

RESEÑAS

REVIEWS ESSAYS

PEÑA, Lorenzo, *Visión lógica del derecho*, Madrid, Plaza y Valdés Editores, 2017, 444 pp.*

En su última obra, *Visión lógica del derecho*, Lorenzo Peña se avoca a una indagación estrictamente filosófica, que podría resumirse en la siguiente pregunta: ¿cuál es la esencia universal e inmutable del derecho, y de qué modo se manifiesta esta esencia universal en su existencia, que es siempre local y mutable? En los ocho capítulos que emplea el autor para responder esta pregunta desarrolla, con la rigurosidad que le caracteriza, una concepción del derecho absolutamente original, desde la cual se involucra en los principales debates iusfilosóficos de los últimos cincuenta años. Como el mismo autor advierte desde el comienzo, “asume ese desafío de remar contra la corriente; no en esto o en aquello, sino prácticamente en todo” (p. 15).

La propuesta rema contra la corriente en varios sentidos. Desde el punto de vista metodológico, aunque el volumen de la obra es propio de un ensayo, su estilo argumentativo se ajusta a la modalidad de los artículos científicos (y al uso de la escolástica clásica), separando la solución del problema central de estudio —¿qué es esencial en el derecho?— de la respuesta a objeciones puntuales a la solución principal. Siguiendo este criterio metodológico, el libro se divide en dos partes separables, pero complementarias. La primera, titulada “Las justas nupcias del derecho y la lógica” y desarrollada en los primeros tres capítulos, formula y desarrolla en extenso la concepción del derecho que el autor denomina “teoría nomológica del derecho”. La segunda parte, titulada “Solución a las dificultades” y dividida en los seis restantes capítulos y una conclusión final, enfrenta la teoría nomológica a siete órdenes de dificultades, que en su conjunto recorren los principales tópicos de la filosofía jurídica actual.

Si bien el autor clasifica a la teoría nomológica como “iusnaturalista”, desde las primeras páginas matiza esta rotulación, advirtiendo que se inspira en la “dialéctica” de Hegel; el “holismo lógico”

* Artículo recibido el 3 de junio de 2019 y aceptado para su publicación el 20 de enero de 2020.

RESEÑAS

de Quine, el “optimismo metafísico” de Leibniz (50-51) y el “imperativo del bien común” de Aquino —sustancialmente reinterpretado— (45). De modo que el iusnaturalismo al que se adscribe el autor es, como su metodología, un iusnaturalismo sui géneris, que no pretende en forma alguna presentarse como una continuación de la *philosophia perennis* —Aristóteles, Agustín, Tomás de Aquino—; ni mucho menos como parte de la nueva escuela del derecho natural —Germain Grisez y John Finnis— (p. 51).

Con Aquino (p. 16) comparte el autor una aproximación teleológica al estudio del derecho, que postula al bien común como finalidad última y esencial de todo orden jurídico. Advierte en esta línea que el principio del bien común es a la teoría nomológica lo que la norma hipotética fundamental a la teoría pura del derecho:

La auténtica *grundnorm* no es la hipotética norma fundamental de Kelsen..., sino el requerimiento del bien común, en virtud del cual la sociedad tiene que regirse por unas reglas, y en consecuencia, ha de obedecer las que promulgue aquel que *de facto* se halle en mejores condiciones para erigirse en autoridad, siempre que ejerza esa potestad de sin apartarse excesivamente de la función de velador del bien común que la venido confiada. La validez de las normas promulgadas brota de esa necesidad deóntica elemental (p. 85).

El principio vertebral del bien común (a) justifica y legitima la autoridad política, (b) es el parámetro de validez y obligatoriedad de las normas jurídicas, y (c) el horizonte comprensivo de la ciencia, la filosofía y la práctica del derecho. Desde esta última perspectiva, el autor no duda en apartarse explícitamente del canon metodológico positivista que, como célebramente apuntó Bobbio, exige distinguir entre el derecho que es y el derecho que debiera ser.¹ En palabras del autor, “la ciencia y la filosofía del derecho ...son saberes normativos por su función, contenido y enfoque metodológico, por lo cual no pueden entender *el derecho que es*, sin ajustarlo en la medida de lo posible al *derecho que debiera ser*” (p. 98). La intrínseca conjunción entre el derecho *que es* y el derecho *que debiera ser* conduce al

¹ Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdez, México, Fontamara, 1997, p. 41.

