

No es la Constitución la norma suprema

Lorenzo Peña y Gonzalo

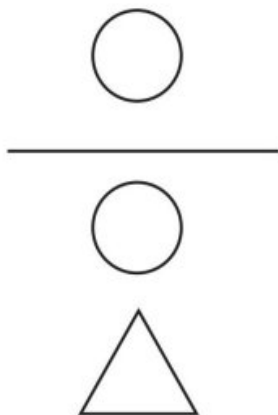
Conceptos y valores constitucionales
coordinado por Lorenzo Peña & Txetxu Ausín

Madrid: Plaza y Valdés, 2016

ISBN
9788416032952

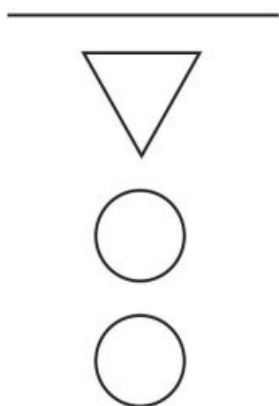
pp. 261-398





CONCEPTOS y VALORES CONSTITUCIONALES

Lorenzo Peña y Txetxu Ausín (coords.)



PLAZA Y VALDÉS

EDITORES

No es la Constitución la norma suprema

por Lorenzo Peña y Gonzalo

[Copyright © 2016 Lorenzo Peña]

publicado en:

Conceptos y valores constitucionales
(Lorenzo Peña & Txetxu Ausín, coords.)

Madrid: Plaza y Valdés. 2016

ISBN 9788416032952

pp. 261-398

No es la Constitución la norma suprema

por Lorenzo Peña y Gonzalo

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Profesor Vinculado *ad honorem* del CSIC

INTRODUCCIÓN

En los modernos sistemas jurídicos ha ido consolidándose un canon de jerarquía normativa, que, casi siempre, coloca en su cúspide un determinado texto legislativo que se suele denominar «Ley fundamental» —o, más generalmente, «Constitución».

Ninguno de esos dos rasgos es esencial al derecho: ni el canon de jerarquía normativa ni el reconocimiento de una norma de máximo rango. El propio dogma de la jerarquía se ha visto resquebrajado y zarrandeado por los desarrollos del derecho contemporáneo, con la multiplicación de las fuentes del derecho, no forzosamente jerarquizadas (inventándose conceptos sucedáneos, como el de primacía o exequibilidad preferente). Si bien los ordenamientos jurídicos siempre acudieron a unas u otras reglas para solventar las abundantísimas y proliferantes antinomias, sería abusivo atribuirles a todos una noción de jerarquía normativa según se ha desarrollado en la moderna teoría del derecho.¹

Tampoco es necesaria la existencia de una norma de normas, de un

¹ V. Pierre Brunet, «Introduction: La hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité?», *Revus* [Online], 21, 2013, consultado en 2016-04-16: <http://revus.revues.org/2768>

texto legislativo revestido de un rango jerárquico superior al de las demás leyes. El Reino Unido ha vivido y vive sin otorgar esa distinción a ninguna de sus leyes; no deja tal situación de acarrear incertidumbres jurídicas («¿Qué sucedería si el Parlamento decidiera?»);² pero el ordenamiento jurídico británico convive perfectamente con tales incógnitas, en parte gracias a los rasgos propios de la *common law*, como su carácter en buena medida consuetudinario (la ley legislada —los *statutes* y las *acts*— establece derogaciones parciales de normas consuetudinarias y jurisprudenciales, por lo cual ha de interpretarse literal y restrictivamente).

Si miramos hacia atrás, el primer texto legislativo que, en un Estado, ha desempeñado ese papel de ley superior a todas las demás fue el *Instrument of Government*, redactado por John Lambert y adoptado en 1653-12-15 para la *Commonwealth* de Inglaterra, Escocia e Irlanda, una república liderada por Oliverio Cromwell.³

Más de un siglo después, en 1781-03-01, fueron ratificados, adquiriendo vigencia jurídica, los *Articles of Confederation*, en virtud de los cuales las trece colonias inglesas alzadas en armas contra la Corona británica se izaban al estatuto de una República independiente regida por dicho texto. Este, empero, era tan inviable para ese fin que siete años después será reemplazado por una nueva Constitución de los Estados Unidos de América, redactada por la Convención de Filadelfia.⁴ Estaba prevista la celebración de ulteriores convenciones futuras.⁵

A lo largo del siglo XIX líbrase, en las monarquías de Eurasia, una batalla política entre los realistas y los liberales.⁶ El liberalismo acabó

² V. H. L. A. Hart, *The concept of Law*, 1ª ed., Clarendon, 1961, pp. 145 ss.

³ V. <http://www.constitution.org/conpur097.htm>, consultado en 2016-04-06. V. sobre ese importante texto constitucional: Ricardo Cueva Fernández, «Una constitución republicana inglesa: El *Instrument of Government* de la *Commonwealth* (1653-1657)», *Derechos y libertades*, n.º 26, época II, 2012, pp. 261-296.

⁴ El tránsito de un texto al otro se hizo por un procedimiento contrario a lo prevenido en el primero de ellos.

⁵ Solo que 45 lustros después todavía se espera la segunda convención —un segundo advenimiento que seguirá siempre quedando para el futuro.

⁶ De estos últimos una minoría dan un paso adelante, abrazando el republicanismo.

triunfando en casi todas partes, aunque muchas veces truncado y diluido.⁷

Mientras el liberalismo se va extendiendo, poco a poco, a la mayor parte de los países, los realistas siguen oponiéndose a la existencia de una Constitución que cercene el absoluto poder del soberano. En España, es la Comunión Tradicionalista Carlista —posteriormente denominada «los requetés»— la que enarbola esa bandera del anticonstitucionalismo.⁸

Eso explica la evolución institucional del régimen franco-falangista tras integrarse forzosamente los requetés en la Falange Tradicionalista y de las JONS, partido único del nuevo Estado Totalitario,⁹ por el decre-

⁷ Si, antes de las revoluciones de 1848 («la primavera de los pueblos»), solo Inglaterra, Francia, España, Portugal, Holanda y Bélgica eran monarquías constitucionales, en vísperas de la I Guerra Mundial ese sistema había venido adoptado en Austria-Hungría, Persia, Egipto, Turquía, el Japón, la nueva Italia, el nuevo Imperio germano-prusiano, las nuevas monarquías balcánicas, las escandinavas, y hasta la mismísima Rusia (con libertades mayores o menores y con un parlamento elegido —por un electorado que tendía a ampliarse—, revestido de más o de menos poderes). Un baluarte del absolutismo, el Imperio chino de la dinastía Ching, fue derribado por la revolución republicana de 1911. La caída de monarquías a raíz de esa guerra dará lugar a la creación de numerosas repúblicas, algunas de ellas democráticas, como Checoslovaquia, y otras autoritarias, como Turquía y Polonia

⁸ Resultará palmario, desde este momento, que, sin desmedro de su naturaleza de estudio jusfilosófico general —en sus grandes lineamientos aplicable a cualesquiera sistemas constitucionales—, el presente trabajo está centradísimo en el ordenamiento jurídico constitucional hispano de los últimos decenios. Esperando, sin embargo, el autor que —allende esas particularidades— los razonamientos medulares del escrito tengan un alcance general, opina que, aun cuando estuvieran equivocadas sus consideraciones sobre la realidad sociohistórica y jurídica de la España contemporánea, ello, por sí solo, no invalidaría la doble tesis del ensayo, a saber: (1) que en un ordenamiento jurídico una ley fundamental llamada «Constitución» no puede ser la norma suprema ni tomarse como axiomática; y (2) que la legitimidad de esa ley fundamental depende de cuán satisfactoria sea para el bien común la realidad jurídica presidida por ella.

⁹ Hay muchas definiciones de «Estado totalitario», en su mayor parte desafortunadas o sesgadas —principalmente porque no se aplican a aquellos Estados que se proclamaron «totalitarios», como lo fue el franco-falangista. Mi definición es esta: es un sistema político en el cual un solo individuo: (1) se ha adueñado del Gobierno por la fuerza, destruyendo violentamente la legalidad preexistente y eliminando todas sus instituciones; (2) concentra vitaliciamente en su persona todos los poderes del Estado,

to de 1937-04-19 del cabecilla de la sublevación antirrepublicana, el exgeneral Francisco Franco. Fue un despotado más ilimitado que ninguna monarquía absoluta del pasado, pues, por dos leyes salidas de su bolsillo —la una del 30 de enero de 1938 y la otra de 8 de agosto de 1939—, el Caudillo se arrogó plenos poderes, sin excluir el constituyente, tomando la precaución de introducir en las ulteriores «Leyes Fundamentales» cláusulas de preservación de esa intransferible prerrogativa.¹⁰

Derrotados en 1945 sus aliados, su camarilla le hizo comprender la necesidad de ir elaborando un marco que diera estabilidad institucional y sucesoria a ese despotado. En 1947 restauró la monarquía («el Reino»), aunque dejando el trono vacante hasta después de su muerte;¹¹ fue acumulando un ramillete de «Leyes Fundamentales» cuyo conjunto venía a ser como una Ley Fundamental o norma superior (si bien, dentro de ese agregado, la Ley de Principios del Movimiento Nacional era de rango superior al resto de Leyes Fundamentales). No se usó la palabra «constitución», que era nefanda para los franco-falangistas oriundos de la tradición carlista.

Tras la defunción del Caudillo en 1975-11-20, viene exaltado al trono aquel que, ya en 1969, había sido designado «sucesor a título de

sin exceptuar el constituyente; (3) prohíbe todos los partidos imponiendo una organización política monopolística bajo su mando absoluto; (4) persigue a los resistentes, refugiados en la clandestinidad, con torturas y brutales castigos; (5) no tolera órganos de expresión que no estén auspiciados por sus adeptos (o por los sectores sociales que respaldaron su toma del poder); y (6) no permite ninguna elección por sufragio universal ni asamblea alguna con presencia de una oposición.

¹⁰ Las siete Leyes Fundamentales del Reino edictadas por Franco Bahamonde lo fueron «en ejercicio de la facultad legislativa que me confieren las leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939», según lo proclama expresamente el preámbulo de la última de las siete, la LOE (Ley Orgánica del Estado) de 1967. Por añadidura, esa misma LOE mantiene en vigor dichas leyes de 1938 y 1939 (ambas edictadas por el propio Franco, un caso —peculiar e infrecuente— de autoconferirse plenos poderes). Ello significaba que el Caudillo mantenía en vida la plenitud del poder constituyente, pudiendo abrogar, cuando le viniera en gana, sus propias Leyes Fundamentales y hasta la mismísima Ley intangible de 1958.

¹¹ Así lo dispuso la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947-07-26, aprobada en plebiscito según la versión oficial (no podía haber ninguna otra). Tal norma fue exaltada al rango de una de las Leyes Fundamentales del Reino. Una de sus primeras consecuencias fue la restauración de los títulos nobiliarios y el otorgamiento de muchos otros.

rey» y «príncipe de España» por el propio déspota militar. Iníciase la transición, en el curso de la cual, la víspera de los Inocentes de 1978, Su Majestad el rey sancionará y promulgará una Constitución que entrará en vigor 48 horas después.¹²

Desde el 30 de diciembre de 1978 todos los juristas de España adoptan el dogma de que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, no subordinada a ninguna otra, ni pre ni supraconstitucional (ni subordinada ni condicionada ni limitada).

Esa exaltación solo es posible si se adopta un punto de vista juspositivista (los pocos que no comulgan con esa corriente doctrinal a tales efectos vienen a asumirla *de facto*). En efecto, de haber un derecho natural, sus contenidos no pueden estar por debajo de la Constitución.

Tampoco es compatible el dogma de la supremacía de la Constitución con la existencia de una lógica nomológica (veremos que lógica nomológica y derecho natural son casi lo mismo). Tal lógica ha de estar basada en unos axiomas que sean normas o conexiones normativas y en unas reglas de inferencia normativa. Una de dos: o no hay lógica nomológica alguna —y entonces no ve uno cómo puede deducirse nada de las prescripciones concatenadas en el texto constitucional— o sí la hay, y entonces sus axiomas y reglas de inferencia han de poseer un rango supraconstitucional.

Asimismo, o bien la Constitución no necesita nunca ser interpretada (siendo como la Biblia para Juan Calvino: *scriptura suimetipsius interpres*), o bien se presta a lecturas alternativas en algunos o muchos de sus preceptos. Pero, entonces, ¿de dónde extraen su fuerza los cánones hermenéuticos que avalen una u otra exégesis? ¿Del propio texto por interpretar? ¡Sería un círculo vicioso! Hemos menester de unos cánones hermenéuticos supraconstitucionales, que también derivan de imperativos del derecho natural.

Por último, ¿en virtud de qué es obligatoria la propia Constitución? ¿De dónde procede su vigencia como norma suprema? No puede ser porque ella misma lo diga.¹³ Habrá que ofrecer alguna razón

¹² Justo en el aniversario 93 de aquel golpe de Estado militar que restauró el trono de los Borbones, poniendo fin al sexenio democrático.

¹³ En *Interpretación constitucional y fórmula política* (Madrid, CEC, 1988, pp. 171 y ss), Raúl Canosa Usera examina las fuentes y las consecuencias del principio de su-

nomológica suficiente. Pero esa razón nomológica solo puede consistir en una norma legitimativa —de rango más elevado— que prescriba, en el caso de que una ley fundamental cumpla determinadas condiciones, acatarla y obedecerla.

Para escabullirse del reconocimiento de una norma legitimativa, la dogmática jurídico-constitucional opera dogmáticamente (muy al compás del espíritu disciplinar que le es propio), asumiendo la Constitución como el fundamento último e inconcuso; carecería de sentido preguntar por qué es válida; sería como buscar un fundamento del fundamento. Para los dogmáticos cualquier cuestión de validez es interna a un orden jurídico que se asume; cuando esté configurado como constitucional, será un indubitable postulado la supremacía de esa norma que se denomina «Constitución»; cuestionarlo sería salirse del derecho.

Al filósofo del derecho no le es tan fácil eludir esos problemas, refugiándose en la mera adopción ciega de la Constitución, sin parar mientes en la necesidad de un triple canon supraconstitucional: lógico, hermenéutico y justificativo.

Vamos a ver qué soluciones pueden ofrecerse desde un punto de vista jusnaturalista.

premacía de la Constitución (provocativamente denominado «soberbia constitucional» por su maestro Pablo Lucas Verdú). Afirma: «La supremacía de la Carta Magna puede deducirse por las siguientes vías: del propio texto fundamental; de la jurisprudencia constitucional; o de ambos». Sostiene el autor que la Constitución asevera su propia supremacía en el art. 9.1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». ¿De veras es esa una afirmación de supremacía constitucional? No suena a tal. Haría falta que, mediante algún argumento hermenéutico, el autor demostrara que ese es su sentido, porque el texto citado no dice lo que él le hace decir. La conjunción copulativa «y» es, en principio, simétrica, o sea conmutable, sin denotar, de modo general, primacía del conjunto izquierdo sobre el derecho («Antonio y Cleopatra» equivale a «Cleopatra y Antonio»). De modo que, para leer el 9.1 en el sentido de la supremacía de la «Carta Magna», será menester acudir a un canon hermenéutico supraconstitucional. La segunda vía, la de la jurisprudencia, sufre un defecto: su vinculatividad es inferior a la de la Constitución; siendo así, no le incumbe adjudicar un rango a una norma que, de suyo, lo tiene superior (sería como que el Subdelegado del Gobierno en Burgos adjudique superioridad jerárquica al propio Gobierno que lo ha nombrado). Canosa agrega una tercera vía, que es escudriñar las declaraciones de la legislación infraconstitucional; tampoco a esa fuente le corresponde en absoluto tal tarea, por igual motivo.

SECCIÓN I: EL DOGMA DE LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

Una de las leyendas que fundamentan la dogmática —no solo del actual derecho político, sino, irradiando a partir de él, de todas las ramas de la doctrina jurídica— es el mito de que la Constitución es la norma suprema.

Puesto que de unos axiomas o postulados hay que partir para construir una dogmática, vienen, con ese carácter, adoptados los contenidos de la Constitución vigente (deberes, prohibiciones, derechos y valoraciones).

Para cualquier rama del derecho es útil proceder así, porque la interpretación e integración de cada sector del ordenamiento se facilita encuadrándolo en un sistema congruente con una clave de bóveda, que es la Constitución.

Podemos invertir la imagen, viendo en la Constitución el cimiento. Todos sabemos que algo hay debajo de los cimientos de cualquier edificio (aunque sea el Taipei 101 de la capital de Formosa). La experiencia pretérita —investigada por la arqueología— nos demuestra que han acabado hundiéndose en la tierra edificios que se juzgaron sólidos y para los cuales se habían sentado cimientos que parecían firmes —según los conocimientos técnicos de su época—. Pero no por eso nos pasamos la vida temiendo que se hundan las casas en que vivimos. Sabemos que tenemos tiempo por delante. Nuestra mirada es sincrónica, abarcando un trecho temporal proporcionado a la duración de nuestras vidas o de varias generaciones.

Eso mismo hace el jurista. No ignora consideraciones como las tres siguientes:

1. Cabe preguntar por qué la Constitución tiene vigencia, por qué es una norma que haya que acatar, cumplir y hacer cumplir.
2. Por qué todas las demás normas integradas en el ordenamiento han de interpretarse de manera que sean conformes con la Constitución.
3. Por qué aquellas normas que no sean conciliables con la Constitución son nulas (en realidad no son normas, aunque parezcan serlo).

Pero de tales cuestiones prescinden, no solo la dogmática del derecho político (hoy llamado «constitucional»), sino también la doctrina del derecho penal, del civil, del administrativo, del procesal, del mercantil, del tributario —igual que el matemático que desarrolla ulteriores ramificaciones de la teoría estándar de conjuntos da por supuestos los axiomas de tal teoría. Cuando preguntamos a un matemático enfrascado en uno de tales desarrollos (v. g. en la teoría de los grandes cardinales) en qué se funda su confianza en axiomas cuya evidencia es cuestionable (como el de elección), solemos recibir esta respuesta: sin ellos no podría probar nada (nada interesante o fuerte).

Claro que se puede construir una doctrina jurídico-civil, p. ej., sin necesidad de una norma fundamental que se llame «Constitución». Así se ha hecho, al fin y al cabo, durante milenios y así se sigue haciendo en el Reino Unido.

Mas, una vez que existe una norma con esa pretensión de ser la fundamental o suprema, ya no es posible ignorarla. Serían posibles dos actitudes, en principio: (1ª) la de oponerse a esa pretensión de supremacía, aduciendo que, no porque la norma diga que es suprema, es suprema forzosamente; y (2ª) la de inclinarse y admitir esa supremacía.

La primera de esas dos actitudes no se ha dado, que yo sepa, nunca. En todos los países donde se ha promulgado un texto jurídico denominado «Constitución» —desde finales del siglo XVIII para acá—, habrá habido rebeldes que hayan rechazado su validez, pero no ha habido jurista alguno que, reconociéndole el carácter de norma, haya disputado su supremacía. ¿Por qué? Podemos dejar para otra ocasión ese problema.

Por lo tanto, es perfectamente razonable, desde el punto de vista de la construcción dogmática, asumir esa supremacía y fundamentalidad de la Constitución, piedra angular para cualquier rama del ordenamiento.

Sin embargo, ¿vale lo mismo para el filósofo del derecho? No, en absoluto. Incluso al filósofo positivista no le es epistémicamente legítimo aceptar esa suposición sin crítica. Porque, si se trata —según un eslogan típico del juspositivismo— de «indagar el derecho que es, no el que debiera ser», entonces al filósofo del derecho le incumben tareas como la de saber si, efectivamente, en el derecho que es se respe-

ta de veras esa supremacía de la Constitución así como en virtud de qué mecanismos esta ha entrado en vigor, qué «reglas sociales de reconocimiento» han conducido a su edicción y a su vigencia y si tales mecanismos son fuertes o están sufriendo una erosión¹⁴.

¹⁴ Para disipar posibles equívocos, he de hacer constar que en este trabajo no se enuncia ninguna disyunción exhaustiva entre el jusnaturalismo y el dogma de la supremacía de la Constitución. Si, efectivamente, tal dogma es incompatible con el jusnaturalismo, tampoco ha venido, mayoritariamente, asumido por el juspositivismo a lo largo de sus treinta lustros de recorrido. No le rindieron pleitesía los juspositivistas de inclinaciones «realistas» (desde el realismo jurisdiccionalista estadounidense hasta el más complejo de Escandinavia), las escuelas del positivismo sociológico —en sus variantes—, el legalismo de la Escuela de la Exégesis e incluso el propio normativismo kelseniano (para Kelsen lo que posee una ideal supremacía es una norma imaginaria e ilegislable. V. Geert Edel, «The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen», *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. por Stanley L. Paulson, Oxford U. P., 1999, ISBN 9780198763154).

En su multifacético despliegue, el juspositivismo de todas esas escuelas rebaja los humos de la llamada Ley Fundamental: según sea la orientación particular de cada corriente y de cada autor, nos vendrán a decir que la Constitución tiene supremacía *pro tanto*: mientras a ella se ajuste el legislador, o mientras la ejecuten los administradores y jueces o incluso mientras la obedezcan los súbditos (si se vincula validez con eficacia de la norma). Si una tarde la cámara legislativa —o aquel a quien corresponda sancionar y promulgar las leyes— abroga inconstitucionalmente la Ley Fundamental, habrá dejado de ser norma suprema. (¿No fue eso lo que sucedió en el Reino de España el 27 de diciembre de 1978?) (Sobre la filosofía jurídica del positivista danés Alf Ross, v. su obra *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, Ltd., 1959, ISBN 9781584774884. V. también Liborio Hierro, *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del Derecho*, Madrid, Iustel, 2009, 2ª ed. rev. y abreviada.)

Es más, por mucho que —al menos en España— los más radicales positivistas jurídicos se sumen hoy al dogma aquí considerado, la exaltación de la Constitución suele obedecer —al menos en parte— al intento de buscar una tercera vía entre positivismo y jusnaturalismo; intento, a mi juicio, lógicamente condenado al fracaso por el principio de tercio excluso.

Cerraré esta nota recordando que para Alf Ross el derecho natural «es una ramera, que se entrega al primero que pase». Tan lasciva comparación dista de honrar al jusfilósofo escandinavo. Repite un estribillo reiterado *usque ad nauseam*: con el derecho natural los unos prueban A y los otros no-A, sirviendo igual para un roto que para un descosido. ¿Y qué se hace el derecho positivo, señores positivistas? Dejando de lado algunos litigios —en los cuales solo se discrepa sobre hechos—, en todos los demás está en discusión qué prescribe el derecho positivo; v. g., si la conducta incriminada es o no antijurídica, o si es típica, o si entra en el ámbito de protección de la

Si el filósofo del derecho es jusnaturalista, todavía tiene más motivos para cuestionar esa supremacía de la Constitución, cualquiera que sea la modalidad de jusnaturalismo que abraza. Hay dos jusnaturalismos: negativo y positivo. Para el negativo o sustractivo hay cánones jurídico-naturales que sirven de filtro, restando validez jurídica a las normas disconformes con ellos. Para el positivo o aditivo, hay normas válidas de suyo, promúlguese o no, admítalas o no el legislador.¹⁵

En el primer caso, en el del jusnaturalismo sustractivo, la Constitución estará sometida a esos cánones y no será jurídicamente vinculante en aquello en que entre en colisión con los mismos.¹⁶ En el segundo caso, el del jusnaturalismo aditivo, no es forzoso sostener que las normas jurídico-naturales son superiores a la Constitución, pero no es posible en absoluto considerar que le sean inferiores; sería absurda tal

norma o si excede el riesgo permitido; o si el contrato es nulo por falta de causa; o si la tributación aplicable a un ingreso es en concepto de actividades económicas porque unilateralmente así lo haya consignado el empleador; o si el divorcio ha de regirse por la *lex loci*; o si la herencia ha de hacerse teniendo en cuenta la vecindad aragonesa del *de cuius*; o si el plazo de prescripción legalmente aplicable es este o aquel; o si el negocio jurídico efectuado es válido o constituye fraude de ley; o si el comportamiento cae bajo la responsabilidad extracontractual del 1902 CC o se trata de un enriquecimiento sin causa; o si el demandado ha actuado en el legítimo ejercicio de la libertad de conciencia del art. 16 CE; o si esta compraventa ha de regirse, o no, por el convenio de Bruselas, dada la participación de agentes externos al ámbito de dicho instrumento; o si este tribunal es competente para instruir este proceso; o si, con respecto a las aducidas circunstancias impeditivas, tiene vigencia un principio procesal de inversión de la carga de la prueba; o si la inscripción de tal marca vulnera o no la ley; o si la publicación de tal obra respeta la ley de propiedad intelectual; o si a la pretensión de la parte actora le beneficia el efecto directo de una norma de derecho paneuropeo a falta de su transposición al ordenamiento legal interno; o si el colindante tiene derecho de tanteo o de retracto; y así sucesivamente. ¿Vamos a prescindir del derecho positivo?

Si quedara invalidada una disciplina por la mera existencia de desacuerdos entre autores y escuelas, habría que arrojar por la borda la economía, la lógica, la física, la sociología, la genética, la paleontología, la biomedicina, etc.

¹⁵ Valga esta comparación. Sea una macedonia de frutas. Supongamos que se condimenta con vinagre. El jusnaturalista quiere la macedonia dulce, no amarga. El sustractivo exige que se lave para quitar el vinagre. El aditivo agrega azúcar.

¹⁶ Una visión blanda del jusnaturalismo sustractivo podría reconocer una validez de tales contenidos constitucionales, mas considerándolos jurídicamente deficientes, afectados de una tacha nomológica.

inferioridad, destruyendo el concepto mismo de norma jurídico-natural, válida independientemente de los promulgamientos del legislador, toda vez que esa misma norma quedaría supeditada a un texto jurídico-positivo y, por ende, solo sería válida con permiso de la autoridad legislativa, la cual podría derogarla.

Sin embargo, un jusnaturalista positivo puede pensar que no siempre hay jerarquía normativa, que pueden existir normas en conflicto tales que ni la una sea superior a la otra ni viceversa, lo cual da lugar a una genuina antinomia jurídica.

El autor de este ensayo lleva años abrazando un jusnaturalismo positivo o aditivo.¹⁷ En varios de sus trabajos se ha abstenido de pro-

¹⁷ Aquellos motivos por los cuales el autor de estas páginas ha abrazado el jusnaturalismo positivo o aditivo —en lugar del negativo o sustractivo— se han ido desarrollando en varios escritos; ya esboqué esa dualidad en mi primer ensayo de filosofía jurídica, «El bien común, principio básico de la ley natural», *Isegoría* n.º 17, 1997, pp. 137-163, ISSN 1130-2097. Muchísimo más he profundizado en esa discrepancia en mi reciente tesis doctoral jurídica *IDEA IURIS LOGICA* (Universidad Autónoma de Madrid, junio de 2015) (disponible en <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.1.4072.8169> así como en <http://hdl.handle.net/10486/667139> y en <http://hdl.handle.net/10261/117264>).

Cabe observar que esa opción viene matizada en mis últimos trabajos, donde —sin dejar de decantarme, una vez más, por el jusnaturalismo aditivo— admito —para algunas inferencias puntuales— un *modicum* de jusnaturalismo sustractivo; no sería exacto decir que el resultado es un jusnaturalismo mixto, en tanto en cuanto es marginal esa sustractividad, ese efecto de filtro.

Un ejemplo de tal funcionamiento de la lógica nomológica como cedazo lo tenemos en el siguiente ejemplo. Imaginemos que el legislador ha edictado, por la ley reguladora del IRPF, la preceptividad de que quien perciba unos ingresos anuales de más de 100.000 euros tribute por renta al tipo impositivo del 49 %; sin embargo, aunque tiene una renta muy superior, D. Luis Hermenegildo de Valdenájera y Jáudeñes de Peñaranda, marqués de Sagarmínaga de Las Delicias con Grandeza de España, la ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año entrante contiene una disposición adicional *ad hominem* por la cual se exonera de tal obligación al señor marqués. Por más que tal exención vulnere el art. 31.1 constitucional, no cabe recurso de amparo (puesto que ese artículo pertenece a la sección segunda del capítulo II del título I, y no a la sección primera). Desde el punto de vista de la lógica nomológica —y, por lo tanto, desde el derecho natural— solo es posible, o bien entender que esa Ley de acompañamiento deroga (en parte) la reguladora del IRPF, o bien que la exoneración es nula de pleno derecho, en aplicación de un axioma de lógica nomológica, el de consecuencia jurídica.

nunciarse sobre si las normas jurídico-naturales son o no superiores a las de derecho positivo. Desde luego en sus escritos ha quedado claro que deberían serlo, pues una de ellas es la de que todo el derecho positivo ha de supeditarse al derecho natural. Aun así, las normas positivas que entren en conflicto con las jurídico-naturales ni quedan anuladas ni están incuestionablemente subordinadas a ellas.

En este trabajo doy un paso adelante, sosteniendo la supremacía de los principios normativos de derecho natural. Una supremacía, empero, que no implica cancelación o anulación de las normas positivas que les sean opuestas. Los unos y las otras coexisten, antinómicamente, en pugna. Cuáles sean exequibles, en cada caso, dependerá de las circunstancias, principalmente del estado de la conciencia jurídica.

SECCIÓN II: DERECHO NATURAL Y LÓGICA NOMOLÓGICA

2.1. *El íntimo nexo entre el derecho natural y la lógica nomológica*

Una pregunta que se plantea muy a menudo es qué relación existe entre el derecho natural y la lógica nomológica: ¿está el primero fundado en la segunda? ¿Se da la fundamentación inversa? ¿O es de otra índole la unión entre ambos institutos? ¿Son, p. ej., el uno y la otra emanaciones de una fuente común?

En realidad, derecho natural y lógica nomológica son dos caras de la misma moneda. Su fuente común es la conyunción de los valores nomológicos con la naturaleza humana.¹⁸ En cierto sentido el derecho

¹⁸ Que —en conexión con los valores nomológicos— la naturaleza humana sea fundamento del derecho natural no quiere decir —cual frecuentemente se mailinterpreta— que para ese derecho sea imperativo vivir «del modo natural», sea este el que fuere. La humana naturaleza es fundamento del derecho natural solo en el sentido de Aristóteles: somos una especie naturalmente social; por serlo, somos sensibles a los valores nomológicos, como los del bien común, la no-arbitrariedad y la libertad. La Madre Naturaleza nos ha dotado de razón para racionalizar nuestra convivencia en aras de valores comunes y para buscar, mediante nuestro intelecto y la experiencia, modos de vida que se adecúen a esos fines, no para seguir ciegamente pautas arcaicas o ancestrales de comportamiento.

natural es lo mismo que la lógica nomológica y en cierto sentido son distintos.

La lógica nomológica es la vertiente más rigurosa y formalizable del derecho natural. Por eso puede haber principios del derecho natural que no hallen su expresión o traslación en la lógica nomológica (o que todavía no hayamos conseguido formalizar), al paso que lo inverso no sucede.¹⁹

En la lógica nomológica, es peculiar la manera de presentar los vínculos entre normas —y entre normas y hechos—, puesto que ha de ajustarse a los patrones de enunciación y operatividad de la lógica moderna, o sea, de la lógica matemática: simbolización, esquematización, desarrollo por pruebas estrictas, cada una de las cuales es una secuencia vertical finita de enunciados (o, mejor, de esquemas enunciativos),²⁰ cuyos primeros renglones están ocupados por las premisas y cuya última línea corresponde a la conclusión; en suma, un cálculo.

Eso no significa empero que el sistema sea formalmente decidible, o sea que, dada una secuencia cualquiera, dispongamos de un algoritmo para determinar a ciencia cierta si es o no una prueba del sistema. En los sistemas recursivamente axiomatizables, tenemos la mitad de esa decidibilidad, a saber: hay un algoritmo tal que, para cualquier teorema dado —si es de veras un teorema— se comprobará fehacientemente que lo es (o sea, que tiene una prueba) tras un número finito de aplicaciones del algoritmo (número finito que puede ser mayor que el de partículas elementales del universo conocido). En cambio, para una fórmula que no sea un teorema puede que resulte imposible demostrar que no lo es, aplicando algoritmo alguno, en una serie finita de pasos.

¹⁹ La lógica nomológica que se presenta en este ensayo es la desarrollada en *IDEA IURIS LOGICA* (*op.cit.*). V. en particular el ensayo del autor «Normatividad y contingencia», en *Aproximaciones a la contingencia*, ed. por Concha Roldán & Óscar Moro, Madrid, Los libros de la Catarata, 2009, pp. 25-64. ISBN 9788483194379.

²⁰ Un esquema enunciativo es el resultado de sustituir, en un enunciado complejo, fórmulas por sendas letras esquemáticas, «A», «B», etc. «A y B» es un esquema enunciativo, instancias del cual son «La Tierra es cuadrada y Roma es la capital de Italia», «Cuatro es un número par y Vivaldi compuso música rock», etc.; unas de ellas verdaderas, otras falsas, claro está. Hay esquemas enunciativos que solo pueden resultar verdaderos, sean cuales fueren las instanciaciones, p. ej. «Si A y B, entonces A».

Como luego veremos, la lógica nomológica no es ni siquiera recursivamente axiomatizable; es un sistema axiomático, pero con una axiomática no recursiva.

Está claro que la lógica nomológica constituye el núcleo y que el derecho natural ha de englobarla. Tendencialmente todos los asertos del derecho natural tienen vocación de —en la medida de lo posible— venir formalizados y absorbidos por la lógica nomológica; pero a la plena realización de tal proyecto se oponen dos obstáculos: de un lado, los límites mismos de los formalismos (el eje de las reflexiones metamatemáticas de Jean Ladrière);²¹ de otro lado, las capacidades de la inteligencia humana, que son finitas. Desborda nuestras aptitudes desarrollar cálculos infinitarios (como los imaginados por Leibniz, quien los reserva a Dios). No podemos operar ni con enunciados de longitud infinita ni con pruebas sin un número finito de pasos. Por eso hay que dar por descontado que habrá en el derecho natural contenidos que seguramente nunca podrán incorporarse a la lógica nomológica.

Vamos a empezar por la lógica nomológica. ¿Qué piezas la integran? Son de tres tipos.

En primer lugar, la lógica nomológica contiene determinados axiomas que son normas —o, más exactamente, esquemas normativos.²² En realidad —en su actual estadio de desarrollo— solo tres de sus axiomas son normas (en rigor, dos de ellos son esquemas normativos). Más abajo veremos cuáles son.

En segundo lugar, la lógica nomológica contiene otros axiomas normativos, que no son normas pero sí constituyen conexiones normativas, o sea, vínculos necesarios, ya sea entre situaciones normativas, ya sea entre situaciones normativas y supuestos de hecho. En seguida voy a aclarar qué significa «vínculos» en este contexto.

Los axiomas que son normas y aquellos que son conexiones normativas pueden subsumirse bajo el común denominador de «principios normativos».

²¹ V. Jean Ladrière, *Limitaciones internas de los formalismos*. Madrid: Tecnos, 1969. (Trad. José Blasco.)

²² Un esquema normativo es un esquema enunciativo —en la definición brindada más arriba— cuyas instancias son preceptos que denotan sendas situaciones normativas.

En tercer lugar, la lógica nomológica contiene reglas de inferencia normativa, o sea, recetas operativas que nos facultan para, a partir de unas premisas (normativas o no) —o bien de la ausencia de prueba en contrario—, extraer una consecuencia normativa, entendiendo por tal, ya sea una norma, ya sea un enlace normativo.

2.2. *Normas, situaciones normativas, preceptos*

¿Qué es una norma? llamamos «norma» a una situación normativa que existe en un ordenamiento normativo (en nuestro caso uno jurídico).²³ Distingamos entre la norma, que es una situación, y el precepto, que es el enunciado que la formula.²⁴ No todas las normas están enunciadas, porque también las hay consuetudinarias. (En no habiendo riesgo de confusión, y para allanar la exposición, podremos —en un modo laxo de hablar— usar «norma» y «precepto» como si fueran equivalentes.)²⁵

²³ Obedece al siguiente propósito requerir, para que usemos el sustantivo «norma», que la situación normativa *exista* en el ordenamiento (e. d. que en él tenga validez o vigencia). Con relación a un ordenamiento podemos hablar de situaciones jurídicas, «Es obligatorio que A», «Está prohibido que A», etc. De ellas, las unas existen y las otras no existen en el ordenamiento. P. ej. la prohibición de acudir a misa es una situación normativa con relación al actual ordenamiento jurídico español, pero, felizmente, una que no existe en él; no es una norma.

²⁴ V. Lorenzo Peña, «Imperativos, preceptos y normas», *Logos*, vol. 39, 2006, pp. 111-142. ISSN 1575-6866.

²⁵ El distingo aquí formulado entre normas y preceptos (enunciados normativos) es totalmente diverso de otro que —con muy diversa terminología— hallamos en numerosos autores, desde Hans Kelsen hasta Ota Weinberger, pasando por Von Wright, Kalinowski, Alchourrón, etc. Ese otro distingo parte del dilema de Jørgensen; supone que una norma es una prescripción; pareciendo que solo hay lógica de proposiciones, inventa las «proposiciones normativas» como asertos fácticos según los cuales el sistema normativo considerado contiene tales prescripciones. Por el contrario, lo que yo sostengo es que las normas son estados de cosas, entidades, aunque algunas de ellas sean creadas por las proclaciones prescriptivas del legislador. De otra opinión: Maribel Narváez Mora, «Expressing Norms: On Norm-Formulations and other Entities in Legal Theory», *Revus*, 25, pp. 43-70, 2015 (consultado en 2016-04-06: <http://revus.revues.org/3191>). (Trad. española: «Expresiones de normas: Sobre formulaciones normativas y otras entidades en la teoría del derecho», <http://ssrn.com/abstract=2641251>, consultado en 2016-04-06.) La objeción esencial de la autora estriba

Una situación normativa nuclear es el resultado de que un estado de cosas venga afectado por un operador deóntico, sea el de obligación, sea el de prohibición, sea el de permisión. (Un operador es una función que toma como argumentos funcionales estados-de-casos y como valores funcionales estados-de-cosas.)²⁶ Observemos que una situación normativa, siendo como es un estado de cosas, puede, a su vez, venir tomada como argumento de un operador normativo, generando otra situación normativa (si queremos decirlo así, de segundo nivel).²⁷ En el plano de la expresión lingüística, un precepto nuclear es un enunciado que lleva en cabeza el *operador lingüístico* correspondiente (o sea, el morfema sincategoremático que denota al operador normativo extralingüístico): «Es obligatorio que», «Está prohibido que» o «Es lícito que».²⁸

No todas las situaciones normativas son nucleares, como tampoco todos los preceptos son nucleares. Consideraremos también normativas las situaciones resultantes de que una situación normativa venga afectada por la negación, o por un operador alético de intensidad veritativa («bastante», «muy», «totalmente», etc.) o por cualquier combinación de negaciones y operadores aléticos. Y asimismo es una situación normativa cualquier afectación de otra situación normativa por un cuantificador universal («todos») o existencial («hay», «alguno»).

Así, «Todos tienen obligación de respetar los bienes ajenos» es un precepto que expresa una norma; y lo mismo pasa con «Hay alguna

en que carecemos de criterios de individuación de esas entidades abstractas, lo cual se soluciona perfectamente con la 1.^a regla de inferencia de la lógica nomológica.

²⁶ Los operadores se usan en todas las lógicas llamadas «intensionales», como la temporal, la doxástica, la modal y la locativa. Un operador modal es *posiblemente*. Uno temporal es *en el futuro*. Uno locativo es *en algún lugar*. V. Steven T. Kuhn, «Logical Expressions, Constants, and Operator Logic», *The Journal of Philosophy*, vol. 78, n.º 9 (sep. 1981), pp. 487-499.

²⁷ P. ej. A puede ser una situación fáctica; la preceptividad de A es una situación normativa; la prohibición de la preceptividad de A, otra situación normativa; y así sucesivamente. No hay ninguna situación normativa que carezca de algún operador deóntico.

²⁸ Espero que no suscite confusión alguna el doble uso del mismo vocablo «operador» para designar la función ontológica y el signo lingüístico que la denota. El contexto aclara perfectísimamente cuándo se trata de lo uno y cuándo de lo otro.

vivienda (posible) tal que es obligatorio que en ella le sea lícito alojarse a Jaime».

Está claro que algunas situaciones normativas son singulares o particulares, mientras que otras son generales. Estas no son solo aquellas cuya expresión lingüística viene encabezada por un cuantificador universal, sino también otras que contienen ese cuantificador en el *dictum*, o sea, en la frase incrustada en el precepto y a la cual viene prefijado el operador deóntico. El derecho contiene situaciones normativas generales y particulares; y también los textos constitucionales contienen preceptos particulares y aun singulares (v. g., cuando se refieren al propio país, a su capital, a su lengua y, a veces, a quién ostenta la jefatura del Estado). Sin embargo, la lógica normativa se ocupa preferentemente de normas generales (entre ellas la preceptividad del bien común, a la que me referiré en seguida, pues es una noción general y no particular).²⁹

2.3. *Las conexiones normativas*

Es preciso ahora aclarar en qué consisten los vínculos a que nos referíamos, unos párrafos más atrás, para definir la noción de las conexiones normativas.

