), en una comunicación de un coloquio («A logic of the doubtful: On optative and imperative logic»), se libró a una despiadada y demoleadora crítica de la aportación de Mally, siendo incapaz de trillar el grano de la paja y, más aún, de reconstruir el sistema de modo que se conservaran sus aciertos y se superasen sus errores. Recientemente Gert-Jan Lokhorst, en «Mally's Deontic Logic» (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/mally-deontic/>, acc. 2017-05-31) ha estudiado prolijamente el sistema de Mally, proponiendo tres reconstrucciones: (1ª) una que toma como cálculo sentencial subyacente una lógica relevantista (el sistema R de la relevancia); (2ª) otra que se basa en la lógica intuicionista; (3ª) una que retoca dos de los axiomas lógico-deónticos. La tercera reconstrucción da por resultado un sistema similar a la LDE.

Por ello se equivocan de raíz quienes afirman que el intento de Mally fue un fracaso. Sería como decir que lo fue el de Frege por la paradoja de Russell. Si el sistema de Mally no puede quedar como la solución adecuada en la busca de una lógica del deber, tampoco corresponde tal honor al intento de von Wright un cuarto de siglo más tarde (ni, muchísimo menos, a cuantos, obstinadamente —a pesar de todas las paradojas entre tanto descubiertas, algunas ya reconocidas por Mally—, se vienen aferrando a la LDE desde hace trece lustros, bregando desesperadamente por sacarla a flote mediante algún artificio).

En 1941 Alf Ross publicó el artículo «Imperatives and Logic», *Theoria*, vol. 7. pp. 53-71 (republicado un lustro después), en el cual enunció su famosa paradoja de la disyunción: del deber de hacer A se sigue (en la lógica deóntica de Mally, pero también en la LDE) el de hacer A-o-B, lo cual es chocante e incompatible con el uso de la disyunción en contextos normativos.

El paso del sistema de Mally a la LDE implicará varios sacrificios. Uno de ellos es el principio de Hamurabí (es preceptivo que lo obligatorio se cumpla: $o(oA \rightarrow A)$), el cual ha tentado luego, intermitentemente, a varios lógicos deónticos (al final del capítulo IV, más arriba, lo discutí para acabar rechazándolo). Mally se anticipó a la lógica nomológica al postular el principio de consecuencia jurídica, o sea: $o(A \rightarrow B) \rightarrow A \rightarrow oB$. Sólo que él lo hizo biimplicacional ($o(A \rightarrow B) \leftrightarrow A \rightarrow oB$), lo cual es inadmisibles (de que todos los centenarios de Italia tengan que pagar un impuesto sobre la fortuna no se sigue que sea preceptivo en Italia que los centenarios paguen un impuesto sobre la fortuna); por otro lado, no se percató (ni entonces era posible) de que ese principio requiere unas restricciones sobre los sustituyentes de las letras esquemáticas «A» y «B».

Para ser fieles a la verdad hay que decir que, en rigor (y a pesar de algunos titubeos y despistes), había sido Leibniz quien inventó la lógica deóntica redescubierta en el siglo XX por Mally y von Wright, en su opúsculo juvenil *Elementa juris naturalis*, 1671, escrito a la edad de 25 años. (No se me oculta que los historiadores de la lógica encuentran esbozos o precedentes desde la escolástica tardía.)