RESEÑAS

autor a concluir que las pretendidas indeterminaciones y/o lagunas del derecho positivo no son en rigor tales, pues están colmadas con el imperativo del bien común —y los principios que se deducen de éste—, que operan a modo de norma de clausura. Por ello, agrega que “en rigor el juez sólo crea derecho cuando su sentencia es normativamente errónea. O sea, se basa en una equivocada inferencia deóntica o en una falsa lectura de la ley” (p. 161).

En la orientación teleológica del derecho al bien común reside, para el autor, la esencia o, lo que en este contexto es igual, la racionalidad del derecho. En tanto que cualidad esencial del derecho, la pretensión de racionalidad (o lo que es lo mismo, de realizar el bien común) es también una cualidad universal del derecho (la misma para todo derecho existente y/o posible). De modo que si un particular orden social se propone un objetivo final distinto a éste —maximizar, por ejemplo, el interés del gobernante— será un cierto orden social, pero no será derecho (pp. 45, 66).

La teleología de inspiración tomista es complementada por una dialéctica de inspiración hegeliana en la aproximación metodológica al estudio del derecho, cuyo canon principal es el contraste entre la esencia racional —universal, inmutable— del derecho y sus plasmaciones existenciales locales y cambiantes. Del contraste entre esencia y existencia se obtiene una concepción sintética del derecho, según la cual la aspiración universal al bien común de todo sistema jurídico se realiza, a nivel existencial de forma “mancillada” o “policionada”. En este orden de ideas, aunque todo sistema aspire a la racionalidad del bien común, no todas las normas realizan este fin en igual medida; algunas normas no lo realizan en modo alguno, y otras imperan modos admisibles pero contradictorios de realizarlo.

La síntesis entre la esencia y la existencia del derecho es el punto de partida para la inferencia de una serie de principios lógicos y sustantivos, que a juicio del autor estructuran el razonamiento jurídico judicial, la ciencia del derecho y la filosofía jurídica. Desde el punto de vista lógico formal, sostiene Peña que el razonamiento jurídico se rige en estos tres planos por una lógica deóntica “paraconsistente” y gradualista, en línea con el “holismo lógico” de Quine (p. 48). Por su naturaleza paraconsistente, la lógica jurídica admite —hasta un cierto grado— contradicciones internas tanto entre las normas sin-

RESEÑAS

gulares que conforman un sistema como entre las normas y el imperativo del bien común. Esta doble disfuncionalidad no obliga, sin embargo, a concluir que no existe sistema jurídico, sino, en todo caso, a invalidar algunas normas dentro del sistema. Pasando del plano de la praxis al de la ciencia y la filosofía jurídica, la lógica paraconsistente supone que cuando una cierta teoría se contrasta con “la experiencia como un todo” pueden aparecer contradicciones que no obligan a abandonar por completo la teoría, sino en todo caso a realizar “rectificaciones localizadas” (p. 51, n. 11).

Además de admitir contradicciones internas, los sistemas jurídicos no cumplen o incumplen el imperativo de bien común de forma radical, sino que en todo caso lo cumplen o incumplen en mayor o menor medida. Por esta razón, advierte el autor que su teoría lógica jurídica es gradual, y no, en cambio, bivalente como la lógica aristotélica clásica o moderna (Frege/Tarski). Opera pues distinguiendo entre enunciados teóricos mejor o peor argumentados, y normas más o menos válidas, de acuerdo con su mayor o menor consistencia con el imperativo del bien común, y con el conjunto de principios lógicos que se deducen de este imperativo (p. 76).