¿Son también situaciones normativas las conyunciones, las disyunciones y las implicaciones de situaciones normativas? V. g., ¿es un precepto un enunciado del tipo «En la medida en que sea obligatorio A, será obligatorio B»? No son situaciones normativas porque no nos marcan, en sí, pautas para obrar o abstenernos, aunque tienen una

²⁹ Impónese aquí una aclaración terminológica. A lo largo de este ensayo, considéranse semánticamente equivalentes e intercambiables «Es preceptivo que A», «Es obligatorio que A», «Es imperativo que A», «Es debido que A», «Existe la obligación de que A» y «Existe el deber de que A». (Si «A» es de la forma «X hace B», la preceptividad de A equivale a «X debe hacer B».) Similarmente son sinónimos «prohibido», «vedado», «antijurídico» e «ilícito», a la vez que «Está prohibido que A» equivale lógicamente a «Es preceptivo que no-A» y «Existe la obligación de no-A». Por último, «lícito», «autorizado» y «permitido» son sinónimos, a la vez que «Es lícito que X haga A» equivale lógicamente a «X tiene el derecho de hacer A» y «Existe el derecho de X de hacer A». Es libre o potestativo A en la medida en que no sea ilícito ni obligatorio.

clarísima impronta normativa: dada esa implicación, si averiguamos que es obligatorio que A en cierta medida, sabremos que, en tal medida por lo menos, será obligatorio que B. Conque indirectamente sí brindan (en general, aunque no siempre) pautas normativas.

Podríamos, no obstante, replicar que las conyunciones de situaciones normativas son, ellas mismas, situaciones normativas, pues directamente constituyen pautas para obrar o abstenerse. Así «es obligatorio A y está prohibido B» claramente nos marca una conducta conforme a derecho: aquella que consiste en hacer A y en abstenerse de hacer B.

Sin embargo, no es así. Es posible que el ordenamiento contenga una antinomia, que por un lado —en virtud de un cierto mandamiento legislativo— nos imponga A, pero también —en virtud de otro mandamiento o de cualquier otra fuente jurídicamente válida— nos prohíba ese mismo A (o nos imponga otra prohibición que, de rebote, determine que A sea ilícita). Conjuntar la obligación de A con su prohibición —posibles ambas dentro del mismo ordenamiento— no es dar pauta alguna. No cabe duda de que la conyunción dada tiene impacto normativo (desvela la antinomia jurídica y nos suscita un dilema), pero eso no significa que nos esté dando una pauta.³⁰

Pasamos ahora de esas combinaciones de situaciones normativas a combinaciones entre situaciones normativas y situaciones fácticas. «A y es obligatorio que B» expresa una de esas combinaciones. Podemos considerarlas situaciones mixtas. Algunas son triviales, cuando uno de los conjuntos es irrelevante para el otro. No vamos aquí a enfrascarnos en la discusión (que ha absorbido ríos de tinta) sobre qué es la relevancia y cuáles son sus criterios. Conformémonos con una noción rudimentaria, para andar por casa. «Es obligatorio que los españoles paguen impuestos y el Pisuerga pasa por Valladolid» es un ejemplo de

³⁰ Podríamos conjeturar que, si bien cuando B = no-A, «Es preceptivo que A y es preceptivo que B» no es un precepto —o sea, no expresa una norma—, tal vez en otros casos sí. «Al salir tienes que apagar la luz y tienes que entregar las llaves en conserjería» ¿no nos da una pauta de cómo hemos de obrar al salir? El problema estriba en que no podemos hacer depender que la conyunción en cuestión sea o no una norma de averiguar cuál es el contenido de cada conjunto. Además, la presunta pauta es inútil y redundante, pues ya tenemos las dos obligaciones separadas de apagar la luz y entregar las llaves.

conyunción irrelevante. Pero «Es obligatorio que los españoles paguen impuestos y Andrés es español» es una conyunción relevante.

De las situaciones mixtas, algunas se expresan en enunciados uno de cuyos miembros (conyuntivo, disyuntivo o implicativo) carece de ocurrencia alguna esencial de operadores deónticos. En cambio, otras son la combinación de dos situaciones, la una normativa y la otra mixta.³¹

Pues bien, los vínculos a que nos referíamos más arriba son precisamente estos: implicaciones, conyunciones y disyunciones uno de cuyos elementos es una situación normativa, siendo el otro, ora una situación normativa, ora una situación mixta.

Tales conexiones normativas, sin ser normas, tienen un evidente alcance normativo, aun en el caso extremo de la antinomia de la que hemos hablado unos párrafos más atrás. En los casos más benignos —y usuales— las conexiones normativas nos vienen a dar indirectamente pautas de conducta normativamente regladas, una vez que averiguamos la verdad de algunos de los elementos involucrados.

Varios de los axiomas de la lógica nomológica expresan conexiones normativas generales. Son situaciones mixtas pero con una clara impronta normativa. En un sentido lato y no riguroso podríamos también verlas como normas o, mejor, cuasi-normas. En cualquier caso, quedará claro más abajo que, siendo contenidos normativos, no pueden estar subordinados a la Constitución ni a ninguna ley; al revés, la Constitución, las leyes y la jurisprudencia están subordinadas a tales axiomas normativos.

2.4. *Las reglas de inferencia normativa*

Uno de los descubrimientos de la moderna lógica matemática fue que no bastan los axiomas para construir un sistema axiomático; y una lógica es un sistema axiomático.³² Si tenemos las dos premisas «Si A,

³¹ Para tener un cuadro completo, necesitaríamos agregar los resultados de afectar situaciones mixtas por operadores aléticos y cuantificadores; y, ulteriormente, en- garzar tales resultados con situaciones normativas o mixtas y así sucesivamente. Comprenderá el lector que tales refinamientos desbordan los límites del presente ensayo.

³² Aunque posteriormente se hayan sistematizado varias lógicas con recursos diferentes y, por lo tanto, con formulaciones diversas de las de los sistemas axiomáticos.

entonces B» y «A», ¿podremos concluir «B»? Para franquear ese paso, nos es menester algo más que ambas premisas. Nos hace falta una receta que nos habilite a sacar la conclusión de las premisas. Es la regla del *modus ponens*. Sin reglas de inferencia no podemos deducir nada, porque deducir es cortar, pasar de lo de arriba a lo de abajo (o, si se quiere, de unos asertos a otros, de unas creencias a otras).

Claro que la regla de inferencia se justifica —o sea, es correcta— si, necesariamente, la realidad es tal que no pueden ser verdaderas las premisas y totalmente falsa la conclusión. Sin embargo, este aserto que fundamenta la regla no la reemplaza. Con el mero aserto, faltándonos la regla, seguiríamos sin poder avanzar.

Desde el punto de vista epistemológico y metalógico surge, ciertamente, el problema de Lewis Carroll:³³ ¿es suficiente contar con axiomas, premisas no axiomáticas y reglas de inferencia para poder construir un sistema deductivo? ¿No estamos presuponiendo —o empleando, sin saberlo— una metarregla de inferencia, aquella que nos faculta para, dadas las premisas y la regla de inferencia, extraer la conclusión? Huelga decir que aceptarlo desencadena una regresión infinita.

Hagamos una comparación. Para cocinar un plato, p. ej. una tortilla de patata, necesitamos los ingredientes, los utensilios y una fuente calorífica, pero no nos bastan; hemos menester la receta culinaria que nos diga cómo tenemos que usar esos ingredientes en relación con esa fuente de calor para obtener el resultado. La receta no es una prescripción arbitraria. Fúndase en la experiencia, la cual nos muestra que solo obtendremos el resultado apetecido combinando los ingredientes del modo indicado en la receta, en los momentos que la misma señala y aplicando la fuente calórica según lo marca la receta. Ahora bien, podríamos interpelar a los prácticos del arte culinario inquiriendo si acaso basta tener la receta más los ingredientes más la fuente calórica. ¿No estamos presuponiendo una regla que nos dice que, dados todos esos elementos, podemos usarlos según lo indique la receta? Digamos que sería una metarreceta. Y así al infinito.

³³ Lewis Carroll, «What the tortoise said to Achilles». *Mind* n.º 14 (apr. 1895), pp. 278-80. V. Peter Marton, «Achilles versus the tortoise: The battle over *modus ponens* (An Aristotelian argument)», *Philosophia* 31/3 (2004), pp. 338-400.

Tales elucubraciones son, sin duda, teóricamente legítimas, pero de ellas podemos prescindir. Mientras que la mera acumulación de premisas no nos hace avanzar un paso, las premisas más la regla de inferencia sí nos facultan para avanzar, aunque sea dando por supuesta implícitamente una metarregla de inferencia habilitante.

2.5. Axiomas normativos de la lógica nomológica

Ya hemos aclarado los tres tipos de elementos de la lógica nomológica: (1) ciertos axiomas que son normas; (2) otros axiomas que son conexiones normativas; y (3) reglas de inferencia normativa.

Vamos ahora a ver cuáles de tales elementos contiene la lógica nomológica.³⁴ Empezamos con las normas (en sentido lato —incluyendo los esquemas normativos). Solo tres:

- Axioma n.º 1: principio nomológico de subalternación, a saber: es obligatorio que, en la medida en que sea preceptivo un hecho o un comportamiento, también sea lícito.
- Axioma n.º 2 (principio de Celso):³⁵ es lícito que, en la medida en que se realiza A, se realice A (*necessitas facit licitum*, o sea, *quod est necessarium est quoque licitum*).
- Axioma n.º 3: principio nomológico del bien común (o de la pública utilidad), que tiene diversas variantes o formulaciones no equivalentes entre sí: desde la más sencilla (que es obligatorio que se realice el bien común) hasta otras más complejas y sofisticadas, como estas dos:

³⁴ Hay que precisar que en los axiomas de la lógica nomológica es menester que los estados de cosas atómicos, A, B, etc, cumplan al menos uno de los dos requisitos siguientes:

1.º) Que sean situaciones normativas nucleares, expresadas por enunciados como «Es lícito que A» o «Es preceptivo que A».

2.º) Que sean contingentes de suyo y contingentes entre sí —o sea, que ninguno de ellos implique el otro ni su negación (P. ej., A y no-A no son contingentes entre sí, como tampoco A-y-B es contingente con respecto a A; en cambio A y «Es preceptivo que A» sí son contingentes entre sí, toda vez que en un mundo puede darse A sin que, en ese mundo, sea preceptivo A y viceversa.)

³⁵ Pablo Juvencio Celso (47-138 e.c.). En el *Digesto*, el emperador Justiniano incorpora su principio con la fórmula: «*impossibilium nulla obligatio est*».

- (1) es obligatorio que, en la medida en que algo sea preceptivo, también sea preceptiva la realización del bien común;
- (2) es preceptivo que ninguna conducta sea lícita más que en la medida en que no colisione con el bien común.

Por mor de la simplificación, adoptaremos aquí la formulación más escueta, dejando para otra ocasión una indagación sobre las razones que pueden abonar a favor de unas u otras de esas formulaciones y, eventualmente, sobre la reducibilidad de algunas de ellas a otras.

En su más sencilla enunciación —que es la aquí escogida—, el principio del bien común es una norma, en sentido estricto. En cambio el de subalternación y el de Celso son esquemas normativos.

A continuación voy a justificar brevemente la adopción de esos tres axiomas. Son ineludibles exigencias para que haya un ordenamiento normativo. Este instituye un deber-ser. Pero ¿es un ordenamiento normativo cualquier deber-ser, comoquiera que esté configurado y sean cuales fueren sus contenidos? ¿O, antes bien, para ser un ordenamiento normativo es menester que ese deber-ser se ajuste a un deber-ser del deber ser? Según la tesis aquí defendida,³⁶ sin tal ajuste tendremos un conglomerado de prescripciones mas no un ordenamiento, o sea, un *corpus*, dotado de un mínimo de congruencia y sistematicidad. Dicho de otro modo, mal puede pretender una colección de prescripciones constituir un ordenamiento si carece de esas dos normas.

Por la primera el propio ordenamiento se obliga a reconocer lícita cualquier conducta que repunte preceptiva, o sea, obligatoria. El principio de subalternación constituye, en cierto sentido, un auto-mandamiento inherente al propio sistema de normas, que este no puede esquivar y del cual no puede prescindir, so pena de convertirse en un batiburrillo inservible para regular la praxis colectiva.

Imaginemos, contrafácticamente, que el propio ordenamiento se autorizara a imponer como preceptiva una conducta sin por ello reputarla lícita. Podríamos tener entonces situaciones del siguiente tenor:

³⁶ Tesis que, olvidada por el juspositivismo, fue rescatada y popularizada por Lon Fuller —por más insuficiente que resultara su jusnaturalismo procedimental.

podría ser obligatorio que las fuerzas de seguridad actuaran violentamente (contra quien esté llevando a cabo un atentado) sin que tal actuación les estuviera permitida y sin que, por consiguiente, cupiera aducir a su favor, como la eximente 7.^a del artículo 20 del Código Penal, que han actuado en el legítimo ejercicio de un derecho; también podrían los autores de tales actuaciones ser castigados por un delito de coacciones del artículo 172 del Código Penal, cuyo tenor exime del tipo del delito a quienes actúen «estando legítimamente autorizados», o sea, a aquellos cuya actuación coactiva sea lícita: pero si un agente de la autoridad solo está *obligado* a realizar esa actuación, mas la ley no dice que esté autorizado a realizarla, ¿diremos que, en silencio de la ley, no está probado que esté legítimamente autorizado ni, por lo tanto, que esté exonerado del tipo del delito de coacciones? Similarmente, si su actuación no es lícita (por muy obligatoria que sea), el terrorista que contraataca actuará en legítima defensa y, por lo tanto, será él quien pueda aducir la eximente 4.^a del art. 20 CP.

Similarmente, existen ciertos delitos que es preceptivo denunciar (a tenor de los arts. 259, 262 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero (salvo en casos tasados fijados por la ley —como hoy los relativos al blanqueo de dinero en ciertos supuestos) el abogado tiene el deber de guardar celosamente los secretos de su cliente.³⁷ ¿Tiene solo el deber o también el derecho? Si solo el deber, entonces está obligado a guardarlos pero, a la vez, incurre él mismo en una ilícita abstención de denunciar. Haga lo que haga, será castigado.

Salta a la vista lo peregrino que sería todo eso. No ya peregrino, sino inviable. Un sistema así no podría funcionar.³⁸

Si es verdadero —según lo estoy sosteniendo— el principio deóntico de subalternación, entonces, cada vez que la Constitución atribuye a alguien *el derecho y el deber de* hacer tal o cual cosa, incurre en

³⁷ V. Augusto Santaló Ríos, «El secreto profesional», *Rexurga*, n.º 51, pp. 35-53, consultado en 2016-04-06: <http://www.rexurga.es/pdf/COL247.pdf>.

³⁸ Hay que distinguir el axioma deóntico de subalternación —con el operador de preceptividad prefijado a toda la fórmula— del principio derivado de subalternación deóntica, sin esa prefijación. Ese principio derivado se demuestra en el sistema de lógica nomológica con ayuda de otros axiomas. Es ese corolario el que podemos llamar «principio de Cicerón»: «*quicquid non licet, certe non oportet*» —de su discurso pro L. Cornelio Balbo.

redundancia: si ese alguien tiene el deber de hacerlo, *a fortiori* tiene el derecho.³⁹

Tócanos ahora hablar del principio de Celso. Este afirma que cualquier autoimplicación es lícita. A este principio se asocian diversos apotegmas latinos, entre ellos los ya citados y también el que, en una variante, se encuentra en un texto de Celso: «*Ad impossibile nemo tenetur*». Sin este postulado podríamos concebir un sistema normativo en el cual estuviera prohibida una verdad metafísicamente necesaria, la autoimplicación.⁴⁰

En unión con otros axiomas de la lógica nomológica, el principio de Celso va a tener estos dos importantísimos corolarios:

[Corolario n.º 1] Principio de licitud de las obligaciones: toda obligación es lícita. Con otras palabras: para cualquier A, A solo es preceptivo en tanto en cuanto sea lícita su preceptividad.⁴¹ También este

³⁹ V. el art. 35.1 sobre «el deber de trabajar y el derecho al trabajo»; y el art. 30 a cuyo tenor «los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España».

⁴⁰ No se me oculta que usualmente el apotegma *ad impossibile nemo tenetur* expresa más un rechazo a que el ordenamiento normativo contenga obligaciones incumplibles que un deseo de que contenga la permisión de hacer aquello que sea metafísicamente necesario. (Pensemos que uno de los ocho cánones de Lon Fuller es precisamente la cumplibilidad de los mandamientos; ese óctuple canon es, en su visión, un filtro que sustrae juridicidad a cualquier amalgama de prescripciones que no se atenga a él.) Ahora bien, por el metaprincipio de plenitud del ordenamiento jurídico —que excluye las lagunas—, cualquier situación es lícita o prohibida. Una de dos: o bien es obligatorio algo imposible, no-A, lo cual equivale a que esté prohibido un hecho necesario, A, o bien este es lícito. Lo que hace nuestro axioma n.º 2 es patentizar la licitud de lo necesario.

Desde luego la enunciación que he elegido es solo una de las muchas concebibles; ha obedecido la opción al *desideratum* de procurar así la idoneidad y fecundidad del sistema axiomático para probar teoremas claramente correctos.

Obsérvese que aquí solo nos ocupamos de la necesidad metafísica, no de la necesidad física o de otro tipo. Sobre las leyes de contenido imposible en general, v. la tesis doctoral de Guglielmo Feis, *Impossibilità nel Diritto*, Università degli Studi di Milano, año académico 2012-13, http://www.academia.edu/6098946/Impossibilit%C3%A0_nel_diritto, consultado en 2016-04-25

Cerraré esta nota recordando que en la lógica deóntica estándar las verdades necesarias son, no solo lícitas, sino, además, preceptivas. Por el contrario, la lógica nomológica se atiene al principio de Kelsen de que solo los hechos contingentes pueden ser obligatorios o prohibidos. V. mi ya citada tesis doctoral *Idea Iuris Logica*.

⁴¹ Una formulación equivalente es el principio de efectividad de los derechos: en la medida en que sea preceptivamente lícito A, es lícito A.

principio tiene un gran impacto para la dogmática jurídico-constitucional.

[Corolario n.º 2] Principio de desiteración deóntica: en la medida en que sea preceptivo que exista un deber, existe de hecho ese deber (lo obligatoriamente obligatorio es obligatorio).⁴²

Dejando ya atrás el principio de Celso, pasemos al imperativo del bien común. Este marca la pauta fundamental para la cual existe la sociedad, siendo, por ello, la directriz que da sentido a cualesquiera normas promulgadas. Solo un fin pueden perseguir legítimamente, que es el bien común de la sociedad, un bien con dos componentes:

1. uno colectivo o global, un bien poseído o disfrutado entre todos los miembros de la sociedad, mancomunadamente, de consuno, que no abarca solo aquello que los teóricos de la hacienda pública denominan «bienes públicos», sino también toda la riqueza colectiva —del género que sea— que va a facilitar el disfrute separado y distribuido de unos u otros miembros que puedan y quieran hacer uso, directo o indirecto, de tales bienes;

⁴² Compendiando ambos corolarios del principio de Celso, podemos enumerar los siguientes nueve esquemas teorematizados:

— En la medida en que es preceptivo que sea preceptivo que A, es preceptivo que A.
 — En la medida en que es preceptivo que esté prohibido que A, está prohibido que A.

— En la medida en que es preceptivo que sea lícito que A, es lícito que A.
 — En la medida en que está prohibido que sea preceptivo que A, es lícito que no-A.

— En la medida en que está prohibido que esté prohibido que A, es lícito que A.
 — En la medida en que está prohibido que sea lícito que A, está prohibido que A.
 — En la medida en que es preceptivo que A, es lícito que sea preceptivo que A.
 — En la medida en que está prohibido que A, es lícito que esté prohibido que A.
 — En la medida en que es lícito que A, es lícito que sea lícito que A.

Por el contrario, **son inválidos los seis esquemas siguientes:**

— En la medida en que es lícito que sea lícito que A, es lícito que A.
 — En la medida en que es lícito que sea preceptivo que A, es preceptivo que A.
 — En la medida en que es lícito que esté prohibido que A, está prohibido que A.
 — En la medida en que es lícito que A, es preceptivo que sea lícito que A.
 — En la medida en que es preceptivo que A, es preceptivo que sea preceptivo que A.
 — En la medida en que está prohibido que A, es preceptivo que esté prohibido que A.

2. otro distributivo, que es el bienestar de cada individuo y de cada grupo (en particular de las familias y otras agrupaciones de más destacada importancia para la calidad de vida de sus integrantes).⁴³

Es tan esencial esa exigencia de orientación hacia el bien común que andan erradas —lógicamente erradas— aquellas concepciones del derecho que lo entienden meramente como un sistema de reglas que sirva para regular las conductas humanas (Lon Fuller). Regular las conductas sería posible orientándolas a la destrucción de la sociedad, al malestar general, a la pobreza individual y colectiva, al sufrimiento, quizá a la expiación. Claro que una sociedad así perdería su razón de ser y pronto periclitaría o se disolvería.⁴⁴

Ese imperativo del bien común tiene que ser, por consiguiente, un axioma de la propia lógica nomológica; y, a fuer de tal, una norma superior a cualquier ley y a la propia Constitución. Si esta incorpora tal axioma nomológico, no hace sino obedecer una preceptividad supraconstitucional. Si no, habrá que subordinar la vigencia o la interpretación de la Constitución a esa norma del bien común.

En la hipótesis de que la Constitución rechazara el bien común o contuviera disposiciones contrarias al mismo, produciríase una antinomia jurídica; en ella, la norma superior sería el axioma de la lógica

⁴³ El imperativo del bien común nos lo impone la propia naturaleza humana. No se trata de que vivir según lo exige tal imperativo sea un «vivir natural» mientras que apartarse de él sea uno artificial —ni nada remotamente por el estilo. El hombre es un especie naturalmente social. Teleológicamente, la naturaleza ha determinado que ciertas especies sean naturalmente sociales para un fin: el bien de la propia comunidad (un bien que carecería de sentido sin la participación de los individuos en el mismo; eso sí, una participación que depende de cuál sea la especie y cuáles sus posibilidades de convivencia y de prosperidad vital; está claro que ese bien común suele imponer sacrificios y no solo beneficios).

⁴⁴ Pero ¿por qué ese su estar condenado a un pronto y adverso destino impide al autodestructivo cuerpo de reglas ser un sistema normativo? Quizá sea una cuestión puramente terminológica, pero pienso que los vocablos «sistema» y «ordenamiento» connotan, de algún modo, un requerimiento de estabilidad, una proyección al futuro; es más: una vocación de perpetuidad —salvo aquellos que tengan una fecha de perención, p. ej. los estatutos de una sociedad que se extinguirá al cabo de 99 años.

nomológica; no por ello sería nula la norma constitucional, pero sí estaría relegada a un plano subordinado.⁴⁵

2.6. *Conexiones normativas axiomáticas de la lógica nomológica*

Las conexiones normativas contenidas en la lógica nomológica son varias. No disponemos de ningún criterio para determinar exhaustivamente, en un elenco fijo y cerrado, todas las que son verdaderas. La pauta heurística general para averiguar tales conexiones es doble:

1. De un lado, que efectivamente puedan proficuamente usarse en la praxis jurídica, en la argumentación de los operadores jurídicos: en preámbulos legislativos, alegatos de abogados y fiscales, sentencias de los tribunales, motivaciones de los reglamentos y otros actos administrativos, resoluciones notariales y registrales, etc.;⁴⁶
2. De otro lado, que —en combinación con los otros axiomas normativos y con las reglas de inferencia normativa— su aplicación no nos lleve de premisas que sirvan al bien común a conclusiones lesivas para el mismo.

⁴⁵ Notemos que la supremacía del axioma del bien común no lo hace automáticamente exequible; la exequibilidad depende de las condiciones de posibilidad, principalmente de la conciencia jurídica.

⁴⁶ Observemos que, además de comportar cierta idealización, esa utilizabilidad de las conexiones normativas en la argumentación jurídica no se refiere a los axiomas, sino a los teoremas de ellos deducidos. Los axiomas son, a menudo, excesivamente abstractos y, por lo tanto, alejados de la praxis argumentativa. Por otro lado, el discurso jurídico obedece también a constreñimientos pragmáticos, que imponen acudir a entimemas, evitar razonamientos muy técnicos o prolijos y aderezar estilísticamente los argumentos. Hay, pues, una distancia entre los razonamientos normativos según los estudia la lógica deóntica (la nomológica o cualquier otra) y el flujo real y concreto de la argumentación en cualquier ámbito jurídico.

Pero el lector apreciará el contraste, en este particular, entre la lógica nomológica y la lógica deóntica estándar. Este ensayo ofrece numerosos ejemplos de aplicabilidad de teoremas normativos de la lógica nomológica al razonamiento jurídico y a la propia construcción de la dogmática constitucional, mientras que casi todos los teoremas de la lógica deóntica estándar son absolutamente inaplicables, por motivos de sobra conocidos.

Ajustándose abductivamente a esa doble pauta, la lógica nomológica ha ido descubriendo un conjunto no exhaustivo de conexiones normativas. He aquí ocho de ellas (que, en el marco del presente ensayo, voy a enumerar, sin ofrecer prueba de su corrección):

- Axioma n.º 4. Principio de colicidad. *Quicquid licet singillatim licet conjunctim*: en la medida en que cada una de dos situaciones sea lícita, es lícito que tengan lugar ambas.⁴⁷
- Axioma n.º 5. Principio de consecuencia jurídica. En realidad, son dos, el uno para el operador de obligación y el otro para el de licitud:
 - (5a) Si es obligatorio que, en la medida (al menos) en que se dé el supuesto de hecho B, también se realice la consecuencia jurídica A, entonces, en la medida en que se dé el supuesto de hecho B, será obligatorio A.
 - (5b) Si es lícito que, en la medida (al menos) en que se dé el supuesto de hecho B, también se realice la consecuencia jurídica A, entonces, en la medida en que se dé el supuesto de hecho B, será lícito A.
- Axioma n.º 6. Principio de alternativa obligada. En la medida en que sea obligatorio A-o-B pero no se cumpla en absoluto A (por causas voluntarias o involuntarias), será obligatorio B.
- Axioma n.º 7. Principio de alternativa lícita. En la medida en que esté permitido A-o-B pero no se ejerza en absoluto A (por causas voluntarias o involuntarias), estará permitido B.
- Axioma n.º 8. Principio de obligación distribuida. En la medida en que sea preceptivo A-y-B y que, de hecho, se realice A, será obligatorio B.⁴⁸

⁴⁷ Más abajo veremos algún ejemplo de la impronta de este principio para la aplicación e interpretación de la Constitución.

⁴⁸ Este principio y el siguiente son debilitaciones de sendos principios de simplificación de la lógica deóntica estándar.

El principio de simplificación del deber dice: «Si es obligatorio A-y-B, es obligatorio B», cúmplase A o no. Un ejemplo: si —en virtud del contrato que han suscrito— es obligatorio que Policarpo entregue el anillo a Magdalena y que esta le pague cien euros, entonces es preceptivo que Magdalena pague cien euros a Policarpo (tanto si este le entrega el anillo como si no).

- Axioma n.º 9. Principio de licitud distribuida. En la medida en que sea lícito A-y-B y que, de hecho, se realice A, será lícito B.
- Axioma n.º 10. Principio de la originación ilícita. En la medida en que un hecho ocasione una consecuencia prohibida, es ilícito.
- Axioma n.º 11. Principio de no vulneración (o de no coacción). En la medida en que una conducta ajena sea lícita, está prohibido impedirle («impedirle» se entiende mediante coacción: violencia, amenaza, fuerza en las cosas u otro comportamiento asimilable, en virtud del contexto y de la normativa vigente, en su espíritu y en su letra).⁴⁹

El axioma n.º 11 (junto con su converso) podemos también llamarlo «principio de correlación nomológica entre derechos y deberes». Un corolario del mismo es el principio de protección jurídica: cualquier conducta es tal que, o bien es ilícita, o bien está prohibido impedirle.

Notemos que los dos últimos principios introducen conceptos que son infrecuentes en los textos de lógica y para los cuales, en rigor, hoy

Justamente por entrañar tan indeseables consecuencias (que violan la máxima *non adimplenti non est adimplendum*), ese principio se abandonó en la lógica nomológica desde que esta comenzó a construirse a mediados de los años noventa. (El primer trabajo en el que se expuso fue: Lorenzo Peña & Txetxu Ausín, «Quantificational Entitlements and Relevantoid Deontic Logic», *Logique et Analyse*, ISSN 0024-5836, n.º 150-151-152, 1995, pp. 209-238. Vinieron después de los mismos autores: «Paraconsistent Deontic Logic with Enforceable Rights», *Frontiers of Paraconsistent Logic*, ed. por D. Batens, Ch. Mortensen, G. Priest & J. P. van Bendegem, Balford: Research Studies Press Ltd. 2000, ISBN 0863802532, pp. 29-47 y «La deducción normativa», *Doxa*, 2000, vol 23, pp. 465-81, ISSN 0214-8676.) En el curso de su ulterior elaboración, la nueva lógica deontica ha recibido diversas denominaciones, como las de «lógica jurídica», «lógica jurídica» y, finalmente, su actual rótulo: «lógica nomológica».

En la más reciente evolución de esta lógica, se ha incorporado, para reemplazar al desechado principio de simplificación deontica, el de obligación distribuida, que únicamente afirma que la obligación conyuntiva implica la de uno de los conyuntos por separado en el caso de que el otro conyunto se haya realizado de hecho.

⁴⁹ A efectos prácticos podemos comprender, bajo este principio de no vulneración, también su converso: en la medida en que estén prohibidos *todos* aquellos hechos que (mediante fuerza, coacción o violencia) impidan realizarse o mantenerse una situación, tal situación es lícita. Este principio converso de no vulneración no es fácilmente formalizable a causa del cuantificador «todos» referido a hechos.

por hoy no disponemos de sistematización lógica; quizá ni siquiera sea posible tener nunca una lógica de la causalidad (ni de la más amplia relación de originación u ocasionamiento).

Además, son dos principios que, si bien poseen un sustrato naturalista o fisicalista, también tienen notas normativas; su configuración precisa no viene dada solo por los datos de la causa eficiente naturalísticamente descriptible (sea física, química, biológica u otra), sino, en parte, por el propio ordenamiento. En esa medida son principios que operan *ex hypothesi*: su operatividad o aplicabilidad depende, en parte, de cómo se haya configurado el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este no puede escapar a la vigencia de esos principios, aunque tenga un margen para configurarlos.

Uno de los problemas del principio de la originación ilícita es el de las omisiones. Por eso (superando así un yerro terminológico en el que incurrí en pasados escritos), no lo formulo aquí en términos de causación, sino, más ampliamente, en el de originación. La omisión del socorro no causa la muerte de la víctima, pero es jurídicamente ilícita porque el omitente hubiera debido y podido no omitir ese socorro, hubiera debido actuar para impedir el resultado, afectado de desvalor social (contrario al bien común).

Podemos 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. (Indagarlas cae fuera del marco de este ensayo.)

2.7. *Ejemplos de aplicación de los axiomas nomológicos a la dogmática constitucional*

El principio de desiteración deóntica (el corolario n.º 2 del axioma n.º 2) equivale, por contraposición, al principio de iteración del operador de licitud —al cual podemos también llamar «principio de no exoneración»: únicamente es lícita una conducta cuando sea lícita-

mente lícita. O dicho lo mismo —solo que a la inversa—: en la medida en que esté prohibido autorizar una conducta, tal conducta queda *eo ipso* prohibida. Con otras palabras: no hay derechos ilícitos. (O, para decirlo de manera quizá todavía más clara: lo que tiene que estar prohibido está efectivamente prohibido.)

Un ejemplo: el artículo 15 CE afirma: «nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos humillantes o degradantes». Es esclarecedora una lectura más literal y amplia del artículo de marras: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ...». Esa disposición es conyuntiva: cada uno (1) *tiene derecho* a la vida y a la integridad; y (2) es tal que *no podrá* ser torturado (ni sufrir trato equivalente). Notemos que no se formula así: «todos tienen derecho a la vida y a la integridad así como a no ser torturados»; ni su equivalente: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad y no serán torturados».

Cuando una conducta se prohíbe, los textos jurídicos usan expresiones tales como «Tal conducta no se realizará». Y cuando se prescribe, se dice «Tal conducta se realizará» (así el art. 31.1 CE manda: «Todos contribuirán al sostenimiento de las cargas públicas de acuerdo con su capacidad económica»). Cabe, en ciertos contextos, sustituir ese futuro deóntico por un subjuntivo (así, la locución «sin que puedan» es un alomorfo de «y no podrán»). Si fuera la tortura lo que directamente se estuviera prohibiendo en el artículo 15, ¿no parece que la frase sería del tenor «nadie será torturado»?⁵⁰

Al decir que nadie *podrá* ser sometido a tortura ¿qué se está prohibiendo? ¿Que alguien sea torturado? ¿O, más bien, que alguien *pueda* ser torturado? Dudo que resulte forzado entender que aquello que se está edictando es solo una prohibición de que *se autorice* la tortura. Pero todos entendemos que el alcance del artículo 15 no se circunscribe a la prohibición de autorizar la tortura, sino que —así sea indirectamente— aspira a vehicular un derecho subjetivo y fundamental (es,

⁵⁰ Así de directamente se expresan casi todos los demás derechos fundamentales de dicha Sección. El art. 20 reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos; no se otorga tal derecho mediante una circunlocución «a nadie se podrá impedir que exprese libremente sus pensamientos».

al fin y al cabo, el primero de los derechos de la sección primera del capítulo II del título I, que se intitula «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»). El artículo —aunque por un rodeo— viene a reconocer un derecho a la *incolumidad corporal*.⁵¹ Podría haber dicho: «Todos tienen derecho a la incolumidad corporal y, por consiguiente, a no sufrir malos tratos». Por el contexto político-jurídico en el que se elabora la Constitución (amplia práctica de la tortura —consentida, cuando no ordenada, desde el poder durante los años de la transición), lo que el redactor del art. 15 quiso recalcar es que no se volvería a permitir dicha práctica en ningún caso.⁵²

¿Cuál es ese rodeo? El siguiente. La prohibición de permitir la práctica de la tortura equivale a la obligación de prohibirla, o sea, a la obligación de que sea ilícito que alguien sea torturado. Gracias a la lógica nomológica —concretamente al principio de no exoneración— concluimos que es ilícito venir torturado. O, dicho de otro modo, que cada uno tiene derecho a no ser torturado.⁵³

⁵¹ Evidentemente podemos subsumir el concepto de incolumidad corporal en el de vida íntegra —que se expresa en el art. 15 CE como «vida y dignidad»—. De ser así, sería redundante prohibir la tortura. En todo caso, el concepto de vida íntegra es vago, no resultando ocioso que el legislador agregue el corolario del derecho a la incolumidad corporal. Solo que el art. 15 CE lo hace dando el rodeo de prohibir autorizar la práctica de la tortura.

⁵² Los constitucionalistas y los filósofos del derecho que teorizan sobre la base del *big bang* constitucional del 27/29 de diciembre de 1978 a veces se ven constreñidos a referirse al proceso que condujo a tal resultado, al «antes del *big bang*»; pero raras veces —o, más bien, ninguna— reproducen los datos acopiados por los historiadores que han estudiado los sótanos y las trastiendas de aquella transición. V. J. Alberto Gómez Roda, «La tortura en España bajo el franquismo: Testimonio de torturas durante la dictadura y la transición a la democracia», *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, n.º 17, 2005, pp. 49-67, consultado en 2016-04-01, <http://roderic.uv.es/handle/10550/46138>.

⁵³ Este argumento presupone que el hecho de que X torture a Z es el mismo que el de que Z sea torturado por X. En general el hecho denotado por una oración en voz activa sería idéntico al hecho cuya expresión lingüística es la conversión de esa oración a la voz pasiva. Sin embargo, no es indubitable tal equivalencia lógica. (Discutí ese problema en «La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos», *Persona y Derecho*, n.º 61, 2009, pp. 73-102.)

Las dos razones para postular la equivalencia lógica son que ambos hechos, el activo y el pasivo, parecen: (1) ocupar, en la misma medida, la misma ubicación espa-

Un caso similar es el del art. 16.2: «Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (no se dice: «Nadie será obligado a declarar sobre su ideología»). El artículo directamente solo parece estar prohibiendo que *se autorice* a constreñir a alguien a declarar sobre su ideología. Directamente no reconoce un derecho subjetivo a no declarar. Mas, por el principio de no exoneración, al estar prohibido permitir que se obligue a declarar, estará prohibido obligar a declarar, o sea: será obligatorio no estar compelido a declarar.⁵⁴ En términos más claros: será obligatoriamente lícito no declarar. De ahí, mediante el principio de efectividad de los derechos, concluimos que es lícito no declarar sobre la propia ideología; tenemos derecho a guardar silencio sobre nuestras convicciones.⁵⁵

cio-temporal; (2) tener las mismas causas y los mismos efectos. Ahora bien, en contra de la identidad puede aducirse que difieren en las propiedades verídicamente atribuibles al uno y al otro. Pongamos otro ejemplo, que guarda similitud: ¿es lo mismo que Leocadio mate a Pancracio que el que Pancracio muera a manos de Leocadio? Podemos decir que Leocadio mata a Pancracio alevosa o premeditadamente, no que Pancracio muere a manos de Leocadio alevosa ni premeditadamente. Incluso es problemático el aserto de que ambos hechos tienen las mismas causas, puesto que precisamente podemos pensar que la causa de que Pancracio muera es que Leocadio lo ha matado y que el odio o el afán de venganza o la crueldad o el ansia de rapiña pueden ser causas del matar Leocadio a Pancracio, mas no causas de que Pancracio muera a manos de Leocadio.

Si admitimos ese distingo, difícil no será, por analogía, reconocer que se da uno igual entre que X torture a Z y que Z sea torturado por X. En tal hipótesis, habría que acudir al principio de no vulneración —el axioma 11 de la lógica nomológica— (o más bien a su converso) para deducir de la prohibición de torturar el derecho a no ser torturado, o sea a la incolumidad corporal, toda vez que el que X inflija malos tratos a Z impide violentamente a Z no sufrir malos tratos.

No me pronunciaré aquí ni por la identidad ni por la diferencia entre ambos hechos, el activo y el pasivo, dejando abierta la cuestión.

⁵⁴ Presupongo que es lo mismo que nadie obligue a declarar a X que el que X no sea obligado por nadie a declarar, e. d. que a X le sea lícito no declarar.

⁵⁵ Similarmenete el art. 33.3, al decir «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada [...] mediante la correspondiente indemnización, ...», está prescribiendo: «Está prohibido que sea lícito privar a alguien de sus bienes o de sus derechos, ...». Por lo tanto —en virtud del principio nomológico de no exoneración— es ilícito que alguien sea privado de sus bienes o de sus derechos (salvo con las condiciones previstas en el artículo). Luego —en virtud del principio converso de no vulneración— cada cual tiene derecho a conservar sus bienes y sus derechos

Voy a ilustrar el alcance de otro de los principios de la lógica nomológica: el de colicitud (el axioma n.º 4 en nuestro elenco). El art. 22.1 constitucional reconoce el derecho de asociación y el artículo 32.1 el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Supongamos que se promulga una ley de asociaciones que reserva ese derecho para los solteros; el preámbulo podría alegar que, si bien existe el derecho a asociarse y también existe el derecho a casarse, no existe un derecho a hacer ambas cosas. Alternativamente la ley podría estipular que los miembros de ciertas asociaciones no podrían contraer matrimonio en situación de igualdad jurídica plena; la exposición de motivos sería de parecido tenor. Está claro para todos que semejantes leyes serían anuladas por el Tribunal Constitucional, el cual razonaría según el principio de colicitud. Cada uno de esos derechos es incondicional. Su disfrute no puede en ningún caso venir condicionado a la renuncia al otro derecho.

Otro ejemplo de aplicación del principio de colicitud: el art. 47 constitucional afirma: «Todos los españoles tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», o sea: para cada español, X, es lícito que haya una vivienda digna y adecuada en la cual pueda morar X. Pues bien, imaginemos que una ley regula el acceso a las viviendas de protección oficial por un sistema de cola según el orden alfabético del primer apellido.⁵⁶ Ante recursos de quienes tienen un primer apellido que comienza por las letras «V, W, X, Y, Z», las autoridades responden: en efecto los demandantes tienen tanto derecho a una vivienda digna —y, a falta de otros medios, a poder acceder a una de protección oficial— como quienes tengan un apellido que empieza por «A». Ahora bien, aunque es lícito que Juan Abad tenga una vivienda donde pueda morar y también es lícito que Jacinto Zurita tenga una vivienda donde pueda morar, no es lícito que ambos disfruten a la vez de tal derecho: o el uno o el otro. Y, no estando fijado constitucionalmente quién sí y quién no, la ley zanja optando por el orden alfabético —igual que hubiera podido elegir la estatura, el color del

—salvo cumpliéndose tales condiciones.

⁵⁶ A sabiendas de que los fondos adjudicados no alcanzarán a aquellos cuyos apellidos empiezan por una de las últimas letras.

pelo, la fecha de nacimiento, el número de idiomas conocidos o cualquier otra circunstancia.

Si se replica que tal ley vulnera el art. 14 constitucional que prohíbe «discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», el gobierno redarguiría que la ley de marras no discrimina, sino que adjudica bienes escasos según un criterio emanado de la voluntad del legislador, a falta de uno establecido por el constituyente.

Aunque todo eso puede sonar rocambolesco, de hecho es lo que sucede hoy por la normativa legal que prohíbe trabajar a los mayores de cierta edad (violando flagrantemente el art. 35.1 constitucional),⁵⁷

⁵⁷ Haciéndose eco de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo y de la de otras jurisdicciones «de nuestro entorno», como la del Reino Unido, el Tribunal Constitucional admite la discriminación por edad, siempre que constituya un medio proporcionado para una finalidad legítima. V. la Directiva 2000/78 de la Comisión de Bruselas, donde se autoriza un trato de desfavor a los viejos cuando «esté objetiva y razonablemente justificado por un fin legítimo, lo cual abarca objetivos de una legítima política de empleo, mercado laboral y formación profesional, siempre que los medios para alcanzar tal fin sean necesarios y proporcionados».