365. En su *Introduction to Mathematical logic* (1944; edición corregida y ampliada, 1956).

366. Algunas lógicas elaboradas en los años noventa del pasado siglo por el autor de estas páginas introdujeron una constante sentencial que significaba la conyunción de todas las verdades, escrita « α », con el axioma « $\alpha \rightarrow p \vee \neg p$ ».
367. Mally también incluye en su sistema una constante sentencial para la Verdad.
368. Otro sistema de lógica deóntica que introduce una constante sentencial es el separadamente enunciado —en los años cincuenta del pasado siglo— por Alan Ross Anderson y Stig Kanger (v. *infra*, Anejo N° 1 de este capítulo). En dicho sistema la constante « d » denota la situación del mundo conforme con la voluntad del legislador. Permitido será todo aquello que resulte metafísicamente componible con d ; obligatorio será aquello cuya negación sea metafísicamente imposible con d ; prohibido lo metafísicamente imposible con d . Así pues, la enunciación filosóficamente más atractiva y sugerente de la LDE también contiene una constante sentencial. (Notemos que podríamos leerla como «que se realice el bien común»; otra cosa es que los axiomas lógico-deónticos de ese sistema sean adecuados o correctos, lo cual no es el caso.)
369. En la lógica nomológica no es del todo así a causa de la regla de permisión, que es una instrucción de tomar como axiomas adicionales las fórmulas del tipo «Es lícito que A», siempre que no se demuestre «Está prohibido que A». Tal instrucción no es computacionalmente procesable.
370. V., a este respecto, mi ensayo «Entidades culturales», en *El mobiliario del mundo: Ensayos sobre ontología y metafísica*, comp. por Guillermo Hurtado & Óscar Nudler, México: UNAM, 2007, pp. 317-342, ISBN 9703237835.
371. John L. Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, 1990 (1977), ISBN 9780140135589.
372. V. *Logic and the Modalities in the Twentieth Century*, Volumen 7º del *Handbook of the History of Logic*, ed. por Dov M. Gabbay & John Woods, Elsevier, 2006, ISBN 9780080463032, p. 209. Más en general prescinden del principio de distributividad (de la conyunción sobre la disyunción) las lógicas subestructurales; v. <https://plato.stanford.edu/entries/logic-substructural/>. Ya hace decenios ese principio había sido descartado en la lógica cuántica de Birkhoff y von Neumann; v. *Le formalisme en question: Le tournant des années trente. Problèmes et controverses*, ed. por Frédéric Nef & Denis Vernant, París: Vrin, 1998, ISBN 9782711613397.
373. Tales problemas están abundantemente tratados en mis estudios de lógica matemática de hace unos lustros; citaré cuatro de ellos: *Introducción a las lógicas no-clásicas*, México: UNAM, 1993, ISBN 9683634516; *Rudimentos de lógica matemática*, Madrid: Editorial CSIC, 1991, ISBN 8400071565; «Una cadena de reforzamientos difusos de la lógica del entañamiento», en *III Congreso español de tecnologías y lógica fuzzy*, comp. por S. Barro & A. Sobrino, Universidad de Santiago, 1993, pp. 115-22, ISBN 8460475107; « C_1 -Compatible Transitive Extensions of System CT», *Logique et Analyse* (ISSN 0024-5836), N° 161-162-163 (1998), pp. 135-143.
374. V. Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, «Łukasiewicz Logics and Transitive Logic», Conferencia internacional sobre Łukasiewicz, Dublín, 1996, DOI: 10.13140/RG.2.2.25372.28809 (<http://hdl.handle.net/10261/013247>).
375. V. Bruce E. R. Thompson, «Why is conjunctive simplification invalid?», *Notre Dame Journal of Formal Logic*, 32/2, 1991, pp. 248-254, doi:10.1305/ndjfl/1093635749. Más en general sobre las lógicas conexivistas, v. <http://plato.stanford.edu/entries/logic-connexive/>, acc. 2016-04-21.
376. Mientras que en la lógica clásica sí, porque, en ella, A-y-no-A implica cualquier cosa y, además, porque de cualquier premisa se sigue «No: A-y-no-A».
377. Para ellos Dios hubiera podido establecer obligaciones opuestas. Descartes también pertenece a la misma línea de pensamiento voluntarista.
378. Un excelente trabajo sobre la LDE es la tesis doctoral de Jörg Hansen *Imperatives and Deontic Logic*, Universidad de Leipzig, 2008, disp. en http://www.hh.shuttle.de/win/Joerg.Hansen/Diss/Hansen_Joerg_Dissertation_Uni_Leipzig_25112008.pdf, acc. en 2017-06-12. V. asimismo: Risto Hilpinen & Paul McNamara, «Deontic Logic: A Historical Survey and Introduction», *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*, Vol. I, ed por Dov Gabbay, John Horty, Xavier Parent, Ron van der Meyden & Leon van der Torre, Londres: College Publications, 2013, pp. 1-134 (disp. en <https://canvas.eee.uci.edu/courses/688/files/272556/>, acc. 2017-06-12).

379. V. (Peña, 2009c), donde se citan oportunamente las publicaciones que desde mediados de los años noventa escribí —varias de ellas en coautoría con Txetxu Ausín— mostrando la inadecuación de la LDE; varias de nuestras críticas ya habían sido previamente formuladas, a cuentas de las célebres paradojas, por otros autores: empezaron a percatarse de los problemas Alf Ross, J. Hintikka, P. Geach, R. Chisholm, Georges Kalinowski, N. Rescher, etc; siguieron Sven Ove Hansson, Ota Weinberger y muchos otros. (¿Cómo omitir al último Kelsen, hondamente decepcionado por la lógica deóntica que pudo conocer —una desilusión que llevó al viraje que marca su obra póstuma?) Lamentablemente la mayoría de esos críticos intentaron tapar agujeros, en vez de proponer una alternativa radicalmente novedosa.

Una de las ocurrencias fue reemplazar el condicional (o la implicación) por una conectiva diádica especial, '*'*' (una solución ya propuesta por von Wright en 1956 y luego desarrollada por varios lógicos, entre ellos N. Rescher). «A/B» vendría a leerse como «A, supuesto B». Las obligaciones normalmente consideradas condicionales o implicativas tendrían ese contenido diádico *sui generis*, lo cual bloquearía algunas deducciones lógicas molestas. Tal solución está erizada de inconvenientes; para dar espesor a tal formalización, sus proponentes ofrecen un arsenal de reglas primitivas de inferencia de tan extrema complejidad que resulta imposible manejarlo salvo para estudiosos avanzados de sistemas formales. Son reglas opacas y enrevesadas, cuyo único mérito estriba en que el lógico que las ha diseñado ha obtenido con su aplicación unos resultados que deseaba. Además, ese nexo artificialmente creado *ex nihilo* no se ve bien cómo se relacionaría con las expresiones del lenguaje natural en las que se expresan los textos legislativos y jurisprudenciales. (Reconozco que, en los ensayos sobre lógica deóntica de Txetxu Ausín y de quien esto escribe no prestamos atención a ese subterfugio ni a otros alambicamientos a los que se han dedicado los especialistas de la lógica deóntica computacional o informática —inservibles para el razonamiento del legislador, del juez, del notario o del abogado.)

Enumeraré cinco trabajos de lógica deóntica del autor de este libro en coautoría con Txetxu Ausín:

2012. «Soft Deontic Logic», en *Soft Computing in Humanities and Social Sciences*, ed. por Rudolf Seising & Veronica Sanz, Berlín: Springer Verlag, pp. 157-172. ISBN 9783642246715.
2002. «Arguing from Facts to Duties (and Conversely)», *Proceedings of the 5th Conference of the International Society for the Study of Argumentation*, ed. por Frans van Eemeren *et alii*. Amsterdam: Sic Sat, 2003. ISBN 9074049079, pp. 45-48.
2000. «Paraconsistent Deontic Logic with Enforceable Rights», *Frontiers of Paraconsistent Logic*, ed. por D. Batens, Ch. Mortensen, G. Priest & J.-P. van Bendegem. Balford (Inglaterra): Research Studies Press Ltd. (RSP) [Logic and Computation Series]. ISBN 0863802532, pp. 29-47.
2000. «La deducción normativa», *Doxa*, vol 23, pp. 465-81. ISSN 0214-8676.
1995. «Quantificational Entitlements and Relevantoid Deontic Logic», *Logique et Analyse* (ISSN 0024-5836), N° 150-151-152, pp. 209-238.