El principio estructural de la lógica deóntica paraconsistente y gradualista es el canon de “no disminución”, por el que se rechaza toda regla de inferencia que permita deducir conclusiones que deterioren el grado de realización del bien común imperado en las premisas. En palabras suyas, “las reglas lógico-jurídicas válidas o correctas son aquellas cuya aplicación tiene efectividad en el razonamiento jurídico y que se ajustan a un imperativo de bien común” (p. 78).

Desde la perspectiva del contenido del derecho, previene el autor que la asunción de una lógica jurídica paraconsistente y gradualista no implica adherir de forma necesaria ni al empirismo ni al utilitarismo de Quine:

Ese holismo de Quine lo alteraría yo reemplazando “la experiencia” por “la experiencia o la praxis” y “experiencias” por “experiencias o resultados prácticos”.... [A]gregar la praxis... en la enunciación del corroboracionismo holístico de Quine o bien presupone un optimismo metafísico leibniziano o bien significa adoptar una versión del pragmatismo que define la verdad por utilidad.... Me quedo con el optimismo metafísico *leibniziano* (p. 51, n. 11).

RESEÑAS

A partir de este “optimismo metafísico”, y en abierta confrontación con una ética utilitaria, arguye Peña que el imperativo del bien común implica el reconocimiento, respeto y garantía de una serie de derechos humanos o naturales, con fuerza categórica —esto es, no condicionados a ningún tipo de interés— y universales —iguales para todo miembro de la especie humana— (pp. 135 y ss.; 161).

El autor advierte que la teoría nomológica no sólo rema contra la corriente positivista predominante en la academia española, sino también contra otras corrientes asentadas en la filosofía jurídica occidental contemporánea. Apunta, en este orden de ideas, que la espesura metafísica de su teoría se distingue del “postpositivismo” de Robert Alexy o Ronald Dworkin. Si bien estos autores defienden, como Peña, la continuidad entre el razonamiento práctico moral y el razonamiento jurídico, comparten con todas las versiones del positivismo —y a diferencia de Peña— una suerte de aversión a la reflexión metafísica (p. 65). En otro orden de distinciones, señala, asimismo, Peña de forma insistente que la naturaleza paraconsistente y gradualista de su teoría lógica jurídica rema contra la más extendida lógica axiológica bivalente, ya sea en su versión clásica aristotélica, ya en la versión fregeana moderna (p. 48).

Insiste Peña en que todas y cada una de estas distinciones brotarían, en última instancia, de la concepción metafísica hegeliana, para la cual el derecho es una síntesis entre lo que aspira a ser —su esencia racional universal—, y lo que logra ser —su existencia concreta, local, mutable, plena de contradicciones. Esta concepción metafísica sintética y dialéctica supondría un nuevo distanciamiento, esta vez respecto de una posible comprensión de la metafísica aristotélica, según la cual “no cabe que se dé contradicción alguna entre esencia y existencia. Una esencia puede existir o no..., pero no puede existir desnaturalizada..., ya que lo que en tal caso estaría existiendo no es la esencia en cuestión, sino otra” (p. 46).

Resumiendo, podría decirse que la teoría nomológica se sabe continuadora de la *philosophia perennis* con dos condiciones, una lógica y otra metafísica. Desde el punto de vista lógico, impugna el uso de una lógica bivalente que no soporta contradicción alguna, ni entre normas ni entre proposiciones. Esta impugnación es, a su vez, presentada por Peña como una derivación necesaria de otra im-

RESEÑAS

pugnación subyacente, a una metafísica según la cual las esencias se conciben y definen tanto en general como en el caso particular del derecho, en completa aislación de su manifestación existencial (45).

LA TEORÍA NOMOLÓGICA Y LA ANALOGÍA EN LA *PHILOSOPHIA PERENNIS*

Si el criterio para adscribir una concepción del derecho a una tradición o a una escuela de pensamiento fueran las fuentes en que se inspira, no se puede sino coincidir con Peña en que la teoría nomológica rema contra muchas corrientes o, cuanto menos, que no se deja arrastrar acríticamente por ninguna.