Nótese que los más encarnizados enemigos del principio de no-discriminación por edad son, junto con muchos empleadores (públicos y privados), los sindicatos, que han perseguido con reiterada saña a los trabajadores de más edad.

En la STC 200/2001 de 4 de octubre, el FJ4 afirma: «el artículo 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado ese principio general de igualdad por una conocida doctrina constitucional como un derecho subjetivo [...] que exige que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable [...] y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas».

Aunque la jurisprudencia del TC ha sido zigzagueante, en general ha tendido a avalar la discriminación laboral por edad. En su Sentencia 066/2015 (de 13 de abril de 2015) deniega el recurso de amparo de cuatro trabajadoras despedidas por una empresa pública valenciana a causa de su edad, afirmando: «De este modo, la selección [para el despido] de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños».

Con razonamientos así, sería facilísimo justificar la tortura, siempre que el torturador tomara medidas para hacerla lo menos dolorosa posible (dentro de lo que cabe) y fuera un medio necesario para un fin legítimo, como es descubrir la autoría de un crimen y, por lo tanto, que este no quede impune. Es más, podría aducirse que el medio

so pretexto de que así se promueve el empleo de los de menos edad.⁵⁸

De todas estas reflexiones concluyo que el principio de colicitud es absolutamente necesario, imprescindible para cualquier orden jurídico.⁵⁹ El disfrute o ejercicio de un derecho por una persona, X, no ha

sería, no solo necesario, sino también proporcionado, ya que el sufrimiento infligido a uno (el acusado o testigo que sufriera el tormento) vendría compensado por el beneficio social, al cumplirse los más importantes fines de reafirmación del ordenamiento jurídico conculcado, la prevención especial y la prevención general; todavía más en caso de que el crimen hubiera causado alarma social. (Claro que a tales abusos de la ponderación hay que oponerles que esta ha de detenerse ante líneas rojas, que son aquellas en las que el daño causado, a la larga, por violar una regla supera con creces las ventajas transitorias de tal violación. Y cualquier transgresión de la incolumidad personal o del derecho a la igualdad es de esa índole; son líneas rojas, límites infranqueables, sin ponderación que valga. Sobre mi concepto de ponderación, v. *infra*, nota 155.)

Al Alto Tribunal se le escapa que la discriminación laboral por edad no solo vulnera el art. 14 CE sino también el art. 35.1, el derecho al trabajo; verdad es que no se trata de un derecho recurrible en amparo, pero sí vinculante (en virtud del art. 53.1 CE) para todos los poderes del Estado. Uno de esos poderes es el propio TC.

⁵⁸ Por las mismas se podría prohibir trabajar a los nacidos bajo los signos de capricornio o piscis para que tuvieran más oportunidades de empleo los nacidos bajo leo o géminis. Recodemos que el 12 de abril de 1934 S. M. el rey de los belgas prohibió a las féminas acceder a empleos administrativos públicos para reservarlos a los varones. Desde dos años antes, ciertos sindicatos venían, sin éxito, reclamando una exclusión de las mujeres del mercado laboral (v. Elian Gubin, «Les femmes d'une guerre à l'autre», *CHTP-BEG*, n.º 4, 1998; consultado en 2016-04-16: http://www.cegesoma.be/docs/media/chtb_beg/chtb_04/chtb4_013_Gubin.pdf).

⁵⁹ Eso sí, una constitución puede reconocer unos u otros derechos fundamentales; al reconocer uno, sin expresar condición alguna, lo instituye como incondicional. En USA no existe ningún derecho de bienestar constitucionalmente reconocido (nadie tiene constitucionalmente derecho a un empleo, ni a una vivienda, ni a la salud, ni a la jubilación, ni a beneficiarse de los servicios públicos). En los países del bloque oriental todos los derechos políticos eran condicionales, por expreso mandamiento de la constitución respectiva. Era lícito asociarse pero con la condición de hacerlo para fines compatibles con el sistema socialista.

Lo que no puede ser es que una constitución reconozca dos derechos sin sujetarlos a condición y que luego se quiera frustrar el simultáneo ejercicio o disfrute de ambos. Si la constitución contiene una cláusula que condicione el disfrute de un derecho incondicional al no disfrute de otro derecho incondicional, hay que entender que, o bien les está retirando el rango de derechos incondicionales, o bien está instituyendo una cláusula inexequible (no digo nula ni inválida).

de ser nomológicamente incompatible con el disfrute o ejercicio del mismo derecho por otros ni tampoco con el disfrute de otro derecho por esa misma persona, X. Y es que hablamos de derechos cuya titularidad es incondicional.⁶⁰

Para evitar confusiones, empero, cabe introducir aquí una advertencia. Salvo el de no ser torturado (el del artículo 15 constitucional), es dudoso que haya derechos absolutos, por muy fundamentales que sean. Hoy no pensamos —como nuestros constituyentes de 1869— que los derechos humanos fundamentales sean *ilegislables*. Al revés, el artículo 53 constitucional prevé que *el ejercicio* de tales derechos podrá regularse por ley, respetándose su contenido esencial. Regular implica, a la vez que amparar, tutelar y precisar, también limitar y condicionar. Mas lo que se condiciona no es la titularidad de un derecho sino, tasadamente, determinados ejercicios del mismo.

Así, ciertos ejercicios del derecho de asociación, del derecho de expresión, del derecho de huelga, p. ej., están condicionados a la no realización de determinadas actividades lícitas, pero que no son derechos fundamentales. Está claro, v. g., que quienes desempeñen cargos de confianza están sujetos a un deber de reserva y que a los trabajadores de una empresa puede serles preceptivo no divulgar secretos comerciales o industriales de la misma. Sin embargo, ninguno de esos derechos es condicional. Solo que tienen un perímetro de legítimo ejercicio.⁶¹

⁶⁰ Un conglomerado de normas que careciera del principio de colicitud, ¿qué sería? Sería una amalgama, mas no un sistema normativo —al menos no uno jurídico. No es que sea condición de validez de una norma su conformidad con este principio —ni con los demás axiomas de la lógica nomológica. Lo que es condición de validez del sistema (en su conjunto) es la presencia en el mismo del propio principio; este sigue presente incluso si una norma lo niega. Al negarlo, produce una grave antinomia. Pero esa negación será inexequible, porque su ejecución implicaría que no habría ni un solo derecho incondicional, desencadenándose una regresión infinita. En efecto, a cada derecho condicional del tipo «Si A, entonces es lícito B» le corresponde uno incondicional del tipo «Es lícito que, si A, B». En el supuesto de que, por más que lo proclame la ley o la Constitución, sea dable condicionar ese derecho a una ulterior condición, C, entonces el verdadero derecho no será el de, si A, B, sino el de, si A-y-C, B. Póngase otro condicionamiento, el de D, y ya está en marcha la regresión. El sistema es inviable sin al menos algunos derechos incondicionales.

⁶¹ En realidad tienen dos: uno externo, que delimita hasta dónde puede extenderse, y otro interno, allende el cual el ejercicio puede ser abusivo por colisionar con

Estas consideraciones nos muestran la impronta de nuestros once principios nomológicos para construir una correcta dogmática constitucional. Si tales principios estuvieran subordinados a lo que dispusiera la Constitución, solo podrían invocarse y aplicarse en tanto en cuanto el propio texto constitucional explícitamente los recogiera. Sin embargo, no es así. No solo valen aunque el texto constitucional guarde silencio sobre ellos, sino que valdrían igual en el contrafáctico supuesto de que ese texto los excluyera.⁶²

2.8. Reglas de inferencia primitivas de la lógica nomológica

Réstanos por explicar el tercer componente de la lógica nomológica: las reglas de inferencia normativas.

Plantéase aquí un problema de dilucidación conceptual. Cualesquiera reglas de inferencia suelen calificarse —en ámbitos de la investigación ajenos al terreno de lo jurídico y aun, más en general, de las normas— como normativas. Así, la regla del *modus ponens* —ya más arriba aludida— se suele entender como normativa en el sentido de que faculta una operación mental o lingüística, la de pasar de las premisas a la conclusión. Sin embargo, ese sentido de «normativo» es impropio. En tal contexto, no se trata de determinar lo lícito ni lo ilícito, sino lo epistemológicamente válido o inválido. Lo que se quiere decir es que es epistemológicamente correcto pasar de las premisas a la conclusión, toda vez que la regla garantiza que no se tendrán premisas verdaderas y una conclusión totalmente falsa.

derechos ajenos; aunque nuestra Constitución no prohíbe expresamente —cual lo hace la colombiana de 1991— el abuso de los derechos propios, sí prescribe la obligación (por el art. 10.1) de respetar los derechos de los demás (v. Lorenzo Peña & Txetxu Ausín, «¿Cabe un abuso de los derechos positivos?», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, México/Madrid, Plaza y Valdés, ISBN 9788493439552, pp. 387-401.)

⁶² En rigor el texto constitucional es impotente para excluir los principios nomológicos; lo que puede hacer es negarlos, produciendo con ello una antinomia. Tal negación sería inexecutable, porque esos principios son garantía de un funcionamiento operativo. Sin ellos no hay sistema, sino amalgama incapaz de funcionar. No hay sistema jurídicamente vigente si carece de potencial eficacia y estabilidad, si está abocado a su pronta destrucción en virtud de sus propias carencias normativas o de sus propios excesos.

En el contexto de la lógica nomológica, sin embargo, las reglas aceptables de inferencia, además de ser epistemológicamente válidas, han de ser nomológicamente adecuadas. Y es que solo pueden ser válidas si también son normativamente idóneas. En efecto, para que una regla de inferencia nomológica sea válida es menester que no pase de premisas verdaderas a una conclusión totalmente falsa. Pero eso implica que la normatividad que haya en las premisas (en algunas o en todas) no se pierda en la conclusión. Ahora bien, esa normatividad tiene que estar encaminada al bien común, por el axioma normativo más esencial de la lógica nomológica. Eso conlleva que, para que sea válida una regla de inferencia normativa, no puede pasarse de premisas favorables al bien común a una conclusión deletérea para el mismo. De ahí que tales reglas de inferencia hayan de cumplir, para tener validez epistemológica, un requisito de satisfactoriedad normativa. Con otras palabras: han de ser normativamente útiles y no perjudiciales.

Cualquier estudioso de la lógica sabe que un mismo sistema puede construirse con pocos axiomas y muchas reglas de inferencia (primitivas) y viceversa. En el segundo estilo, se demostrarán como teoremas enunciados que, en el primer estilo, se postulan como axiomas. En cambio, con el primer estilo, se podrán tener, a título de reglas derivadas, todas aquellas que, en el segundo estilo, eran primitivas.

El autor de este texto ha preferido el primer estilo: más axiomas y menos reglas de inferencia primitivas. Pero habría otras axiomatizaciones posibles de la lógica nomológica. Una de ellas, p. ej., prescindiría del doble axioma de la consecuencia jurídica [(4a) y (4b)], adoptando, en su lugar, sendas reglas de inferencia primitivas; igualmente los dos axiomas de opción alternativa (el axioma n.º 6 y el n.º 7) pueden descartarse siempre que se introduzcan, en su lugar, apropiadas reglas de inferencia. Todas esas reglas tendrían premisas puramente fácticas y conclusiones normativas (ya fueran situaciones normativas, ya conexiones normativas), dando un mentís a la osada proclama de Hume y Moore de que de lo fáctico no puede, válidamente, inferirse lo normativo.⁶³

⁶³ Claro que ellos presuponían que nada se puede inferir válidamente si no es con la lógica aristotélica, la cual desconoce la mayoría de las deducciones lógicamente correctas.

De hecho solo vamos a contemplar dos. Y una de ellas es extremadamente peculiar; en rigor ni siquiera es una regla de inferencia en sentido estricto.⁶⁴

La primera regla es pacífica: cuando sea una verdad necesaria que, en la medida en que suceda A, sucederá también B y viceversa, la obligatoriedad de A equivaldrá a la de B. Es la regla de equivalencia. Lo que nos está diciendo es que, si «dos» situaciones son, con necesidad (necesidad lógica o metafísica), exactamente igual de realizadas o irrealizadas, o sea, si, en todo mundo posible, en todo momento, en cualquier circunstancia, la realización de la una va acompañada por la de la otra en la misma medida, es que, en realidad, no son dos, sino que son una sola y misma situación. Es una versión (atenuada y matizada) del principio de Descartes de que todo lo diferente es separable.

Desde luego puede discutirse. Podríamos imaginar que dos situaciones fueran siamesas, absolutamente inseparables —en el sentido explicado— sin ser la misma. Está claro que eso violaría un principio de economía ontológica introduciendo en la realidad entidades baldías y redundantes. Pero para nuestro propósito no importa. Lo que nos dice la regla de equivalencia es que esas dos situaciones estrictamente inseparables estarían igualmente afectadas por los operadores deónticos, pues no habría cómo cargar a la una con un peso de obligatoriedad sin cargar también a la otra.

A efectos nomológicos estriba la utilidad de la regla en que, ante locuciones sinonímicas (ya lo sean en absoluto o ya lo sean en cierto contexto), la determinación de un estatuto deóntico en el que esté involucrada una de ellas puede trasladarse a otro igual, con la sola diferencia del reemplazo de esa locución por su sinónima. Así, v. g., que X suceda en el trono a Z es necesariamente equivalente a que X suceda en la corona a Z, por lo cual la regla de *sucesión en el trono* de la segunda frase del art. 57.1 constitucional («la sucesión en el trono seguirá el orden»), o sea, es preceptivo que la sucesión en el trono siga ese

⁶⁴ Los criterios para seleccionar reglas de inferencia nomológicas son los ya expuestos más arriba para los axiomas. Trátase de encontrar unas pocas reglas fértiles, imprescindibles para la argumentación normativa y sin consecuencias inaceptables. El método es abductivo, como lo es el de hallazgo de axiomas y reglas de inferencia primitivas de cualquier sistema de lógica deductiva. Estas dos reglas cumplen esos requisitos. No se excluye que pueda haber otras, mas habría que demostrarlo.

orden) equivale a esa misma regla sustituyendo la palabra «trono» por «corona», como el propio contexto obviamente lo patentiza.

La segunda y última regla de inferencia nomológica es la de permisión, que es una regla presuntiva (y, a fuer de tal, no estándar).

Lo que nos dice la regla de permisión es que, salvo que se demuestre que una conducta está jurídicamente prohibida, dicha conducta es lícita. Es una regla de presunción de licitud. La prohibición hay que probarla. A falta de prueba, hay que afirmar la juridicidad de la conducta en cuestión. Por lo tanto, no hay ni puede haber lagunas en el derecho. Podrá la ley haber guardado silencio, pero eso no significa que haya dejado una conducta en un limbo de ni-prohibida-ni-permitida.

No sé quién fue el primero que formuló la regla de permisión, pero entre sus más descollantes adeptos figuran Hobbes,⁶⁵ Bentham⁶⁶ y Zi-

⁶⁵ Hobbes, en el *Leviatán*, enuncia su célebre tesis de que la libertad viene con el silencio de la ley. V. capítulo 21, párr. 18: «As for other liberties, they depend on the silence of the law. In cases where the sovereign has prescribed no rule, there the subject hath the liberty to do, or forbear, according to his own discretion». ¿Cuál es la fuente de tal libertad? No nos lo dice Hobbes, pero está claro que se trata de un canon jurídico-natural que, de la mera ausencia de prohibición, infiere el derecho de hacer (y de la ausencia de obligación, el derecho de no hacer).

⁶⁶ En *Position and Change: A Study in Law and Logic* (trad. por P. Needham, Springer Netherlands, 2014, ISBN 9789401012041; la 1ª ed. es de Reidel, 1977), Lars Lindahl estudia el esbozo de lógica deontica de Bentham. Aunque Lindahl otorga alta significación al distingo benthamiano entre *naked* y *vested liberties* (libertades escuetas y titularizadas) para ver en él un precedente de los rebuscados esquemas de Hohfeld, las citas que reproduce testimonian que —independientemente de tal distingo— Bentham reconoce que la no-prohibición de una conducta implica su licitud: «How can I possess *the right* of going into all the streets of a city? It is because there exists no obligation which hinders me, and because everybody is bound by an obligation not to hinder me» (Cit. *ibid.*, p. 133 de la ed. de 1977).

Ahora bien, hay un pasaje de Bentham (no aducido por Lindahl) que parece desmentir esa postura: en sus *Anarchical Fallacies*, consagradas a refutar la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, Bentham ataca —con la vehemencia que caracteriza todo ese panfleto polémico— el art. 5.º: «La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas» (tal artículo compendia la regla de permisión y el principio de no vulneración). En su refutación, nuestro filósofo entiende torcidamente el texto; según él la ley solo prohíbe aquello que un texto legislativo declara expresamente prohibido. No es así: la ley también prohíbe cualquier conducta cuya ilicitud se siga

telmann,⁶⁷ para quienes cuanto no está prohibido está permitido. En el siglo XX han surgido corrientes que, erróneamente, han imaginado

de las prescripciones legislativas más la lógica nomológica más los supuestos de hecho pertinentes. No vale, pues, su contraejemplo de que él puede impedir a su hijo montarse en un caballo indómito aunque la ley no lo prohíba; justamente, dadas esas circunstancias, la ley lo prohíbe, pues, al conceder a Bentham la patria potestad, prohíbe a quien esté bajo ella cualquier conducta que viole los mandamientos dictados en el legítimo ejercicio de esa patria potestad.

En su monografía *J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional* (Madrid, CEC, 1988, pp. 170-171), Benigno Pendás recuerda que, para Bentham, los cuatro fines del derecho son: subsistencia, abundancia, igualdad y seguridad. ¿Y la libertad? «La libertad es objeto de la política y no del derecho [...] Bentham plantea una concepción negativa de la libertad como ausencia de coerción [...] La jurisprudencia benthamiana [...] basa su análisis de las cuestiones políticas en un “presupuesto en favor de la libertad individual” que hace recaer la carga de la prueba sobre la restricción y la coerción».

En idéntico sentido abunda José Juan Moreso, en *La teoría del derecho de Bentham* (Barcelona, PPU, 1992), pp. 327 y ss., citando un texto inédito de Bentham: «La libertad es ni más ni menos que la ausencia de coerción. Este es el sentido genuino, original y propio de la palabra “libertad”. La idea de ella es una idea puramente negativa». Y agrega Moreso que, para Bentham, «las leyes solo deben prohibir (si se desea seguir el programa utilitarista) aquellas conductas que impidan la maximización del bienestar». O sea, pese a su polémica contra la Declaración francesa de 1789, en el fondo Bentham viene a sostener exactamente lo mismo, aunque con diversos conceptos y fundamentos filosóficos.

⁶⁷ La vigorosa argumentación de Zitelmann a favor de la regla de permisión —en su discurso de 1902 en la Universidad de Bonn— viene expuesta por Eduardo García Máynez en su *Introducción al Estudio del Derecho* (47ª ed., México, Porrúa, 1995, pp. 359 y ss.). La postura de Zitelmann se resume en la frase «si en la ley hay lagunas, en el derecho no puede haberlas», y es que el derecho comprende también los principios jurídicos. (Zitelmann, escribiendo en el período inicial de hegemonía juspositivista, no osa invocar el derecho natural; mas es dudoso que sean de derecho positivo todos los principios jurídicos de que ha menester para colmar las lagunas de la ley.)

Si bien en el fondo comparte la tesis de Zitelmann, García Máynez objeta a ese argumento que el principio «lo que no está prohibido está permitido» es puramente lógico-formal. El jusfilósofo mexicano no vislumbró una enunciación no tautológica de ese principio, que es la que brinda nuestra regla de inferencia, la cual permite presumir la licitud de una conducta cuando, habiéndose intentado demostrar su prohibición, no se ha conseguido.

Por último hay que recordar que las mismas tesis de Zitelmann fueron también abrazadas por Hans Kelsen. V. García Máynez, *op.cit.*, p. 353. Kelsen cree despachar

lagunas jurídicas. Han acudido para tal fin a distinguos conceptuales de una artificial sutileza (como los de Hohfeld en los primeros decenios del siglo)⁶⁸ o a una igualmente arbitraria diferencia entre licitud interna y licitud externa en los sistemas de lógica deóntica de Alchourrón y Bulygin, quienes han aducido que, en los sistemas deónticos estándar (la lógica deóntica ordinaria, podríamos decir), es perfectamente posible que no se demuestre ni «Es lícito que A» ni tampoco «Está prohibido que A»; la no prohibición de A en un sistema jurídico no entrañaría, pues, la licitud de A en ese sistema, sino una licitud débil o externa, consistente solo en que el sistema carece de prohibición de A.

Esas rebuscadas sutilezas, esos distinguos artificiales, facultan al legislador para dejar sin protección alguna conductas no prohibidas. Para dichos autores ultrapositivistas (de Hohfeld a Alchourrón), el legislador puede, ciertamente, edictar un precepto como el art. 172 CP que castiga las coacciones, mas no tiene el deber de hacerlo.

Mi tesis es la absoluta y total negación de esos fantásticos distinguos y la reafirmación de una tesis jusnaturalista, a saber: por virtud del derecho natural (en nuestro caso, por la acción de dos cánones de lógica nomológica: el principio de protección jurídica más la regla de permisión), no hay conducta alguna que pueda quedar en la ambigua situación de ni-prohibida-ni-tutelada, sino que, a menos que la haya prohibido el legislador (y a menos que sea ilícita por virtud de una norma no promulgada), será lícita y, a fuer de tal, habrá de venir protegida por las autoridades públicas contra las coacciones ajenas.⁶⁹

las lagunas con el principio de que lo no prohibido está permitido sin ocurrírsele que tal principio puede carecer de promulgación legislativa (y hasta podría estar rechazado en alguna ley) y que, por lo tanto, ha de ser un principio jurídico-natural —lo cual es absolutamente incompatible con su juspositivismo.

V. también sobre las tesis de Zitelmann E. García Máynez, *Filosofía del Derecho*, 8ª ed., México, Porrúa, 1996, pp. 235 y ss. (donde se analiza a Zitelmann con el peculiar utillaje conceptual de Amedeo Conte).

⁶⁸ V. mi manuscrito inédito «Lecturas filosófico-jurídicas (2005-2007): Ejercicios didácticos», disponible en <http://hdl.handle.net/10261/15158>.

⁶⁹ Claro que yo sigo a toda la tradición jusnaturalista desde el derecho romano clásico hasta el racionalismo de la Ilustración y el panenteísmo decimonónico (en particular, Giner de los Ríos). Los juristas de esa tradición acuñaron el apotegma: «*Id omne licitum est quod non est legibus prohibitum*».

Un sistema que no funcione así no es jurídico ni sirve para regular la convivencia. Hay millones de conductas que ni la ley natural ni la positiva han prohibido, pero que tampoco han declarado lícitas. Si tales comportamientos estuvieran en ese imaginario limbo de indeterminación jurídica, podrían estar sujetos a coacción ajena, consagrándose así un derecho a la guerra privada.

Nada vale objetar que a menudo los textos legislativos son indeterminados, pudiendo recibir interpretaciones opuestas. Una de dos: o bien está lógica, hermenéutica y nomológicamente determinado cuál es la única interpretación correcta, o bien no.⁷⁰ Si no, hay varias correctas.⁷¹ Y entonces hay una pluralidad de situaciones jurídicas que pueden colisionar entre sí. Es frecuente que haya antinomias jurídicas, muy abundantes. Lo que ni hay ni puede haber son lagunas jurídicas.⁷²

⁷⁰ La alternativa imposible sería que el texto no tuviera ninguna interpretación correcta, que todas las lecturas fueran incorrectas. Sería entonces un texto nulo, un pseudoprecepto.

⁷¹ ¿Podría la interpretación correcta arrojar la conclusión de que el caso no está regulado? No, por la regla de permisión. Asumamos, por mor de la discusión, que el caso no está regulado, o sea, que ni el demandado tiene derecho a su conducta ni el demandante lo tiene a oponerse. Si no está regulado, por la regla de permisión la conducta es lícita y, por lo tanto, el demandante no tiene derecho a oponerse. Así se refuta la hipótesis. Ahora bien, ese argumento vale siempre y cuando esa conducta no sea un hecho de coacción impeditivo de otro comportamiento ajeno presuntamente tampoco regulado; de ser así, es ese comportamiento ajeno el que es lícito y la coacción impeditiva, ilícita. Si ambas conductas son coacciones mutuamente enfrentadas, ambas son ilícitas. Demuéstrase por reducción al absurdo. La riña es ilícita por ambas partes (no vale legítima defensa contra la legítima defensa).

⁷² El lector puede percatarse de que la lógica nomológica aplicada al derecho reconoce la existencia de antinomias jurídicas, o sea, pares de situaciones, una de las cuales sea la obligatoriedad de A y la otra la obligatoriedad de no-A. Por el axioma deóntico de subalternación, de ese par deducimos otro: «Es y no es lícito A», o sea, una contradicción. Eso nos fuerza a abrazar, como cálculo sentencial subyacente de nuestra lógica nomológica, uno paraconsistente; la lógica nomológica está basada en la lógica gradualista (también llamada «lógica transitiva»), la cual es una extensión no conservativa de la lógica *E* del *entailment* de Anderson y Belnap —a la vez que también una extensión conservativa de la lógica clásica, si solo consideramos la negación fuerte, la conyunción y la disyunción. Dentro de la lógica gradualista, aunque A sea, a la vez, lícito e ilícito, generalmente serán distintos el grado de licitud y el de prohibición (siendo raro que ambos coincidan en el punto de exacta equidistancia entre total verdad y total falsedad).

Por eso el rechazo de las lagunas no nos compromete a la tesis de Dworkin de que cada controversia forense ha de tener una única solución correcta (tesis que él mismo suaviza en ocasiones). Puede y suele haber varias soluciones jurídicamente correctas, aunque opuestas entre sí. Igual que hay antinomias legislativas, hay antinomias forenses (lo que se llama «jurisprudencia contradictoria»).

La regla de permisión es un canon jurídico-natural que determina la licitud de cualquier conducta mientras no esté prohibida. La situación normativa de licitud está sujeta a una condición, pero no es una condición suspensiva sino resolutive. La licitud cesa en el momento en que la conducta viene prohibida por el legislador (o por otra fuente). La regla es, pues, una presunción de libertad, que se funda en que el ordenamiento jurídico solo tiene como fin legítimo el bien común; y

⁷³ En el ámbito nomológico estamos en presencia de lo que, en la jerga lógica del mundo anglosajón, se denominan «*gluts*», en lugar de «*gaps*».

Surge, empero, una dificultad. Supongamos una antinomia, una norma cuyo opuesto también lo sea; p. ej., «Es preceptivo que A» y «Es preceptivo que no-A». Incóanse, a la vez, dos juicios sustancialmente iguales. Un juez, razonando a partir del primer precepto, estima la demanda, mientras que el otro juez, razonando a partir del segundo precepto, la desestima. Ambos han actuado ajustados a derecho; su proceder ha sido correcto. Pero el resultado es una jurisprudencia contradictoria, que suscita una inseguridad jurídica. En la práctica de poco consuelo le es a un eventual litigante saber que el juez obra bien tanto si estima su demanda como si la desestima; para él eso no difiere nada de que no haya solución correcta, porque en definitiva todo queda al arbitrio del juez.

Es más, cada juez ha realizado dos hechos: el uno, positivo, ha sido el de seguir una línea de razonamiento válida que lo ha llevado, del precepto seleccionado más los supuestos de hecho, a la consecuencia jurídica que ha reconocido y dictado; el otro hecho, negativo: abstenerse de tomar en consideración el precepto que ha soslayado (por alguna razón o porque no ha pensado en él) y así no alcanzar el fallo opuesto.

Sí, es una dificultad. Con esas dificultades vive el derecho, cada día. La jurisprudencia contradictoria es una realidad. Pero constatarlo no es el final. Podemos, de un lado, conjeturar que tal vez sea distinto el grado de vigencia de los dos preceptos; o que el grado de obligatoriedad de A no sea el mismo que el de obligatoriedad de no-A. En cualquiera de esas dos hipótesis (que no son iguales), un juez lleva más razón que el otro, su proceder es más correcto. En todo caso, hay vías de recurso (en el ordenamiento español tenemos el recurso de casación para unificación de doctrina). Y, claro está, en último término está abierta la solicitud de revisión legislativa, las consideraciones *de lege ferenda*, que son una de las tareas de los juristas.

el bien común de una sociedad humana implica el máximo disfrute posible, por el máximo número posible, de los derechos de bienestar, pero también de los de libertad, pues la libertad es un componente del bienestar.⁷⁴

Solo que, claro, sin el principio de protección jurídica, de poco —o, mejor, de nada— nos serviría la libertad que nos otorga la regla de permisión, puesto que, a la vez que nuestra conducta no prohibida sería lícita, también sería lícita la coacción ajena que nos impidiera realizar tal conducta. Sería la ley de la jungla, la libertad que reconoce Hobbes para el imaginario (e imposible) estado de naturaleza previo al (igualmente imaginario e imposible) pacto social.

Además, cualquier autoridad legislativa (incluyendo el soberano poder constituyente) tiene un poder tasado. Su potestad de legislar está circunscrita por el deber de hacerlo para el bien común y, por lo tanto, de respetar los derechos humanos, que son emanaciones del mismo. Verdad es que frecuentemente transgrede ese límite y legisla *ultra vires*, creando así antinomias jurídicas. Pero lo que no puede hacer es abolir las situaciones jurídicas que emanan del derecho natural (o de la lógica nomológica, que es su vertiente formalizable y más rigurosa). Y una de ellas es la licitud de cualquier acción u omisión cuya prohibición no se demuestre.

No se malentienda la regla de permisión en el sentido de que cuanto no esté explícitamente prohibido está *eo ipso* permitido. Puede no estar expresamente vedada una conducta cuya prohibición se deduzca de otras situaciones fácticas y normativas, aplicando la lógica nomológica. Lo que nos dice la regla de permisión es que si, aplicada la lógica

⁷⁴ La regla de permisión equivale a un principio de determinación deóntica: cualquier situación o bien está prohibida o bien es no-prohibida. No se circunscribe a la tautología de que cualquier situación está o no está prohibida.

A pesar de las radicales divergencias entre la lógica deóntica y la modal (habiendo sido la ceguera ante tales discrepancias lo que descarrió a la lógica deóntica estándar), en el ámbito lógico-modal tenemos una disyunción similar: cualquier situación es posible o es imposible. En el campo de la lógica temporal, cualquier situación es tal que sucederá o no sucederá (determinismo alético).

Un lógico constructivista impugnará esas disyunciones, considerando que hay situaciones ni posibles ni imposibles, ni lícitas ni ilícitas, tales que ni es verdad que sucederán ni tampoco lo es que nunca sucederán.

nomológica a las pertinentes situaciones fácticas y normativas, no se demuestra la prohibición —ni explícita ni implícita— de una conducta, esta ha de reputarse permitida.

Nótese, empero, lo provisional de la conclusión. El conjunto de prohibiciones de un ordenamiento jurídico será, normalmente, un conjunto indecidible, porque no será recursivo, aunque sea recursivamente axiomatizable y, por lo tanto, recursivamente enumerable. Eso determina que no hay ningún algoritmo para, en un número finito de pasos (por estratosférico que sea), decidir si una fórmula prohibitiva es o no teorema en el sistema. Conque cada vez que decimos «no se ha demostrado la prohibición de A», hay que entender «hasta ahora».

En la práctica, sin embargo, esa provisionalidad suele ser un prurito puramente teórico, porque, si juristas y expertos han debatido el asunto sin haber podido probar la prohibición, cabe razonablemente confiar en que de hecho la conducta en cuestión no está prohibida.

En el contexto normativo, que es el de la lógica nomológica, la regla de permisión constituye una autorización no solo epistemológica, sino también nomológica. Nos es lícito concluir (*juris tantum*, desde luego) que la conducta en cuestión es lícita siempre que, habiendo intentado seriamente probar lo contrario, hayamos fracasado (o, en caso de litigio, cuando la parte opuesta, que afirmaba la ilicitud de la conducta, ha sido incapaz de demostrarla).

En suma mi principal argumento a favor de la regla de permisión es que no aceptarla derrumbaría el ordenamiento jurídico, sumiéndolo en el caos y provocando una generalizada inseguridad jurídica, con lo cual dicho ordenamiento no solo dejaría de servir al único fin que lo justifica —el bien común—, sino que incluso sería prácticamente inviable. En muchísimos casos, el juez no podría desestimar una demanda, sino a lo sumo inadmitirla. La desestimación conlleva una decisión de fondo que afirma el derecho del demandado a la acción u omisión contra la cual se demanda; afirmación que frecuentemente solo se funda en que no se ha demostrado la ilicitud de esa acción u omisión. Muchas sentencias desestimatorias tienen ese cariz. Según los lagunistas, la desestimación sería incorrecta; el juez hubiera debido, sí, inadmitir, por —según ellos— no ser materia jurídica. Solo que, claro, inadmitir antes de haber examinado si la conducta está prohibida sería

una violación del art. 24.1 constitucional, que reconoce a todas las personas el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.⁷⁵ Conque el juez tiene el deber de llevar a cabo un proceso debido para saber si el demandante lleva o no razón al alegar la ilicitud de la acción u omisión del demandado, salvo casos tan evidentes de inmotivación de la demanda que lo que proceda sea la inadmisión sin necesidad alguna de prueba ni de debate.

Desde el punto de vista de los estudios metalógicos, asumir una regla no estándar como la de permisión tiene una seria consecuencia que no vamos a ocultar y a la cual ya nos referimos más atrás. El sistema resultante deja de ser recursivamente enumerable, puesto que también deja de ser recursivamente axiomatizable. Eso significa que un número (posiblemente infinito) de enunciados de la forma «Es lícito que A» que serán teoremas del sistema no podrán probarse nunca. Serán teoremas por virtud de la no demostrabilidad de «Está prohibido que A». Pero aun para los sistemas recursivamente axiomatizables (salvo los muy sencillos) resulta que, dada una fórmula indemostrable en el sistema, puede ser indemostrable esa indemostrabilidad.

Por eso estamos constreñidos a presumir. A sabiendas de que, si es indemostrable «Está prohibido que A», puede que sea indemostrable esa misma indemostrabilidad, hemos de proceder *por provisión*, o sea por presunción. ¿En aras de qué? En aras de la libertad y de la seguridad jurídica.

2.9. Las conexiones lógicas como vínculos necesarios entre estados de cosas

A lo largo de los apartados precedentes —y ajustándonos al modo usual de expresarse de los cultores de la lógica matemática—, hemos podido dar la impresión de que la lógica tiene como su materia enun-

⁷⁵ Por su propia naturaleza procesal, la inadmisión ha de ser preliminar. Efectuado el proceso, ya no se aplica la inadmisión —salvo que por el término de «inadmisión» se entienda la desestimación. El juez no se inhíbe, no se lava las manos, no dice «eso no va conmigo», sino que declara al demandado a salvo de la pretensión del demandante. El «*non liquet*» fue expresamente prohibido como excusa de inhibición judicial hace siglos; históricamente, en el derecho romano arcaico, se había tolerado; pero era en la infancia del ordenamiento jurídico, cuando todavía se consentía la justicia privada.

ciados, entes lingüísticos; que las conexiones lógicas son vínculos entre oraciones o, más ampliamente, fórmulas.

No es así. Las relaciones lógicas son nexos entre estados de cosas. La verdad axiomática de que si A-y-B, entonces A no es una relación entre enunciados, «A», «B», «A y B», sino entre los estados de cosas denotados o significados por esos enunciados. Esa verdad axiomática es, en realidad, el hecho necesario de que, para todo mundo posible, W, si en W se realiza el estado de cosas conyuntivo A-y-B, también se realiza A. Por otro lado la regla de inferencia llamada de adjunción, aquella que del par de premisas «A» y «B» permite deducir la conclusión «A-y-B», es igualmente una relación ontológica, que consiste en el hecho necesario de que, para cualquier mundo posible, W, si en W se realiza el estado de cosas A y también se realiza el estado de cosas B, entonces en W se realiza el estado de cosas conyuntivo A-y-B.

Aunque, por razones de facilidad expositiva hayamos hablado en términos de enunciados como premisas y conclusiones, una manera más rigurosa de hablar tendría que reformular toda la exposición para tener en cuenta el carácter ontológico de los vínculos lógicos.

Así, la regla de permisión lo que dice es que, para cualquier mundo posible, W, si en W no se realiza el estado de cosas deóntico de que esté prohibido que A, en W se realiza el estado de cosas de que A es lícito.

Igualmente el principio de colicitud lo que, en el fondo, nos dice es que, para cualquier mundo posible, W, en la medida en que en W se realice el estado de cosas deóntico de que A sea lícito y también el estado de cosas deóntico de que B sea lícito, en W se realiza asimismo el estado de cosas deóntico de que A-y-B es lícito.

La norma axiomática de subalternación deóntica lo que nos dice es que, para cualquier mundo posible, W, en W se realiza el estado de cosas deóntico de que es preceptivo que la obligatoriedad de A implique la licitud de A. La norma axiomática del bien común lo que nos dice es que, para cualquier mundo posible, W, en W se realiza el estado de cosas deóntico de que es preceptivo que se realice el bien común.⁷⁶

⁷⁶ Eso no entraña, desde luego, que en W se realice el bien común; W puede ser un mundo desastroso y desafortunado.

2.10. *Monismo o pluralismo axiológico: los valores superiores del ordenamiento jurídico según la Constitución*

Ha quedado sobradamente claro que la lógica nomológica es una parte del derecho natural. Pero, ¿qué más contiene el derecho natural? Y ese algo más, sea lo que fuere ¿también está por encima de la Constitución?

Dudo que haya ningún procedimiento de decisión para determinar qué verdades deónticas pertenecen al derecho natural, fuera de aquellas que ya están incluidas en la lógica nomológica.

Un problema, a este respecto, es el de si el derecho natural es axiológicamente monista o pluralista. En la lógica nomológica solo hemos abrazado un único valor, el del bien común, al declarar preceptiva su realización (o, en otra formulación alternativa de la norma axiomática del bien común, que todas las normas estén enderezadas al mismo).

Ahora bien, el bien común se desglosa en muchos valores, pues es un compendio de bienes, que puede contener antinomias. Puede realizarse en unos aspectos sí y en otros no, o más en unos y menos en otros. De ahí que la dogmática jurídica, en particular la penal, haga un elenco de bienes jurídicamente protegidos y de valores y desvalores, tanto de la acción (u omisión) cuanto del resultado; esos bienes son la realización de valores; y los valores o desvalores en cuestión son cualidades objetivas de los hechos (o de las cosas) que los hacen, respectivamente, atrayentes o repelentes, deseables o indeseables, apetecibles o aborrecibles.⁷⁷

⁷⁷ Estas consideraciones sobre los valores jurídicos no han de entenderse en el sentido —hoy asumido por una parte de la doctrina jusfilosófica— de que los valores jurídicos sean contenidos del derecho, junto con las normas. Rompería la unidad doctrinal de este ensayo entenderlo así. No, los valores son fuentes, pero no contenidos del derecho.

Son, eso sí, contenidos del derecho aquellas normas que prescriben realizar y salvaguardar los valores jurídicos. V. g., cuando la Constitución proclama el valor de la igualdad, lo que está haciendo es preceptuar que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (así como los demás poderes del Estado) habrán de regirse por ese valor, o sea, habrán de desempeñar sus funciones en aras de plasmar o materializar, en la praxis social, ese valor —y de salvaguardarlo, en aquella medida en la cual ya esté

¿Son todos los valores jurídicos reducibles a facetas del bien común? En particular, ¿lo son todos los valores del derecho natural?

Ese problema requeriría una honda investigación que excede los límites del presente ensayo. Mi inclinación es a un monismo axiológico fundamental que se desglosa en un pluralismo axiológico derivado, en virtud de las múltiples facetas del bien común, que entran en colisión entre sí.

Tomemos los tres elencos axiológicos de la vigente Constitución de 1978, bastante pobres.

1. El preámbulo fija como fines de la Constitución «establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran [la nación española]», para lo cual proclama su voluntad de: garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo; consolidar el Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones; promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida; establecer una sociedad democrática avanzada; colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.⁷⁸
2. El art. 1.1 «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».
3. El art. 10.1 afirma: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

realizado—, además de que también los particulares estarán constreñidos a respetarlo en sus actuaciones (e incluso, en determinados casos, a promoverlo).

⁷⁸ Los fines son valores, aunque una parte de la doctrina jusfilosófica lo cuestiona.

Es muy difícil desentrañar una doctrina subyacente a esos tres elencos. Bastantes de esas frases suenan huecas y apenas parecen más que retórica.⁷⁹

⁷⁹ Como todo el texto constitucional, el preámbulo está redactado con pluma farragosa e inelegante, acaso como consecuencia de la intervención de diversas manos, sin que fuera sometido después a una comisión de estilo (como lo había sido la Constitución estadounidense de 1788; más ilustrativa aún es la hermosísima Constitución de la República Italiana de 1947, cuya redacción debe mucho a la pluma del eminente filólogo Concetto Marchesi, al habérsele concedido medio mes para retocar estilísticamente el texto ya aprobado por la asamblea constituyente).

El texto de la actual Constitución española hubo de recorrer un luengo trecho. Su inicial versión había sido elaborada (entre el 25 de agosto y el 14 de diciembre de 1977) por la ponencia emanada de la Comisión del Congreso de los Diputados para «asuntos constitucionales y libertades públicas». Integrábanla: D. Gabriel Cisneros Laborda, ex delegado nacional de las Falanges Juveniles de Franco (1969-72), doctor en Derecho, quien también había seguido cursos de ciencias políticas y periodismo; D. Manuel Fraga Iribarne, catedrático de Teoría del Estado en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Madrid desde 1953, exministro de Información y Turismo, exembajador en Londres y Consejero Nacional de F.E.T. y de las JONS; D. José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo, licenciado en Derecho al igual que el catalán D. Miguel Roca Junyent (ambos han alcanzado posteriormente fama y fortuna en su profesión de abogados de intereses multimillonarios); D. Gregorio Peces-Barba Martínez, uno de los dos ponentes que habían cursado estudios en el extranjero, habiendo obtenido la licenciatura en Derecho Comparado por la Universidad de Estrasburgo; D. Miguel Herrero Rodríguez de Miñón, letrado del Consejo de Estado, quien también había estudiado en universidades transpirenaicas, además de obtener un doctorado en Derecho por la Universidad de Madrid; y finalmente, el único ponente salido del antifranquismo, D. Jorge Solé Tura, recién nombrado profesor agregado de la Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Barcelona.