Asimismo es pertinente citar, no sólo mi artículo de 2006 «La obligación de aplicar las normas jurídicas vigentes» (*Isegoría*, N° 35, pp. 221-44. ISSN 1130-2097), sino también el libro de Txetxu Ausín *Entre la lógica y el Derecho; Paradojas y conflictos normativos* (Madrid: Plaza y Valdés, 2005, ISBN 8493439525).

En otro trabajo anterior («La metafísica de Héctor Castañeda», *Theoria*, N° 16-17-18, t. A, pp. 387-407, 1992, ISSN 0495-4548) había estudiado yo el valioso esfuerzo de Héctor Castañeda de solucionar esas paradojas sin renunciar a la LDE, sólo que entendiéndola de modo *sui generis* en virtud de una dicotomía metafísica que él inventó entre *proposiciones* y *practiciones*.

380. El cual objeta además a esta obra su ignorancia de la LDE.

381. Sin atenerme del todo al propósito de omitir en esta obra la discusión de la LDE (por estar ya previamente publicada), hay numerosas críticas a la misma en los precedentes capítulos del libro; p.ej., al final del §9 del capítulo I, en el §2 del capítulo II, en el §5 y en los apartados 9.4.3 y 9.4.4 del mismo capítulo, en la solución a la 3ª dificultad del capítulo III, en la de la 6ª dificultad del capítulo V y en la de la 4ª dificultad del capítulo VI.

382. Dada la interdefinibilidad de los operadores deónticos, basta cualquiera de las tres enunciaciones para inferir las otras dos.

383. «A reduction of deontic logic to alethic modal logic», *Mind*, vol. 67 (1958), pp. 100-103. Su aportación ha sido estudiada por Edwin Mares, «Andersonian deontic logic», *Theoria* 58/1 (1992), pp. 1-2.

384. «New foundations for ethical theory», en *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, ed. por R. Hilpinen, Dordrecht: Reidel, 1971, pp. 36-58. (Ya había circulado poligrafiado en 1957.)

385. G.H. Von Wright, «Deontic Logic», *Mind*, vol. LX (1951), pp.1-15.

386. Mis objeciones habrían de matizarse en lo atinente a la concepción lógico-deóntica pura; la diferencia atañe sólo a los ejemplos. En la concepción pura no está prohibido cuadrar el círculo pero sí lo está ser y no ser aficionado al deporte.

387. V. *supra*, apartado 9.2 del capítulo II y nota 113.

388. V. *supra*, apartado 9.4.4 del capítulo II.

389. V. Frank Jackson & Robert Pargetter, «Oughts, options, and actualism», *Philosophical Review*, 95/2 (1986), pp. 233-255. Ese artículo pionero defiende la posición actualista frente a la posibilista, habiendo desencadenado una vivísima polémica. Refiriéndose a la ética, la controversia no nos concierne aquí —salvo en lo que atañe a la lógica deóntica, que viene implicada.

Valiosísimo, a este respecto, es el libro de Michael Stocker *Plural and Conflicting Values*, Clarendon Press, 1992, ISBN 9780191519741.

Como botones de muestra del debate v.: Frank Jackson, «Procrastinate Revisited», *Pacific Philosophical Quarterly* 95/4 (2014), pp. 634-647; Travis Timmerman & Yishai Cohen, «Moral Obligations: Actualist, Possibilist, or Hybridist?», *Australasian Journal of Philosophy*, 94/4 (2016), pp. 672-686; y Benjamin Kiesewetter, «Instrumental Normativity: In Defense of the Transmission Principle», *Ethics* 125/4 (2015), pp. 921-946.

Lo que siempre está detrás de esa disputa es el problema del mal menor. Hacer A no habiendo hecho B, cuando se tenía el deber de A-y-B, puede y suele ser peor que omitir A.

390. Han querido solventarse esta y otras paradojas de la lógica deóntica recurriendo a la lógica temporal, mediante la precisión de un deber de hacer-A-en-*t*. Quienes hemos trabajado en lógica temporal sabemos qué berenjenal es y qué complicaciones introduce. Aquellos que, desde el trampolín de la lógica deóntica, se arrojan a esa piscina nos deben, no el uso ocasional de unas cuantas variables, *t*, *t'*, sino una genuina lógica temporal (o, mejor dicho, una lógica cronológica, porque, si bien la semántica de la lógica temporal usa variables como «*t*» y «*t'*», es la lógica cronológica la que usa esas determinaciones circunstanciales en el propio texto formalizado). Necesitamos conocer los axiomas y las reglas de inferencia de esa lógica cronológica. Es igualmente menester dilucidar si se trata de instantes o de lapsos.

¿No se percatan quienes creen solucionar así un enigma que se enfrascan en un misterio mucho más difícil de escrutar? Además, surgen nuevas dificultades, porque, con esas enunciaciones, se apartan aún más de la redacción de los textos y los discursos jurídicos; por otro lado, persiste el hecho de que quien tiene la obligación de hacer B en el tiempo *t*, tiene, en cualquier tiempo posterior, el deber de haber hecho B.

V. del autor de esta obra «Algunos desarrollos recientes en la articulación de lógicas temporales», en *Lenguajes naturales y lenguajes formales IV.1*, comp. por Carlos Martín Vide, Universitat de Barcelona, 1989, ISBN 8476655169, pp. 413-39.

391. V. de nuevo el apartado 9.4.4 del capítulo II.

392. El principio lógico-deóntico de simplificación es incompatible con el aforismo *non adimplenti non est adimplendum*.

393. No vale replicar que el derecho de aceptar la herencia era condicional. Comoquiera que estuviera escrito el testamento, Rodolfo tenía dos opciones: (1ª) aceptar la herencia (a sabiendas de la manda); (2ª) no hacerlo. Opta por aceptarla. Desde ese momento le es lícito guardar la herencia y ocuparse de los gatos.

Es verdad que Uriel hubiera podido disponer que el derecho hereditario de Rodolfo era condicional (con condición resolutoria), viniendo anulado en caso de incumplimiento de la manda. Incluso en tal supuesto Rodolfo tenía derecho, por el testamento y su propia opción, a hacer A-y-B. Si valiera el principio de simplificación, tendría derecho a hacer A (aun dejando de hacer B). El conflicto con la cláusula resolutoria del testamento sería una antinomia jurídica.

Eso afecta a todos los derechos condicionales. Por la regla de cierre lógico de la LDE, quien tiene el derecho de B y de A-si-B tiene derecho de A-y-B; si tiene derecho de A-y-B, tiene (por el principio de simplificación) derecho de A —olvidándonos así de la condición B. (Es pacífico que Rodolfo tenía testamentariamente derecho a cuidar de los gatos y a quedarse con la herencia si cuidaba de los gatos.)

En el caso de que mi aclaración no resultara convincente, podríamos alterar el supuesto, pensando que Uriel no ha formulado la manda como condición, sino que meramente ha dispuesto que su heredero será Rodolfo, imponiéndole esa manda.

Podríamos poner otros ejemplos. La Caja de Ahorros de Andorra concede a sus clientes la posibilidad de hacer un depósito adicional de mil euros y llevarse una tableta de regalo; por el principio de simplificación, esa entidad les está concediendo el derecho de llevarse una tableta de regalo (aun sin depositar nada).

394. Son, empero, menester, restricciones; v. *supra*, apartado 9.4.4 del capítulo II y nota 124.

395. Si admitimos un sistema lógico con varias negaciones, supongamos que B implica la negación fuerte de A.

396. La prueba podría dejarse como ejercicio para el lector, quien la hallará en cualquier manual de LDE. Pruébese primero que $\circ A \wedge \circ B \rightarrow \circ(A \wedge B)$ por reducción al absurdo: supongamos que $\circ A \wedge \circ B$, pero que $\sim \circ(A \wedge B)$, o sea (por definición y tautologías sencillas), $a \sim A \vee a \sim B$ (es lícito no-A o es lícito no-B; en estas lógicas el «no» se entiende como negación fuerte, «no ... en absoluto»; o sea, no se conoce la diferencia entre « \sim » y « \neg »). Esa hipótesis se demuestra lógicamente incompatible con la prótasis. Hemos demostrado el principio de agregación deóntica, a saber: lo separadamente obligatorio es también conjuntamente obligatorio. A continuación, de $\circ A$ y $\circ(A \rightarrow B)$ se sigue $\circ(A \rightarrow B \wedge A)$. Mas de $A \rightarrow B \wedge A$ se sigue lógicamente B; luego, por la regla de cierre lógico, de $\circ(A \rightarrow B \wedge A)$ se seguirá $\circ B$.

En 1965 E.J. Lemmon propuso (en «Deontic logic and the logic of imperatives», *Logique et analyse* 8, pp. 39-71) una variante de la LDE sin principio de agregación. Pero eso no basta para evitar la delicuescencia del sistema (basado en la lógica clásica, por lo tanto en una lógica con la regla de Cornubia, o sea: $A, \sim A \vdash B$). Lemmon deja caer el axioma « $\circ A \rightarrow \sim \circ \sim A$ ». Así pues, en tal sistema lo preceptivo puede no ser lícito y quien tiene un deber no por ello tiene el derecho de cumplir ese deber.

La versión no agregativa de Lemmon apenas ha pasado de ser una curiosidad idiosincrásica; cabe ver en ella uno de tantos epiciclos inventados para salvar lo insalvable. Lo que más llama la atención en ese desesperado intento es que se pierde el sentido mismo de la LDE, que es el de constituir una lógica de las situaciones del mundo en el supuesto de cumplirse todas las normas. Tal motivación semántica (tal modelo) se evapora al admitirse normas incompatibles. Pero, sacrificado el modelo, se pierde la razón para asumir los demás axiomas de la LDE.

397. Ya sabemos —y se advirtió oportunamente— que A y B tienen que ser hechos contingentes de suyo y contingentes entre sí.

398. Para soslayar la necesidad del *modus ponens* deóntico (o principio de consecuencia jurídica, o sea: $\circ(A \rightarrow B), A \vdash \circ B$), los adeptos de la LDE suelen acudir (a veces subrepticamente) a representar las obligaciones de contenido implicativo o condicional como asertos implicativos cuya prótasis es fáctica y cuya apódosis es deóntica: « $A \rightarrow \circ B$ ». (Precisaré que, si bien en la lógica nomológica se distingue entre la implicación, « \rightarrow », y el mero condicional, « \supset » —siendo la primera sensible a los grados de verdad a diferencia del segundo—, tal distinción es inexistente e irrelevante en la LDE, cuyo cálculo sentencial subyacente es la lógica clásica; por tal razón, en este contexto trataré ambas conectivas como si fueran idénticas.)

Tal es el enfoque aislacionista (ya criticado en esta obra, en el apartado 9.3 del capítulo II). Una cosa es (1) la obligación implicativa de que quien tenga propiedades en paraísos fiscales vea incrementado su tipo impositivo del IRPF en un cierto coeficiente. Otra cosa es (2) que aquellos que tienen propiedades en paraísos fiscales estén obligados a soportar que se incremente en tal coeficiente su tipo impositivo del IRPF. Y es que (2) puede ser verdad, no porque exista la obligación (1), sino porque casualmente sólo tienen propiedades en paraísos fiscales personas cuyo patrimonio es superior a dos millones de euros, siendo preceptivo que aquellos cuyo patrimonio sea superior a dos millones de euros soporten ese incremento del tipo impositivo del IRPF.