Ninguno procedía del exilio (aunque Roca había nacido en Burdeos y Solé Tura había pasado un par de años en Rumania); todos provenían de la Facultad de Derecho; 5/7 no tenían otros estudios que los de la Universidad española bajo el franquismo. Cuatro de ellos habían sido oficialmente falangistas hasta la disolución del Movimiento Nacional en 1 de abril de 1977.

Merece una mención especial el personaje Solé Tura. Para ser el único ponente que había pasado por la clandestinidad, no deja de ser curiosa su trayectoria. Había iniciado su carrera siendo nombrado ayudante de cátedra y después profesor adjunto por D. Manuel Jiménez de Parga, futuro presidente del Tribunal Constitucional. Tras sufrir varias represalias —entre ellas una suspensión bienal de docencia—, paga su fielato, escribiendo un libro cuya carátula exhibe todas las insignias del imperante poder totalitario: *El régimen político español*, Barcelona, Ariel, 1972. En él se presen-

ta al despotado franco-falangista como un régimen constitucional con todas las de la ley. He aquí unos extractos:

«En efecto, el 6 de julio de 1947 se sometió a referéndum el proyecto de Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, que fue aprobado por el 93 % de los votantes, equivalente al 82 % del cuerpo electoral. Esta ley era de la mayor importancia constitucional, pues en ella se definía la naturaleza constitucional del nuevo Estado (“España, como unidad política, es un Estado católico, social y representativo que, de acuerdo con su tradición, se declara constituido en reino”, art.1º); [...] se articulaba el cuerpo de Leyes Fundamentales, que pasaban a convertirse en una verdadera constitución rígida (art. 10)» (*op. cit.*, p. 35).

«España no dispone hoy de una Constitución en sentido formal, si por tal entendemos una ley fundamental promulgada en un solo acto y sometida a la aprobación unívoca del cuerpo electoral, como supremo poder constituyente. Pero si adoptamos una noción material de la Constitución, es evidente que el conjunto de las Leyes Fundamentales compone hoy un cuerpo legal de carácter constitucional, que ha sido sometido en dos ocasiones a referéndum y aprobado. [...] Este cuerpo de Leyes Fundamentales forma una Constitución rígida, pues para derogarlas o modificarlas se requiere, además del acuerdo de las Cortes, el referéndum de la nación (art. 10, Ley de Sucesión en la jefatura del Estado)» (*op. cit.*, pp. 48-50).

La publicación había sido todo un éxito. Su celo se premia: ya en 1972 participa en la puesta en marcha de la Facultad de Derecho de Lérida de la Universidad de Barcelona (datos tomados de la pág. <http://www.soleturamollet.cat/DetallContinuats/>, consultado en 2016-04-30).

Lo que yo me pregunto es, si era sincero el libro de 1971 y si tales eran las opiniones jurídicas de este hombre, cómo así actuó según lo hizo en la ponencia constitucional de 1977-78, violando esa misma Constitución rígida cuya legitimidad constitucional había defendido con tanto ahínco. O tal vez el libro disimulaba su verdadero parecer para favorecer su carrera académica.

Cerrando esta digresión, volvemos al anteproyecto de Constitución de 1978; tras ser elaborado por la ponencia, el texto se publica en el B.O.C. el 5 de enero de 1978. Tras un plazo de 20 días para la propuesta de enmiendas, vuélvese a reunir la ponencia, publicándose el proyecto definitivo el 17 de abril de 1978. La comisión de asuntos constitucionales del Congreso lo debate del 5 de mayo al 20 de junio. El auténtico acuerdo sobre su tenor se perfiló en una cena privada en un restorán de lujo, el José Luis, la noche del 22 de mayo, figurando entre los comensales el vicepresidente del Gobierno, Abril Martorell, junto con Pérez Llorca, Cisneros, Arias Salgado, Guerra, Múgica, Gómez Llorente y Peces-Barba. Esa noche se negocia el contenido de más de 26 artículos, pactándose alterar en el Pleno los ya aprobados en la comisión (la cual viene así ninguneada). No fue en absoluto el único cabildeo, sino que todo el proceso avanzó por la intriga nocturna, mientras que, de día, en la Carrera de San Jerónimo se hacía teatro. Emilio Attard, presidente de la Comisión en ese momento, afirmará años después que, en particular, las conchabanzas secretas entre

Esas declaraciones del preámbulo son en parte repetitivas, enunciadas con paráfrasis, además de asumir dogmas muy cuestionables como el rousseauista de que la ley expresa la voluntad general (lo cual no es más que un mito, que, por otro lado, no juega papel alguno en el articulado).⁸⁰

Llama la atención el tradicionalismo del preámbulo; nada menos que el que una Constitución tenga como meta proteger las tradiciones, sean estas buenas o malas.

En cualquier caso, para nuestros propósitos, ese elenco del preámbulo es muy poco satisfactorio o esclarecedor. Si nos preguntáramos por qué ha valorado el poder constituyente esas cualidades (progreso, tradición, sociedad democrática «avanzada» —que no atrasada), dudo que pudiéramos hallar ninguna respuesta convincente, salvo que, en los trabajos de la comisión redactora y de los plenos de las dos asambleas colegisladoras (una de ellas el Senado de quinto regio), se habían entrecruzado varias propuestas, alcanzándose un consenso en ese texto tan escasamente afortunado.

Más claro es el elenco del art. 1.1, que no se anda con esos rodeos. Lamentablemente la lista es totalmente insuficiente. Aquí ya no están

Abril Martorell y Guerra «fueron utilísimas, porque eran dos tratantes que se entendían muy bien entre sí».

El 4 de julio el Pleno del Congreso inicia la discusión, concluyéndola 17 días después (ya hemos visto que la votación no dependía del debate, sino que estaba pactada de antemano). En el Senado, cuyo Pleno discute el proyecto del 25 de septiembre al 5 de octubre, el texto enmendado viene aprobado cuatro días después. Fórmase una comisión mixta, que preside el presidente de las Cortes, de libre designación regia. La redacción consensuada por esa comisión bicameral se aprueba en los plenos de ambas cámaras el 31 de octubre y cinco semanas más tarde después se somete a plebiscito.

(La mayor parte de estos datos figuran en múltiples fuentes pero varios de ellos los tomo del libro de Pablo Oñate Rubalcaba, *Consenso e ideología en la transición política española*, Madrid, CEPC, 1998, pp. 220-224.)

⁸⁰ Dudo mucho que los herederos ideológicos de quienes redactaron ese preámbulo en 1978 sigan hoy defendiendo la necesidad de «un orden económico y social justo», la necesidad (o aun la posibilidad) del progreso económico y de la digna calidad de vida para todos; creo, antes bien, que todos ellos consideran que cualesquiera objetivos de progreso, bienestar o calidad de vida ha de buscárseles cada quien por sus propios medios, limitándose el Estado a instituir un marco neutral para arbitrar con justicia los conflictos entre los ciudadanos.

el bien, ni el progreso, ni la calidad de vida —que, mal que bien, figuraban en el preámbulo.

Casi enigmático es que el pluralismo político se erija en un valor superior del ordenamiento político. Es dudoso que un rasgo tan instrumental sea un valor superior del ordenamiento o que este exista para que se realice el pluralismo político, en lugar de que el *factum* del pluralismo sea un efecto de la propia naturaleza humana, tendente a la pluralidad de opiniones, en condiciones de libertad. Se pregunta uno qué es lo que viene prohibido al instituir el pluralismo político como valor superior. ¿Lo violaría el electorado si todo él votara, libre y unánimemente, por el mismo partido? Como, por otro lado, hay grados de pluralismo, parece que esa declaración hace sospechosas de inconstitucionalidad aquellas normas que —directa o indirectamente— tiendan a restringir la pluralidad política (v. g., las leyes electorales que castigan a las minorías, conduciéndolas a una paulatina extinción). De todos modos, ese presunto valor superior del ordenamiento poco impacto halla en el resto del articulado.

Y ahora viene el art. 10.1, que proclama: «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás». ¿No son valores superiores del ordenamiento político? ¿Son menos que eso, mero «fundamento del orden político y de la paz social»? Entonces los valores del art. 1.1 ¿no son fundamento del orden político ni de la paz social?

¿No habría sido mejor que esos tres elencos se unificaran en uno solo más claro, en el preámbulo, que los enalteciera a la vez como fines de la Constitución, como valores superiores del ordenamiento jurídico y como fundamento de la convivencia social?

Sobre todo, ¿dónde está el bien común? Tal vez agazapado por aquí o por allá. El preámbulo quiere el bien de cuantos integran la nación; pero se entiende: su bien por separado, *singillatim*, distribuido, uno por uno, no el bien colectivo o conjunto. También se proclama como fin la digna calidad de vida, pero, de nuevo, la de los individuos, como si fuera posible esta sin la riqueza colectiva, sin las obras públicas y los servicios públicos en general.⁸¹

⁸¹ En el título VII, dedicado a economía y hacienda, dice el art. 128: «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordina-

Los otros elencos desglosan algunas facetas del bien común, pero desordenadamente y sin plan doctrinal discernible.

Vale la pena comparar esas paupérrimas enumeraciones con lo que dice el preámbulo de la Constitución colombiana de 1991: «El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución».

Aunque tampoco aquí figura la locución «bien común», el elenco se aproxima bastante a desglosar las diversas facetas del mismo: la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

El texto colombiano es más justificable desde el punto de vista jusnaturalista.

De todos modos, me resulta dudoso que la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz sean valores independientes, separados, inderivables del valor del bien común (o sea de la pública utilidad). Tiendo a pensar que el bien común es el fundamento único, el único fin a cuya realización tiende el orden político-jurídico; y que, para esa realización, las políticas legislativas y las políticas ejecutivas o administrativas han de promover los valores de la vida, de la convivencia, del trabajo, de la justicia, de la

da al interés general». El art. 30 encomienda a los poderes públicos atender al desarrollo de todos los sectores económicos y el 131.2 afirma que el Gobierno elaborará proyectos de planificación económica, cuya finalidad, según el art. 131.1, habrá de ser «estimular el desarrollo de la renta y de la riqueza y su más justa distribución». No es este el lugar para indagar cuánto de eso se ha cumplido en 38 años de vigencia de la Constitución. Lo que sí es pertinente aquí es preguntarse si no son valores del ordenamiento los designados por las locuciones «riqueza del país», «interés general», «desarrollo económico», «justa distribución de la riqueza»; y, si sí lo son, cómo así nada de todo eso figura en los tres elencos axiológicos de las partes iniciales del texto constitucional.

igualdad, del conocimiento, de la libertad y de la paz. Mas tampoco está claro que esta lista sea exhaustiva. Ni que tenga que haber una lista exhaustiva.

El texto colombiano tiene un sabor mucho más jusnaturalista que el español. Pero, en cuanto a la cuestión inicial de este apartado, la de si hay varios valores mutuamente irreducibles en el derecho natural, mi respuesta es dubitativa. Como ya he dicho, tiendo a un monismo fundamental desplegado calidoscópicamente en un pluralismo derivado, pues cualesquiera valores que se invocan parecen subsumibles en el del bien común. No obstante, quede aquí sin zanjar esta cuestión.

2.11. El principio nomológico de razón suficiente

Planteémonos ahora el problema de si hay otros cánones o principios del derecho natural que no vengan recogidos en la lógica nomológica; y, si sí, cuáles. Serían principios de suyo informalizables o cuya formalización aún no se habría logrado.

Pienso que hay un canon jusnaturalista adicional, que es el principio nomológico de razón suficiente: cualquier norma, cualquier acto político, tiene que tener una razón suficiente; y esa razón suficiente tiene que ser axiológica. Si no hay más valor fundamental que el del bien común, entonces toda norma y todo acto político han de tender a la realización del bien común. Más exactamente, no solo han de tender a ese fin, sino que les es jusnaturalísticamente preceptivo no existir más que para eso, para el bien común. La falta de motivación o cualquier otra motivación son arbitrarias. Y el principio de razón suficiente es un canon de exclusión de la arbitrariedad.⁸²

⁸² Para evitar confusiones, repito lo ya dicho: la exigencia de este canon de razón suficiente no implica la nulidad de las normas que lo conculquen. No se olvide que estamos en un jusnaturalismo aditivo, no sustractivo. Las normas jurídico-naturales se conjugan con las positivas que les sean opuestas, formando antinomias jurídicas. En cada antinomia, resultará exequible una de las normas en conflicto. ¿Cuál? Eso varía según las circunstancias, principalmente la conciencia jurídica.

La tesis aquí sustentada no es, pues, en absoluto la de que sea írrita o inválida cualquier norma que carezca de razón suficiente, sino la de que en todo ordenamiento está presente un imperativo de que las normas estén debidamente justificadas.

La prohibición de la arbitrariedad no implica la del arbitrio —o sea la discreción—, pero sí lo sujeta a un fortísimo constreñimiento de motivación adecuada, explícita y razonable. Cualesquiera decisiones de un poder público, sea el que fuere, penden de la apreciación de supuestos fácticos; no solo de la constatación de que se dan, sino de cuánto se dan y qué calificación jurídica merecen. No siempre se puede someter a reglas precisas y prefijadas la apreciación de tales supuestos; de ahí la necesaria discreción. Sin embargo, al órgano que —en uso de esa su facultad de apreciar los supuestos de hecho y resolver en consecuencia— tome una decisión le incumbirá la tarea de explicar y hacer pública su argumentación, reglada o sin reglar, según los casos.

¿Es este principio reducible al axioma del bien común? Tal vez sí, con una formulación muy elaborada de este último. Por si acaso, vale más adoptarlo como un adicional postulado jurídico-natural, postulado nada fácil de formalizar, porque las nociones en él involucradas se escurren cuando queremos enunciarlas con expresiones susceptibles de simbolización.

Para los efectos del presente ensayo, pues, nos quedamos (provisionalmente) en esto: el derecho natural es la lógica nomológica más el principio de no arbitrariedad.

SECCIÓN III: ¿POR QUÉ NO ES NORMA SUPREMA LA CONSTITUCIÓN?

3.1. *La Constitución no es la Grundnorm kelseniana*

Ya hemos visto que la dogmática jurídico-constitucional parte de la Constitución como norma suprema, como axiomática; pero además como excluyente de cualesquiera otros axiomas y, más aún aquellos que pudieran contradecir los artículos de la Constitución. Tal adopción es acrítica, quedando de antemano proscrito cualquier cuestionamiento. Es más, ni siquiera se practica el estudio jurídico del texto constitucional con ese mínimo de crítica con el cual la dogmática jurídico-penal, p. ej., aborda el análisis del Código Penal o la doctrina del derecho administrativo trata la muchedumbre de leyes que regulan las diversas facetas de la actividad administrativa y, además, la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En lo penal, en lo administrativo, en lo laboral, en lo civil, en lo mercantil, en lo tributario la doctrina puede tomarse a veces la libertad de distanciarse puntualmente del legislador, señalando las antinomias encontradas, o los conflictos entre el articulado de una ley y su exposición de motivos, así como problemas de constitucionalidad y colisiones entre legislación, jurisprudencia y principios generales del derecho. No es absolutamente insólito que un autor considere que un código ha sido radicalmente mal elaborado o mal inspirado doctrinalmente —o, más aún, que, en su estado actual, una ley vieja, múltiples veces enmendada, sea un embrollado galimatías. Las reflexiones *de lege ferenda* pueden llegar a reclamar un nuevo código civil, una nueva ley de jurisdicción laboral, una nueva ley de enjuiciamiento criminal, una nueva ley de expropiación forzosa, según los lineamientos doctrinales preferidos por el autor respectivo.

Nada de eso sucede en la doctrina jurídico-constitucional. Esta podrá cuestionar tales o cuales sentencias o autos del Tribunal Constitucional o incluso ciertas disposiciones de la ley orgánica del Tribunal Constitucional; podrá debatir (en contadas ocasiones) si las opciones del legislador se han ajustado a la Constitución y si (por omisión de los legitimados) se ha privado al Tribunal Constitucional de la posibilidad de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de tales opciones. Ya esas consideraciones suenan muy atrevidas; no las hallaremos a menudo.

Pero lo que más difícilmente vamos a encontrar en la pluma de los constitucionalistas es una crítica a la Constitución, ni en sus detalles ni, menos todavía, en su conjunto. Como mucho, algún autor, de los más audaces, se autoriza a deplorar el estilo, a quejarse del fárrago, a apuntar algunos vacíos. Tales críticas son excepcionales, absolutamente secundarias, de tono menor. El constitucionalista se siente llevado a abrazar lo que Hart llamaba «el punto de vista interno» con una firmísima adhesión. El constitucionalista tiene en la Constitución una fe casi religiosa.⁸³

¿Por qué? Por la necesidad de un asidero fundamental. En los tiempos prepositivistas, el asidero era el derecho natural. Los teóricos de la monarquía absoluta, como Bodino, no reconocían al rey un po-

⁸³ Hart, *op.cit.*, pp. 55 y ss.

der tan absoluto que lo desligara de la obediencia al derecho natural. Incluso Hobbes no deja de someter al poder soberano a unos constreñimientos inherentes a su función y a su misión, en definitiva unos cánones jurídico-naturales. En el siglo XIX, ya en pleno auge del constitucionalismo, todavía prevalece la doctrina del derecho natural; todavía se piensa que el poder constituyente está sometido a los imperativos jurídico-naturales y que la Constitución ha de interpretarse y aplicarse con arreglo a tales imperativos.

Al adueñarse el positivismo jurídico de las cátedras, al suprimirse aun la asignatura del derecho natural, al empaparse todos los juristas de ese mismo prejuicio —el de que no hay más derecho que el positivo—, al arrinconarse o perder adeptos las escuelas antinormativistas del positivismo (la realista, la sociológica, etc.), el resultado ha sido que, para que el edificio doctrinal tuviera solidez, era menester tomar la Constitución como un axioma inconcuso y, además, único.⁸⁴

Concíbese así la Constitución, el texto constitucional, como si fuera la *Grundnorm* kelseniana. Pero estamos en el *como-si*. Nadie ignora que la *Grundnorm* kelseniana era un hipotético postulado, que no existe, que no puede existir, que no puede tomar cuerpo en ningún ordenamiento jurídico. Sería una mera idea regulativa kantiana, perteneciendo al campo de lo nouménico.⁸⁵

⁸⁴ De ningún modo insinúo que los positivistas juzgan que la Constitución es incriticable. Pueden criticarla extrajurídicamente. Lo que no pueden admitir es que haya cánones o parámetros jurídicamente vinculantes supraconstitucionales. Siendo así, la crítica de cada uno valdrá lo que valgan sus criterios. Si es una crítica moral enunciada desde una particular concepción ética, valdrá para quienes la asuman (y sabemos que cualquier concepción ética solo recibe el asentimiento de una minoría de los filósofos).

Un jusnaturalista puede tener una actitud de repulsa moral hacia conductas que, a su entender, son y deben ser lícitas según el propio derecho natural, p. ej. desear el mal ajeno, mentir, profesar el satanismo o ser racista. El jusnaturalista no confunde derecho con moral ni los mezcla. Cuando critica determinadas normas de un ordenamiento, lo hace desde principios normativos (los de la lógica nomológica y el de no arbitrariedad) también presentes en ese mismo ordenamiento, aunque el legislador ni lo sepa ni lo desee.

⁸⁵ Podemos compararla con los hechos atómicos y sus elementos, igualmente atómicos, del *Tractatus logico-philosophicus* de Wittgenstein, postulados con la clara conciencia de que igual no existen.

En la irreducibilidad que profesa Kelsen entre ser y deber-ser, un sistema normativo dinámico es uno en el cual quien edicta la norma nueva está facultado para hacerlo en virtud de una norma superior; no pudiendo ir al infinito, hay que imaginar una norma suprema puramente ideal no edictada por nadie, a sabiendas de que es una ficción. Esa norma habilitante suprema no es el texto constitucional, que, por el contrario, es producto de la escritura y actuación de un legislador en un momento. Además la Constitución real, el texto legislativo que ostenta ese título, trata muchas cuestiones, no limitándose a establecer una facultad legiferante originaria.

Todos los constitucionalistas lo saben, pero esa consagración del texto constitucional vigente como si fuera la *Grundnorm* es un expediente idóneo para la construcción dogmática.

Si bien esa postulación de la Constitución como una norma suprema ya ha quedado suficientemente quebrantada por las argumentaciones previas del presente ensayo, vamos, de momento, a asumirla, por mor del debate.

3.2. *La necesidad de aplicar a la Constitución cánones hermenéuticos y lógicos*

Una vez que hemos adoptado la Constitución como norma suprema, tenemos que aplicarla.

Para aplicarla hay que empezar por interpretarla.⁸⁶ ¿Con qué criterios?

Nada vale la voluntad del poder constituyente. Remitirse a esa voluntad quitaría a la Constitución su carácter de norma suprema, pues pasaría a estar subordinada a los propósitos o las valoraciones de quienes integraron en su día el poder constituyente. Lejos de que toda norma vigente tenga que interpretarse ajustándose al criterio de conformidad con la Constitución, los fines y las valoraciones de los miembros del poder constituyente de decenios atrás pasarían a ser normas o cánones supraconstitucionales, exentos de la preceptiva interpretación *secundum Constitutionem*, so pena de circularidad.

⁸⁶ Más exactamente, claro, lo que se interpreta es el *precepto*, el texto escrito que crea esa situación normativa que es la Constitución.

Además, si tales propósitos tuvieran vigencia después de la promulgación de la Constitución, esta ya no constituiría el *big bang* que ficticiamente se le atribuye;⁸⁷ dejaría esa promulgación de ser un partearguas que crearía *ex nihilo* un nuevo orden jurídico, aniquilando simultáneamente el viejo, salvo en tanto en cuanto las leyes precedentes persistan, en todo o en parte, únicamente en aquella medida en que sean conformes con las disposiciones de la Constitución. Ahora bien, la expresión de tales propósitos precedió a la edición y promulgación del texto constitucional.

Uno de los primeros autores que esbozaron una concepción de la Constitución como punto de arranque absoluto fue Max Weber, con su visión del *arcano constitucional* (un precedente del *big bang*).⁸⁸ En un ordenamiento constitucional, la entrada en vigor de la Constitución es un arcano. Claro que los historiadores podrán indagar los hechos que precedieron y acompañaron a ese salto, pero jurídicamente habría que, fingidamente, ignorar o descuidar todos esos datos fácticos para circunscribirse a la adhesión al postulado constitucional como fundamento único e inconcuso. Por tal razón, el criterio de la voluntad del legislador no se puede aplicar al texto constituyente ni siquiera en la medida en que pueda emplearse para interpretar leyes infraconstitucionales.⁸⁹

Descartada la voluntad del legislador, acudimos a otros criterios: el literal (también llamado «gramatical»), el sistemático, el teleológico-

⁸⁷ Aunque la metáfora del *big bang* constitucional ha venido muy utilizada recientemente —siendo dudoso quién la haya acuñado—, podemos ver en su adopción la influencia de las ideas decisionistas de Carl Schmitt, quien, a su vez, las toma de Juan Donoso Cortés, autor de la célebre frase (tan propia de su florida oratoria): «El Poder Constituyente no puede localizarse por el legislador ni formularse por el filósofo, porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las constituciones; si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere la víctima y se extingue» —citado por Luis Sánchez Agesta, *Lecciones de Derecho Político* (Granada, Ed. Prieto, 1951, p. 338).

⁸⁸ El *arcano constitucional* del que habla Max Weber es el mito o enigma en el cual deliberadamente se envuelve el acto jurídico fundacional de un nuevo orden normativo. También lo llama «la revelación jurídica» (*Offenbarung*). V. M^a José Fariñas Dulce, *La sociología del derecho de Max Weber*, Madrid y Civitas, 1991, pp. 246 ss.

⁸⁹ Un criterio, de todos modos, muy poco operativo en nuestro ordenamiento; sería inaudito interpretar el Código Civil según la mentalidad del legislador de 1889.

co-funcional y el sociológico-contextual. No es este el lugar adecuado para enfrascarnos en una prolija discusión sobre la jerarquía de criterios, la implementación precisa de cada uno de ellos y los recursos hermenéuticos para conjugarlos. Lo que sí hace falta es aclarar si el acto de interpretar es un acto de conocimiento o de voluntad.

Para muchos autores, es un acto de voluntad. Escogemos una interpretación como escogemos una fruta para el postre. No niegan esos autores que la opción esté constreñida por unos cánones hermenéuticos, que nos imponen ciertos criterios exegéticos y no otros, escalonados de cierta manera y no de otra y ciñéndonos a unos límites marcados por la normativa vigente. Pero justamente porque al interpretar efectuamos una acción que ha de sujetarse a esa normativa, lo que así hacemos es un acto de voluntad. Una voluntad regulada, pero voluntad.

Por el contrario, mi punto de vista es que el acto de interpretar es intelectual. Interpretar es entender el sentido de un texto (o de una expresión verbal). Ese sentido está ahí. Averiguarlo es cuestión de semántica. Los criterios exegéticos son cánones orientados a averiguar la verdad, a saber cuál es el sentido de un texto, o cuáles son sus sentidos (qué es lo que dice el texto a unos destinatarios en un momento dado, que puede ser algo muy distinto de lo que originariamente quisieron decir quienes lo redactaron).

Ahora bien, averiguar cuál es el sentido de un texto normativo, siendo una operación intelectual, no es axiológicamente neutral, porque un texto así posee uno u otro sentido según los valores con arreglo a los cuales se entienda. Sin duda son pertinentes (a pesar de la circularidad que ello entraña) los propios valores proclamados en el mismo texto por interpretar. Pero las normas que regulan la actividad interpretativa no pueden venir exclusivamente de la propia Constitución, pues entonces incurriríamos en un círculo vicioso.

Insisto: indagar el sentido de un texto normativo no es igual que estudiar el de un texto descriptivo de hechos o expositivo de teorías axiológicamente neutrales. Un texto normativo expresa deberes y derechos. Y cuáles sean los deberes y derechos expresados depende, en buena medida, de cuál sea el sistema normativo en el cual se inserte el texto, cuáles sean los valores de tal sistema, cuál sea su función social.

De ahí que el proceder hermenéutico esté sujeto a normas. Así pues, la operación intelectual de averiguar el sentido de la Constitución viene constreñida por unos cánones exegéticos que no pueden emanar solo del propio texto por interpretar, sino de los valores supraconstitucionales del ordenamiento, de la finalidad o función social del mismo, que es la de velar por el bien común —tutelándolo, promovándolo e incrementándolo.

Eso es así independientemente de que, al indagar el sentido del texto, concluyamos que tiene solo uno o que, por ser ambiguo, tiene varios. Si tiene varios, surgirá un problema adicional: todos ellos tendrán vigencia normativa, mas, en cada caso, el juez habrá de optar por uno de ellos para aplicarlo (tendrá que determinar cuál es exequible). Tal operación también estará axiológicamente mediada, obedeciendo a cánones que no pueden emanar del propio texto (justamente este presenta el problema, no ofreciendo la solución). Esos cánones serán pautas axiológicas supraconstitucionales —y, en última instancia, el criterio del bien común.

En relación con eso surge otra cuestión, que es diversa, a saber: ¿puede el juez, puede el legislador, puede el poder ejecutivo aplicar el sentido que a su juicio tiene un fragmento del texto constitucional, cuando la opinión predominante en la doctrina jurídica y entre los operadores es que el verdadero sentido es otro? Aunque el acto de interpretar es intelectual, el de declarar la interpretación no lo es. Una autoridad encargada de aplicar la Constitución está constreñida por la lectura predominante en la conciencia jurídica, le guste o no.

En este particular, cuenta sobremanera la interpretación del Tribunal Constitucional. Asoma aquí el espinoso y complicadísimo problema de fijar exactamente el alcance y los límites de la fuerza de cosa juzgada de las decisiones del alto Tribunal en materia de interpretación constitucional. ¿Está el legislador obligado a obedecer una interpretación que figura en el fundamento jurídico de una STC? Dejo abierta la cuestión, sin pronunciarme. De ser así, tenemos unas normas, emanadas del Tribunal Constitucional, que, sin ser supraconstitucionales, sí son paraconstitucionales.

Además de interpretar, hay que deducir. De las prescripciones y las autorizaciones de la Constitución hay que sacar conclusiones normativas que no se hallan en ella explícitamente. V. g. el art. 20.1.c reco-

noce la libertad de cátedra, o sea, autoriza a impartir docencia sin sujetarse a constreñimientos ideológicos. El art. 16.1 reconoce la libertad ideológica de los individuos (y de las comunidades). Por el principio nomológico de colicitud, será, por consiguiente, lícito enseñar libremente según las propias convicciones así como abrazar y profesar la cosmovisión por la que uno libremente opte. Imaginemos una ley que condicione la libertad de cátedra a abstenerse de profesar determinada ideología. Está claro que esta ley es inconstitucional, dígalo o no el TC, porque de los dos preceptos 20.1.c CE y 16.1 CE se deduce, en virtud de la lógica nomológica, que es lícito ejercer la libertad de cátedra y, a la vez, profesar la ideología incriminada.

Ese canon lógico-nomológico podría haber sido incorporado al texto constitucional, pero no por ello ganaría mayor fuerza de obligar, ya que es preceptivo ajustarse a él en virtud de una norma supraconstitucional de razonar según la lógica nomológica correcta.

Imaginemos el supuesto de que el texto constitucional contuviera un artículo del siguiente tenor: «Nadie podrá prevalerse simultáneamente de dos o más derechos separadamente reconocidos en la presente Constitución si una ley condiciona el ejercicio de uno de ellos a la renuncia a ejercitar el otro». Llamémoslo «la cláusula de no conyuntividad». Siendo una negación del principio de colicitud, crearía una antinomia jurídica, pero, desde luego, no podría abrogar el principio nomológico, que tiene un rango superior al de la Constitución.

De hecho, en ese supuesto (afortunadamente contrafáctico), la Constitución tendría que ser desobedecida en ese punto. La cláusula de no conyuntividad tendría que ser inexecutable. Nuestro TC habría de resolver el dilema. ¿Cómo? Conjeturo que acudiría a la interpretación creativa a la que ha recurrido en varias ocasiones, como cuando —en la STC 53/1985, de 11 de abril— declaró que la vida humana es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento constitucional (sin que conste como tal en ninguno de los tres elencos que hemos examinado).⁹⁰

⁹⁰ El FJ 3.º afirma que el derecho a la vida del artículo 15 CE «es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana», agregando que se halla «indisolublemente relacionado [con] el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10». De nuevo el FJ 5.º re-

Ya en su primer decenio, el TC tuvo el mérito de llevar a cabo una verdadera mutación constitucional con la Sentencia 104/1986, al reconfigurar radicalmente el significado del art. 20.4 constitucional, el cual, en su tenor literal, subordina la libertad de expresión del art. 20 al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, previamente reconocidos en el art. 18.1. Aunque el ordinal de un artículo constitucional no es una prueba contundente de su rango, sin duda tampoco es casual ni baladí. Sin ser estricta ni absoluta, sí se presume (*juris tantum*) que el artículo *ene* tiene alguna primacía sobre el *ene+1* y así sucesivamente. De hecho, ese orden de sucesión es una de las pocas indicaciones de la cosmovisión subyacente de la Constitución actual.

El texto constitucional no solo ubica el derecho a la honra dos artículos por delante de la libertad de expresión, sino que explícitamente subordina la segunda al primero. Pero vino el TC a enmendarle la plana al poder constituyente, diciendo que cada artículo del texto ha de entenderse en el sistema integrado que forman y que todos los derechos fundamentales gozan del mismo rango, de suerte que tanto condiciona el derecho a la honra a la libertad de expresión como a la inversa, prevaleciendo la libertad de expresión cuando tal prevalencia sea requerida por las exigencias de una vida democrática —que es otro principio constitucional—, o sea, por el libre debate sobre la conducta de los personajes públicos.⁹¹

itera que la vida humana es un valor fundamental y el 9.º que es un valor central. A pesar de lo cual, siendo el *nasciturus* un ente dotado de vida humana —portador de ese valor fundamental y, por lo tanto (en virtud del FJ 3.º), de la dignidad personal del art. 10 CE—, carece, según la Sentencia, de derecho a la vida.

En su voto particular, el magistrado F. Tomás y Valiente rechazó considerar la vida humana como un valor fundamental del ordenamiento; lo propio hizo el magistrado Rubio Llorente.

⁹¹ Rompiendo la continuidad de una jurisprudencia de los primeros años del TC, la STC 104/1986 renuncia a jerarquizar los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo II del título I CE, abrazando, en su lugar, el principio de la concordancia en caso de conflicto entre dos derechos de rango fundamental, mediante una «necesaria y casuística ponderación».

V. Pedro Padilla Ruiz, «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2011 (disponible en <https://www.academia.edu/4106454>); y Eduardo F. Rodríguez Gómez, «El Tribunal Constitucional y el conflicto entre la libertad de informa-

Tal sentencia vino a instituir un orden de libertades muchísimo más amplio que el concebido por el poder constituyente. Pero el TC no puede decirse que, al pronunciarse en ese sentido, hiciera una verdadera interpretación de la Constitución, ya que, antes bien, la modificó.

Si el texto constitucional contuviera la cláusula de no conyuntividad que hemos imaginado, el TC podría enfrentarse a ella con un argumento similar: esa cláusula no tendría rango superior a los artículos de la Constitución que reconocen incondicionalmente derechos, de suerte que solo sería exequible en tanto en cuanto no colisionara con el disfrute de esos derechos. Lo cual equivaldría a, púdicamente, abrogar dicha cláusula.

La mayor dificultad, empero, estriba en la angostísima capacidad de iniciativa del TC, atado por su Ley Orgánica, que la circunscribe (art. 39 LOTC) a casos en los que una norma haya sido objeto de recurso o de cuestión de inconstitucionalidad, en los cuales podrá el propio Tribunal declarar también nulos otros artículos de la norma en cuestión que no hubieran sido impugnados por los recurrentes, siempre que haya conexión suficiente.

¿Qué podría hacer el TC frente a una imaginaria cláusula constitucional de no conyuntividad? Tendría que esperar a que alguna ley, al amparo de tal cláusula, restringiera el disfrute de derechos fundamentales y que se incoara un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad contra dicha ley. Como el abogado del Estado alegaría la constitucionalidad de la ley en virtud de la cláusula de no conyuntividad, el tribunal tendría que maniobrar con una lectura creativa de la Constitución en el sentido que hemos esbozado más arriba; o sea, en la práctica, anulando (sin decirlo así) la cláusula de no conyuntividad.

¿Y si no se promulga tal ley (o sea si el legislativo no se aprovecha de la cláusula de marras para restringir el ejercicio de derechos fundamentales)? ¿Y si, aun promulgada la ley por consenso de las principales fuerzas políticas, ni se incoa recurso de inconstitucionalidad ni

ción y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen: Revisión jurisprudencial», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 20/2 (2014), ISSN 11341629; http://dx.doi.org/10.5209/rev_ESMP.2014.v20.n2.47061, consultado en 2016-04-02.

prospera ninguna cuestión de inconstitucionalidad (acaso porque las que se intentan sufren defectos de procedimiento)?⁹²

El callejón sin salida sería igual al que ya tenemos con leyes inconstitucionales no impugnadas.⁹³ Sobre ellas el TC no ha tenido posibi-

⁹² Aquejan siete deficiencias al sistema de recursos de inconstitucionalidad ante el TC según lo previsto en la CE. (1ª) En ningún caso se concede al Tribunal la iniciativa (ni existe, adjunto al mismo, un oidor con facultades para incoar de oficio procesos de inconstitucionalidad). (2ª) Es demasiado restringida la legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad, impidiéndose que puedan presentarlo la Jefatura del Estado (antes que sancionar una ley que viole la juridicidad constitucional), los grupos parlamentarios minoritarios (cuyos integrantes no alcancen el número de 50 diputados) o corporaciones de derecho público especialmente relevantes pero diversas de las Comunidades Autónomas; podrían ser: la Fiscalía General del Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Universidades, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo Económico y Social, etc. (3ª) La no previsión de recurso de inconstitucionalidad contra la omisión del deber de legislar. (4ª) La irrecurribilidad de las decisiones tomadas en única instancia (lo cual sería remediable, ya fuera instituyendo un doble escalón decisonal —con recurso de apelación por motivos tasados—, ya fuera haciendo admisible, bajo supuestos especialísimos, un recurso de reforma devolutivo). (5ª) La indeterminación de los efectos jurídicos de la declaración de inconstitucionalidad (art. 164.1), o sea, si se trata de una nulidad *ex nunc* o *ex tunc*. (6ª) La imprecisión sobre si lo preceptivo de las sentencias del TC es solo el fallo o también la doctrina sentada en los fundamentos jurídicos. (7ª) No haber previsto recurso previo de inconstitucionalidad (el cual fue infraconstitucionalmente instituido por la primera redacción de la LOTC, art. 79, abrogado en 1985).

Algunos de esos problemas vienen abordados en el libro *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley* de la Asociación de Letrados del TC (Madrid, CEC, 1997). El TC tímidamente ha intentado a veces suplir tal o cual de esas deficiencias, v. g. declarando nula una exclusión en el texto de una ley (una exclusión no enunciada, meramente manifestada por la omisión de un precepto que prevea el supuesto en cuestión). V. *ibíd.*, p. 95.

De todos modos —si bien es un tema que desborda el marco del presente trabajo—, juzgo preferibles los sistemas como el estadounidense de control difuso de constitucionalidad (*judicial review*); en ellos cualquier juez puede fallar la inconstitucionalidad de una ley —abriéndose, claro está, las vías de recurso hasta llegar al máximo órgano jurisdiccional. En un sistema así es muchísimo más difícil que prosperen leyes inconstitucionales, que es uno de nuestros males.

⁹³ Hay leyes vigentes que son inconstitucionales, no solo en materia de autonomías regionales (posiblemente muchos de los estatutos autonómicos son inconstitucionales), sino también en temas tributarios (violación del art. 31.1), de política exterior (violación del preámbulo) y otros.

lidad de pronunciarse, al haber sido pactadas por las principales formaciones políticas del país y al no haber prosperado cuestiones de inconstitucional en sede judicial. El TC está atado de pies y manos para enmendar esas violaciones de la Constitución.

También hay, evidentemente, errores del propio Tribunal. No me cabe duda de que una sentencia inicialmente errónea del TC, si prospera y arraiga en la conciencia jurídica, pasa a ser una norma, no supraconstitucional, pero sí paraconstitucional, pues conlleva una mutación constitucional. Así sucedió con la osada sentencia de la Corte Suprema estadounidense de 1803, ya mencionada, y por varias sentencias del TC español, p. ej. la 104/1986, más arriba referida y atinente al conflicto entre libertad de expresión y derecho a la honra. El TC actuó *ultra vires* al pronunciarse en ese sentido, porque franqueó sus límites al optar por una lectura del texto constitucional que violaba su letra y su espíritu; una interpretación falsa.

Aquí hay que hacer un inciso. La declaración de inconstitucionalidad ¿es meramente declarativa o es constitutiva? ¿Y la declaración de constitucionalidad?⁹⁴

Mi respuesta es que, cuando son acertadas, tales declaraciones son meramente declarativas. Si la ley era constitucional y así lo reconoce el Tribunal, no añade ni quita nada al ordenamiento. Si la ley era inconstitucional y el TC así lo declara, no solo la deroga, sino que la anula (aunque puedan persistir actos administrativos dictados al amparo de la ley anulada, en virtud de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima). Mas su declaración de inconstitucional no es, tampoco en este supuesto, creativa o constitutiva, sino exclusivamente declarativa, pues el Tribunal se limita a tomar conocimiento de una inconstitucionalidad ya preexistente, proclamándola y, por lo tanto, haciendo que surta los efectos jurídicos pertinentes.

Cuando la sentencia es errónea, crea derecho, crea una norma nueva; es constitutiva.⁹⁵ Al crear derecho, se autoconfiere un rango para-

⁹⁴ V. José Juan Moreso, «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís & Jordi Ferrer Beltran, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, ISBN 9788461442973.

⁹⁵ No me pronuncio sobre el alcance de la fuerza obligatoria de la jurisprudencia constitucional. En concreto, los fundamentos jurídicos de una sentencia del TC pueden contener lecturas del texto constitucional cuya fuerza no creo esté clara-

constitucional, *de facto*, puesto que esa nueva norma —que colisiona con la Constitución— es de obligado acatamiento por todos los poderes del Estado (con la excepción de que el propio TC puede invertir su jurisprudencia; mas en esa potestad no se incluye la de alterar la sentencia ya recaída, que es definitiva e inconvencible —salvo por una enmienda constitucional o por la adopción de una nueva Constitución).⁹⁶

3.3. *Las normas constitucionales anticonstitucionales y la revisión de la Constitución*

Para enfrentarse a una disposición constitucional como la imaginaria cláusula de no conyuntividad habría un recurso más audaz que el hermenéutico: acudir al controvertido concepto de normas constitucionales inconstitucionales. Ha brotado en la doctrina jurídico-constitucional a propósito, inicialmente, de la potestad de algunos tribunales constitucionales de anular enmiendas a la Constitución si atentan con-

mente fijada en el ordenamiento jurídico-constitucional hispano. Es dudoso que un legislador que, en el futuro, edicte una norma disconforme con esa lectura de un fragmento del texto constitucional esté actuando anticonstitucionalmente. La norma paraconstitucional emanada del alto Tribunal tiene, en nuestro ordenamiento, un valor esencialmente consuetudinario. Es oscuro su lugar en la jerarquía normativa.