Hasta donde yo he podido ver, en todas las discusiones sobre el recurso a una lógica no monotónica para solucionar las antinomias deónticas se enuncian las obligaciones condicionales o implicativas transponiendo el operador de obligatoriedad a la apódosis, ocultando así que lo preceptivo es la implicación. (V. *infra*, Anejo N° 3 de este capítulo.) Confúndese que todos los A estén obligados a hacer B con que sea preceptivo que los A hagan B.

Un cultor de la lógica deóntica que se percató en parte de la dificultad fue Ota Weinberger, quien, en «Die normenlogische Basis der Rechtsdynamik», en *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht*, ed. por U. Klug, T. Ramm, F. Rittner & B. Schmiedel (eds), Springer, 1978, pp. 173-190 (DOI: 10.1007/978-3-642-95317-0_15), propuso expandir la LDE con una regla de inferencia adicional, según la cual lo que se deduce de un aserto del sistema jurídico más una verdad fáctica es también un aserto del sistema jurídico. Sin embargo de «Todos los homicidas han de ser castigados» y «Sostres es un homicida» no se deduce en la LDE la conclusión «Sostres ha de ser castigado». Sólo sería posible tal deducción agregando a la LDE el *modus ponens* deóntico —pero ya hemos visto que el resultado sería desastroso.

399. La denominación corresponde al adagio enunciado por el novelista T.H. White en su obra *The once and only King* (1958): *everything not forbidden is compulsory*. En su libro *Sour Grapes* (Cambridge U. P., 2016 ISBN 9781107142022), Jon Elster cita un curioso análisis crítico de la sociedad soviética por el lógico disidente Aleksandr Zinoviev, quien (medio en broma, medio en serio) le reprocha incurrir en una confusión de la «negación externa»

con la «negación interna», o sea «No es preceptivo que A» con «Es preceptivo que no A». Me temo que tal confusión cabe hallarla en muchos ambientes y en muy diversas sociedades.

400. Una novela no refleja un mundo posible determinado sino un racimo de mundos. Los hechos no fijados en la novela (que no se deducen de la narración) tendrán una realización en uno de los mundos del racimo y otra en otro de esos mundos. Por eso es mejor decir que la novela refleja un intermundo.

Pensemos en una novela en la que se dice que un personaje, Orlando, se va de vacaciones a Quíos o a Lesbos, sin precisar a cuál de las dos islas. Será ciertamente incompatible con el mundo de la novela otro en el cual Orlando no se vaya a veranear ni a Quíos ni a Lesbos, mas, en cambio, nada nos autoriza a decir que Orlando se va a Quíos ni que se va a Lesbos.

En la visión semántica de la LDE, la obligación de que X o Z paguen no implica en absoluto obligación de pagar de X en el caso de que Z no pague. En la LDE ningún supuesto de hecho implica deónticamente conclusión alguna.

En la LDE es obligatorio que los godos ganen o no ganen la batalla de Hadrianópolis el 9 de agosto del 378; evidentemente no lo es que ganen ni lo es que pierdan. El tratamiento que la LDE da a la obligación de que pague el deudor principal o el avalista no difiere en absoluto del que da a la obligación del tercio excluso.

401. Son frecuentísimas e imprescindibles esas situaciones jurídicas de segundo nivel. V. (Peña, 2016a).

402. Aunque no, desde luego, con tal denominación (toda vez que el bautismo corresponde al autor de esta obra), el principio de Hamurabi fue propuesto por Arthur Prior en su libro *Formal Logic*, Oxford: Clarendon P., 1955, p. 25. Prior (un pionero heterodoxo de las lógicas intensionales) lo consideraba válido por analogía con un principio admitido en muchas lógicas modales, « $\Box(\Box A \rightarrow A)$ ». Sólo que en esas lógicas modales « $\Box A \rightarrow A$ » es un teorema lógico, al paso que en ninguna lógica deóntica « $\Box A \rightarrow A$ » es un teorema (salvo en la de Mally —pero a sabiendas, por parte de su autor, de que era un indeseable resultado que había que superar). Sobre la importancia de la obra lógica de Prior (truncada por una muerte prematura), v. «Arthur Prior», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disp. en <https://plato.stanford.edu/entries/prior/>, cons. 2017-06-11.

403. V. *supra* la discusión de la 5ª dificultad de este capítulo.

404. Una crítica mucho más honda y global del enfoque jusfilosófico de Alchourrón y Bulygin se halla en Mauro Barberis, «Conjuntos y sistemas: Una objeción a Alchourrón y Bulygin», Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 20 (1997), pp. 23-52. A diferencia de Barberis yo me ciño aquí a la lógica deóntica.

405. En *The philosophy of Georg Henrik von Wright*, ed. por P.A. Schlipp & L.E. Hahn, Open Court, 1989, pp. 665-693. Ese texto había sido escrito en 1973; dos años antes ambos autores argentinos habían publicado su *opus magnum*, *Normative systems*, Springer V., ISBN 9780387810195. Otro importante trabajo de Alchourrón y Bulygin es su ensayo «The expressive conception of norms», en *New studies in deontic logic*, ed. por Risto Hilpinen, Dordrecht: Reidel, 1971, pp. 95-124; hoy disp. como libro electrónico publicado por Springer, ISBN 9789400984844.

Ambos ensayos están reproducidos en (Alchourrón & Bulygin, 1991), con traducción al español de E. Bulygin. (El primero de ellos en las pp. 69-102 y el segundo en las pp. 121-153.)

Notemos que, en lo esencial, la lógica deóntica de Alchourrón y Bulygin de 1971/1973 reproduce la ofrecida por Carlos Alchourrón en «Lógica de las normas y lógica de las proposiciones normativas», 1969 (texto Nº 2 de (Alchourrón & Bulygin, 1991), pp. 24-49). Las diferencias son principalmente de técnica y, en parte, de contexto.

406. Lennart Åqvist, «Alchourron and Bulygin on deontic logic and the logic of norm-propositions: Axiomatization and representability results», *Logique et analyse* Nº 203 (2008), pp. 225-261, disp. en <http://www.jstor.org/stable/44084894>.

Tras haber releído cuidadosamente el texto de Alchourrón y Bulygin (en su traducción española), cotejándolo con el de Åqvist, he optado, en esta discusión, por ceñirme a la reelaboración del lógico sueco —en lugar de la versión originaria de los profesores argentinos. Ello no se debe sólo a motivos de claridad y sistematicidad, sino, sobre todo, a que aborda las relaciones entre la lógica deóntica y la modal, lo cual no estaba contemplado en la presentación de los dos autores argentinos. Desde el punto de vista de la rivalidad entre la LDE y la lógica nomológica, es importante tomar en consideración los operadores modales.

407. En ningún caso contemplan que una sentencia deóntica exprese un estado de cosas deóntico, lo cual no cabe en su ontología.

408. Bien es verdad que hay que estirar mucho nuestra tolerancia lingüística para adivinar qué se quiere aseverar en una oración condicional cuya prótasis es una exclamación. Es más fácil de entender lo que se quiere decir cuando la cláusula exclamativa es la apódosis, como en «Si tienen envidia, ¡que se aguanten!».

409. Eso no es del todo exacto, porque en 1981 sólo se produce una nueva enunciación —más rotunda, más enfática— de la dicotomía ya formulada en el artículo de 1971 sobre la concepción expresiva de las normas, más arriba citado.

Una discusión del distingo glosado en el presente apartado la ofrece Riccardo Guastini en «Dos concepciones de las normas», *Revus* [Online], 2017, acc. 2017-06-16, <http://revus.revues.org/3810>, DOI 10.4000/revus.3810.

410. Una demoledora crítica de la lógica deóntica en general (desde un punto de vista cuyo positivismo radical no tiene nada que envidiar al de Alchourrón y Bulygin) la ofrece Rafael Hernández Marín en su artículo «Sobre la concepción lógica del derecho», *Isonomía*, N° 18 (2003), pp. 79-110, repr. en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Hernández Marín parte del imperativismo más estricto: las normas son imperaciones, sin que pueda existir ninguna lógica de las imperaciones. Cuestiona que, no habiéndola, pueda erigirse una lógica de los enunciados normativos. Demuestra convincentemente una tesis repetida varias veces en este libro —y concretamente en este capítulo—: que la LDE no permite deducir de «Todos los españoles han de pagar impuestos» y «Juan es español» la conclusión «Juan ha de pagar impuestos». Sabemos que ese principio de consecuencia jurídica (o *modus ponens* deóntico) ni es derivable en la LDE ni es compatible con ella. (Si a la LDE le agregamos el principio « $\circ(A \rightarrow B) \rightarrow A \rightarrow \circ B$ », se desmorona; v. *supra*, 6ª consecuencia funesta de la LDE en el Anejo N° 1.)

En la concienzuda crítica de Hernández Marín se mezclan razones válidas (válidas contra determinada lógica deóntica, la LDE) y una aguda percepción de ciertas inconsecuencias de Alchourrón y Bulygin con presuposiciones positivistas dogmáticamente asumidas. Su conclusión de que no hace falta la lógica para la aplicación del Derecho la juzgo errónea y no demostrada (ni demostrable). En cualquier caso, su aportación me parece interesante al menos para anotar las deficiencias de la LDE y ciertos problemas en la obra de nuestros dos lógicos argentinos. Hernández Marín no toma en consideración la lógica nomológica que (bajo otras denominaciones y en fases iniciales) ya estaba expuesta en trabajos conjuntos del autor de este libro y de Txetxu Ausín desde 1995 (más arriba citados, en la nota 379).

411. Esa obra ha sido continuada por sus epígonos, entre los cuales cabe mencionar a Mª Cristina Redondo, Jorge Rodríguez y Pablo Eugenio Navarro López. Hay un número de jusfilósofos argentinos, italianos y españoles que, sin forzosamente adherirse del todo a ese paradigma, gravitan en torno a él.

V. P.E. Navarro, «Eugenio Bulygin y la filosofía del derecho contemporánea», prólogo a *Un diálogo con la teoría del Derecho de Eugenio Bulygin*, ed. por José Juan Moreso y María Cristina Redondo, Marcial Pons, 2007, ISBN 9788497684415.

412. Sobre el recurso a las lógicas no monotónicas en el tratamiento del razonamiento jurídico (con especial referencia a Alchourrón), v. Jaap Hage, *Studies in legal logic*, Springer, 2006, ISBN 9781402035524.

V. también: Txetxu Ausín, «Lógicas no-monotónicas y conflictos normativos. Un análisis crítico», *Revista de Filosofía*, ISSN 0034-8244, N° 23 (2000), pp. 85-104.

413. ¿Qué es la lógica no monotónica? La *Enciclopedia Stanford* la define así (<https://plato.stanford.edu/entries/logic-nonmonotonic/>, acc. 2017-06-13):

The term «non-monotonic logic» (in short, NML) covers a family of formal frameworks devised to capture and represent defeasible inference, i.e., that kind of inference in which reasoners draw conclusions tentatively, reserving the right to retract them in the light of further information. Examples are numerous, reaching from inductive generalizations to abduction to inferences on the basis of expert opinion, etc. We find defeasible inferences in everyday reasoning, in expert reasoning (e.g. medical diagnosis), and in scientific reasoning.