⁹⁶ A quienes se oponen al control jurisdiccional de la ley o quieren restringirlo al máximo se les plantea el mismo problema cuando una asamblea legislativa edicta una ley que es disconforme con la Constitución, aunque erróneamente los legisladores pretendan que no lo es. En esos sistemas, no es que —como equivocadamente se ha afirmado muchas veces— la Constitución no sea normativa, sino que, aun siéndolo, el poder legislativo goza de una potestad paraconstitucional, generando antinomias. En tales sistemas no existe genuina jerarquía normativa; la supremacía de la Constitución es más nominal que real.

Es un problema de investigación histórico-jurídica, pero mi opinión es que con los sistemas de control jurisdiccional de la ley se ha ganado muchísimo en el respeto de los derechos humanos, aunque hayan sido desafortunadas no pocas decisiones de los tribunales constitucionales. Un caso paradigmático es el de la Constitución de la V República francesa, de 1958, de sesgo autoritario, poco liberal, que sufrió una mutación constitucional por la Decisión 71-44 DC del Consejo Constitucional (julio de 1971), a la que han seguido muchas otras, que han alterado de hecho el ordenamiento jurídico-constitucional francés; para bien.

tra cláusulas de intangibilidad de la misma, como las que se contienen en las Constituciones francesa, alemana e italiana.⁹⁷

Es sumamente espinoso el problema de si los tribunales constitucionales tienen potestad de anular enmiendas constitucionales contrarias a la Constitución, ya sea porque, dado su contenido, vulneren valores y principios esenciales de la misma, ya porque hayan sido adoptadas sin ajuste al procedimiento constitucionalmente prescrito.

Esto último sucedió en Francia en 1962. El presidente de Gaulle hizo cambiar la Constitución para ser elegido directamente por sufragio universal, mediante un procedimiento constitucionalmente incorrecto: la revisión constitucional venía regida por el art. 89 de la Constitución de 1958, pero el general acudió al art. 11 que le permitía consultar al pueblo (solo que el tenor literal de ese artículo excluía expresamente que lo consultado implicara una revisión constitucional). El referéndum se celebró el 28 de octubre; nueve días después el Consejo Constitucional se inclinó —declarándose incompetente— porque la reforma se había adoptado por plebiscito, sentando así el canon jurisprudencial de que el propio Consejo carecía de competencia para anular una decisión del pueblo soberano.⁹⁸

En España, puede considerarse anticonstitucional la reforma exprés del art. 135 CE en 27 de septiembre de 2011 (consensuada por los principales partidos), porque subvierte, en su apartado 2, las atribuciones parlamentarias, ya que, a tenor de la reforma, la competencia de las Cortes para aprobar los presupuestos (según los arts. 66.1 y 134) queda ahora condicionada a las directrices marcadas por la

⁹⁷ Es un asunto que también se ha debatido en América Latina: Colombia, Argentina y México. V. <http://uir.ulster.ac.uk/29740/2/Guardians.pdf>, Rory O'Connell, «Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms» *Journal of Civil Liberties*, vol. 4 (1999), pp. 48-75; consultado en 2016-03-28.).

⁹⁸ Jurisprudencia peligrosa, si un día se sometiera a plebiscito la abolición del derecho de asociación o de la libertad de residencia, o bien la autorización de la tortura. (En algunos Estados de USA cuyas constituciones prevén plebiscitos, los Tribunales han anulado a veces el resultado de los mismos por contradicción con la Constitución Federal.)

Notemos, sin embargo, que la reforma constitucional francesa de julio de 2008 permite que, antes de verificarse el plebiscito, lo consultado en él sea sometido a la previa aprobación del Consejo Constitucional.

Unión Europea, sin que esa entidad internacional tenga ninguna otra presencia en el texto constitucional; esa constitucionalización coarta también las disposiciones constitucionales sobre política exterior (arts. 93 a 96). Hasta ahora, la pertenencia a ese organismo paneuropeo era potestativa e infraconstitucional; con la reforma, España pierde libertad para, sin modificar su Constitución, abandonar el Tratado de la Unión Europea, por mucho que las circunstancias internacionales se hayan alterado.

Cierto que las materias implícitamente modificadas por la reforma constitucional de 2011-09-27 no son las superprotegidas (bloqueadas, de hecho) por el art. 168 CE; mas no deja de ser cierto que una enmienda reglamentística a un artículo sobre la deuda pública se convierte en una cuña por la cual se está introduciendo una modificación sustancial del sistema de distribución de poderes de la Constitución, exaltándose a una entidad transnacional por encima de la soberanía del pueblo español, e. d, quebrantándose la declaración de soberanía nacional del preámbulo y del art. 1.2 constitucional;⁹⁹ o

⁹⁹ Imaginemos que, aleccionados por el *impasse* gubernamental surgido a raíz de las elecciones de diciembre de 2015, los diputados y los senadores deciden —por sendas mayorías de 3/5 preceptuadas por el art. 167— modificar los artículos 99, 100, 114 y 115, eliminando totalmente la participación del rey en el nombramiento del presidente del Gobierno y de los ministros; v. g., instituyendo el procedimiento de que, tras las elecciones, se presenten ante el Congreso candidatos a presidir el Gobierno, resultando elegido aquel que salga más votado. Esa reforma colisionaría con lo prevenido en los artículos 62.d y 62.e, que pertenecen al título II, cuasiintangible en virtud del art. 168.

¿Qué procedería hacer frente a tal reforma? El Tribunal Constitucional podría anularla, alegando que, aunque no se han reformado artículos del título II, este sí está *afectado* por la reforma, por lo cual habría sido menester actuar según el art. 168. Sin embargo, es perfectamente posible que el TC no tuviera ocasión alguna de pronunciarse (como no la ha tenido con la reforma exprés del art. 135 que afecta al Título preliminar, asimismo bloqueado por el art. 168). El resultado sería una Constitución antinómica, con un artículo 62 que conferiría ciertas potestades al rey, las cuales le vendrían rehusadas por los enmendados artículos 99, 100, 114 y 115.

Está claro que en el septeto que redactó el anteproyecto de Constitución de 1978 no había ni un solo lógico, ni un solo individuo con estudios de lógica matemática, en general, ni de lógica deóntica, en particular. Pero el sentido común, la capacidad de razonar y de prever, hubieran debido bastar para no incurrir en los absurdos que acarrea la doble vía de las enmiendas, la de los artículos 167 y 168.

sea, un contenido esencialísimo de la Constitución, un principio fundamental.¹⁰⁰

En cualquier caso, la mera debatibilidad de si podría venir bloqueada una reforma de la Constitución por una jurisdicción constitucional nos hace ahondar nuestro cuestionamiento del dogma de que la Constitución sea la norma suprema. En casos de conflictos como los evocados en este apartado, está claro que la Constitución encierra varias normas, especialmente la Constitución enmendada; normas en colisión mutua.¹⁰¹ Tengan o no competencia los tribunales constitucio-

¹⁰⁰ Cabe preguntarse si no incumbía a la Corona abstenerse de sancionar una reforma anticonstitucional de la Constitución, aunque para tal eventualidad el texto no ha hecho previsión alguna, como tampoco la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁰¹ De modo general, la vía hermenéutica es la más adecuada para afrontar el problema de las prescripciones constitucionales anticonstitucionales —o sea de las antinomias internas en la Constitución, ya sean originarias, ya resultantes de alguna enmienda. Eso significa que, en la medida de lo posible, habrá que interpretar cada una de las prescripciones constitucionales en un sentido de mutuo encaje, que disuelva la antinomia. No siempre es posible; ni la mera posibilidad implica necesariamente verosimilitud o corrección de lo que puede ser un mero ardid exegético, más o menos forzado. Sobre todo, como, por encima de la Constitución, están el derecho natural y la lógica nomológica, el conflicto entre dos cláusulas del mismo texto constitucional ha de dirimirse —allende la posible armonización interpretativa— acudiendo a cánones supraconstitucionales.

Un caso reciente de antinomia se ha producido en la Constitución mexicana por las reformas de 6 y 10 de junio de 2011, a tenor de las cuales, por un lado, las normas de derechos humanos no se relacionan en términos jerárquicos (lo cual significa que aquellas cuya preceptividad venga dada por un tratado internacional no son infraconstitucionales), pero, no obstante, se establecen dos reglas antinómicas: la una, que hace prevalecer las eventuales restricciones de los derechos contenidas en el texto constitucional (por el principio de supremacía de la Constitución); y la otra, el principio *pro persona*, que constriñe a los jueces a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. La colisión se produce cuando un fallo de la CIDH, p. ej., preceptúa una medida más favorable a la persona en un ámbito en el cual, sin embargo, existe una restricción constitucional.

Un pronunciamiento nomológicamente fundado requeriría examinar qué intereses legítimos y bienes jurídicos son aquellos que tratan de proteger las referidas restricciones y si se hallan en conflicto dos derechos humanos, lo cual es muy frecuente; en tal supuesto la solución más favorable para una persona es la más desfavorable para la otra.

nales para dirimir el conflicto, este existe. Topámonos con antinomias constitucionales. La última palabra no puede corresponder a la Constitución, ese ensamblado de normas mutuamente contradictorias. Habrá que acudir, pues, a una norma supraconstitucional, que difícilmente puede ser otra que el valor jurídico-natural y lógico-nomológico del bien común.¹⁰²

¹⁰² Puesto que el bien común pertinente en una Constitución es el del cuerpo político realmente existente —o sea la nación, en un sentido histórico-político—, la inescindibilidad de dicho cuerpo es otro de los principios que —explícitamente incorporados o no al texto constitucional— son, de suyo, supraconstitucionales, por encima de cualquier potestad de revisión constitucional o de proclamación de una nueva constitución.

Por ello no comparto en absoluto la doctrina del TC en las sentencias 103/2008, 42/2014, 31 y 32/2015, según la cual sería viable, en aplicación del art. 168 CE sobre la reforma constitucional, enmendar el art. 2 (ubicado en el título preliminar), «La Constitución se fundamenta en la indivisible unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles» —una prescripción que desarrolla la declaración de soberanía nacional del preámbulo—. Afirmo Mariano Bacigalupo en «¿Permite la Constitución un referéndum de autodeterminación en una comunidad?» (*El confidencial*, 2016-04-07): «El TC ha reafirmado esta doctrina en sus recientes sentencias de 11 de junio de 2015 [...] y de 2 de diciembre de 2015 [...]». Esa errónea y funesta doctrina implica que podría eventualmente someterse a revisión la unidad de España, cuando esta es, antes bien, un intangible principio supraconstitucional, un corolario del axioma nomológico del bien común.

Concedo que la vía agravada del art. 168 hace casi imposible tal reforma en un próximo futuro. Pero hablamos de una cuestión de principio. Y, como cuestión de principio, sostengo que ni por la vía del art. 168 constitucional ni por ninguna otra sería lícita una partición de España —en ninguna eventualidad, fueran cuales fueren las circunstancias—. Y es que desborda la potestad de cualquier poder constituyente —sea el originario, sea el constituido— suprimir, destruir o fragmentar la Nación cuya preexistente soberanía otorga facultad constituyente a ese poder.

Como bien lo recalcó D. Francisco Giner de los Ríos, las sociedades se crean, no por actos jurídicos, sino por hechos jurídicos. Lo que crea una nación como sujeto con personalidad jurídica en el orden internacional es un hecho histórico-político, la convivencia de muchas generaciones sucesivas (cuantas más, mayor indivisibilidad); una convivencia con instituciones y autoridades comunes, con una comunidad hacia adentro y hacia afuera (tal doctrina no se aplica a confederaciones instituidas por un tratado de unión no perpetua, como la canadiense, establecida en la reciente fecha de 1867).

Notemos, además, que una imaginaria abolición del artículo 2 CE que autorizara la secesión de una región española sería inicua si, simultáneamente, no autorizara al

3.4. *Cláusulas de intangibilidad, mutación constitucional y derecho natural*

La posible inconstitucionalidad de una revisión constitucional se plantea con singular agudeza en aquellos casos en los que el texto constitucional contiene cláusulas de intangibilidad.

A diferencia de la actual Constitución española, otras contienen tales cláusulas de intangibilidad (v. g., de la forma republicana de gobierno).¹⁰³

resto de las regiones a expulsarla de la unión nacional, e. d. a imponerle la secesión (o, lo que es lo mismo, a hacer secesión respecto a ella). Instituido el derecho al repudio, este al menos ha de ser mutuo y simétrico.

¹⁰³ Que la Constitución de 1978 no exprese cláusulas explícitas de intangibilidad no significa que no las contenga implícitamente ni, todavía menos, que no quede sujeta a ellas por algún canon supraconstitucional.

Desde un punto de vista de radicalismo juspositivista extremo, Juan Luis Requejo Pagés, en *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente* (Madrid, CEPC, 1998), tras dejar sentado (p. 41) «que desde la ciencia del derecho no es posible otro planteamiento que aquel que opera a partir de conceptos y categorías racionalmente contrastables, y entre ellos no se encuentran ideas tales como la de la justicia o el bien común», rechaza la aplicabilidad de la lógica al derecho (p. 106): «Sin embargo, por encima de la lógica *stricto sensu* —de la lógica normativa— está, siempre, la lógica positiva, esto es, la impuesta por la expresa voluntad constituyente, frente a la que nada pueden límites que, por más que se califiquen de implícitos, no son sino los queridos por el intérprete. Y este no puede querer ahí donde el constituyente, expresamente, no ha querido». Tan intransigente postura le sirve para recusar cualesquiera tesis que postulen algún principio intangible que ninguna revisión constitucional estaría facultada para sacrificar.

En la misma línea, Requejo descarta, con el reverso de la mano, cualquier recurso de inconstitucionalidad contra alguna prescripción contenida en el texto constitucional (pp. 84-85): «ha de admitirse que la Constitución puede incurrir en antinomias aparentes; puede incluso contener previsiones frontalmente contrarias a las que cabría deducir de algunos de sus preceptos. En ningún caso, sin embargo, puede hablarse de contradicción (palabra vedada al intérprete cuando de la Constitución se trata)». Recuerda uno aquel mandamiento del emperador Justiniano: «Que nadie se atreva a encontrar contradicción alguna en la legislación por mí edictada». Mas, si no importa la lógica, ¿por qué hacerse cruces con el reconocimiento de contradicciones en el texto constitucional? La omnipotente voluntad del constituyente, que —según el autor positivista— prevalece sobre la lógica, ¿no puede imponer la preceptividad, no ya de meras contradicciones, sino hasta de supercontradicciones?

Nuestra Constitución de 1978 acude a otro procedimiento para conseguir *de facto* la cuasiintangibilidad de la monarquía, al blindarla por el art. 168, de tal modo que, para cualquier futuro previsible —y por muchísimo que cambien las inclinaciones políticas de unos u otros sectores de la población—, es radicalmente impensable que pudiera reformarse la Constitución en un sentido republicano, especialmente por el absoluto poder de bloqueo de un Senado cuya democraticidad es escasa tirando a nula; ya la del Congreso es muy limitada en virtud de la vigente ley electoral.¹⁰⁴

Pero las constituciones con cláusulas de intangibilidad no suelen atribuir a los tribunales constitucionales el derecho de vetar una enmienda constitucional que viole tal cláusula. Ahora bien, la cláusula sería ociosa si nadie pudiera hacerla exequible.

Luego es defendible la autoatribución de competencia de un TC para bloquear una reforma que transgreda la cláusula de intangibilidad.¹⁰⁵

En realidad el problema es más viejo. La Constitución del Estado Libre de Irlanda (Eire) de 1922 permitía que, durante los primeros ocho años, se adoptaran enmiendas constitucionales por simple mayoría del parlamento (Oireachtas). Al amparo de tal previsión, el gobierno hizo adoptar una enmienda que anulaba las garantías constitucionales según el arbitrio del ejecutivo; en combinación con la 17.^a enmienda —que era una cláusula de autointangibilidad— se bloqueaba cualquier abrogación posterior de esos discrecionales poderes gubernamentales.

El Tribunal Supremo irlandés tuvo que abordar el problema en el juicio *State (Ryan) v. Lennon*, 1935. La mayoría de los jueces sostuvieron la constitucionalidad de la enmienda, pues formalmente se había adoptado de modo procedimentalmente legal. Pero el presidente del

¹⁰⁴ No solo de la ley, sino de la propia Constitución, cuyo art. 68.2 establece un sistema de elección que vulnera el principio de igual representación en proporción a la población de las diferentes circunscripciones, principio que, en cambio, figuraba en la Constitución de 1812, en sus arts. 31, 32 y 33.

¹⁰⁵ Tenemos aquí un argumento similar al que desarrolla el juez Marshall en *Marbury v. Madison*, 1803, que también significó una mutación constitucional, al instituir un poder judicial de control de las leyes, que la Constitución no había previsto.

Tribunal, el *Chief Justice* Hugh Kennedy, se pronunció contra el positivismo jurídico heredado de la tradición jurídica de la isla vecina (y aún entonces dominante, pues la Constitución de 1922 estaba subordinada al tratado anglo-irlandés, que mantenía al Estado recién independizado bajo la Corona británica). El juez Kennedy argumentó que la enmienda 17 pugnaba con los inviolables principios fundamentales de la Constitución y que, por consiguiente, la autorización concedida a la mayoría parlamentaria para introducir enmiendas estaba subordinada a esos principios inmutables. Lo que pasa es que el texto constitucional de 1922 no usaba esos adjetivos de «inviolables» e «inmutables»; la lectura del juez Kennedy se basaba en el espíritu, no en la letra. Pero otro argumento del juez Kennedy era más audaz, invocando el derecho natural, que la razón natural puede descubrir; cualquier ley positiva que viole el derecho natural es, según dicho juez, inconstitucional, inválida, nula, írrita e inexecutable (*unconstitutional, invalid, absolutely null and void and inoperative*).

Hubieron de transcurrir más de ocho lustros antes que el Tribunal Supremo de Irlanda (ahora una República) empezara a asumir la doctrina del juez Kennedy. La nueva jurisprudencia constitucional irlandesa se funda en dos principios. (1.º) La Constitución no otorga derechos fundamentales, sino que los reconoce; tales derechos son supraconstitucionales. (2.º) La protección concedida en la Constitución se extiende, no solo a los derechos explícitamente enumerados en ella, sino a todos los derechos fundamentales, aun aquellos que no han hallado expreso reconocimiento constitucional (puesto que los derechos esenciales son supraconstitucionales).¹⁰⁶

Sin embargo, en años más recientes —y tras haber sido ásperamente combatida en los medios académicos— ha sufrido un retroceso ju-

¹⁰⁶ En *M'Gee v. Ireland* (1974) el Tribunal Supremo irlandés sostuvo que era anticonstitucional prohibir a una mujer casada obtener anticonceptivos, pues violaba su derecho a la intimidad conyugal (un derecho que se formula en esa sentencia por primera vez). El magistrado Brian Walsh asumió la doctrina del derecho natural: «[The fundamental rights provisions] emphatically reject the theory that there are no rights without laws, no rights contrary to the law and no rights anterior to the law. They indicate that justice is placed above the law and acknowledge that natural rights, or human rights, are not created by law but that the Constitution confirms their existence and gives them protection».

risprudencial esa recuperación del derecho natural como norma suprema del ordenamiento irlandés. Ventilándose tal debate en el país en el que se ventila, no podía dejar de enfrascarse en las polémicas sobre el aborto y temas similares, lo cual ha empañado el fondo de la controversia.¹⁰⁷

SECCIÓN IV: FUNDAMENTOS DE LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

4.1. *Primer fundamento: la coactividad del poder*¹⁰⁸

La Constitución, presunta norma suprema, no solo —según lo hemos visto— tiene que venir interpretada (para lo cual ha de sujetarse a ciertos cánones hermenéuticos —que no pueden emanar de la propia «Carta Magna», so pena de circularidad) e igualmente someterse —para poder extraer de ella conclusiones deónticas— a valores, normas y axiomas supraconstitucionales de lógica nomológica, sino que, además, ha de venir abrazada como norma legítimamente vigente, no como puro mandamiento de quien, teniendo la sartén por el mango, dispone del uso de la fuerza para hacerse obedecer.

¿En virtud de qué merece tal aquiescencia la Constitución? ¿Es porque ella misma lo manda? De ser esa la respuesta acertada, cualquier individuo o grupo podría publicar un texto que llamara «Constitución» y que también proclamara su propia supremacía. Podría ser incluso una Constitución mucho mejor (no hay que esforzarse dema-

¹⁰⁷ También en la India el Tribunal Supremo ha instituido la doctrina de la inconstitucionalidad de enmiendas constitucionales que infrinjan derechos fundamentales, sosteniendo que solo una nueva asamblea constituyente tendría tal potestad.

¹⁰⁸ Chirría fundar la legitimidad del ordenamiento en el poder coercitivo de quien lo establece o hace guardar, pero toda una tradición positivista abraza ese fundamento. Definen al poder como la regulación del uso monopólico de la fuerza. No solo Carl Schmitt, sino también el propio Kelsen asume ese enfoque. De algún modo se trata de hacer que el problema de la legitimidad se desvanezca, reemplazado por el de la legalidad, definida como la normativa de quien tiene el poder armado. (Hay otros positivistas que no comulgan con esa idea, exigiendo que la sociedad haya asumido una regla de reconocimiento acompañada del punto de vista interno; o sea, demandan un consentimiento de los gobernados. Claro que un bucanero lo acabará obteniendo si persiste.)

siado para conseguirlo, pues es dudoso que haya otra de nuestro ámbito histórico-lingüístico con más defectos). No la consideraríamos válida. La razón de ello no puede estribar en lo que diga el texto, pues en su autoproclamarse normas supremas serían iguales.

Voy a discutir varios argumentos a favor de la obediencia a la Constitución.

El primero es que prescribe esa obediencia quien detenta el poder y está respaldado por el uso de la fuerza; desacatar tal prescripción acarreará consecuencias muy negativas para el transgresor. Si no acatamos la Constitución y las leyes que le están subordinadas, sufriremos represalias que pueden ser durísimas. Si rehusamos nuestra aquiescencia a la Constitución, no tendremos motivo alguno para reconocer la legalidad de las autoridades emanadas de la misma ni la validez de sus promulgamientos. En tal hipótesis, ofrécese tres opciones: o bien (1.^a) guardamos tales sentimientos para nuestros adentros —y de boquilla simulamos inclinarnos—; o bien (2.^a) expresamos nuestra auténtica opinión, pero sin dejar de ajustar nuestra conducta a ese ordenamiento; o bien (3.^a) llevamos nuestro atrevimiento al punto de transgredir las prescripciones emanadas de la Constitución.

La opción 1.^a es más segura, pero es de igual tenor que el acatamiento a las Leyes Fundamentales del Reino bajo del régimen despótico-militar de 1939-1975. Es la actitud de quien vela por sus intereses bajo un régimen que aborrece, actuando con la prudencia necesaria para no meterse en líos y ocultando sus pensamientos. No es esa, evidentemente, la actitud que desean fomentar quienes ofrecen argumentos a favor del acatamiento a la Constitución. En todo caso, esas reservas en el fuero interno son indetectables y ajenas a lo jurídico. Aun así, desearíamos encontrar algún argumento para convencer a quien haya adoptado esa postura de que algún motivo hay para ser menos hostiles hacia la Constitución vigente; y es que no se es muy feliz viviendo con ese desgarramiento anímico de fingir acatamiento a un orden de cosas, execrándolo en nuestro fuero interno.

La opción 2.^a es arriesgada, pero, administrada con cautela, no demasiado. Es esa una diferencia significativa entre el actual ordenamiento y el existente hasta el 29 de diciembre de 1978. Entonces era peligrosísimo expresar una disconformidad con las Leyes Fundamentales, principalmente con la fundamentalísima, la Ley de Principios

Fundamentales del Movimiento Nacional del 17 de mayo de 1958;¹⁰⁹ tal disconformidad venía severamente castigada por el Código Penal; y, con código o sin código, las fuerzas de seguridad estaban autorizadas a someter al disidente (o aun al mero sospechoso de serlo) a privación de libertad, malos tratos y vejaciones.

Sin embargo, esta segunda opción tiene un límite muy estricto: si no juramos que guardaremos y haremos guardar la Constitución (y que seremos fieles al monarca reinante), no podremos obtener empleo alguno en el sector público; lo cual, habiendo un desempleo en España de una cuarta parte de la población activa, limita seriamente nuestras posibilidades de supervivencia, anulándolas completamente para quienes hayan escogido una vocación que no ofrezca salidas profesionales fuera del sector público.

¹⁰⁹ El texto de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de mayo de 1958 empieza con estas palabras: «Yo, Francisco Franco Bahamonde, caudillo de España, consciente de mi responsabilidad ante Dios y ante la Historia, en presencia de las Cortes del Reino, promulgo como Principios del Movimiento Nacional, entendido como comunión de los españoles en los ideales que dieron vida a la Cruzada, los siguientes: 1. España es una unidad de destino en lo universal. [...] 2. La nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la ley de Dios según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspira su legislación». El punto 7 afirma que la forma política del Estado español «es, dentro de los principios inmutables del Movimiento Nacional y de cuanto determinan la Ley de Sucesión y demás Leyes Fundamentales, la Monarquía tradicional, católica, social y representativa». El punto 8 advierte: «toda organización política de cualquier índole al margen de este sistema representativo [el de la representación «orgánica»: familia, municipio y sindicato] será considerada ilegal».

La *Revista del Instituto de Estudios Políticos* (hoy Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) consagró una sección monográfica a glosar esa ley fundamentalísima, con participación de las luminarias jurídicas del Régimen, como Fraga Iribarne, Pérez Serrano, Castán Tobeñas y Ollero Gómez. (Posteriormente, Carlos Ollero Gómez escribirá un libro de comentario a esa Ley y, cuatro lustros más tarde, será no solo vicepresidente del Consejo del Reino sino también senador por designación regia, con un destacado papel en la elaboración del texto final de la actual Constitución. Encarna así su persona el tracto sucesivo de un sistema al otro.)

En los años 60 el *establishment* jurídico legitimaba la Ley de Principios del Movimiento con tan obsequioso celo como aquel con el que hoy echa incienso sobre la Constitución de 1978. A veces han sido los mismos individuos y otras veces sus discípulos y sucesores en la plaza.

La opción 3.^a es la más peligrosa de las tres. Vamos a suponer que quien la adopta regula, no obstante, su conducta por un código ético, por una cosmovisión que lo aparta de malas acciones lesivas para los demás. Sin embargo, al no reconocer la legalidad de las autoridades ni la validez de sus mandamientos, podrá permitirse infringirlos en tanto en cuanto quede a salvo su código ético. P. ej., en lo tocante al pago de impuestos. Según su conciencia, se autorizará a evadir tributos o incluso irá más lejos, desobedeciendo ostensiblemente las obligaciones fiscales y no pagando las multas, lo cual lo llevará a una estancia más o menos larga en presidio. ¿Vale la pena, por mucho que uno discrepe del actual texto constitucional?

En cualquier caso, el argumento de que hay que acatar y respetar la Constitución porque lo manda el poder me parece contundente e irrefutable; solo que el acatamiento que así se presta es puramente forzado, igual que el someterse a la voluntad de un atracador o de un pirata.

4.2. Segundo fundamento: la legitimidad del poder constituyente

Un segundo argumento es la legitimidad del poder que instauró tal Constitución.

A este respecto, vale la pena traer a colación la teoría de Max Weber de las modalidades de la legitimidad.¹¹⁰ La legitimidad, según la entiende Max Weber, no es la de un sistema de normas ni la de una norma en particular, sino la de un individuo o un grupo que ostenta el poder; a lo sumo la de unas instituciones. La legitimidad es aquel título por el cual el detentador del poder se siente acreditado para exigir la obediencia de los súbditos de manera no meramente arbitraria ni basada exclusivamente en la fuerza.

Que yo sepa, Max Weber nunca demuestra que las posibles fuentes de la legitimidad del poder sean solo las tres que él enumera. No pro-

¹¹⁰ El *locus classicus* de la tripartición weberiana es su conferencia de 1919 «La profesión y vocación de la política», repr. en *Political Writings*, ed. & trad. inglesa de P. Lassman & R. Speirs, Cambridge U. P., 1994. (En español: M. Weber, *El político y el científico*, trad. F. Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 2012.) V. al respecto P. M. Blau, «Critical remarks on Weber's theory of authority», *The American Political Science Review*, 57/2, 1963, pp. 305-316. V. también Max Weber, *Sociología del Derecho*, trad. y ed. José Luis Monereo, Granada, Comares, 2001, p. 257.

cede por la vía de un análisis conceptual que vaya dividiendo el concepto de legitimidad en ramas, de modo que la enumeración se pruebe exhaustiva. No voy yo, en estas páginas, a emprender esa tarea.

Considero a continuación los tres tipos de legitimidad de Max Weber, no en el orden en que él los enumera.

Empecemos por la legitimidad carismática, aquella en la que un individuo (más que un grupo, aunque también podría ser un partido político) está aureolado por un *carisma*, o sea, posee especiales dotes de liderazgo tan fuertes que atraen, como un imán, a una enfervorizada muchedumbre de seguidores quienes, por lo entusiástico y multitudinario de su adhesión, acaban imponiendo al conjunto de la población una actitud, si no de libre aquiescencia, al menos de sumisión. Naturalmente, para que sea posible la legitimidad carismática han de concurrir circunstancias muy particulares; normalmente, graves perturbaciones y zozobras que hagan quebrar la confianza en las instituciones preexistentes así como la disponibilidad de fuerzas armadas que apoyen a la personalidad carismática.

Podríamos discutir qué ejemplos históricos hay de tal legitimidad. Sea como fuere, todos concordarán en que ninguna de esas características se aplica, ni poco ni mucho, al poder político español de los años de la transición (1975-81). Sus timoneles navegaban a la deriva, sin plan preconcebido y, cuando tuvieron la suerte de acceder a posiciones de mando, tenían (merecida o inmerecidamente) fama de hombres ineptos, suscitando más desdén que ningún otro sentimiento.

De todos modos, racionalmente ¿qué podemos pensar de la legitimidad carismática? Las tiranías que se han aureolado con esos oropeles ¿eran de veras legítimas? Pero sobre todo —y esto es lo que importa para nuestra actual investigación— ¿será legítima una Constitución porque la haya dictado un líder carismático? Creo que claramente tal legitimación desencadena una regresión al infinito, pues necesitamos conocer cuál es la fuente legitimadora del poder del líder.¹¹¹

¹¹¹ Luis Sánchez Agesta, en su citado libro publicado en 1951 (el mismo año en que, por orden ministerial, viene nombrado rector de la Universidad de Granada, cargo que ocupará durante nueve años hasta trasladarse de cátedra a la Universidad de Madrid), atribuye al Caudillo la plenitud del poder constituyente. Revelándose fiel discípulo y secuaz de Carl Schmitt, alega que, en virtud de su naturaleza orgánica y creadora, el poder constituyente ni puede ni debe buscar otra legitimidad que la propia decisión de

Pasemos a la legitimidad tradicional, aquella por la cual el titular del poder reclama la obediencia de los súbditos —y suele obtenerla— aduciendo su condición de sucesor de un viejo orden que se ha transmitido sin interrupción, con una continuidad cuya ruptura provocaría un caos. Someterse a ese detentador del poder es respetar un implícito vínculo sinalagmático por el cual el poder persiste gracias a la adhesión o, al menos, el consentimiento pasivo de los gobernados (digamos: su sumisión, alegre o triste), de suerte que subvertir ese poder implicaría trastornar el entramado de relaciones político-sociales bajo el cual han vivido pacíficamente generaciones sucesivas del pueblo y de las diferentes clases sociales.

¿Se puede sustentar la legitimidad de quienes adoptaron e impusieron la Constitución de 1978 en esas consideraciones de sucesión ininterrumpida de un orden tradicional? Sin duda los redactores de la Constitución (muy preocupados por su propia y radical ilegitimidad desde cualquier punto de vista) quisieron ampararse en ese tipo de legitimidad tradicional, estampando en el texto el art. 57.1. Este atribuye la calidad de *legítimo heredero de la dinastía histórica* a la persona que había sido exaltada al trono el 22 de noviembre de 1975. En mi libro *Estudios Republicanos* sometí a crítica dicho aserto del texto constitucional; no voy a repetir aquí mis objeciones.¹¹²

quien se ha adueñado de tal potestad para ejercerla según su voluntad. Sánchez Agesta funda esa absoluta potestad constituyente del Caudillo en el hecho bruto de que los acontecimientos políticos lo han erigido en titular fáctico de un poder omnímodo. Atribuir el poder constituyente «al rey o al pueblo debe considerarse únicamente como mitos históricos que tratan de reforzar una acción política determinada. Titular del Poder Constituyente, dada su específica naturaleza histórica, no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino más simplemente *quien puede*, esto es, quien está en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden» (*ibíd.*, p. 342).

En las Cortes bicamerales de 1977, Sánchez Agesta fue uno de los 41 senadores de designación regia y miembro de la comisión constitucional del Senado. En su intervención del 31 de octubre de 1978, se pronuncia a favor del texto consensuado porque coronaba la Ley para la Reforma Política, o sea, la 8.^a de las Leyes Fundamentales del Reino. Cabe conjeturar en qué medida sus teorías schmittianas de 1951 seguían siendo el impulso para esa toma de postura 27 años después. Al fin y al cabo, en ambos casos, faltando otra legitimidad, había que remitirse a la facticidad del poder.

¹¹² Lorenzo Peña, *Estudios Republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*, México/Madrid, Plaza y Valdés Editores, 2009. ISBN 9788496780538, capítulo III, esp. §2.

Hay, empero, un aspecto de la cuestión que no figura en dicho libro, porque en él no se estaba debatiendo el presente problema. Los títulos de sucesión —en cuya discusión no voy a entrar aquí (remitiéndome a la obra recién citada)— no autorizan a hablar de continuación de un orden tradicional, cuando ese orden ya se había interrumpido anteriormente en tres ocasiones (1701-14, 1808-14, 1868-75) y, además, apenas acababa de restaurarse, tras un largo paréntesis de nueve lustros (precedido por ocho años de deslegitimación de la institución monárquica, al transgredir ella misma su propia norma, erigiéndose en un poder meramente *de facto*).¹¹³ Entre el 13 de septiembre de 1923

¹¹³ Es difícil aceptar la noción de un poder meramente *de facto* para el positivismo —sobre todo en sus versiones duras, en las que se define el derecho como la regulación del uso de la fuerza por quien la detenta. (Un positivismo suavizado, como el de Hart, exige, para que se tenga un poder *de jure*, que esté operativa una regla de reconocimiento acompañada del punto de vista interno.)

Los insurrectos que irrumpen en la capital de un Estado, imponiendo allí sus órdenes, ¿constituyen un poder legal? Puede que en el futuro, si consolidan su dominación y la disciplinan, acaben algún día instituyendo un régimen *de jure*. Mi tesis es la de que franco-falangismo nunca lo consiguió del todo, ni de lejos.

Voy a poner un ejemplo. El 25 de marzo de 1997, un grupo de soldados amotinados, capitaneados por el Mayor Koroma, auxiliados por rebeldes, se adueñó de la capital de Sierra Leona, Freetown, imponiendo su poder, que no fue internacionalmente reconocido. El presidente Kabbah se refugia en Nigeria. Un año después, paradójicamente, la dictadura militar de Nigeria —bajo la tiranía del general Sani Abacha— manda un cuerpo expedicionario que recaptura Freetown, restaurando el poder civil de Kabbah. ¿Cómo vería el positivista el régimen *de facto* de Sierra Leona entre marzo de 1997 y marzo de 1998? Es difícil saber cuál era la regla de reconocimiento. En todo caso, Kabbah era un depuesto presidente exiliado, sin ningún poder real. Supongamos que finalmente las tropas nigerianas no hubieran intervenido; entonces Kabbah jamás habría vuelto a Freetown y el régimen de Koroma se habría afianzado.

Otro caso parecido es el del presidente haitiano Jean-Bertrand Aristide, depuesto por un golpe de estado militar el 29 de septiembre de 1991 y restaurado en la presidencia el 15 de octubre de 1994 a consecuencia de una decisión del Consejo de Seguridad de la ONU; durante ese trienio había seguido siendo el Jefe de Estado legal de la nación haitiana, mientras que las autoridades *de facto* de Puerto Príncipe eran usurpadoras; solo que, claro está, si no se hubiera restaurado la legalidad constitucional, si durante mucho tiempo hubiera persistido la tiranía militar, es dudoso hasta qué momento consideraríamos que Aristide seguía siendo el presidente legal. (El lector puede comparar esos hechos con los acaeci-

(revocación de hecho de la Constitución de 1876 por el golpe de Estado del marqués de Estella, auspiciado por el monarca reinante) y la promulgación de la nueva Constitución monárquica el 29 de diciembre de 1978 corre un intervalo de 20.196 días durante el cual España vivió, o bien sin Constitución alguna, o bien con una republicana (1931-39). Su majestad Don Alfonso XIII había dejado de ser rey legítimo en la primera de esas dos fechas, al abjurar la Constitución.

Imaginemos que se restaurase la casa de Saboya en Italia. ¿Diríase que ostenta la legitimidad tradicional el pretendiente agraciado (ya fuera Amadeo, duque de Aosta, ya su primo y contrincante, Víctor Manuel IV, príncipe de Nápoles)? ¡No! Ha transcurrido demasiado tiempo desde el 2 de junio de 1946 (además de los líos sucesorios internos de esa casa, parecidos a los que enturbian la sucesión española de Alfonso XIII). Pero ¿cuánto tiempo ha de pasar para que se rompa el nexo de continuidad que permita hablar de legitimidad tradicional?¹¹⁴

Por otro lado, la mencionada exaltación al trono del 22 de noviembre de 1975 no se había producido invocándose esa legitimidad tradicional, sino con otro título absolutamente dispar, que fue el nombramiento del Caudillo ante las Cortes orgánicas de procuradores del Reino el 22 de julio de 1969.¹¹⁵ Sin duda, para que estemos en presen-

dos en otros países, para no hablar ya de los gobiernos en el exilio de la II Guerra Mundial.)

¿Es la duración del poder *de facto* lo que hace de él un poder *de jure*? ¿Cuántos años? Y ¿cuántos años de exilio se requieren para que las autoridades coercitivamente expatriadas dejen de constituir el gobierno legal del país? Pienso que tales preguntas hallan su respuesta en el § 4.4 del presente ensayo, cuando definiendo la justificación teleológico-funcional. El poder *de facto* solo se transforma en poder *de jure* cuando —y en la medida en que— instituye una realidad normativa satisfactoria para el bien común.

¹¹⁴ ¿Qué diríamos si esa restauración monárquica en el país hermano se hubiera producido en 1990, o sea, 44 años tras la fuga de Humberto II —un lapso igual al que distancia 1975 de 1931?

¹¹⁵ V. Juan Ferrando Badía, *Teoría de la instauración monárquica en España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, ISBN 8425905648. En la p. 156 se recoge este párrafo del discurso pronunciado por el Caudillo ante las Cortes en el anochecer del 22 de julio de 1969: «En este orden creo necesario recordaros que el Reino que nosotros, con el asentimiento de la nación, hemos establecido nada debe

cia de una legitimidad tradicional en el sentido de Max Weber, es menester, no solo que *de facto* se dé una transmisión continua de un poder históricamente permanente a lo largo de un número de generaciones, sino, además, que sea ese nexo sucesorio el título invocado para la transmisión.

Por añadidura, si bien es cierto que el texto constitucional no adquirió vigencia legislativa más que al venir sancionado y promulgado por Su Majestad el rey el 27 de diciembre de 1978 y al publicarse en el BOE dos días después, no era una Carta otorgada.¹¹⁶ Correspondió,

al pasado: nace de aquel acto decisivo del 18 de julio, que constituye un hecho histórico trascendente, que no admite pactos ni condiciones. La forma política del Estado nacional, establecida en el Principio 7.º de nuestro Movimiento [...] es la Monarquía tradicional, católica, social y representativa». Según lo pone de relieve otro fragmento del discurso (*ibid.*, p. 159) la aludida tradición es la del carlismo que luchó contra «la decadencia liberal» a lo largo de todo un siglo; o sea, la de secuaces de pretendientes de la otra rama dinástica, que no son antepasados del sucesor designado. Solo que el designado, en su discurso de gratitud del día siguiente (*ibid.*, p. 191), además de confirmar que lo que se estaba instituyendo era una monarquía nueva —y no la heredada de su abuelo— («recibo de Su Excelencia el Jefe de Estado y Generalísimo Franco la legitimidad política surgida del 18 de julio de 1936»), deslizó, sibilinaamente, la frase «Pertenezco, por línea directa, a la Casa Real española y en mi familia, por designios de la Providencia, se han unido las dos ramas. Confío en ser digno continuador de quienes me precedieron». ¿Quiénes le precedieron? ¿Sus antepasados de la execrada rama «liberal» o isabelina? A ese pasado nada debe el nuevo reino, según lo acabamos de ver. ¿Serán los pretendientes carlistas —de quienes no descende Su Alteza?

¹¹⁶ Cual lo había sido el Estatuto Real del 10 de abril de 1834, concedido a los españoles por la reina gobernadora en nombre de su augusta hija, D.^a Isabel II.

Los cuatro más célebres ejemplos de Cartas Otorgadas fueron:

(1.º) La Carta constitucional concedida por Luis de Borbón (Luis XVIII) el 4 de junio de 1814, al ser puesto en el trono de sus antepasados por las potencias que acababan de derrotar a Francia y seguían ocupándola (el preámbulo termina con estas palabras: «Nous avons volontairement, et par le libre exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la Charte constitutionnelle qui suit»). No será abolida hasta la revolución republicana de febrero de 1848.

(2.º) El llamado «Estatuto albertino», otorgado a sus súbditos por el rey de Cerdeña Carlos Alberto I en 1848 para contener la insurrección liberal que amenazaba con derribar el trono. El monarca, al edictarlo, lo llamó «Legge fondamentale perpetua ed irrevocabile della Monarchia sabauda». Esa «monarquía sabauda» o saboyana, estaba formada por la isla de Cerdeña (un reino) más los ducados de Saboya, Piamon-

antes bien, la autoría a unas cortes bicamerales emanadas del proto-posfranquismo, designadas al amparo de las ocho Leyes Fundamentales del Reino, en cuya cúspide se hallaba la de Principios del Movimiento Nacional del 17 de mayo de 1958, la cual conllevaba una cláusula de autointangibilidad absoluta en su totalidad —una intangibilidad confirmada en la posterior Ley Orgánica del Estado de 1967.

Eso significa que la autoridad que se autoatribuyeron esas Cortes bicamerales para elaborar una Constitución nueva —sometiéndola después a plebiscito popular y a asentimiento regio— no emanaba, para nada, del orden tradicional, sino de un ordenamiento creado *ex novo* por el Caudillo de la Cruzada, con el aditamento de la Ley 1/1977 para la Reforma Política.¹¹⁷

te y Liguria. Lo curioso es que el Estatuto se había redactado en francés (se inspiraba en la Carta de Luis XVIII), siendo menester traducirlo luego al toscano. Cuando su hijo, Víctor Manuel II, se adueñe de la mayor parte de la península, proclamándose «rey de Italia» el 17 de marzo de 1861, el Estatuto se convertirá en la ley fundamental del nuevo reino, permaneciendo nominalmente vigente hasta 1946, con la instauración de la República italiana.

(3.º) La llamada «constitución Meiji» otorgada a sus súbditos por el Emperador Meiji del Japón en 11 de febrero de 1889, la cual hacía residir en el Mikado —sagrada e inviolable divinidad terrenal, descendiente de dioses— la plenitud de la soberanía, si bien las leyes requerían el consentimiento de la Dieta. A la vez esa Carta concede algunos derechos condicionales a los súbditos, pero solo en tanto en cuanto la Ley no los suprima o restrinja. El principal derecho es el de propiedad privada. La constitución Meiji permaneció en vigor hasta la capitulación del Imperio japonés el 2 de septiembre de 1945.

(4.º) El Acta de revisión del Digesto de las Leyes Fundamentales del Imperio ruso renuentemente edictada por el zar Nicolás II Alejándrovich en 23 de abril de 1906. El Digesto había sido promulgado en 1832 por su bisabuelo, Nicolás I Pávlovich. El régimen consagrado en ese Digesto era el tradicional de Rusia, la monarquía absoluta. En su juramento al ser ungido y coronado Emperador, el zar hacía un voto a Dios de mantener la autocracia y transmitirla a su heredero. El acta de 1906-04-23 quebraba ese voto, poniendo fin al poder absoluto del soberano. Nicolás se consoló pensando que quedaba a salvo lo esencial de la autocracia (ya que el nuevo sistema semiconstitucional dejaba intacta la mayor parte de su imperial potestad).

¹¹⁷ Un aditamento que, explosivamente, colisionaba con el entramado de las siete Leyes Fundamentales precedentes, subordinándose —en virtud de imperativos del propio sistema— a la Ley suprema, la del Movimiento Nacional de 1958, por clamorosamente antinómico que resultara ese conglomerado legal, tan incongruente que rayaba en una mera acumulación de normas carente de sistematicidad jurídica.

Por consiguiente, no vale invocar a favor de la actual Constitución una presunta legitimidad tradicional del poder que la instituyó.

Al margen de que, en el caso de la transición española, no concurrían las condiciones para hablar de un poder legitimado por la continuidad histórica, hay dos reparos generales que oponer a la tesis de que un poder tradicional esté facultado para legitimar una Constitución por el mero hecho de que él la dicta.

- El primer reparo es que la mera tradicionalidad no es racionalmente suficiente para la legitimidad del poder. Podrá ser un argumento persuasivo para los ignorantes o los conformistas, pero no convincente para mentes críticas, que indagan el porqué. Es posible que haya razones prudenciales para dejar estar los poderes tradicionales, pero el fundamento para ello no es el linaje, no es la transmisión que viene de generaciones pretéritas, sino la conveniencia de evitar las perturbaciones que suelen rodear a cualquier cambio de régimen político.
- El segundo reparo es que una autoridad tradicional que otorga una nueva Constitución opera una reducción al absurdo, puesto que, al edictar la nueva norma, que instituye un nuevo orden de cosas, quiebra las bases de su legitimidad histórica, basada en el orden de cosas heredado de los antepasados.

El tercer tipo de legitimidad de los que considera Max Weber es la legitimidad legal o formal: los titulares del poder lo han adquirido en virtud de actos jurídicamente reglados, mediante los cuales las autoridades preestablecidas —también ellas investidas de un título similar—, en el uso de sus facultades legales, han transmitido el ejercicio del poder a las nuevas, respetándose y ejecutándose las disposiciones jurídicamente vigentes.

El problema es que, si admitimos que las Cortes bicamerales de 1977-78 encarnaban el orden legal y que lo mismo le sucedía al jefe del Estado, entonces ni las unas ni el otro estaban habilitados para elaborar una Constitución que rompiera radicalmente con ese orden.

Era aquel un ordenamiento que no puede calificarse de constitucional.¹¹⁸ Mas, sin ser constitucional, era un ordenamiento jurídico (o

¹¹⁸ El propio régimen aborreció esa palabra, abominada en la tradición carlista que constituía uno de sus pilares ideológicos.

cuasijurídico, en la medida en que en rigor nunca dejó de ser un poder *de facto*), con unas Leyes Fundamentales cuyo cúmulo venía a ser una cuasi-Constitución. Ese ramillete de ocho Leyes Fundamentales estaba escalonado según unas reglas de jerarquía normativa, por las cuales la Ley de Principios del Movimiento era fundamentalísima y suprema, de suerte que no solo era intangible en su totalidad sino que *ipso jure* eran nulas cualesquiera disposiciones que entraran en contradicción con ella. Eso determina que ya la octava Ley Fundamental, la 1/1977, o bien era jurídicamente inválida, o solo era válida en tanto en cuanto, respetando cabalmente la superioridad jerárquico-normativa de la Ley de Principios de 1958, se interpretara de conformidad con dicha Ley suprema —y, por lo tanto, con los doce Principios Fundamentales del Movimiento.¹¹⁹ Y es que su única fuerza jurídica emanaba de las Cor-

¹¹⁹ Afirmar que la LRP, Ley 1/1977, fue válida porque se tramitó de manera procedimentalmente correcta es desconocer que, en un ordenamiento jurídico, la validez tiene dos condiciones necesarias: (1.^a) formal o procedimental; (2.^a) material o de contenido —consistente en no contravenir una norma de rango superior, en el supuesto de que esa norma superior expresamente haya prescrito la consecuencia de nulidad de las normas inferiores que la transgredan. En el ordenamiento de las Leyes Fundamentales del Reino, la de Principios del Movimiento era superior a las demás y, por añadidura, expresamente prescribía la nulidad absoluta de cualquier norma que implicara vulneración o incluso meramente menoscabo de tales principios. Por consiguiente, vulnerarlos o menoscabarlos comportaba tacha radical de invalidez, o sea, de inexistencia normativa.

Tampoco el procedimiento fue idóneo para una reforma constitucional, porque, abusivamente, el Gobierno acudió al trámite de urgencia, que cercenaba las posibilidades de debate (v. Sánchez Navarro, *La transición española en sus documentos*, Madrid, CEPC/BOE, 1998, pp. 332 y 361 ss.)

El Presidente del Gobierno, D. Adolfo Suárez, adujo falazmente (*ibíd.*, p. 369): «La Ley de Principios del Movimiento Nacional tiene en nuestro ordenamiento el mismo rango que las demás Leyes Fundamentales y puede, consiguientemente, ser modificada —e incluso derogada— por el mismo procedimiento que se establece para las demás [...] no dejará de admitirse que, si la Ley puede modificarse, la declaración de permanencia e inalterabilidad que en ella se consagra puede, naturalmente, ser el objeto de esa modificación».

La triquiñuela consistía en cortar la Ley de Principios en dos trozos: el uno, los 12 artículos que exponían los principios en sí, inmutables y perpetuos; el otro, las tres disposiciones finales, que serían mutables. La disposición A reza así: «Los principios contenidos en la presente Promulgación [...] son, por su propia naturaleza, permanentes e inalterables». La disposición C prescribe: «Serán nulas las leyes y disposiciones

tes orgánicas de procuradores y del Consejo Nacional del Movimiento (más la sanción real), los cuales carecían de atribuciones legales para aprobar norma alguna que contraviniera, ni poco ni mucho, la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958.¹²⁰

de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino».

¿Era legal derogar la disposición A, convirtiendo así lo inmutable y perpetuo en mutable y temporal? Era antijurídico por tres razones: (1.^a) la norma que pretendiera hacerlo violaría la disposición C y, por consiguiente, sería nula de pleno derecho (puesto que la disposición C no solo anula de antemano las normas que vulneren los Principios, sino también aquellas que los menoscaben, siendo un claro menoscabo privarles de su rango de perpetuidad e inmutabilidad, o sea, de su intangibilidad jurídica); (2.^a) la intangibilidad de los principios no necesita ser proclamada en la disposición A, sino que es patente en su propio contenido; y (3.^a) aunque antijurídico y fraudulento, un procedimiento de revisión de la Ley de 1958 que hubiera querido, al menos, guardar las apariencias habría debido comprender tres etapas sucesivas —en secuencia temporal—: la primera, una especial Ley Fundamental de derogación de la disposición C; la segunda, posterior, otra nueva Ley Fundamental de derogación de las disposiciones A y B; tercera, una ulterior Ley Fundamental, de derogación o modificación expresa de aquellos principios afectados por la reforma política (Suárez tuvo la desfachatez de sostener [v. *ibíd.*, p. 371] que solo uno de los principios del Movimiento quedaba afectado, el relativo a los modos de representación pública).

No habiéndose seguido tal procedimiento, la LRP, Ley 1/1977, solo tenía validez o vigencia en tanto en cuanto se mantuviera estrictamente subordinada a la Ley de Principios de 1958 y se interpretara como compatible con tales Principios.

¹²⁰ En la medida en que existiera una juridicidad franquista, quedó seriamente mellada con la promulgación de la LRP (Ley para la Reforma Política) de 4 de enero de 1977, la 8.^a Ley Fundamental del Reino, que contradecía las precedentes, conculcando, en particular, la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958. Las resultantes antinomias jurídicas convertían ese cúmulo legislativo en un amontonamiento con escasa sistematicidad, al borde de lo extrajurídico.

Hasta qué punto implicó fraude de ley todo el tránsito del sistema de las siete Leyes Fundamentales del Reino, vigente hasta el 4 de enero de 1977, al sistema posterior de las ocho Leyes lo señala, con sumo acierto, Georges Kaminis, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, París, LGDJ, 1993, donde hallamos atinadas afirmaciones. En las pp. 150-151: «Afin de justifier la tactique réformiste, le Premier ministre [Adolfo Suárez], d'une part, donnait une image déformée de la `rupture démocratique» et d'autre part, idéalisait l'ordre constitutionnel franquiste qu'il qualifiait de propre à un État de Droit. Selon ses termes, le seul fait que l'Espagne franquiste disposât d'une légalité positive était suffisant pour lui attribuer la qualité d'État

Las propias Cortes bicamerales de 1977-78 estaban asimismo sujetas al imperio de esas ocho Leyes Fundamentales y, por lo tanto, a la Ley del Movimiento de 1958, careciendo de competencia legal para

de droit. Somme toute, Suárez confondait l'État de lois avec l'État de droit [...] Or, admettant même que l'argumentation des gouvernants, considérant donc l'Espagne comme un État de droit, [...] nous pouvons nous demander si la révision constitutionnelle proposée par le gouvernement constituait une application rigoureuse des postulats de l'État de droit».

El jurista heleno prueba, a renglón seguido, que sucedió todo lo contrario, ya que la LRP agravó tanto las ambigüedades y las antinomias de la legislación fundamental precedente, que llevó el conglomerado resultante de esa adición al borde del estallido, lo cual conllevó consagrar una total arbitrariedad a favor de la Corona, a la cual se atribuían amplísimas potestades discrecionales en la nueva amalgama pseudolegal, especialmente en la propia LRP. Si el declarado propósito (según la doctrina de Torcuato Fernández-Miranda que hizo suya su discípulo Adolfo Suárez) era evitar el *vacuum juris* (para así transitar «de la ley a la ley por la ley»), lo que se produjo fue un amontonamiento de normas que apenas se podía considerar jurídico, al no respetar un mínimo canon de congruencia ni ajustarse a pauta alguna para, en esa mar gruesa de clamorosas antinomias normativas, determinar la exequibilidad de una norma o de otra —salvo la nuda y antojadiza voluntad del soberano. Lo que salió —nos dice Georges Kaminis— fue una atribución de manos libres al monarca (v. *ibíd.*, pp. 204-205).

Por último, el profesor de la Universidad de Atenas señala cómo la LRP constituyó un fraude de ley (p. 274): «L'abrogation des Principes Fondamentaux du Mouvement, qui constituaient la supra-légalité constitutionnelle, transformait en effet ces organes [las instituciones políticas oficiales] en véritables autorités de fait. L'illégalité commise était la plus grave possible, puisqu'elle avait pour objet les principes qui constituaient le sommet de la hiérarchie juridique franquiste. [...] il ne restait qu'à constater que les autorités constitutionnelles se transformaient en autorités de fait [...]».

Permítome discrepar del insigne constitucionalista griego en lo atinente a la abrogación de la Ley de Principios de Movimiento. Ni la LRP se presentó en tales términos ni tampoco las Cortes o el propio monarca tenían potestad legal para abrogarla, ni siquiera para menoscabarla. Por lo tanto, esa Ley —junto con todo el entramado de las siete Leyes Fundamentales anteriores a la LRP— siguió vigente hasta el 27/29 de diciembre de 1978, cuando se produjo el golpe de estado institucional que —sin ninguna base legal— destruyó abruptamente toda la juridicidad o cuasijuridicidad existente.

He de aclarar, no obstante, que, tanto si es correcta mi lectura como si lo es la de Georges Kaminis, en cualquiera de los dos casos hubo ruptura absoluta de la legalidad. Según su opinión, se produjo en enero de 1977. Según la mía, en diciembre de 1978.

aprobar una nueva norma fundamental que abrogara la Ley de 1958. Abrogación que, sin embargo, explícitamente lleva a cabo la Constitución en su Disposición derogatoria 1.¹²¹

Por lo tanto no hubo, absolutamente para nada, continuidad legal. El orden jurídico que invocó el poder constituyente de ese bienio para justificar sus atribuciones (las que le confería la Ley 1/1977 y las mucho más extensas que él mismo se arrogó) prohibía en los términos más tajantes y rotundos un cambio institucional así. Lo que hizo ese poder fue un golpe de Estado, la destrucción del orden jurídico o cuasijurídico existente por la propia autoridad encargada de hacerlo guardar.¹²²

Para cerrar la discusión de este segundo tipo de legitimación, es pertinente de nuevo —así sea por un *obiter dictum*— poner en cuestión que la mera legalidad sea, por sí sola, genuina y satisfactoria fuente de legitimidad. ¿Hasta dónde ha de remontarse la cadena de la transmisión legal? Es difícil hallar régimen legal alguno que no arranque de una toma del poder, pacífica o violenta, iniciadora de un nuevo orden de cosas.¹²³ Además, aunque el argumento de legalidad es muy poderoso, no lo es aisladamente, sino en combinación con otros: las razones prudenciales para respetar el orden legalmente establecido —o, lo que es igual, los inconvenientes y peligros de cualquier altera-

¹²¹ Es palmaria la radical ilegalidad de todo el procedimiento cuando nos preguntamos qué se hizo el numeral 3 de la Disposición transitoria 2.^a de la LRP, Ley 1/1977 —la 8.^a Ley Fundamental del Reino, según lo proclamaba su disposición final. Dicho numeral contenía el siguiente precepto: «Cada Cámara [de las Cortes] elegirá, de entre sus miembros, cinco Consejeros del Reino para cubrir las vacantes producidas por el cese de los actuales Consejeros electivos». Promulgada la ley y celebrados los comicios, cinco meses después, no volvió a haber Consejo del Reino; un consejo al cual estaba confiado pronunciarse sobre los recursos de contrafuero, que venían a ser, en aquel ordenamiento, algo similar —*mutatis mutandis*— a recursos de inconstitucionalidad, asumiendo así dicho Consejo, en alguna medida, una función en parte asimilable a la de un Tribunal constitucional; eso sí, uno cuya misión era la de preservar la incolumidad de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional. V. Ángel J. Sánchez Navarro, *op.cit.*, pp. 318, 336.

¹²² Todos los integrantes de aquel poder habían jurado fidelidad a la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional. Alternativamente podríamos decir que el acto sancionatorio y promulgativo del 27 de diciembre de 1978 fue nulo e írrito de pleno derecho y, por lo tanto, jurídicamente inexistente.

¹²³ Habrá que remontarse años, decenios o siglos atrás, pero ese primer eslabón de la cadena se acabará encontrando.

ción; el implícito vínculo sinalagmático que une a cada uno de nosotros con la sociedad y sus instituciones, en la medida en que nos beneficiamos de su existencia. En suma, la legalidad ha menester de un complemento de legitimación teleológica.

A falta de hallar basamento legitimante en ninguno de los tres tipos de legitimidad contemplados por Max Weber, podemos buscar otros dos: (1) el pacto social; (2) el argumento democrático que se remite a la voluntad popular.

No creo que valga la pena discutir aquí la teoría del pacto social, que ya Hume y Bentham refutaron contundente y definitivamente y a la cual yo mismo he dirigido irrefutables objeciones en mi libro *Estudios Republicanos*.¹²⁴

Es absolutamente ilusorio pensar que pueden justificarse unas instituciones políticas porque dizque serían aquellas que se pactarían en un imaginario evento imposible, irrealizable, cuya mera descripción no es ya que sea contrafáctica, sino ilógica. Además, nadie ha demostrado que, en esa quimérica y absurda situación —que ni siquiera es imaginable ni coherentemente descriptible—, se escogería un orden gustoso para el filósofo político que acude a tales justificaciones (ya sea Hobbes, Rousseau o Rawls).

Sea como fuere, en los años de la transición no hubo pacto social alguno. Hubo, sí, un acuerdo por las alturas, tras los bastidores, entre líderes de diversas tendencias políticas e ideológicas, las unas salidas del franco-falangismo y las otras del desintegrado campo republicano. Fueron maquinaciones en la sombra, seguidas de actuaciones concertadas en público, sin que la población fuera consultada ni aun informada, salvo el anuncio de hechos consumados. La gente de a pie no pactó nada, ni directa ni indirectamente. La masa del pueblo poco sabía de lo que se estaba negociando entre cuatro paredes ni a qué precio (pues una parte del acuerdo fue pecuniaria). Años después nos hemos enterado de algo, pero seguramente bastantes de aquellos cabildos no se conocerán nunca.

Conque podemos descartar sin más esa justificación por el presunto pacto social (a pesar de que los políticos de diverso pelaje suelen mencionar con éxtasis «el pacto social de la transición»).

¹²⁴ V. *op.cit.*, capítulo VII.

Mayor atención merece el argumento democrático. Según este, fueran las leyes vigentes las que fueren, poseyeran carisma o no los detentadores del poder durante el quinquenio 1975-80, aunque tal poder no emanara ininterrumpidamente de una transmisión tradicional, el hecho es que las Cortes que elaboraron esa Constitución habían sido elegidas por sufragio universal y que su producto, el texto constitucional, se sometió a plebiscito, obteniendo casi el 59 % de los sufragios del cuerpo electoral (la suma de abstenciones, noes, votos blancos y nulos apenas sobrepasó el 41 %).

Sin embargo, el argumento democrático o mayoritario se enfrenta a dos series de reparos. Cinco de ellos de orden general; y otros cuatro, de orden particular.

En el orden general, el primer reparo es que, para legitimar como democrática una situación o una votación, no basta que arroje un resultado mayoritario. ¿De veras vamos a legitimar todo poder que consiga un consentimiento mayoritario, cualesquiera que sean los medios empleados? Habrá que excluir aquellos casos en que el consentimiento está claramente coaccionado. Hay otros menos violentos, pero donde la aquiescencia popular se alcanza combinando: (1) situaciones de cuasimonopolio político; (2) financiación del partido oficial contraria a los cánones que hoy se suelen adoptar en los países que se consideran democráticos; (3) restricciones a la libertad de expresión; (4) compra de votos; (5) manipulación caciquil; (6) amenazas larvadas y hostigamiento a los candidatos de oposición; (7) abuso de predominio (que ningunea a las pequeñas organizaciones opositoras); y (8) campañas de intimidación sobre el incierto futuro en caso de votación desfavorable al poder preestablecido.¹²⁵

Podríamos enumerar muchos ejemplos —los unos del pasado, los otros del presente— de situaciones así, pseudodemocráticas, pero en esencia dictatoriales o cuasidictatoriales, unas más, otras menos.

Siguiendo en el orden general, un segundo reparo es que, además de requerir que las condiciones de la votación y del escrutinio sean

¹²⁵ V. mi artículo «Dictadura, democracia, república: Un análisis conceptual», en *Memoria del Primer Encuentro Internacional sobre el poder en el pasado y el presente de América Latina*, coord. por Francisco Lizcano y Guadalupe Zamudio. Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, 2009, pp. 29-60. ISBN 9786074220698.

limpias y libres, sin manipulaciones, también es menester que el sistema electoral sea igualitario. Porque, si todos pueden votar pero el voto de unos vale más que el de otros (sufragio *de facto* cuasicensitario), eso constituirá un motivo que rebaje considerablemente la credencial de democraticidad del proceso electoral y su resultado.

Un tercer reparo es que, aunque la votación sea impecable, no nos bastará para decir que tiene legitimidad democrática si el resultado es un régimen autoritario o despótico. En ese supuesto, en mi opinión, la única opción juiciosa y políticamente decente sería acatar la decisión popular, por deplorable que sea. Pero no porque fuera democrática —que no lo sería si lo votado fuera antidemocrático—, sino porque no habría alternativa más que la violencia u otro despotado en nombre de la democracia, olvidando que la libertad no se puede imponer a un pueblo que no la quiere.

El cuarto reparo es que resulta problemático calificar de democrático un proceso constituyente, en el cual el viejo orden de cosas ya ha sido abolido (salvo excepcionales transiciones constitucionales que se ajustan a las previsiones de revisión de la Constitución anterior). Habiendo sido abolido el régimen político precedente y no existiendo todavía uno nuevo, el proceso constituyente podrá ser limpio y loable, alcanzando por las buenas la aquiescencia mayoritaria, pero difícilmente será democrático; pues la democracia no es el poder de la mayoría, sino ese poder sujeto a un ordenamiento jurídico que, ajustándose al imperio de la ley, se atenga a reglas y procedimientos establecidos, respetando los derechos de las minorías, teniendo abiertas vías de recurso, estando implementadas la tutela jurisdiccional y la distribución de poderes. Todo eso podrá instituirse a raíz del proceso constituyente, pero solo embrionariamente existirá durante el mismo.

El quinto y decisivo reparo es que la democraticidad del proceso conducente a la adopción de una ley fundamental —incluso si esa ley es, ella misma, democrática— no es ni condición necesaria ni condición suficiente de legitimidad.

No es condición necesaria; es, en efecto, absurdo pensar que una Constitución que, por su contenido, fuera axiológicamente satisfactoria solo se reputaría válida y solo merecería acatamiento si hubiera sido democrático el proceso a ella conducente, al paso que sería inválida e ilegítima si hubiera sido una carta otorgada (otorgada por un

sabio y benéfico legislador, un Solón moderno). El origen no puede ser más importante que el contenido resultante.

La democraticidad del proceso y del resultado tampoco es una condición suficiente de legitimidad si, aunque asegure un sistema de libertades, un gobierno representativo y el poder de la mayoría, la ley fundamental resultante reconoce o mantiene la esclavitud, o el yugo colonial, o la guerra de agresión o la discriminación racial o el sistema de castas, o el tormento judicial, o la presunción de culpabilidad de los acusados, o sea, instituciones absolutamente contrarias al bien común —dicho de otro modo, a los derechos naturales del hombre.¹²⁶

Pasemos al orden particular. En primer lugar, la elección de junio de 1977 no fue libre, ni limpia ni justa. No fue libre porque los partidos republicanos no pudieron concurrir a las urnas, no estando legalizados;¹²⁷ y otros, que sí pudieron presentar candidaturas, habían sido diezmados por los años del caudillaje, durante los cuales, hasta el final, el Tribunal de Orden Público condenaba a penas de 20 años de reclusión por delitos de asociación ilícita y propaganda ilegal; recién salidos de la clandestinidad, esos partidos se enfrentaban al potentísimo aparato del Movimiento Nacional, aunque este acudiera a los comicios escindido en dos formaciones enemistadas entre sí. Tampoco fue una elección limpia, pues las manipulaciones fueron abundantes. Ni fue justa, todo lo contrario. No solo el Senado de quinto regío tenía un grado de democraticidad cercano a cero, sino que incluso el Congreso

¹²⁶ Sobre el valor instrumental de la democracia, v. Ernesto Garzón Valdés, «El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 0, ISSN 1138-9877, publ. 1998-05-07, consultado en 2016-03-31, <http://www.uv.es/cefd/0/Garzon.html>.

¹²⁷ El partido ARDE (Acción Republicana Democrática Española, surgido de la fusión, en 1959, de Izquierda Republicana y Unión Republicana) solo fue legalizado por el Ministerio del Interior el 2 de agosto de 1977, cuando ya no podía jugar ningún papel electoral. Unos días antes, el 22 de julio, *El país* recogía esta noticia: «El ministro del Interior ha denegado la solicitud de Acción Republicana Democrática Española (ARDE) en tanto no sea cambiada la denominación de dicho partido». Pero el mismo día recaía una sentencia firme inhibitoria, que devolvía el asunto a la administración. Todavía el 30 de julio *El país* informa de que el Ministerio del Interior exige a ARDE dejar de llamarse «republicana». Al último, ante la solicitud de algunos diputados, el Ministerio cambió de actitud teniendo en cuenta «la actitud del rey, que no se mostraría contrario a esa legalización».

fue elegido por un sistema extremadamente desigualitario, con las provincias despobladas de la España rural abrumadoramente sobrerrepresentadas y los grandes núcleos obreros subrepresentados.¹²⁸

En segundo lugar, si la elección no fue genuinamente democrática, tampoco lo fue el plebiscito del 6 de diciembre de 1978. Se excluyó del cuerpo electoral a los millones de españoles exiliados o emigrados al extranjero. Se sometió la Constitución como un paquete,¹²⁹ en vez de plantear un número de preguntas diferenciadas, como se ha hecho en otros países de nuestro ámbito histórico-lingüístico. Todo se ofrecía como quien dice: «Lo tomas o lo dejas». ¿Qué implicaba el «no»? La continuación del régimen de las ocho Leyes Fundamentales del Reino. Únicamente el «sí» abría la posibilidad de un sistema de libertades, aunque fueran muy recortadas (como claramente lo serían según la palmaria intención del poder constituyente).

En tercer lugar, la elección se hizo bajo constantes y serias amenazas de golpe de Estado militar.¹³⁰

¹²⁸ V. Ferrán Gallego, *El mito de la transición*, Barcelona, Crítica, 2008, p. 575. V. también Toni Rodon i Casarramona, «El sesgo de participación en el sistema electoral español» *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, n.º 126, 2009, pp. 107-125, consultado en 2016-04-01, http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_126_041238571255060.pdf.

¹²⁹ Una sola pregunta: «¿Aprueba el proyecto de Constitución?».

¹³⁰ El martes 12 de abril de 1977 se había reunido al completo, en el Palacio de Buenavista, el Consejo Superior del Ejército, formado por todos los capitanes generales de las regiones militares, el jefe del alto estado mayor, el jefe del estado mayor del ejército, el director general de la guardia civil, el director de la escuela superior del ejército, el presidente del consejo supremo de justicia militar y el subsecretario del Ministerio. Por unanimidad aprueba y emite un comunicado, en el cual manifiesta: «El Consejo considera debe informarse al Gobierno de que el Ejército, unánimemente unido, considera obligación indeclinable defender la unidad de la patria, su bandera, la integridad de las instituciones monárquicas y el buen nombre de las Fuerzas Armadas» (v. Joaquín Bardavío, *Sábado santo rojo*, Madrid, Ediciones Uve, 1980, p. 200). La versión oficiosa era aún más contundente e intimidatoria: «el Ejército se compromete a, con todos los medios a su alcance, cumplir arduosamente con sus deberes para con la Patria y la Corona» (v. Gregorio Doval, *Crónica política de la Transición (1975-1982)*, Madrid, Síntesis, 2007, p.398). Eso marcaba líneas rojas. Los constituyentes podían modificar el sistema político-jurídico, siempre que se mantuvieran la monarquía, la bandera bicolor y un privilegio para las Fuerzas Armadas —lo cual excluía cualquier profesión de pacifismo o neutralidad en la política exterior.

El pueblo no ignoraba esas amenazas (amplificadas por rumores que sembraban el pánico). ¿Qué arriesgaba el elector de a pie votando «no» el miércoles 6 de diciembre de 1978?¹³¹ El triunfo del «no» —además de significar, en la práctica, la permanencia de las ocho Leyes Fundamentales del Reino, incluyendo la de principios del Movimiento Nacional— conllevaba un altísimo riesgo de golpe de Estado.¹³²

Pablo Oñate Rubalcaba, *op.cit.*, p. 164, n. 152, afirma: «a los nueve días de haber jurado su cargo como presidente del Gobierno, Adolfo Suárez se reunió con dos altos representantes del PSOE para informarles de las limitaciones que el Ejército ponía al programa de reforma y, así, a la transición. Ver la nota de SOLANA para informar a su partido, recogida en *El país*, 2 de diciembre de 1995, en la que Solana reproduce las palabras de Suárez en el sentido de que el Ejército era la institución básica en estos momentos [julio de 1976] en cuanto a la definición de los límites por los que puede pasar la reforma [...] que no debe ser provocado y con el que hay que contar sistemáticamente». Hízose, pues, la transición a punta de pistola.

¹³¹ De hecho el cuartelazo no fue tampoco evitado por esa votación, sino solo aplazado un par de años, aunque lo suficiente para que, a la postre, no triunfara.

¹³² No solo la transición se desarrolló bajo esa constante amenaza de golpe de Estado militar, sino también en un clima extremo de violencia política. «La Transición no es el cuento de hadas que nos cuentan. Cada vez que había una fecha decisiva para el cambio político se recrudecía la violencia política en la calle. El objetivo era que la calle no fuera de izquierdas, así como controlar el proceso sin tocar a los franquistas ni los grandes capitalistas. Se pretendía desestabilizar y frenar el proceso democrático», analiza Mariano Sánchez Soler en su libro *La Transición Sangrienta: Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*, Ed. Península, 2010, ISBN 9788499420011. No deja de ser paradójico que los autores positivistas (quienes —a fin de distinguir el derecho que realmente es del que debiera ser— fundan la normatividad en un hecho social, elucubrando a la vez sobre Hart y la regla de reconocimiento) no presten atención alguna a los hechos reales de cómo se incorporó a nuestro ordenamiento la norma que califican de suprema: qué serie de atrocidades, amenazas, intrigas y sobornos imposibilitaron que las votaciones pudieran arrojar ningún otro resultado que el de sumisa aquiescencia. Sánchez Soler demuestra que entre 1975 y 1983 hubo que lamentar 591 muertes por violencia política, de las cuales 188 fueron hechos de violencia política institucional, o sea, homicidios «desplegados para mantener el orden establecido, los organizados, alentados o instrumentalizados por las instituciones del Estado», aclara el autor. Evidentemente, el número de muertos es solo una exigua fracción del de quienes sufrieron violencia, principalmente policial, desde apaleamientos, contusiones y lesiones hasta torturas. Por cierto, la entrada en vigor de la Constitución en 1978-12-29 no puso fin a tal violencia desde las alturas. Cuando, varios años después, se organice el GAL, no será una creación *ex nihilo*, sino el producto de una continuidad en las actuaciones policiales. V. también:

En cuarto y último lugar, aquellas Cortes bicamerales no eran Cortes Constituyentes. La de 1978 es una de las cuatro Constituciones en la historia de España que no se ha adoptado por unas Cortes constituyentes, cuyos diputados hubieran sido elegidos expresamente para elaborar una nueva Constitución, según había sucedido en 1812, 1837, 1854, 1869, 1873 y 1931.¹³³ Es muy pequeño el grado de democrati-

Damián Alberto González Madrid, *El franquismo y la transición en España: Desmitificación y reconstrucción de la memoria de una época*, Los libros de la catarata, 2008, ISBN 9788483193853. Asimismo: Gonzalo Wilhelmi, «Víctimas de la transición», consultado en 2016-04-01, <http://www.congresovictimasfranquismo.org/wp-content/uploads/2011/12/26>.

Otro hecho significativo fue cómo se montaron artificialmente —a base de una lluvia de marcos alemanes y dólares norteamericanos— los partidos hegemónicos de aquel proceso, minúsculos o inexistentes hasta la segunda mitad del decenio; de ellos, dos emanaban del aparato del régimen, pero además se beneficiaron de esa munificencia de las potencias septentrionales. Más agraciado todavía resultó el imprescindible partido de la oposición intrasistemática, el PSOE (puesto que, por más méritos que hiciera, el PCE no podía en absoluto desempeñar ese papel, al no contar con la venia de quienes podían concederla o rehusarla). V. «Willy Brandt, el amigo alemán de la izquierda española», artículo de Rosalía Sánchez, *El Mundo*, 2013-12-18: «A mediados de 1975, el PSOE tenía 1500 activistas y su presupuesto mensual de 125.000 pesetas apenas alcanzaba para pagar los salarios de dos liberados, la edición de propaganda y los viajes de sus dirigentes. [...] parecía imposible que un socialista pudiera hacer sombra a Santiago Carrillo como líder de la izquierda. Fue el alemán Willy Brandt quien se encargó de dar la vuelta a esa situación». «El apoyo logístico del SPD al PSOE se vehiculó a través de la Fundación Friedrich Ebert. Su delegado en Madrid, Dieter Koniecki, trabajó con Alfonso Guerra en la dotación de sedes a los 27 comités provinciales que se inauguraron en abril de 1976. El alquiler, el material de oficina, los gastos corrientes y el salario del secretario de organización y su ayudante corrían por cuenta de la Ebert», relata Antonio Muñoz Sánchez en su libro *El amigo alemán: El SPD y el PSOE de la dictadura a la democracia*, RBA Libros, 2012, ISBN 9788490062852.

¹³³ Todas esas asambleas constituyentes habían sido unicamerales, solo de diputados.

Las otras tres constituciones no adoptadas por asambleas constituyentes fueron el Estatuto Real de 1834 (carta otorgada por la reina gobernadora, D.^a María Cristina de Borbón y Borbón), la moderada de 1845 (Narváez) y la conservadora de 1876 (Cánovas). En efecto: carecían del carácter de Cortes constituyentes las bicamerales de 1845 y las de 1876. A estas últimas el recién restaurado Alfonso XII encomendó elaborar una nueva constitución (que fue sancionada y promulgada por el rey)—. Hay hondas similitudes entre los procesos constituyentes de 1876 y de 1977-78, así como entre las dos constituciones borbónico-restauradoras, la de 1876 y la de un siglo después. Am-

dad de un poder constituyente que se erige en tal sin haber sido elegido con el carácter de asamblea constituyente.

En resumen, faltándole credenciales de legitimidad democrática al poder político de la transición que se arrogó una potestad constituyente, no puede la Constitución legitimarse con referencia a la presunta legitimidad de ese poder, que ni siquiera era, de suyo, constituyente.

Han fracasado todas las legitimaciones del poder político que trajo la Constitución. No era ni fue legítimo ni, al arrogarse una potestad constituyente (y, además, según lo hizo), actuó con legitimidad, en ningún orden de cosas.

4.3. Justificar la Constitución por el pacto o por el consenso social

Habiendo quedado desbaratadas las dos legitimaciones de la Constitución que hemos intentado (la del poder fáctico y la de la legitimidad originaria del poder constituyente), podemos volvernos hacia el criterio de Hart: la regla de reconocimiento. Según tal planteamiento, lo que justifica las leyes es que emanan de una autoridad (individual, colectiva o institucional) según un procedimiento establecido, tal que la masa de la población reconoce que los preceptos así emanados tienen fuerza de obligar, adoptando el punto de vista interno de adherentes a ese sistema de reglas y de partícipes en la praxis colectiva regulada por ellas.

Hart evidentemente había vivido en una sociedad donde, desde hacía siglos, reinaba un gran consenso manifestado en esas reglas de reconocimiento.

A esa legitimación de la actual Constitución española por la regla hartiana de reconocimiento hay que hacerle cuatro objeciones.

La primera es que tal regla resulta muy difícil de aplicar en sociedades fuertemente divididas y más aún en aquellas que, en su reciente pasado, han sufrido guerras civiles, pues en ellas no existen reglas de reconocimiento. Una de tales sociedades es la española, sobre todo en los años setenta, cuando la guerra civil era una memoria viva para muchísimos españoles y aun quienes no la habíamos vivido la tenía-

bas marcaban retrocesos históricos suavizados con concesiones al espíritu de los tiempos.

mos presente por los cuarenta años de despotado guerracivilista, cuyo santo y seña era la Gloriosa Cruzada en defensa de la Civilización Occidental.

La segunda es que en muchísimos casos no hay tal reconocimiento, sino meramente un inclinarse ante los hechos consumados, ofreciendo la menor resistencia al poder. Cada uno actúa según ve actuar a los demás, en parte por imitación gregaria, en parte por comodidad e interés propio.

La tercera objeción es que resulta muy problemático saber qué piensan en su fuero interno los individuos que integran el cuerpo político. Acaso puedan ser informativos los sondeos de opinión —pero si valen o no es una cuestión que corresponde investigar a la sociología. Podemos permitirnos ser escépticos sobre la sinceridad de las declaraciones de adhesión y, todavía más, sobre la hondura de tales sentimientos.¹³⁴

La cuarta y más decisiva objeción es que ese hecho sociológico solo puede ser justificativo de la ley si agregamos una premisa mayor nomológica o una regla de inferencia deóntica primitiva; la una o la otra nos dirían que, cuando se registre ese consenso, esa regla social de reconocimiento, las normas emanadas según el procedimiento avalado por tal regla han de reputarse válidas. A falta de ese axioma o de esa regla de inferencia deóntica no pasamos de una cuestión de interés meramente sociológico o antropológico, no jurídico ni filosófico-político.

Sea como fuere, en la España de los años setenta no había tal regla de reconocimiento.¹³⁵ El régimen existente hasta noviembre de 1975

¹³⁴ No se me oculta que para Hart la adopción del punto de vista interno —asociado a la regla de reconocimiento— no es cuestión de sentimientos, sino de actitudes que se manifiestan en la comunicación y en el comportamiento, mediante posturas de aprobación o rechazo. Es dudoso que ese punto de vista interno y esa presunta regla de reconocimiento sean otra cosa que fantasías del teórico; en qué medida la masa de la población otorgue genuina aquiescencia al poder político y a sus promulgamientos es asunto que solo a los sociólogos incumbe investigar; corren el riesgo de darnos sorpresas.

¹³⁵ Por lo tanto, aun aceptando los criterios de Hart, no pueden servirnos para legitimar los mandamientos del poder político español ni en 1975 ni en los años sucesivos.

venía rechazado por una buena parte de la población —los vencidos de 1939 y sus obstinados continuadores; de entre ellos, no pocos seguían recusando lo que se presentó abiertamente como una continuación de tal régimen, aunque a la postre acabara desembocando en otro nuevo, por una concatenación de acontecimientos no planificada ni prevista por nadie.¹³⁶

4.4. *Justificación teleológico-funcional*

Voy a ofrecer un cuarto argumento, que me parece más convincente, a favor de la legitimidad de la Constitución.

Parto de la tesis solidarista de Léon Duguit,¹³⁷ según la cual lo que legitima al poder político es el servicio público. La sociedad existe para el bien común. Eso significa que ha de estar gobernada por unas autoridades cuya competencia se circunscribe a ordenar, promover y regular el bien común. Que haya bien común y no solo bienes propios implica que la sociedad, a través de sus autoridades, facilite unos servicios públicos a la población.

Duguit es consciente de que no siempre el poder político ha cumplido esa función, la única que lo legitima. Sin embargo, afirma que, aun cuando se desentienda de esa tarea, el poder público tenderá a, por lo menos, simular que la desempeña. Y, en efecto, desde que tene-

¹³⁶ Habiendo sido abandonado, unas semanas antes, por los dos únicos países que, hasta ese momento, reconocían oficialmente a la República Española en el exilio, Yugoslavia y México (la decisión de ruptura diplomática la habían tomado sendos presidentes, Tito y López Portillo), el 21 de junio de 1977 el Gobierno republicano español decidió su autodisolución, hecha pública en un comunicado difundido en París con la firma del presidente de la República, D. José Maldonado González, y del presidente del Consejo de Ministros, D. Fernando Valera Aparicio. Hasta ese día un número de españoles del interior y de la emigración veía en ellos la legítima encarnación de la autoridad del Estado, sin que pudiera haber ninguna regla de reconocimiento jurídico que disputara tal legitimidad. Es más, sobre que fue voluntaria pero no libre, la autodisolución excedía las competencias constitucionales de quienes la adoptaron. Surgió así un vacío legal, mas no por ello forzosamente una unánime adhesión a la monarquía *de facto*.