Defeasible reasoning just like deductive reasoning, can follow complex patterns. However, such patterns are beyond reach for classical logic (CL), intuitionistic logic (IL) or other logics that characterize deductive reasoning since they — by their very nature — do not allow for a retraction of inferences. The challenge tackled in the domain of NMLs is to provide for defeasible reasoning forms what CL or IL provide for mathematical reasoning: namely a formally precise account that is materially adequate, where material adequacy concerns the question of how broad a range of examples is captured by the framework, and the extent to which the framework can do justice to our intuitions on the subject (at least the most entrenched ones).

414. «Derrotables», en la inadecuada traducción a nuestro idioma del adjetivo inglés «defeasible», literalmente «deshacible», que no es lo mismo que «defeatable».

Una gama de aproximaciones al razonamiento jurídico con la noción de normas defectibles viene ofrecida en el libro de Jordi Ferrer Beltrán & Giovanni B. Ratti (eds), *The Logic of Legal Requirements: Essays on*

Defeasibility, Oxford U.P., 2012, ISBN 9780199661640 (reseñado por Luís Duarte d'Almeida, «The Problem of Defeasibility and the Problems of 'Defeasibility'», *Jurisprudence*, 5/2, pp. 401-408, DOI 10.5235/20403313.5.2.401).

415. V. Ronald Dworkin, «Is There Really No Right Answer in Hard Cases?» repr. en *A Matter of Principle*, Harvard U. P., 1985; y «On Gaps in the Law», en *Controversies about the Law's Ontology*, ed. por Neil MacCormick & Paul Amselek, Edinburgh U. P., 1991. De la inacabable serie de discusiones en torno a las ideas de Dworkin y su disputa con Hart limitome a citar un trabajo complejo: Scott J. Shapiro, «The 'Hart-Dworkin' debate: A short guide for the perplexed», *Public Law and Legal Theory Working Paper Series* (Yale University) — Working paper N° 77, marzo de 2007, disp. en https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf. No sólo aspira el monismo de Dworkin (expuesto ya en esas obras tempranas pero llevado a su cúspide en el *opus magnum*, *Justice for hedgehogs*) a eliminar las antinomias (jurídicas o axiológicas), los *gluts*, sino también las lagunas, los *gaps*. (Espero no ser impertinente recordándolo, ya que la filosofía jurídica de Dworkin es incompatible con el horizonte de intelección desde el cual se enuncian las doce dificultades del presente capítulo —el cual afirma la indeterminación del Derecho, al recusar el principio de permisión.)

416. No son Alchourrón y Bulygin los únicos en acudir a lógicas no monotónicas para salvar la LDE. Otro intento en esa dirección es el de M. Beirlaen, Ch. Straßer & J. Meheus, «An inconsistency-adaptive deontic logic for normative conflicts», *Journal of Philosophical Logic* 42/2 (2013), pp. 285-315. Su idea es la de que algunas de las reglas de la LDE se hagan defectibles; seguirán siendo tratadas como si fueran incondicionales hasta que asome una contradicción. (Eso recuerda bastante la visión del último Wittgenstein de los juegos del lenguaje. El lector apreciará qué opinión le merece una lógica algunas de cuyas reglas sólo valen mientras con ellas no se deduzca una consecuencia rechazable.)

417. Campeón del recurso a la no monotonicidad para el tratamiento de lo que erróneamente consideró obligaciones defectibles, apartóse empero Carlos Alchourrón, en sus últimos ensayos, de la lógica no monotónica, preconizando otra solución técnica basada en la lógica de la revisión de teorías, que en 1985 había propuesto en coautoría con Peter Gärdenfors y David Makinson. En el fondo es dudoso que estuviera haciendo otra cosa que una variación en el tipo de lógica no monotónica recomendada. El juez que aplique sus sugerencias tendría que conocer bien los mundos posibles alternativos. V. Juliano S.A. Maranhão, «Why was Alchourrón afraid of snakes?», *Análisis Filosófico* 26/1 (2006), pp. 62-93.

418. En las discusiones de los creyentes en obligaciones defectibles suelen traerse a colación ejemplos inapropiados; apropiados serían aquellos que impliquen verdaderas antinomias. He aquí una de ellas: en virtud de dos leyes en mutuo conflicto —cuya jerarquía normativa no es determinable— el abogado de un cliente defraudador viene obligado a guardar silencio sobre lo que éste le diga confidencialmente; pero también tiene el deber de revelarlo a la fiscalía en ciertos casos —en virtud de las normas paneuropeas de lucha contra el blanqueo de capitales. Empéñase en vano por resolver esa antinomia la casuística doctrinal y jurisprudencial.

En cambio, frecuentemente en las discusiones de los lógicos deónticos estándar se toman falsos ejemplos de antinomias, como que los homicidas hayan de venir condenados a 15 años de presidio y, sin embargo, los menores de 16 años no deban ser condenados. Aquí no se trata de deducir, sino de interpretar la ley. El error radica en creer que el mero acto de habla promulgatorio del legislador contiene la norma. Ese acto de habla sólo enuncia un precepto, el cual habrá de ser debidamente interpretado según cánones hermenéuticos que establecen la lingüística y el propio Derecho. Una frase suelta del Código Penal ha de leerse en el contexto de todo el Código, pero también de otros preceptos, como la Ley de enjuiciamiento criminal. El precepto resultante de esa exégesis será que han de ser condenados a 15 años de presidio quienes, siendo imputables y no estando amparados por ninguna de las causas de justificación y de exculpación del art. 20 CP ni habiendo obrado bajo circunstancias atenuantes, hayan cometido un homicidio doloso.

419. V. Forte, 1988.

420. V. Sherry, 1998. De otra opinión, Edlin, 2008.

421. V. Cover, 1984; George, 2001; y Helms, 2013, pp. 417ss, donde afirma: «Indeed it is difficult to discover a jurist writing before 1850 who expressed any doubts about the existence and importance of the law of nature in the regulation of human society». Es abrumador el cúmulo de citas de sentencias que corroboran tal opinión. V. también Helms, 2015. Otros textos que merecen consultarse en este contexto: Hamburger, 1992-93, pp. 907ss.; Moore, 2011, del cual tomamos estas palabras: «A constitutional interpretation is correct on the realist theory when it takes constitutional rights to be natural rights. Thus, protecting natural rights by the power of judiciary is a direct implication of the rights-based justification for why courts should engage in constitutional interpretation at all».

422. Tal es la lectura de Cortese, 1999, pp. 1049-1058, donde se subraya que el ordenamiento romano aducido por Pepo no era sino un tejido de principios de Derecho Natural, «un siffatto mescolare insieme le leggi di Dio e di Roma [...] sotto l'etichetta di *utraque lex*» (cit. en Roversi-Monaco, 2007, pp. 387-409; el texto citado se halla en las pp. 495-496 y 409).

423. Sobre la jurisprudencia de Pepo, Carlo Dolcini [en «Lo *Studium* al XIII secolo», *ibid.*, p. 481] dice: «nella sua allegazione di stampo giusnaturalistico si annidavano ulteriori ascendenze. Tra le sue definizioni sono emerse in forma prismatica fonti classiche e patristiche, per due volte i *Paradoxa Stoicorum* e anche le *Tusculanæ Disputationes* di Cicerone, per due volte il *De potentia* di Ambrogio e ancora le epistole di Fulgenzio ...» Al parecer, Pepo no conoció el *Digesto*. Está claro que, por disfrazadas que se hallen sus motivaciones con la invocación del Derecho romano, lo que funda sus sentencias es el Derecho Natural, bebido en fuentes filosóficas y, en parte, teológicas.

424. Heinrich Rommen (1897-1967), doctor por las Universidades de Münster y Bonn, fue un jurista católico alemán. Hasta 1933 había trabajado como director del departamento social del *Volksverein*; era una entidad privada, auspiciada por la jerarquía católica, que publicaba dos periódicos, orientaba la acción de diversas organizaciones y llevaba a cabo una enseñanza no oficial en su escuela estival de estudios sociales. Hitler la prohibió al llegar al poder, dejando a Rommen en forzosa cesantía. De su libro, publicado en 1936, *El Derecho Natural: Un estudio de historia y filosofía social y jurídica*, el gobierno prohibió toda publicidad así como que se exhibiera en escaparates de las librerías; sólo se podía comprar bajo el mostrador, como la literatura pornográfica. En 1938 emigró a los EE.UU. Enseñó en tres Universidades norteamericanas, concluyendo su carrera académica en Georgetown University (Washington D.C.), a título de *Distinguished Professor (magister insignis)*. Fue agraciado con doctorados *honoris causa* por Boston (1950) y Granada (1961).

Había sido uno de los primeros redescubridores del pensamiento jurídico de Francisco Suárez, S.J. Otro de sus libros es *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Munich: Verlag Kösel, 1947. Varias de sus obras han sido traducidas a nuestro idioma. (V. Francisco Arriola Garrote, «El Estado en el pensamiento de Heinrich A. Rommen», *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 1980, pp. 1063-1071. Sobre otro de sus libros, atinente a la filosofía política, v. Enrique Tierno Galván, «H. Rommen y el Estado en el pensamiento católico», *Boletín del seminario de Derecho Político*, Universidad de Salamanca, 1956, pp. 152-158.)

Su principal obra, ya citada, es libremente accesible en el internet: *The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy*, Online Library of Liberty, <http://oll.libertyfund.org/titles/676>, acc. 2016-06-14.

Traer a colación algunas de sus consideraciones sobre la utilización jurisdiccional del Derecho Natural no significa que yo abrace el mismo jusnaturalismo, ni mucho menos. Es radical la discrepancia que nos separa en lo atinente a la Ilustración racionalista, cuyo legado reivindica mi propia filosofía jurídica (deudora de Leibniz, Diderot y Helvétius) mientras que, para el neotomista germano, el jusnaturalismo racionalista fue una desviación y hasta una raíz del posterior positivismo jurídico y de sus derivas totalitarias. Ni es ésa nuestra única divergencia. Su jusnaturalismo, de cuño tradicionalista, no sólo es sustractivo, sino que, además, cifra el Derecho Natural en la moral.

425. *Natural Law Forum*, paper 37 (1959), http://scholarship.law.nd.edu/nd_naturallaw_forum/37, acc. 2016-06-14.

426. Aun así es muy dudoso qué tribunal sea competente; con relación a los juicios de Nürnberg, creo que ya dijo lo que hay que decir D. Luis Jiménez de Asúa, estimando que implicaban una perversión del genuino y legítimo uso del Derecho penal. En vez de esa vindicta sobre los vencidos (sin enjuiciarse a sus cómplices, los apaciguadores de 1933-39), era mejor la ejecución de los verdugos durante la misma guerra, mediante las acciones del maquis.

427. Con mucho mayor detalle he abordado yo mismo esta cuestión en (Peña, 2016a).

428. Gracias a Gödel, sabemos, desde 1934, que la aritmética no es recursivamente axiomatizable; ¿por qué iba a serlo un sistema jurídico, que es mucho más complejo?

429. Para los aficionados a la numerología diré que ese número 53 tiene una serie de asombrosas propiedades, una las cuales es que la suma de los 53 primeros números primos (entre ellos el propio 53, que es el 16º) es un múltiplo de 53.