¹³⁷ V. Ignacio Ara Pinilla, «El retorno al fundamento del servicio público. Claves de rescate», en Lorenzo Peña, Txetxu Ausín & Óscar Diego Bautista (coords.), *Ética y servicio público*, Madrid, Plaza y Valdés, 2010, pp. 79-148. ISBN 9788492751945.

mos conocimiento histórico, los poderes públicos han sido mucho más que guardianes nocturnos; han organizado obras de regadío y otras obras públicas, han atendido al abastecimiento de las poblaciones y a obras de protección colectiva, así como, en múltiples ocasiones, de fomento de la cultura y del saber. Cuando no lo han hecho, se han visto frecuentemente confrontados a graves disturbios.¹³⁸

Ampliando la tesis solidarista de Léon Duguit, yo propongo esta, de mayor alcance, a la que llamaré «*la justificación funcional*», a saber: queda justificado un orden político-jurídico en tanto en cuanto ofrezca a la población un sistema de convivencia estable y pacífico donde se procure el bien público, incrementándose la riqueza colectiva así como reconociéndose y satisfaciéndose derechos individuales de libertad y de bienestar —que son participaciones distribuidas en ese bien público.¹³⁹ Entre esos derechos figura la seguridad, en tres órdenes: (1.º) seguridad frente a agresiones, coacciones y amenazas ajenas; (2.º) seguridad frente a actuaciones abusivas o arbitrarias de los agentes de la autoridad; y (3.º) seguridad jurídica frente a incógnitas en lo tocante a la aplicación de la ley. Ese derecho a la seguridad es un derecho mixto, en parte de bienestar y en parte de libertad. No es el único derecho (como equivocadamente opinó Hobbes).

Pues bien, ante un sistema jurídico-constitucional, hemos de preguntarnos en qué medida satisface ese canon de justificación funcional. Y, en aquella medida en que lo satisfaga, quedará justificado el ordenamiento en su conjunto. De rebote, quedará justificada aquella norma (si la hay) que funcione en el sistema como piedra angular nomológica.

Esta noción de justificación funcional es gradual, no comparativa ni, menos aún, maximalista. No es que quede justificado un ordenamiento si es el que, en las circunstancias histórico-sociales dadas, óptimamente satisface el canon de justificación funcional. Ni que, para que un sistema jurídico-político esté justificado, sea menester que lo

¹³⁸ Recordemos en la historia de España de siglos recientes los tumultos del pan.

¹³⁹ V. mi conferencia «El servicio público como principio justificativo del Estado», presentada en las Jornadas «Democracia, ética y servicio público», Zaragoza, Fundación Giménez Abad (2011-06-08), disponible en http://lorenzopena.es/multi/servicio_publico.avi y en <https://youtu.be/ObtfWo7RgBM>.

esté más que lo estarían otras alternativas alcanzables. Ni siquiera que se exija un umbral. Sencillamente, trátase solo de averiguar *hasta qué punto* se satisface el canon para otorgar, correlativamente, el correspondiente grado de legitimidad al sistema.

En ese proceder no es la justificación de la norma dizque suprema —la Constitución— lo que justifica las instituciones, sino al revés: es el conjunto de las instituciones jurídico-políticas lo que, en tanto en cuanto venga justificado por el canon funcional, justifica la norma interna fundamental del sistema institucional.

Muchos coincidirán en opinar que no satisfacía ese canon el sistema imperante en España desde 1936/1939 hasta 1978. O, si se quiere, que lo satisfacía en medida tan baja que, a efectos prácticos, podemos equiparar a nula —sin por ello ignorar que hubo evoluciones, que esa nulidad no se dio en todos los aspectos y que, por momentos, estuvo parcialmente atenuada. En contraste, es más satisfactorio el sistema institucional surgido el 29 de diciembre de 1978 —aunque en algunos puntos haya conllevado un empeoramiento con respecto a la situación precedente—. ¹⁴⁰

¹⁴⁰ En 1975 estábamos mejor que ahora en los siguientes aspectos: no teníamos ley de extranjería, siendo libre la entrada en nuestro territorio de extranjeros y su permanencia (además de que los acuerdos de descolonización de Marruecos, 1956, y de Guinea Ecuatorial, 1968, reconocían a sus nacionales el derecho a vivir en España si lo deseaban); no había tropas españolas fuera de nuestras fronteras; el medio ambiente estaba mucho menos deteriorado (las emisiones de anhídrido carbónico eran sensiblemente más bajas); el sistema de selección del profesorado universitario no era el endogámico que sufrimos desde 1983, sino el tradicional de las oposiciones; la instrucción pública no había caído en el descalabro que hoy padece (aunque ya se hallaba en declive); existía el INI (Instituto Nacional de Industria); tenían importancia la empresa y la iniciativa públicas en la economía; había una planificación económica (en ese año termina el tercer y último Plan de Desarrollo Económico y Social); había derechos laborales de estabilidad en el empleo y representación laboral en los consejos de administración de las empresas; teníamos una industria que representaba el 36 % del PIB, frente al 15 % actual; había una administración unitaria y centralizada (la de las 50 provincias creadas en 1833, en los albores del liberalismo), en lugar del esperpéntico desbarajuste de los 17 reinos de taifas, con sendos parlamentos y sistemas legislativos; sufríamos menor dependencia respecto al Bloque atlántico (romper los acuerdos bilaterales con USA era más fácil que salir de la NATO). En 1975 el PIB español era igual al irlandés, el cual hoy supera al nuestro en un 46,6 %. En 1975 España era la 8.^a potencia económica; hoy es la 16.^a

No tengo que pronunciarme sobre el grado en el cual el actual sistema jurídico-político hispano satisface el canon de justificación funcional. Para saberlo hay que efectuar un estudio empírico muy complejo y prolijo. De todos modos, a falta de un conocimiento científico, disponemos de un saber vulgar, que obtenemos por inducciones imperfectas no exentas de márgenes de dubitabilidad racional. No podríamos vivir si solo pudiéramos adoptar posiciones que impliquen juicios axiológicos cuando tuviéramos suficiente conocimiento científico. Absteniéndome yo de emitir aquí mi opinión personal, el lector podrá apreciar por sí mismo en qué medida se cumple hoy la condición de satisfactoriedad institucional; y, en esa medida, reconocerá legitimidad al ordenamiento jurídico-político.

Para mi argumentación bástame decir que el grado de cumplimiento del canon funcional —alto o bajo, según la opinión de cada cual— es aquel en que hay que considerar que la Constitución está legitimada, siendo, por lo tanto, digna de ser obedecida.

4.5. *La obediencia al derecho y la adhesión a la Constitución*

Cualquiera que sea el criterio de legitimidad constitucional que adoptemos, una cosa está clara: la Constitución misma no puede ser la norma suprema. Por encima de ella estará otra *norma legitimativa*, de

(varios de estos datos los tomo de un artículo de Roberto Centeno en *El confidencial* de 2016-04-04).

Socialmente muy doloroso ha sido el empeoramiento del empleo. En 1975 el porcentaje de paro era del 4%. Según la OIT, el que sufre España en 2016 es de 21,5 %, habiendo sido de 22,4% en 2015 (datos tomados de <http://www.elmundo.es/economia/2016/01/20/569f37d446163fef2d8b462d.html>, consultado en 2016-04-12). Sin embargo, tales datos enmascaran la verdadera situación del empleo en la España de hoy. En su artículo «¿Cuál es la verdadera cifra de parados en España?», Llorenç Pou Garcias (<http://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/cual-verdadera-cifra-parados-espana/20140803180401105702.html>, consultado en 2016-04-12) argumenta: «Las personas “desanimadas” que la EPA [Encuesta de Población Activa] excluye de su concepto de parado, pero que sí se incluirían bajo nuestro concepto más amplio, supondrían que el total del desempleo en España se situara en 7.013.678 personas en 2014». Pero, además: «Para la EPA si se trabaja una hora a la semana ya se considera como ocupado». Con tal definición «se corre el riesgo de que la extensión de los contratos a tiempo parcial enmascaren reducciones del desempleo que no son tales».

carácter implicativo o condicional que nos diga que, en cumpliéndose (o sea: en la medida en que se cumplan) determinadas condiciones, será legítima la Constitución vigente.

Pero la norma legitimativa en sí es anterior y superior. Esa norma legitimante podríamos enunciarla aproximadamente en estos términos: es preceptivo que, en la medida en que funcionen provechosamente para el bien común las instituciones de un sistema jurídico-político establecido, se acaten y obedezcan tales instituciones, empezando por atribuir a las normas que las regulan el rango que les reconozca ese mismo sistema jurídico. Que las instituciones funcionen provechosamente para el bien común implica que, atendiéndose adecuadamente los servicios públicos, se facilite a la población en su conjunto (o por lo menos a una amplia mayoría) disfrutar de derechos de libertad y de bienestar, dentro de un orden de convivencia pacífica, en el cual se garanticen el imperio de la ley y la seguridad pública.

¿De dónde procede esta norma legitimativa? Es un corolario del axioma nomológico del bien común. Si existe un orden institucional de las características recién descritas —por imperfecto que sea—, atentaría gravemente al bien común subvertirlo por la fuerza o socavarlo por el incumplimiento de las leyes (a salvo, claro, del legítimo ejercicio de la libre objeción de conciencia).

La obediencia al derecho (o, más exactamente, a las instituciones político-jurídicas) es, pues, un imperativo jurídico-natural. Hay que hacer, en este punto, cuatro aclaraciones: (1.^a) no se trata de un imperativo ético; (2.^a) ese imperativo es global y no conlleva una prescripción distribuida que incremente la fuerza de obligar de cada ley por separado; (3.^a) es condicional, dependiendo de que tales instituciones sean provechosas para el bien común; y (4.^a) es gradual, variando en intensidad según sea menor o mayor ese provecho de las instituciones para el bien común.

Empiezo por la primera aclaración. El imperativo de obediencia al derecho no es un imperativo moral. El problema de si es moralmente preceptivo obedecer la ley ha sido ampliamente debatido entre los moralistas y entre los filósofos del derecho hispanos.¹⁴¹

¹⁴¹ La célebre discusión fue abierta por el malogrado D. Felipe González Vicén en su artículo «La obediencia al Derecho», en *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. González Vicén, de inspiración kantiana, quiso separar

Están claros los motivos por los cuales muchos de los partícipes —así fuera con reservas y matices— se sumaron a la tesis separatista de González Vicén. Siendo —si no todos, casi todos— juspositivistas, tenían razones para sostener que lo jurídicamente obligatorio no tiene por qué ser moralmente preceptivo ni viceversa. Desde el punto de vista positivista, sumarse a la no obligatoriedad moral de los preceptos jurídicos era un modo de ratificar su propia tesis nuclear de la no obligatoriedad jurídica de los preceptos morales. Pero para los moralistas de cuño kantiano (González Vicén también lo era) se trataba de no someter la conciencia al imperativo legal e incluso legitimar la desobediencia civil cuando emane de un dictado de la conciencia ética.

Otra fuente de la controversia fue la tesis de Norberto Bobbio de lo que él llamó «el positivismo ideológico», o sea, que el derecho, por ser obedecido, debe seguir obedeciéndose.¹⁴² En el caso de Bobbio no está tan claro que la obedecibilidad de las normas jurídicas a la que se refiere sea de índole moral o si lo que debate —y, a la postre, acaba asumiendo, según lo muestra Ruiz Manero— es que, para cada norma jurídica B del tipo «Es preceptivo que A», sea jurídicamente preceptivo obedecer a B, e. d. si existe, jurídicamente, además de la norma B, una norma sobreañadida «Es obligatorio obedecer a la norma de que es obligatorio A». De ser así, Bobbio estaría más bien postulando algo parecido a lo que en seguida voy a llamar «el principio de Hammurabí». Dejémoslo de lado, por el momento.

Nada tiene que ver con la cuestión moral la legitimidad del derecho que estoy postulando —y que imperativamente conlleva una obediencia al mismo, en especial un acatamiento de su ley fundamental. Andaban muy equivocados aquellos positivistas que concebían el po-

estrictamente derecho y moral, sosteniendo que el derecho impone unas obligaciones pero que la moral no impone obedecerlas, sino, antes bien, a menudo desobedecerlas. En la encendida polémica participaron, con brillantes contribuciones, Juan Antonio García Amado, Javier Muguerza y muchos otros. La discusión fue resumida por Juan Ramón de Páramo en «La obediencia al derecho: Revisión de una polémica», *Isegoría*, vol. 2 (1990), pp. 153 y ss. V. muy especialmente: Eusebio Fernández García, *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987.

¹⁴² V. Juan Ruiz Manero, «La triple distinción y el propio Bobbio», *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n.º 26 (2015), consultado en 2016-03-31: <https://revus.revues.org/3324>.

sitivismo como baluarte frente a la mezcla de derecho y moral. Kant, que es un jusnaturalista, separa derecho y moral.¹⁴³ Lo opuesto al juspositivismo es la tesis de que hay un derecho natural, o sea, normas jurídicas y axiomas normativos del orden jurídico que no provienen de la promulgación del legislador (ni de ninguna otra fuente social), sino que valen necesariamente en virtud de los valores nomológicos y de la existencia de una sociedad que necesite una regulación normativa. Cuáles sean las relaciones entre ese derecho natural y la moral o la ética es otro asunto, en el cual los jusnaturalistas estamos divididos.

También, por las mismas, andaban errados los jusnaturalistas que entendían que defender el derecho natural implica defender que el derecho tiene un fundamento ético o moral.

El jusnaturalismo es neutral con respecto a: (1) si hay o no verdades éticas (si los enunciados morales son o no cognoscitivos); (2) si, de haber verdades éticas, estas son o no reducibles a verdades no-éticas; (3) cuál sea la teoría ética correcta, si una intrínseca, una genética o una consecuencialista o teleológica.¹⁴⁴

Conque, siendo así, lo que aquí estamos debatiendo no es si el derecho —o tal pieza particular del mismo— exige moralmente nuestra obediencia o nuestro acatamiento, sino si jurídicamente —desde el punto de vista del derecho natural— se da esa legitimidad, o ese imperativo que podemos calificar de «metajurídico» (imperativo jurídico de obedecer el ordenamiento jurídico).

Tras esta larga digresión sobre la aclaración 1.^a, paso ya a la segunda aclaración. El deber jurídico de obedecer al derecho es una obligación sobreañadida a las obligaciones que impone el propio derecho; una obligación suplementaria de adoptar, con respecto al Derecho

¹⁴³ Ya, más de un siglo antes, había dado el primer paso otro jusnaturalista: Pufendorf. No olvidemos que también Hegel —un filósofo sin lugar a dudas jusnaturalista (por más que sea crítico hacia el jusnaturalismo leibniziano)— diferencia y hasta enfrenta derecho (objetivo) y moral (subjetiva), como dos estadios diversos y mutuamente antitéticos, que vendrían superados o sublimados (*aufgehoben*) en un estadio más elevado del espíritu: la ética, a la vez objetiva y subjetiva.

¹⁴⁴ 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 9788496780 835.

como ordenamiento de conjunto, una conducta obediente (a salvo de la objeción de conciencia). Obedecer al ordenamiento jurídico, cuando este se construye según parámetros constitucionales, implica aceptar la norma fundamental interna del mismo, pues, de no hacerlo, no habrá obediencia.

No se trata, pues, de una obligación en conciencia; no rige el fuero interno, sino solo el comportamiento. Pero —y ahora viene la aclaración— tal preceptividad es global, no conllevando ningún reforzamiento de los deberes jurídicos.

En especial, hemos de rechazar dos principios que podríamos suponer que se derivarían de la obligatoriedad jurídica del derecho. El uno sería el principio de iteración del operador de preceptividad: «Lo obligatorio es obligatoriamente obligatorio». Sabemos que en la lógica nomológica vale la implicación inversa (principio de desiteración, o sea, el coronario n.º 2 del axioma n.º 2): en la medida en que es preceptivamente obligatorio que A, es obligatorio que A. Pero el principio de iteración es inadmisibile, pues entrañaría que cualquier obligación es tal que, no solo existe, sino que es preceptivo que exista. Por lo tanto, si el poder legislativo ha preceptuado que A es porque era obligatorio que A fuera preceptivo. En muchos casos no es así: el legislador podía no imponer ese deber sin quebrantar ninguna obligación jurídica.

Otro principio también errado, afín al de iteración, es el de Hammurabí, que dice: para todo estado de cosas, A, es preceptivo que, en la medida en que sea preceptivo que A, se realice A. Puede parecernos la mar de razonable, pues lo que se está diciendo es que toda obligación, además de existir, exige que se cumpla. Sin embargo hay dos razones de peso para rechazarlo. La primera es que prácticamente no añade absolutamente nada: si ya estábamos obligados a A, ningún deber suplementario se agrega con ese principio de Hammurabí, al no existir diferencia alguna entre cumplir el deber de A y cumplir el deber de, siendo preceptivo A, realizar A.

La segunda razón es que, en el marco de la lógica nomológica, el principio de Hammurabí desemboca en un horrible corolario: que una conducta cualquiera solo es lícitamente obligatoria en la medida en que se realice; o, dicho por contraposición: en la medida en que se realice una conducta, será obligatorio que tal conducta sea lícita. Creo que huelgan comentarios.

La tercera aclaración es que la legitimidad del derecho es condicional. No todo ordenamiento la merece, sino solo aquel que cumple ciertos requisitos de funcionar (más o menos) para el bien común, ofrecer un surtido de servicios públicos, respetar y satisfacer una gama de derechos individuales —tanto de libertad cuanto de bienestar—, brindar un marco de cierta seguridad, incluida la jurídica. A falta de tales requisitos, es ilegítimo.¹⁴⁵

La cuarta aclaración es la de que, dándose en medidas sumamente dispares los requisitos de legitimidad, también variará en grado la legitimidad. Nadie va a exigir un cumplimiento perfecto y cabal —entre otras cosas porque es seguramente imposible, al haber antinomias entre los diferentes valores y derechos en los que se despliega el axioma del bien común.¹⁴⁶ Unos ordenamientos legítimos reconocen y respe-

¹⁴⁵ En particular es ilegítimo un ordenamiento surgido de una sublevación armada que haya destruido un previo orden legítimo a través de un torrente de sangre derramada y que, además, se haya mantenido por la represión política y la práctica de la tortura. En suma, fue ilegítimo el ordenamiento en España entre el 1 de abril de 1939 y el 27 de diciembre de 1978.

¹⁴⁶ Estará claro para el lector que, en la cuestión, suscitada por el pluralismo axiológico de Isaiah Berlin (al cual respondió contundentemente el monismo de Roland Dworkin con su *Justicia para erizos*), las simpatías del autor están con Berlin, a pesar de haber reconocido, en el ámbito jurídico, un único valor supremo, el del bien común. Ello se debe, no solo al distingo entre la ética y la jurídica (en el ámbito ético puede haber valores opuestos al bien común), sino, sobre todo, a que el bien común es intrínsecamente contradictorio, desplegándose, calidoscópicamente, en una pluralidad de valores subordinados, nunca del todo conciliables, solo armonizables pagando el precio de restringir la realización de unos en aras de otros.

Pienso que lleva razón I. Berlin cuando critica «the conviction that all the positive values in which men have believed must, in the end, be compatible, and perhaps even entail one another. [...] 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; that justice and generosity, public and private loyalties, the demands of genius and the claims of society, can conflict violently with each other. And it is no great way from that to the generalization that not all good things are compatible, still less all the ideals of mankind. [...] empirical observation and ordinary human knowledge [...] give us no warrant for supposing [...] that all good things, or all bad things for that matter, are reconcilable with each other. 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». De

tan más libertades y las respetan más; otros reconocen menos y las respetan menos; otros no reconocen derechos de bienestar.¹⁴⁷ Es problemático saber cómo baremar esos diversos factores para determinar, habida cuenta de todo, en qué grado el sistema cumple los requisitos de legitimidad. Vamos a suponer que esa dificultad tiene solución. Bajo tal supuesto, el sistema jurídico nos merecerá mayor o menor grado de acatamiento y obediencia en la medida en que sea funcionalmente positivo para el bien común.

Aun en el supuesto de que el sistema fuera ilegítimo, todavía con ello no estaría legitimada ni la desobediencia civil ni, menos aún, la rebelión, pues los efectos podrían ser peores. Eso determina un sucedáneo de la legitimidad, una cuasilegitimidad o pseudolegitimidad, que protege a un ordenamiento jurídico cuando las actuaciones contra él —y en especial la insurrección— verosíblemente vayan a acarrear males mayores.

SECCIÓN V: VEINTIDÓS OBJECIONES

1.ª objeción.— La lógica nomológica no puede ser lo mismo que el derecho natural ni casi lo mismo. La lógica es una disciplina analítica y formal, neutral en cuanto al contenido. Que una conclusión se siga lógicamente de unas premisas es solo una manifestación de que toda la información de la conclusión ya estaba contenida en las premisas. En cambio, si hubiera un derecho natural, este tendría que poner un contenido normativo.

Respuesta.— La lógica no es formal, salvo en el sentido de que la lógica moderna acude a procedimientos de formalización mucho más

ahí que I. Berlin rechazara como imposible la noción de un cielo (y también la de un infierno). Berlin creyó que, al defender esa tesis, refutaba el racionalismo de la tradición platónico-hegeliana, pero en eso estaba equivocado.

El ideal de la armonización de todos los valores y de todos los derechos humanos subsiste como meta asintótica. (El texto de I. Berlin, de su celeberrimo ensayo «Two Concepts of Liberty», 1958, viene reproducido en http://www.cooperative-individualism.org/berlin-isaiah_positive-versus-negative-liberty-1958.htm, consultado en 2016-05-01.)

¹⁴⁷ P. ej. la Constitución de USA —aunque, por normas infraconstitucionales, sí se satisfagan varios de ellos para una parte de la población.

avanzados y elaborados que los de Aristóteles, los estoicos y la tradición aristotélico-escolástica. Tales procedimientos son los de notación simbólica, axiomatización y enunciación explícita de reglas de inferencia.

Hoy, cuando sabemos que se pueden elaborar infinitos sistemas de lógica —cada uno con sus peculiaridades, sus ventajas e inconvenientes—, procede preguntarse qué criterios hemos de adoptar para adherirnos a alguno de tales sistemas. El lógico intuicionista rechaza varios axiomas de la lógica clásica, tales como el tercio excluso y el principio de Clavius (a tenor del cual es falso todo aquello que implique su propia negación). El lógico relevantista rechaza otros, incluso varios admitidos por los intuicionistas.¹⁴⁸ Hay lógicas conexivistas (en las cuales A-y-B no implica A);¹⁴⁹ lógicas paraconsistentes (que forman una abigarrada familia); lógicas difusas o multivalentes; así como lógicas simultáneamente subsumibles bajo varias de tales denominaciones (así, la lógica transitiva o gradualista, subyacente a la nomológica, es, no solo paraconsistente, sino también difusa e infinivalente).¹⁵⁰ ¿Cuál de

¹⁴⁸ V. g., el lógico relevantista rechaza que sea una verdad lógica la siguiente: «Si los españoles son latinos, los matemáticos españoles son matemáticos latinos».

¹⁴⁹ Las lógicas conexivistas fueron ideadas —en los años sesenta del siglo xx— por R. Angell y Storrs McCall sobre la base de la opinión (tomada de Aristóteles, de Boecio y de la mayoría de la tradición lógica anterior al siglo xix) según la cual el que A implique B significa que A es incompatible con no-B. Por ello es un teorema de tales lógicas «Si A implica B, entonces no-A no implica B». Vino después el descubrimiento de que, para ser consecuentes con esas ideas, había que sacrificar el principio de simplificación (el que A-y-B implique A); un sacrificio que, sin embargo, halla motivaciones en una parte de la tradición metafísica, para la cual A-y-B es un *tertium quid*, no un mero darse A por un lado, B por el otro (lo más peregrino es que, en esas lógicas, A-y-A tampoco implica A ni viceversa, o sea, no vale el principio de idempotencia). 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/ndj-fl/1093635749. Más en general sobre las lógicas conexivistas, v. <http://plato.stanford.edu/entries/logic-connexive/>, consultado en 2016-04-21. También en la *Ética* de Spinoza está subyacente una lógica similar, puesto que, según el autor panteísta, de una premisa falsa solo pueden seguirse conclusiones igualmente falsas. La opción por tales lógicas conlleva una fuerte carga metafísica, aun sin ser ese el propósito de sus diseñadores. No menos metafísicamente cargado es rehusar adoptarlas.

¹⁵⁰ Ver: (1) *Rudimentos de lógica matemática*, Madrid, Editorial CSIC, 1991, ISBN 8400071565; (2) *Introducción a las lógicas no-clásicas*, México, UNAM, 1993, ISBN 9683634516; (3) «Una cadena de reforzamientos difusos de la lógica del

todas ellas (u otras) es la lógica verdadera, aquella que refleja adecuadamente la realidad? La respuesta dependerá de nuestra concepción del mundo. Nada de vacuidad. Ni de obviedad. Ninguno de los axiomas de la lógica es obvio o indebatible.¹⁵¹

La lógica no es, pues, una cáscara sin contenido, como tampoco lo es la matemática. La aritmética no tiene nada de neutral: afirma la existencia de números y les atribuye propiedades; números, además, en cantidad infinita; para formalizar el cálculo aritmético acude a una axiomatización (la de Peano).¹⁵²

Si eso es así, en general, también —y a mayor abundamiento— lo es en el caso de la lógica nomológica.¹⁵³ El objetor que abrace una visión formalista de la lógica deberá rehusar a la lógica nomológica el calificativo de «lógica», alegando que se trata, antes bien, de una colección de pautas de razonamiento extralógicas. Y es que ni uno solo de los axiomas o de las reglas de inferencia de la lógica nomológica escapa a la controversia ni reviste carácter tautológico. Sin embargo, para no incurrir en círculo vicioso, ese objetor habrá de haber demostrado, primero, que solo merece la denominación de «lógica» un sistema de vacuas tautologías.¹⁵⁴

entrañamiento», en *III Congreso español de tecnologías y lógica fuzzy*, comp. por S. Barro & A. Sobrino, Santiago de Compostela, 1993, Universidad de Santiago, pp. 115-22, ISBN 8460475107.

¹⁵¹ Hasta el propio principio de identidad, « $A=A$ », viene cuestionado en ciertas lógicas cuánticas.

¹⁵² En principio podríamos hacer aritmética sin recurrir a simbolizaciones, pero nuestra limitada capacidad intelectual pronto se vería forzada a desistir.

¹⁵³ No solo no son vacuos los axiomas y las reglas de inferencia de la lógica nomológica, en particular, o de cualquier otra lógica deóntica, en general, sino que, además, como para construir una lógica deóntica o jurídica hay que adoptar un subyacente cálculo sentencial y cuantificacional, al no ser metafísicamente neutral la opción por uno u otro de tales cálculos, ya esa adopción implica decantarse por una determinada ontología, en lugar de otras alternativas. La lógica deóntica estándar no se planteó el problema, abrazando como una inconcusa obviedad la lógica clásica (bivalente verifuncional), sin ni siquiera percatarse de que, al hacerlo, estaba optando y, por lo tanto, sin aducir ningún criterio; en suma, como si no hubiera ni pudiera haber alternativa alguna. Incluso —por equivocada que esté— la lógica deóntica estándar sería muy diferente si se hubiera erigido sobre una subyacente lógica conexivista o intuicionista o relevantista, p. ej.

¹⁵⁴ Pero, además, ¿no es la lógica, precisamente, un sistema de pautas de razonamiento?

La formalización es un recurso heurístico y mnemotécnico para auxiliar nuestra limitada capacidad de razonar; mas las disciplinas formalizadas no son juegos de símbolos sin contenido. Si cada lógica presupone una metafísica, la lógica nomológica comporta una ontología normativa.

2.^a objeción.— Las conexiones normativas que son axiomáticas en la lógica nomológica no conllevan compromiso normativo alguno. No solo no son normas, sino que son meros nexos de la razón; su presunto rango superior a las normas estriba solo en su vaciedad.

Respuesta.— Las conexiones normativas no son normas, pero sí tienen una impronta normativa, toda vez que, asumida una de ellas, automáticamente, dadas unas premisas fácticas o normativas, se deduce una norma. No son vacuas. Tan no lo son que varias de esas conexiones han suscitado viva controversia, justamente porque entrañan consecuencias que, por racional que sea adoptarlas, no son huecas tautologías de la forma trivial $A=A$ —igual que a menudo suscitan incredulidad o perplejidad no pocos resultados de sistemas de lógica cuantificacional e intensional así como de diversas ramas de la matemática.

3.^a objeción.— Está de más en la lógica nomológica el principio del bien común. O ese concepto del «bien común» es vago y vacuo, adaptable a cualquier ordenamiento, o es una noción densa (*thick*), con una carga normativa, y entonces es extralógico.

Respuesta.— La objeción incurre en petición de principio, suponiendo que la lógica es vacía y que un axioma lógico no puede comprometerse a ningún contenido. Que la lógica nomológica, en virtud de ese principio, sea incompatible con determinados ordenamientos solo nos dice que tales ordenamientos no son jurídicos. De hecho, existen en un equilibrio inestable y tienden a periclitar, pues la función de un ordenamiento normativo es solo el bien común. Efectivamente el concepto de bien común es elástico y, en parte, indeterminado, como tantos conceptos jurídicos. Pero eso no significa que cualquier cosa pueda denominarse «bien común» o que no haya normas y conductas absolutamente opuestas al bien común.

4.^a objeción.— El bien común es una noción de contenido. Si viene impuesta por la lógica nomológica, de modo que se excluyen de la clase de sistemas jurídicos aquellos que no vayan enderezados al bien común, el lógico se está arrogando unas atribuciones normativas por encima de las de los decisores jurídicos.

Respuesta.— El lógico se arroga tal función con todo derecho. Un legislador solo tiene potestad de legislar si lo hace para el bien común; en caso contrario es un usurpador del poder. La naturaleza ha hecho a la especie humana una especie social, ha determinado que los hombres vivan en sociedad, solo para la misma finalidad que ha hecho así a elefantes, hormigas, arácnidos sociales, babuinos y delfines: en aras del bien común. El lógico no se saca su lógica de la manga, sino que la elabora mediante un método abductivo para dar cuenta de los razonamientos útiles, sea en el ámbito puramente teórico, sea en el práctico. La lógica nomológica es un saber normativo. Aquellos ordenamientos que no respeten los constreñimientos de la lógica nomológica son conglomerados de prescripciones, mas no sistemas jurídicos.

5.^a objeción.— Imponer el bien común como finalidad forzosa del ordenamiento es contrario a las sociedades liberales, que meramente instituyen un marco para dirimir los conflictos entre los particulares, dejándoles a estos escoger, individual o asociativamente, sus opciones del bien, común o no común.

Respuesta.— Esa concepción hobbesiana del poder público (hoy remozada por doctrinas como la de Nozick y la ideología del *Tea-Party*) no ha sido jamás la de ninguna sociedad política ni, desde luego, la de las sociedades liberales.

Lo propio de una sociedad liberal es reconocer y proteger un abanico más o menos amplio de libertades individuales, como las de pensamiento o conciencia, profesión ideológica, matrimonio, asociación, palabra, manifestación, fijación de residencia y movimiento, junto con unos derechos procesales como el estar a salvo de humillaciones o malos tratos, la presunción de inocencia, legalidad e irretroactividad sancionatoria, defensa procesal con garantías, etc.

El bien común exige que se reconozcan y respeten tales derechos y libertades, pues no hay bien común sin la participación en el mismo

de todos, una participación que, entre otras cosas, exige derechos de libertad.¹⁵⁵

Un Estado liberal no puede desentenderse de otras tareas del bien común: las obras públicas, el transporte público, el abastecimiento de las poblaciones, la salud pública, los hospitales, los servicios de salvamento, la instrucción pública, las instituciones culturales y de seguridad social, la promoción de la riqueza nacional, etc. Ni es ajeno a un Estado liberal legislar para que funcione una política redistributiva. Todo lo cual forma parte del principio de legislar para el bien común.

6.^a objeción.— También sobra otra norma que se postula como axioma de la lógica nomológica, a saber: el principio de subalternación. En lugar de esa norma, «Es obligatorio que, en la medida en que sea obligatorio que A, sea lícito que A» bastaría la conexión normativa «En la medida en que es obligatorio que A, es lícito que A». La norma, si es verdadera, es extralógica.

¹⁵⁵ Eso sí, pueden surgir —y, de hecho, surgen— antinomias en la implementación del valor del bien común, de suerte que las políticas legislativas encaminadas a satisfacer los derechos de bienestar pueden colisionar con derechos de libertad e incluso diferentes derechos de libertad pueden entrar en conflicto entre sí.

Para solventar tales dificultades la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el utilísimo criterio de la ponderación. No niego que este ha tenido equivocadas y abusivas aplicaciones en algunos tribunales (que lo han invocado más como un conjuro que como una noción doctrinal rigurosa de la ciencia jurídica; no basta decir que se pondera para realmente ponderar). Mas la necesidad de ponderación es una consecuencia de la gradualidad de las situaciones jurídicas y de la de sus supuestos de hecho así como de las contradicciones en la realidad y en la vida jurídica.

Mi concepto de ponderación es muy distinto del de Alexy y todavía más de la vaga noción ampliamente invocada en la jurisdicción bajo ese rótulo. Mi filosofía jurídica no admite la dicotomía de Dworkin entre principios y reglas. El fundamento de la ponderación es la gradualidad. Un mismo supuesto de hecho puede subsumirse en cierto grado bajo una calificación jurídica y en otro grado bajo otra calificación jurídica; puede también realizarse en mayor o menor grado. Por otro lado, también puede ser mayor o menor el grado de obligación o de prohibición implicativa normativamente ligado a la subsunción del supuesto bajo cierta calificación jurídica. Y, por último, tiene su propio grado de vigencia cada norma que preceptúa una consecuencia jurídica para un supuesto de hecho jurídicamente calificado. La ponderación es aquella operación que toma en consideración todas esas graduaciones. No se opone a la subsunción.

Respuesta.— En el contexto de la lógica nomológica, la mera conexión es un teorema, pero sin la norma axiomática no se pueden obtener otros teoremas perfectamente deseables y deónticamente útiles, como el de que, en la medida en que sea lícitamente obligatorio que A, es lícito que A (por contraposición: en la medida en que es preceptivo que A, es lícitamente preceptivo que A). Adoptar la norma como un axioma es menester para que la lógica nomológica cumpla toda su misión.

7.^a objeción.— Es erróneo el principio de colicitud. Tengo derecho a casarme con Adela y tengo derecho a casarme con Manolita, pero no tengo derecho a casarme con las dos.

Respuesta.— Ud. no tiene ningún derecho incondicional a casarse con Adela ni tampoco con Manolita. El principio de colicitud se aplica a derechos incondicionales, como lo son los derechos naturales del hombre, los reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (varios de los cuales vienen también reconocidos en la actual Constitución española como derechos fundamentales).

8.^a objeción.— Si el derecho natural es solo la lógica nomológica más el principio de no arbitrariedad (o de razón suficiente nomológica), entonces es algo que no merece la calificación de *derecho*, en el sentido en que se llama «derecho» a un *corpus* de normas trabadas por unos nexos de cierta congruencia (que podrían ser los de la lógica nomológica u otros); así se habla del derecho civil, del romano, del canónico, del internacional público; mas, con los recursos de la mera lógica nomológica —tres normas muy generales y unas cuantas conexiones normativas más dos reglas de inferencia normativa—, aunque le agreguemos el principio de no arbitrariedad, nunca produciremos un sistema de normas. No podría haber sociedad alguna que, a falta de otro *corpus* jurídico, se rigiera solo por un derecho natural tan escueto y rudimentario.

Respuesta.— No es verdad. Esas pocas normas dan de sí todo lo que se quiera y haga falta. En una sociedad de naufragos, que no concuerden de antemano en ningún código, la mera acción del derecho natural determina que sea preceptivo que se instituya una autoridad (sin la cual no habrá bien común), que la misma recaiga en aquel o

aquellos más capaces de ejercerla (aquí podemos acudir a la legitimidad carismática tan cara a Max Weber) y que sus prescripciones se obedezcan en la medida en que propicien ese bien común. Hay que admitir que tan escueta normativa suscita una enorme inseguridad e incertidumbre, por lo cual el derecho natural postula la creación de un derecho positivo que lo complete.

9.^a objeción.— El derecho natural no se invoca por los jueces y funcionarios en sus funciones jurisdiccionales y administrativas, ni puede invocarse. Pero el Derecho, aunque de difícil definición, es, en todo caso, un *corpus* cuyas piezas pueden venir aducidas para justificar las decisiones de los encargados del poder judicial o del ejecutivo.

Respuesta.— El derecho natural se ha invocado no pocas veces a lo largo de la historia.¹⁵⁶ En Francia, antes de la Revolución, los altos tribunales (los parlamentos) oponían su veto a las leyes regias aduciendo consideraciones, no solo de derecho positivo (como las «leyes fundamentales de la monarquía» —un concepto indefinido), sino también de derecho natural.

Ya hemos visto más arriba cómo, en recientes decenios, ha resurgido en Irlanda la invocabilidad jurisdiccional del derecho natural. En

¹⁵⁶ Sobre el uso del derecho natural en sede judicial a lo largo de la historia forense, v. R. H. Helmholz, *Natural Law in Court: A history of legal theory in practice*, Harvard U.P., 2015, ISBN 9780674504585. Evidentemente el derecho natural dejó de alegarse en los juicios cuando doctrinalmente se impuso el positivismo.

De todos modos, como acertadamente lo señala Robert P. George (en «Natural Law, the Constitution and the theory and practice of judicial review», *Fordham Law Review*, 2269 [2001], consultado en 2016-04-24: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss6/1>) el reconocimiento de un derecho natural no implica que el mismo sea aducible en sede judicial o, más concretamente, que en los sistemas con control judicial de la legislación incumba a los jueces velar por el cumplimiento del derecho natural. Sin duda corresponde ante todo (y quizá exclusivamente) a los poderes legislativo y ejecutivo regirse por ese derecho natural, al paso que el margen de los jueces está más restringido. No olvidemos la fructífera teoría de la jurisprudencia (v. Luc J. Wintgens (ed.), *Legisprudence: A new theoretical approach to legislation*, Oxford, Hart Publishing, 2002, ISBN 1841133426), la cual hoy ha puesto de manifiesto cómo la legislación no es un acto arbitrario, de mero querer (para la escuela intelectualista de Santo Tomás y Leibniz que sigue el autor de estas páginas, legislar no es un acto de voluntad). Tampoco lo es el ejercicio del poder constituyente ni aun el de la soberanía. Ningún pueblo es soberano contra el derecho natural.

otros lugares, se lleva a cabo disimuladamente: haciendo pasar normas jurídico-naturales como principios y valores recogidos en la Constitución (a veces sin ninguna base textual para ello) o como principios generales del derecho.

Claro está que, en mayor o menor medida, los modernos ordenamientos constitucionales han tendido a inspirarse en el derecho natural; hasta donde lo hayan conseguido, sería redundante y arriesgado para el juez invocar una norma jurídico-natural, pudiendo, menos polémicamente, aducir una prescripción constitucional. Sin embargo, los jueces tienden a ser selectivos en lo atinente a qué disposiciones constitucionales alegan como fundamentos de derecho; el criterio que siguen es el de su comprensión del derecho natural.

Si, en el siglo XX y lo que va del XXI, hallamos, en los fundamentos jurídicos de las sentencias de los tribunales, muy pocas remisiones *expresas* al derecho natural, eso se debe exclusivamente al clima jusfilosófico, marcado por la aplastante hegemonía del positivismo, que constriñe al juez a acudir a las aludidas estratagemas hermenéuticas o a otros expedientes, como el canon dworkiniano de integridad, que lo autoriza a descubrir el derecho más allá de la ley.

10.^a objeción.— Al rechazar los útiles distinguos de Hohfeld, este ensayo incurre en considerar que cualquier actuación no prohibida es un derecho (por lo cual no hay lagunas). Pero muchas veces estamos ante un vacío legal, una indeterminación, en la cual dos conductas mutuamente incompatibles carecen, ambas, de calificación jurídica, ni favorable ni desfavorable; pretender que ambas son lícitas es incompatible con el principio de no vulneración.

Respuesta.— El objetor incurre en petición de principio. Lo que se opone al escenario que él traza es la regla normativa de permisión, una regla de lógica nomológica y, por lo tanto, también de derecho natural; regla que permite inferir la licitud de la no prohibición.

El objetor viene a decirnos que los dos comportamientos carecen de calificación jurídica porque, de tenerla ambos, el uno y el otro serían lícitos y, siendo incompatibles, la licitud del uno destruiría la del otro por el principio de no vulneración.

Sin embargo, hay que saber en qué estriba esa incompatibilidad, si es que uno de los comportamientos impide u obstaculiza al otro me-

diente uso de fuerza, violencia, coacción o amenaza (o sea, si coarta la libertad del otro agente). De ser así, es ese el comportamiento prohibido. Si ambos comportamientos son así, ambos están prohibidos (las riñas o reyertas lo están, por ambas partes). Si ninguno lo es, la incompatibilidad de marras no entra en el ámbito objetivo de prohibición del principio de no vulneración.

Además, no está solo prohibido aquello que los preceptos legislativos califican explícitamente de tal, sino también lo que de ahí se deduce como prohibido usando la lógica nomológica y aduciendo premisas fácticas (en aplicación de principios como el de la consecuencia jurídica y el de opción obligatoria).

Trátase de averiguar cuál es la situación jurídica; si no es una de prohibición, es una de permisión.

Por último, en el peor de los casos, tendríamos una antinomia jurídica, no una laguna. El objetor da por supuesto que no pueden existir antinomias. Pero las hay.

11.^a objeción.— No es lo mismo que una conducta sea lícita que el que sea un derecho. La conducta lícita meramente acarrea la no interferencia de los poderes públicos; en cambio, el derecho reclama una tutela, una protección y, en ciertos casos, una prestación. El derecho es un título jurídico que legitima una reclamación.

Respuesta.— El distingo es arbitrario, artificialmente inventado sin ninguna base. A asumirlo se oponen cinco razones.

La primera es que el objetor desconoce que es un deber fundamental del poder político brindar su protección a los súbditos.¹⁵⁷ Si una conducta es lícita, cualquier coacción que la impida o la obstaculice estará prohibida. Ciertamente en nuestro ordenamiento tal prohibición tiene un rango infraconstitucional, estando regulada en el art. 172 CP. Sin embargo, antes de ser incorporada a tal código, la *interdictio prohibendi* es un axioma normativo de la lógica nomológica (el axioma n.º 11: principio de no vulneración) y desde siempre ha habido consenso de todos los juristas y filósofos políticos en que incumbe al po-

¹⁵⁷ Para Hobbes es su única misión, pero tan firme que el soberano deja de ser legítimo en la medida en que no la desempeñe, sea porque no puede o porque no quiere.

der velar por la seguridad de sus súbditos, protegiéndolos contra coacciones ajenas. El art. 17.1 CE que reconoce y tutela el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad ¿ha de entenderse restrictivamente, solo como el derecho a ser libre y estar seguro frente a actuaciones del poder público, sin comprender derecho alguno a estar también libres de agresiones privadas y protegido para asegurar que no se produzcan?

La segunda razón para oponerse al distingo es que nos obligaría a una inacabable y estéril casuística, teniendo que leer, una por una, todas las disposiciones legales —y constitucionales— para determinar, caso por caso, si se trata de un derecho o de una mera licitud sin derecho. En la práctica eso conduciría a una decisión antojadiza del exégeta, a falta de indicios claros de que el sentido del texto interpretado sea el uno o el otro.

La tercera razón es que, si resulta tan arbitrario optar, en cada caso, por uno u otro sentido, es que no se aprecia diferencia alguna lógico-nomológica entre esos dizque dos sentidos. El objetor nos debe una descripción prolija del distingo que él se saca de la manga, explicando, paciente y minuciosamente, cuáles son las consecuencias jurídicas de lo uno y las de lo otro.

Además —cuarta razón—, incumbe también al objetor proporcionarnos una prueba de que el distingo es real, actúa de veras en la praxis jurídica, se manifiesta en indicios claros y objetivos y posee una historia en la elaboración de los conceptos jurídicos.

Quinta razón: la navaja de Occam entendida como principio de economía conceptual: *conceptus non sunt multiplicandi praeter necessitatem*. En la moderna filosofía analítica, ha sido Quine el autor que ha acuñado el principio de economía conceptual en reemplazo del original occamiano de economía ontológica: asumir más entidades no tiene por qué trastornar nuestra imagen del mundo ni acarrear serias dificultades teoréticas, al paso que cualquier complicación conceptual las entrañará sin lugar a dudas. Por lo cual quien la proponga habrá de esmerarse en justificar su necesidad y aclarar su potencial deductivo.

12.^a objeción.— No puede ser igual que alguien, digamos Eleuterio, tenga derecho a una vivienda digna y adecuada —según lo estipulado por el art. 47 CE— que el que a ese mismo alguien, a Eleuterio

en nuestro caso, le sea lícito tener una vivienda digna y adecuada, si el que un hecho sea lícito equivale a que no esté prohibido. Las leyes no prohíben a Eleuterio tener una vivienda, pero esa mera no prohibición no le otorga ni siquiera el derecho del art. 47 (no muy efectivo, ¡admitámoslo!, en virtud del art. 53.3, que cercena la fuerza normativa de todos los preceptos del capítulo 3.º del título I, rebajándolos a principios que «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»).

Respuesta.— A menos que el ordenamiento contenga la norma expresada en el art. 47 CE, sí prohíbe a Eleuterio tener una vivienda, cuando de hecho no tiene ninguna. Lo que prohíbe el ordenamiento no es solo aquello que, deduciendo normas de normas, se demuestra prohibido, sino también aquello que, deduciendo normas de un cúmulo de premisas verdaderas —las unas fácticas, las otras normativas—, se prueba que es una situación jurídica de prohibición.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Adaptando un célebre distingo del maestro Eduardo García Máynez, podemos introducir una dicotomía terminológica entre *el ordenamiento jurídico* (o el sistema de normas) y *la realidad jurídica*, o sea, el cúmulo de todas las situaciones jurídicas existentes en un territorio donde tiene vigencia dicho ordenamiento. El ordenamiento o sistema jurídico solo contiene normas, las cuales suelen ser generales (aunque también las hay particulares y singulares). En cambio la realidad jurídica está integrada por situaciones generales, particulares y singulares. Resulta de aplicar el sistema de normas al conjunto de situaciones fácticas, a través de los axiomas de la lógica nomológica.

Notemos que la realidad jurídica abarca también situaciones jurídicas existentes en el país por efecto de normas de derecho internacional privado, sin que por ello el derecho extranjero haya sido anexionado al ordenamiento jurídico propio (v. Lorenzo Peña & Txetxu Ausín, «La frontera entre hecho y derecho: La norma jurídica extranjera como supuesto fáctico», en *Problemas de filosofía del derecho: Nuevas perspectivas*, coord. por René González de la Vega & Guillermo Lariguet. Bogotá: Temis, pp. 61-78, ISBN 9789583509520). Similarmente, aunque en España tienen validez jurídica ciertas disposiciones dictadas por tribunales eclesiásticos según el derecho canónico, ello no significa que ese derecho esté integrado en el ordenamiento jurídico español. El derecho extranjero o el canónico son supuestos fácticos —igual que los estatutos de una sociedad anónima o los de un partido. Por excepción (y anomalía) se consideran normas los convenios colectivos —aunque, en puridad doctrinal, no debiera ser así.

Recordemos la controversia sobre si pueden coexistir en un territorio varios sistemas normativos, conjugándose mal que bien o incluso entrechocándose. V. g., tenemos en España el sistema de normas emanado de la «integración» europea. ¿Es, jurídicamente, solo una parte del derecho público internacional? Por mucho que el

Podríamos pensar que el ordenamiento jurídico español no prohíbe a Eleuterio ser propietario de la Torre Picasso de Madrid, puesto que nada le impide comprarla; y, por las mismas, no le prohíbe comprar o alquilar una vivienda más modesta. Sin embargo sí es ilícita la situación expresada por «Eleuterio es dueño de la Torre Picasso»; su ilicitud se deduce, no aisladamente de los asertos del BOE o del tenor de las leyes (siendo aquí especialmente relevante el art. 33 constitucional, que consagra el derecho a la propiedad privada que cada cual tenga), sino —razonando con los axiomas de la lógica nomológica— de una combinación de las normas con situaciones fácticas, como que ni Eleuterio tiene dinero para esa compra ni el propietario de la Torre quiere venderla. En esas condiciones, solo hay una vía para ser Eleuterio su dueño: apoderarse de ella (imaginemos que eso fuera materialmente posible). Sería ilícito. Por lo tanto, habida cuenta del conjunto de situaciones fácticas y jurídicas, es jurídicamente ilícito que Eleuterio tenga esa Torre.

Es lícito, empero, que haya alguna vivienda digna en la cual more Eleuterio gracias a: (1) la preceptividad jurídico-natural del bien común;¹⁵⁹ (2) el art. 47 CE; (3) el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (constitucionalizada por el art. 10.2 CE, siendo admisible la interpretación de que tal incorporación se aplica a todos los derechos fundamentales del hombre y no solo a aquellos que, bajo el membrete de «derechos fundamentales y libertades públicas», tilda de tales la sección 1ª del capítulo II del título I CE); y (4) el art. 11.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el reino de España.

¿Qué efectos concretos tiene esa licitud, ese derecho? En virtud del principio de no vulneración, acarrea una obligación para la sociedad —representada por el Gobierno— de facilitar ese acceso de Eleu-

art. 96 CE mande incorporar los tratados internacionales al ordenamiento legal interno, no solo no les otorga exequibilidad preferente —ni, menos, jerarquía superior a las leyes—, sino que ese principio no se aplica más que al derecho convencional, no al derivado. Resuélvase la controversia en un sentido monista o dualista, lo que tenemos es una realidad jurídica, que sí comprende todas las situaciones jurídicas existentes en el país, a menudo mutuamente contradictorias, sea cual fuere su fuente.

¹⁵⁹ V. Lorenzo Peña, «Derecho a Algo: Los derechos positivos como participaciones en el bien común», *Doxa*, n.º 30, 2007, pp. 293-317. ISSN 0214-8676.

terio a una vivienda (v. g., dando cumplimiento a la disposición del art. 33.2 constitucional que limita y condiciona el derecho de propiedad por el deber de que satisfaga una función social; pero, a falta de viviendas, acometiendo nuevas edificaciones).

13.^a objeción.— El axioma de consecuencia jurídica es una simple tautología. Nos dice que suponiendo que, dado un supuesto de hecho, ha de seguirse una consecuencia jurídica, suponiendo eso, entonces, dado ese supuesto de hecho, es preceptiva la consecuencia jurídica. O sea, es del tipo «Si A, entonces A».

Respuesta.— ¡Falso! La prótasis del axioma no es esa, sino otra muy distinta, a saber: «Es preceptivo que, en la medida en que se dé un supuesto de hecho, A, se siga la consecuencia B». En esta prótasis el operador de obligatoriedad está prefijado a la implicación, mientras que, en la desfigurada versión que ofrece el objetor, la prótasis tendría el operador de obligatoriedad afectando solo a la apódosis implicativa de la prótasis.¹⁶⁰

14.^a objeción.— El ensayo presenta un cuadro excesivamente lúgubre de la transición española de 1975 a 1979, particularmente en lo tocante a la amenaza de golpe militar. Puede que existiera tal amenaza (aunque quizá no merecían tomarse demasiado en serio las proclamas de algunos mandos del ejército), pero mucha gente apenas se enteró y otros en seguida lo olvidaron, por lo cual no se sintieron coaccionados a la hora de votar. Tal vez sea verdadero el condicional subjuntivo de que, en la contrafáctica hipótesis de que el resultado de la votación hubiera determinado un rebasamiento de las líneas rojas, los militares hubieran entrado en acción. Pero esa es una amenaza objetiva. La acción solo deja de ser libre cuando se enfrenta a una amenaza subjetiva, o sea, conocida por el agente.

¹⁶⁰ Usando notación simbólica, el axioma dice « $\circ(A \rightarrow B) \rightarrow .A \rightarrow \circ B$ ». El objetor confunde « $\circ(A \rightarrow B)$ » con « $A \rightarrow \circ B$ ». Esto último no es una norma ni tiene sentido que lo promulgue el legislador, sino una situación mixta. Las razones por las cuales los mandamientos del legislador no pueden llevar el operador deóntico solo en la apódosis las he discutido ampliamente en la ya citada Tesis Doctoral *Idea Iuris Logica* (v. el anejo de este ensayo, en el cual viene expuesto el sistema de lógica nomológica con notación simbólica).

Respuesta.— ¿Qué porcentaje de la población conoció los dos comunicados de la plana mayor militar del 12 de abril de 1977, el oficial y el oficioso? Es dudoso que solo fuera una minoría. Es imposible saber en qué medida vino condicionada la actuación electoral por tan perentoria e intimidante proclama. Pero sin duda la masa de la población más politizada, la más informada, la más consciente, sí estuvo perfectamente al tanto, no solo de esa declaración, sino de muchos hechos posteriores que mantenían la presión al borde del estallido, como en una olla exprés calentada al máximo. De todos modos, aun suponiendo que los votantes la hubieran ignorado, la amenaza objetiva implicaba que su opción no era libre, por más que, erróneamente, creyeran que sí lo era.

15.^a objeción.— El acto sancionador y promulgatorio de la Constitución del 27 de diciembre de 1978 no era ilegal, no violaba las Leyes Fundamentales del reino ni, menos, los Principios del Movimiento Nacional, puesto que habían quedado abolidos por la Ley para la Reforma Política, Ley 1/1977.

Respuesta.— No es así. Según lo hemos visto más arriba, en el §4.2, o bien la LRP era un documento jurídicamente nulo, sin validez legal, o bien su única vigencia la tenía como una Ley subordinada a la de Principios del Movimiento de 1958, lo cual implicaba su preceptiva interpretación conforme a esa Ley Suprema, que seguía vigente. O sea, o bien la adopción de la LRP fue un hecho antijurídico que determinó que España viviera sin legalidad alguna en el bienio 1977-78, o bien fue un acto jurídico; y, si lo fue, entonces —independientemente de la voluntad de los agentes involucrados— ese acto estaba supeditado a la supremacía de la Ley de Principios del Movimiento, siendo nulo en cuanto la contadijera o menoscabara.¹⁶¹

Y es que el ordenamiento a cuyo amparo se había realizado el acto jurídico de adopción de la LRP era el de las siete Leyes Fundamentales del Reino hasta entonces vigentes, que instituían la Ley de Princi-

¹⁶¹ De tener algún valor jurídico la Ley para la Reforma Política de 1977 fue como un acto jurídicamente válido, o sea, tal que ni «vulnera ni menoscaba los principios proclamados» en la Ley de 1958. En la medida en que vulnerase o menoscabara alguno de ellos, era un acto nulo e írrito.

prios Fundamentales del Movimiento de 1958 como absolutamente perpetua e inmutable (en las palabras explícitas del promulgador, el Caudillo Francisco Franco, en la disposición A de esa Ley: «Los principios contenidos en la presente Promulgación, síntesis de los que inspiran las Leyes Fundamentales refrendadas por la Nación en seis de julio de mil novecientos cuarenta y siete, son, por su propia naturaleza, permanentes e inalterables», o sea, jurídicamente intangibles en su totalidad). La disposición C de la misma Ley de 1958-05-17 preceptúa: «Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley fundamental del Reino». La Ley Orgánica del Estado de 1967 ratifica esa supremacía absoluta de la Ley de Principios calificando de antemano como nulos cualesquiera actos que entraren en colisión con la Ley de 17 de mayo de 1958; en su terminología serían «actos de contrafuero».

De ahí la curiosa y sibilina disposición derogatoria del texto constitucional de 1978 al derogar la Ley 1/1977 de 4 de enero «así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogados por la anteriormente mencionada Ley, la de principios del Movimiento Nacional del 17 de mayo de 1958, el Fuero de los Españoles [...] [y] la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 ...». Si se derogan, es que están en vigor en el momento de derogarse. La de Principios de 1958 no admitía ningún «en tanto en cuanto» de derogación, ni podía haber sido, ni en todo ni en parte, disminuida en su vigencia ni alterada por la Ley 1/1977, ya que la de 1958 era intangible y perpetua, afectando de nulidad absoluta cualquier acto jurídico que le contraviniera en lo más mínimo.

16.^a objeción.— El proceso constitucional que desembocó en la promulgación de la actual Constitución española puede que haya sido muy defectuoso, pero las transiciones de un orden constitucional a otro suelen estar afectadas por defectos, si no iguales, en todo caso no desdeñables. El tránsito suele implicar irregularidades. Ya la proclamación de la primera Constitución española, la del 19 de marzo de 1812, implicaba una irregularidad, pues el ordenamiento precedente no confería a las Cortes generales del reino competencia para hacer una nueva constitución. Las constituyentes de 1869 fueron convoca-

das por un gobierno revolucionario surgido de un pronunciamiento. Y así sucesivamente. Tampoco fue constitucionalmente correcto (aunque se salvaran las apariencias) el tránsito en Francia de la IV a la V República en 1958. Por lo tanto, a nada conduce insistir en las debilidades del proceso.

Respuesta.— Es verdad que las transiciones de un orden constitucional a otro se han solido llevar a cabo transgrediendo las reglas vigentes de revisión constitucional —que en algunos casos implicaban la intangibilidad de la vieja constitución (p. ej. en Colombia).

Justamente por eso la tesis de este ensayo es que la legitimidad de la constitución vigente no puede pender de la del proceso constituyente, de modo general, sino de la legitimación teleológico-funcional de las instituciones político-jurídicas en cuyo vértice normativo interno se sitúe esa ley fundamental.

Reconociendo que así es, no deja de ser cierto que ningún proceso constituyente de los últimos siglos, en ningún país del mundo, ha estado tan aquejado por tantas y tan clamorosas tachas de ilegitimidad como el español de la segunda mitad de los setenta. Por dos razones:

- 1.^a El marco totalitario en el cual se efectuó (a cuya continuidad se aferraron los protagonistas del cambio, carentes de legitimidad democrática, pues la que adujeron fue postiza, en virtud de las razones que ya he expuesto más arriba).
- 2.^a La manera de arrogarse un poder constituyente unas Cortes bicamerales que solo tenían competencia para aprobar —en los términos textuales del art.3 de la Ley 1/1977— una «Ley de Reforma Constitucional», o sea, una ley de refundición del conjunto de las ocho Leyes Fundamentales del Reino, lo cual forzosamente exigía respetar, íntegramente, la perpetuidad e intangibilidad absolutas de los doce Principios de la Ley de 17 de mayo de 1958.

17.^a objeción.— Si para legitimar la Constitución es menester una *norma legitimativa*, también para justificar jurídicamente tal norma legitimante será menester una supernorma o una norma legitimativa de segundo nivel y así al infinito. Hay que partir de axiomas. Y en la postulación de axiomas vale más optar por un principio de economía,

o sea, adoptar axiomáticamente la Constitución sin pretender remontar más arriba.

Respuesta.— Pero la Constitución no posee evidencia alguna, al paso que la norma legitimativa es un corolario del axioma jurídico-natural del bien común. Postular axiomáticamente la Constitución es arbitrario. No lo es justificarla por la norma legitimativa más la constatación de situaciones de hecho favorables (que las instituciones presididas por esa Ley Fundamental sean aproximadamente satisfactorias desde el punto de vista del bien común).

18.ª objeción.— Es sumamente vago el canon de provechosidad para el bien común que se erige en prótasis de la norma legitimativa, a saber que, «atendiéndose adecuadamente los servicios públicos, se facilite a la población en su conjunto (o por lo menos a una amplia mayoría) disfrutar de derechos de libertad y de bienestar, dentro de un orden de convivencia pacífica, en el cual se garanticen el imperio de la ley y la seguridad pública». No se usa el artículo determinado «los» para fijar qué derechos han de respetarse. Basta, al parecer, con que haya algunos derechos de libertad y algunos derechos de bienestar disfrutados por una amplia mayoría de la población para que eso justifique acordar a las instituciones vigentes un título de legitimidad.

Respuesta.— Ya he dicho que es cuestión de grado. Ningún sistema político-jurídico concede y respeta una total libertad, ni siquiera de expresión; menos aún de reunión y de asociación; ni de movimientos; aun la libertad ideológica está cercenada. Igualmente ningún país satisface de lleno todos los derechos de bienestar. En verdad nadie ha demostrado que haya compatibilidad, ni siquiera lógica, entre todos esos derechos; más verosímil todavía es que, aun cuando no haya incompatibilidad lógica, sí se produce colisión siendo el mundo como es, siendo los humanos como somos, siendo los Estados como son.¹⁶²

¹⁶² Que la ejercibilidad de un derecho sea limitada no significa en modo alguno que el derecho sea condicional. Solo significa que tiene un ámbito de ejercicio, que en unas legislaciones es más amplio y en otras es menos amplio. Para que sea condicional, la titularidad misma habrá de quedar suspendida al cumplimiento de la condición (si esta es suspensiva) o el derecho se extinguirá al cumplirse la condición (si esta es resolutive). Así el derecho a ser profesor universitario es condicional, estando suspendido a cumplirse varias condiciones de titulación, mérito y discreción de los tribunales

Por eso hay que enunciar un criterio elástico y graduable, que admita grandes variaciones de intensidad así como una pluralidad de aspectos. Dejar atrás las ingenuas perspectivas del todo-o-nada, caras al pensamiento binario.

19.^a objeción.— Llama la atención que en ese canon de provechosidad para el bien común no figure para nada una cláusula de democracia. Hay que entender, pues, que, según el autor, resulta irrelevante la democraticidad del sistema político-jurídico para determinar en qué medida es provechoso para el bien común. De lo cual se sigue que puede haber democracias que no merezcan acatamiento y no-democracias —o sea, dictaduras— que sí posean legitimidad.

Respuesta.— Si la democracia fuera una condición de legitimidad, habría que deducir que, a lo largo de los seis mil años de historia, se imponían el desacato y la desobediencia casi siempre; o prácticamente siempre hasta entrado el siglo XX. Las que llamamos «democracias» de la antigüedad eran sistemas sin apenas similitud alguna con las modernas democracias representativas. Estas ¿preexisten al sufragio universal? Y, si exigimos que haya sufragio femenino, tendremos que excluir, hasta después de la II Guerra Mundial, a la mayoría de los países usualmente juzgados democráticos. De todos modos, además de que las credenciales de democraticidad son mucho menores de lo que proclaman sus ensalzadores, comoquiera que el valor de la democracia sea instrumental, el juicio de legitimidad ha de versar sobre lo producido con el instrumento, siendo indiferente cuál sea este; indiferente —precisémoslo— desde la temática abordada en este ensayo, que se mantiene estrictamente en el terreno de la filosofía jurídica —dejando al margen las cuestiones de filosofía política.

20.^a objeción.— Pero justamente esa neutralidad con respecto al régimen político tiene una consecuencia inquietante. La proclamación de un derecho natural (cánones de la lógica nomológica más el principios de razón suficiente o no-arbitrariedad) acarrea que se está proclamando que, por encima de la voluntad popular, hay una instancia a la

(condición suspensiva) y extinguiéndose al alcanzarse 70 años de edad (condición resolutive).

que el propio pueblo debe obediencia si quiere que el régimen del cual se dote sea legítimo —legítimo desde el punto de vista jusnaturalista del autor.

Respuesta.— En efecto, así es. Por encima de la autoridad del pueblo hay unas normas y unos cánones normativos no promulgados, igual que los ha habido siempre por encima de cualquier poder soberano. Marca un retroceso doctrinal con respecto a tesis como las de Bodino y Mariana en el siglo XVI sostener hoy que al nuevo soberano (o presuntamente tal), al pueblo, solo por serlo, le es lícito decidir arbitrariamente y sin sujeción a ningún canon normativo, cayendo así en el voluntarismo. Para Duns Escoto, Occam, Descartes y Pufendorf una conducta es buena porque Dios la prescribe, no la prescribe porque sea buena. Para algunos demócratas de hoy una legislación es buena porque viene prescrita por el pueblo (o, mejor, por los legisladores elegidos) y no al revés. Este ensayo sostiene todo lo contrario.

21.^a objeción.— Tras haber pugnado contra el dogmatismo de tomar como principio supremo la ley fundamental o Constitución así como contra el de someterse a la regla hartiana de reconocimiento o a otros fundamentos esgrimidos a favor de un acatamiento al derecho, el ensayo, finalmente, nos brinda otro: la justificación teleológico-funcional en aras del bien común. Tómase axiomáticamente ese bien común, sugiriéndose que podría ser un corolario del mismo otro axioma jurídico-natural, el principio de no arbitrariedad o de razón suficiente nomológica.

Sin embargo, el autor ha de ser consciente de algo que ya señalara Aristóteles: no se puede querer demostrar todo, so pena de regresión infinita; de algún axioma hay que partir; algún corte hay que dar: un punto donde se diga: «de aquí para arriba ya no se busca más». El intento de racionalizar el derecho desemboca así en un callejón, porque el autor no justifica el bien común, ni la vida social, ni el principio de razón suficiente. ¿Cuál es su fundamento?

Respuesta.— Aunque de algo hay que partir, no es igual partir de lo más evidente que de lo menos evidente; partir de lo que tiene un valor intrínseco que de lo que carece de él. El bien común y la racionalidad son valores intrínsecos, mientras que el mal común y la arbitrariedad son antivalores.

En cambio, la Ley fundamental y la regla de reconocimiento son axiológicamente indiferentes —salvo que, en un caso concreto, se pruebe lo contrario.

Filosóficamente es legítimo seguir preguntando la razón válida para adherirse al bien común, o para valorar la vida social, o la vida humana en general; la razón para ser racionalista, igual que la razón para abrazar alguna lógica en vez de preferir la ilógica, la sinrazón. Un filósofo no preguntará solo cómo ha de ser el derecho, sino si debe existir derecho y si la existencia del ser humano vale la pena.

Lo que pasa es que tales preguntas desbordan el marco de la filosofía jurídica. El filósofo jurídico tiene una misión: indagar los fundamentos racionales del derecho, omitiendo la cuestión sobre los fundamentos de tales fundamentos. Es ese el terreno de la metafísica de los valores, que conviene explorar siguiendo la huella de Nicolai Hartmann, como ya lo hiciera el maestro Eduardo García Máynez.

22.^a objeción.— La teoría constitucional propuesta en el ensayo reconoce un axioma jurídico-natural y lógico-nomológico de bien común. Pero esa noción es vaga e insuficiente. Que se fomente y acreciente el bien común y que todos hayan de contribuir a él así como beneficiarse de él no nos dice cuál haya de ser la aportación de cada uno ni tampoco en qué medida haya de beneficiarse; si todos por igual o cada cual en proporción a alguna variable; de ser así, cuál, cómo, cuánto. Para eso hace falta una teoría de la justicia. Y, si tenemos una teoría de la justicia, sobra la noción del bien común, pues esa teoría ya se encargará de determinar derechos y deberes de los miembros de la sociedad según un principio de equidad o de imparcialidad, pudiendo prescindir de una noción material como la del bien común.

Respuesta.— Si la noción del bien común es vaga, si sufre un margen de indeterminación jurídica que ha de venir reducido por los datos de hecho (supuestos fácticos que corresponden a las circunstancias histórico-sociales), al menos es, de suyo, una noción clarísima, perfectamente ilustrable con sencillos ejemplos. Además, como criterio de distribución de cargas y beneficios ha de invocarse junto con el principio de razón suficiente o no-arbitrariedad.

En cambio, la palabra «justicia» es un mero rótulo de encomio, que ni siquiera vehicula un concepto mínimamente claro o consensuable,

ni ilustrable con ejemplos —salvo asumiendo en cada caso presupuestos la mar de discutibles, en general convencionales—. Las varias definiciones de «justicia» dan para todo. Lo único claro es que es injusto solo todo lo que no se debe hacer.

Ilustraré la noción del bien común con un ejemplo simple. Cinco abogados se congregan, fundando una sociedad civil, el Estudio Jurídico «Jus Omnibus». Acuerdan unos estatutos, de conformidad con los cuales cada uno se quedará con el 50% de los honorarios que perciba de sus respectivos clientes, adjudicando a la sociedad la otra mitad, que se destina, no solo a los gastos de mobiliario, manutención, alquiler del local, abono a bases de datos, etc, sino también a compensar a los socios que no consigan clientes durante algún tiempo o que sufran calamidades no adecuadamente cubiertas por su póliza de seguros; en fin, periódicamente el excedente se redistribuye entre los socios a partes iguales.

Tenemos aquí un bien común que es, en parte, colectivo (el patrimonio de la sociedad, la clientela societaria, la reputación) y, en parte, distributivo: las ventajas que cada socio deriva de su pertenencia a una sociedad que va ganando prestigio y la participación en el beneficio societario según las reglas estatutarias.

¿Son esas reglas las únicas posibles para una sociedad de tal índole? No. Ni siquiera son las óptimas, porque no hay reglas óptimas. Las que han adoptado tienen su porqué: sirven al propósito del bien común de la sociedad y, por ello, al bien de los socios. Claro que algún socio puede beneficiarse más que otros. P. ej. uno de mayor talento, más atractivo corporal, más carisma o más suerte puede percibir honorarios mucho más cuantiosos, al paso que otro socio atraviesa por un período de vacas flacas, sin lograr ganarse clientes; gracias a las cláusulas redistributivas de los estatutos societarios, el segundo socio saca más ventaja de la sociedad que el primero, quien tal vez podría prosperar con su propio bufete individual. Pero fijaron así las reglas por ser reglas idóneas para el bien común y, mientras dure el contrato de sociedad, a ellas han de atenerse.

¿Son reglas justas? ¡Dios mío! ¿Qué es eso? Si justo es dar a cada uno lo suyo, podemos decir que lo son, pues es de la sociedad el 50% de las ganancias; pero también podemos decir que no lo son, pues es de cada socio lo que él gana. Si por «justo» entendemos proporcional,

habrá que decidir si buscamos proporción al mérito, a la suerte, a la necesidad, a una combinación de los tres factores o a otro.¹⁶³ Si la justicia estriba en tratar igual a los iguales y de modo desigual a los desiguales, de nuevo podemos decir que los estatutos son justos, o que son injustos, según qué rasgos o factores tomemos en consideración para atender a su igualdad o desigualdad.

Si por «justo» entendemos aquello que convendrían, en una situación primitiva, bajo un velo de ignorancia, lo que hay que contestar es que tal contrafáctico rawlsiano no tiene respuesta racional alguna. Podemos, en efecto, pensar que quizá convendrían que se echara a suertes y aquel que obtuviera el premio se llevara los 4/5 de todas las ganancias acumuladas —no siendo obviamente irracional pensar que, por ser neutral el azar, tal regla da a cada socio una igual oportunidad de enriquecerse. También podríamos pensar que, bajo ese velo de ignorancia, se decidiría juntar todas las ganancias para repartirlas a partes iguales.

En general no hay respuesta racional alguna a la pregunta de qué sucedería si se cumpliera tal condición contrafáctica, salvo en los casos en que haya leyes físicas que fijen la respuesta.¹⁶⁴

Si justo es aquello que se determina cuando se presta igual consideración a las reivindicaciones de todos, falta por saber con qué criterio se van a baremar tales reclamaciones, cómo se van a dirimir al entrar en conflicto unas con otras. El mero hecho de atender a todos, escucharlos sin prejuicios, imparcialmente, no nos da absolutamente ninguna indicación de qué saldrá de esa atención, salvo que ya sepa-

¹⁶³ La noción de justicia como proporcionalidad me parece la más acertada; es una regla según la cual, cuando una consecuencia jurídica depende de un supuesto de hecho, el grado de aplicabilidad de la consecuencia jurídica habrá de estar en función del de realización del supuesto de hecho, de suerte que, al aproximarse dos supuestos de hecho en el grado de su respectiva calificación jurídica (en el grado de su valor o desvalor), también se aproximen sendos grados de aplicación de la consecuencia jurídica. Con otras palabras, los supuestos de hecho similares se tratarán jurídicamente de manera similar (de ahí que hayan de excluirse los saltos, salvo cuando sean inevitables). Pero, así entendida la justicia, ¿es un principio independiente? ¿O es un mero corolario de los dos axiomas del bien común y de no-arbitrariedad? Me inclino por la segunda opción.

¹⁶⁴ Eso ya lo vio la escuela tomista en su polémica con la escuela jesuita en la escolástica hispana del Siglo de Oro.

mos cómo adjudicar entre motivaciones dispares y probablemente inconmensurables.

En suma, ningún concepto de justicia nos hace avanzar nada.¹⁶⁵ Aun suponiendo que la justicia sirviera para determinar una parte alícuota de contribución de cada socio y de reparto entre los socios, aun así, en la medida en que tal determinación colisionara con el acrecentamiento del bien común, habría que subordinar la justicia al bien común. P. ej. si el patrón distributivo más justo encizaña las relaciones o debilita la sociedad.

¿Es lícito, entonces, establecer una regla que implique desigualdad? Sí, siempre que contribuya al bien común y esté fundada en una razón suficiente.

Si, al fundarse la sociedad, ya saben todos que Onofre es un letrado *senior* y prestigioso, de mucho mayor tirón, siendo los demás abogados noveles que tienen que darse a conocer, entonces no sería irrazonable que los estatutos optaran por otro criterio, p. ej. acordando una cuota de beneficio proporcional a la aportación de cada socio, dejando un margen para los fines societarios. No porque eso sea «lo justo», sino porque, dadas las circunstancias, sería razonable pensar que así se propiciaría el bien común.¹⁶⁶

SECCIÓN VI: CONCLUSIÓN

La Constitución política de un Estado, su Ley Fundamental, no puede ser la norma suprema de su ordenamiento jurídico.

En primer lugar, ha de estar subordinada a los axiomas de la lógica nomológica (algunos de los cuales son normas, aunque en su mayor parte son conexiones normativas) así como a las reglas de inferencia

¹⁶⁵ Me temo que la desmesurada importancia que últimamente han concedido los filósofos del derecho a la noción de justicia se debe, en parte, a su tendencia a ir a remolque de la filosofía política —con sus ases, Nozick, Rawls, Sen, Simmons, Pettit y Walzer, sin prestar la misma atención a aquellos que anteponen el concepto de bien común, como Michael Sandel.

¹⁶⁶ V. del autor de este trabajo: «El bien público, más allá de la justicia», en *Justicia ¿para todos? Perspectivas filosóficas*, ed. por David Rodríguez-Arias, Jordi Maiso & Catherine Heeney, Madrid, Plaza y Valdés, 2016, pp. 31-40. ISBN 9788416032822.

normativa, incluyendo la regla de permisión —en virtud de la cual es lícita cualquier conducta ante la que no se haya pronunciado el legislador al no preceptuarla ni prohibirla ni explícita ni implícitamente, ni directamente ni en conexión con los cánones de la lógica nomológica más las situaciones fácticas que de hecho ocurren.

La Constitución está subordinada a la norma de la preceptividad del bien común y a la obligación de que ese bien común (o bien público) sea el fin de toda la legislación y de todos los actos políticos de las autoridades.

La Constitución también está subordinada a la norma jurídico-natural de razón suficiente, que proscribe cualquier acto inmotivado o arbitrario de un poder público —sea legislativo, sea ejecutivo, sea judicial, sea el de control (Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y otros órganos fiscalizadores), sea del poder moderador. Está normativamente excluido del funcionamiento de las instituciones jurídico-políticas todo acto gratuito y antojadizo, sin porqué, *ad libitum*.

La Constitución está asimismo subordinada a cánones racionales de interpretación, acordes con la gramática, la lógica y los valores y fines del ordenamiento jurídico, ante todo el del bien común —la brújula que ha de guiar toda la labor hermenéutica en materia constitucional.

La Constitución está subordinada a una norma legitimativa que solo le concede justificación en tanto en cuanto las instituciones político-jurídicas presididas por esa Ley Fundamental satisfagan un canon de provechosidad para el bien común, ofreciendo un marco aceptable de convivencia, unas condiciones (por imperfectas que sean) de libertad, bienestar y seguridad, así como un incremento de la riqueza colectiva, una mejora de la calidad y del nivel de vida, un progreso social y económico, unas políticas redistributivas que atenúen las desigualdades, obedeciendo a un principio de solidaridad social.

La Constitución no es un axioma. Su validez es gradual y condicional, según la medida en que llene los requisitos de la norma legitimativa; que lo haga —y en qué medida lo haga— es una *quaestio facti*. El derecho no es independiente del hecho.

La Constitución es también susceptible de mutación dentro del propio ordenamiento jurídico-constitucional, cuando, en conformidad con la conciencia jurídica, la jurisdicción constitucional (o aquella institución que se erige en tal) se pronuncie en un sentido que altere el

tenor originario del texto constitucional, siempre que lo haga con autoridad, acatamiento general y consenso de los operadores jurídicos.¹⁶⁷ *De facto*, la Constitución queda así subordinada a las decisiones que instituyan tal mutación. Por otro lado, en algunos sistemas jurídico-constitucionales las mutaciones pueden producirse por vía consuetudinaria o por evolución hermenéutica —lo cual, nuevamente, rebaja el rango de supremacía que se suele adscribir a la Ley Fundamental.¹⁶⁸

Dicho todo lo cual, en aras de la propia seguridad jurídica, y a salvo de esas insoslayables subordinaciones, es un imperativo jurídico el de, dentro de esos límites, reconocer, respetar y salvaguardar al máximo la primacía de la Ley Fundamental, oponerse a cualesquiera mutaciones que, o no estén, con creces, suficientemente motivadas por el valor del bien común, o sean prematuras, no contando con bastante arraigo en la conciencia jurídica.

Similarmente, los axiomas y las reglas de la lógica nomológica y el principio nomológico de razón suficiente no han de invocarse en sede jurisdiccional contra la letra ni contra el espíritu de la Constitución más que cuando existan sobradas razones para hacerlo, tan evidentes que la conciencia jurídica esté dispuesta a aceptarlas, sin que se lesionen la concordia y la armonía social y sin dar lugar a situaciones de anomia.

SECCIÓN VII: ANEJO: LA LÓGICA NOMOLÓGICA EN NOTACIÓN SIMBÓLICA

He aquí una presentación de la lógica nomológica con notación simbólica.

¹⁶⁷ De tales mutaciones hay abundantes ejemplos en los EE. UU., Francia, España y otros países.

¹⁶⁸ Un problema que ha quedado al margen de nuestra discusión es el del invasivo derecho internacional; si antes era, esencialmente, un instrumento de paz y concordia entre los pueblos, hoy se convierte en una vía por la cual las grandes potencias imponen su voluntad y los desacuerdos se zanján en comisiones de expertos y negociaciones alejadas de la luz pública, bajo la presión de poderosos *lobbies* (la dizque «sociedad civil»), con decisiones de apariencia técnica y anodina, pero que luego van a minar la soberanía nacional. También esa faceta de la actual realidad jurídica socava el dogma de la supremacía de la Constitución.

El cálculo sentencial subyacente es la lógica transitiva o gradualista. « $\wedge$ » es la conjunción; « $\vee$ » la disyunción; « $\rightarrow$ » la implicación (« $A \rightarrow B$ » se lee «En la medida [al menos] en que A, B»). « $\leftrightarrow$ » es la biimplicación —o, mejor dicho, la equivalencia veritativa—, que se define así: « $A \leftrightarrow B$ » abrevia a « $A \rightarrow B \wedge B \rightarrow A$ », significando que A y B son exactamente igual de verdaderas, o falsas.

Distinguimos entre negación débil o simple, el mero no, que se escribe « $\sim$ », y negación fuerte, « $\neg$ », que se lee «no ... en absoluto». « $A \wedge \sim A$ » es una mera contradicción, mientras que « $A \wedge \neg A$ » es una supercontradicción. (Si bien esta lógica es paraconsistente, solo lo es para la negación débil; una teoría con una supercontradicción estalla, o sea, es delicuescente —lo cual significa que todas sus fórmulas serían teoremas.)

Tomamos como signo deóntico primitivo «o», que significa «es obligatorio que». Signos definidos: «aA» abrevia a « $\sim o \sim A$ »; «vA» abrevia a « $o \sim A$ ». «aA» se lee «Es lícito que A» (o «Está autorizado que A») y «vA» se lee «Está prohibido que A» (o «Está vedado que A»).

Símbolos especiales: «ç» significa la relación de originar (sea mediante una acción causal eficiente y directa, sea ocasionando por abstención en circunstancias en las que era de esperar una acción impeditiva). «P» significa la relación de impedir (coercitivamente).

[Axioma n.º 1] $o(oA \rightarrow aA)$

[Axioma n.º 2] $a(A \rightarrow A)$

[Axioma n.º 3] $o(\mathbf{bonum})$

[Axioma n.º 4] $aA \wedge aB \rightarrow a(A \wedge B)$

[Axioma n.º 5]

[5a] $o(A \rightarrow B) \rightarrow .A \rightarrow oB$

[5b] $a(A \rightarrow B) \rightarrow .A \rightarrow aB$

[Axioma n.º 6] $o(A \vee B) \wedge \neg A \rightarrow oB$

[Axioma n.º 7] $a(A \vee B) \wedge \neg A \rightarrow aB$

[Axioma n.º 8] $o(A \wedge B) \wedge A \rightarrow oB$

[Axioma n.º 9] $a(A \wedge B) \wedge A \rightarrow aB$

[Axioma n.º 10] $A \mathfrak{c} B \rightarrow .aB \rightarrow aB$

[Axioma n.º 11] $A \mathfrak{P} B \rightarrow .aA \rightarrow vB$

[Regla de inferencia n.º 1] $\vdash A \leftrightarrow B \Rightarrow oA \leftrightarrow oB$

[Regla de inferencia n.º 2] o bien $\vdash vA$ o bien aA

Recordemos ahora los dos corolarios que expusimos más arriba del axioma n.º 2 (cuya prueba requiere invocar también el axioma [5b]):

Corolario n.º 1: $oA \rightarrow aoA$

Corolario n.º 2: $ooA \rightarrow oA$

Recopilándolos, tenemos los nueve siguientes esquemas teorematícos:

$ooA \rightarrow oA$	$ovA \rightarrow vA$	$oaA \rightarrow aA$	$voA \rightarrow a \sim A$
$vvA \rightarrow aA$	$vaA \rightarrow vA$	$oA \rightarrow aoA$	$vA \rightarrow avA$
$aA \rightarrow aaA$			

Por el contrario, **son inválidos** los seis esquemas siguientes:

$aaA \rightarrow aA$	$aoA \rightarrow oA$	$avA \rightarrow vA$
$aA \rightarrow oaA$	$oA \rightarrow ooA$	$vA \rightarrow ovA$

No olvidemos, por último, la condición ya enunciada más arriba: en cada caso, los sustitutos de «A» y «B» han de ser sentencias que, o bien expresan, ambas, situaciones normativas nucleares (siendo, pues, de la forma «aC» o «oC»), o bien denotan hechos contingentes de suyo y contingentes entre sí.¹⁶⁹

¹⁶⁹ La escritura del presente estudio forma parte del proyecto de I+D «Responsabilidad causal de la comisión por omisión: Una dilucidación ético-jurídica de los problemas de la inacción indebida», FFI2014-53926-R, MINECO (2015-2017).

El autor agradece los comentarios a versiones preliminares de este ensayo que han tenido la bondad de hacerle Blanca Rodríguez, Ricardo Cueva Fernández, Juan Antonio Negrete Alcudia, Armando Pérez Rugerio, Marcelo Vásconez Carrasco y Pablo Ariel Rapetti.