Cuando la mirada se traslada de las fuentes al contenido, el acuerdo dentro de la *philosophia perennis* o “tradición central de occidente” en torno a las dos condiciones (lógica y metafísica) de la teoría nomológica parece algo más extendido.² Cabe en este sentido señalar el consenso casi unánime dentro de esta tradición, en torno a la naturaleza analógica del concepto del derecho, del razonamiento práctico en general y del razonamiento jurídico en particular.³ La analogía del concepto de derecho implica, en efecto, que su uso tanto en el juicio práctico prudencial (el razonamiento judicial) como en el juicio predicamental abstracto (la ciencia del derecho y la filosofía jurídica) descansa sobre una lógica gradualista, y, en alguna medida también paraconsistente. Esta lógica gradualista y paraconsistente conlleva, además, el presupuesto metafísico según el cual el derecho *que es* —la existencia del derecho—, es siempre una realización imperfecta del derecho que *deber ser* —la esencia del derecho—.

² Sobre el origen del término “tradición central de occidente”, véase Moreno Rodríguez, R., “Respuestas correctas, justas y la persistencia del encanto”, en Legarre, S. et al. (eds.), *La lucha por el derecho natural*, p. 120, n. 5.

³ Sobre la analogía como nota distintiva de la aproximación iusnaturalista al concepto de derecho, entre otros, Saldaña Serrano, J., *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, UNAM, 2014, p. 56; Massini Correas C. I., “Entre reductivismo y analogía. El punto de partida de la filosofía del derecho”, *Persona y Derecho*, 67 (2012/2), pp. 353-385.

RESEÑAS

La analogía del concepto de derecho se ha explicado en términos generales a partir de la clásica II-II q.57, a.1 de la *Suma teológica*, donde Aquino afirma que el concepto de derecho designa diversas clases de cosas:

Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas... Así también sucedió con el nombre de “derecho”, que se usó primero para designar la misma cosa justa. Pero, después, derivó para designar el arte con el que se discierne qué es lo justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el derecho...; y finalmente se denomina derecho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo.

La cuestión en su conjunto (a) identifica el “significado focal” o “analogado principal” del concepto de derecho —lo justo—; (b) valida “los analogados secundarios”, esto es, uso del concepto de derecho para designar otras clases de cosas: el arte u oficio de juzgar; los tribunales; la decisión judicial justa o injusta, y (c) explicita cuál es el criterio de validez de este uso extensivo: una lógica de derivación, desde el significado focal hacia los analogados secundarios, que descansa, a su vez, en la conexión subyacente entre la referencia del analogado principal —las acciones justas— y las referencias de los analogados secundarios.⁴

Si bien Aquino no nombra a la ley positiva entre los analogados secundarios, su inclusión dentro de este campo semántico es indiscutida para la tradición en su conjunto. Apunta Aquino, en este sentido, que la ley positiva no es “la misma cosa justa” propiamente hablando, sino la razón (o una de las razones) de lo justo concreto.⁵

⁴ Sin desconocer la existencia de un intenso debate dentro de la tradición tomista acerca del significado preciso de la *ipsa res iusta*, cabe insistir en el acuerdo subyacente acerca de que el uso del concepto de “derecho” se rige por una lógica derivativa, que proyecta el significado focal hacia significados secundarios. Véase, en este sentido, Rabbi Baldi Cavanillas, R., “El concepto de derecho en el realismo clásico, a partir de las visiones de Michel Villey y Georges Kalinowski”, *Persona y Derecho*, 25 (1991), p. 77.

⁵ *Suma teológica*, II-II, q. 57, art. I, ad. 2. Sobre la recepción de esta noción en la tradición escolástica, véase Carpintero Benítez, *Historia breve del derecho natural*, Madrid, Colex, 2000, p. 38.

RESEÑAS

Más precisamente, la ley es la razón normativa que fundamenta el juicio (el juicio de conciencia personal; el juicio del asesor jurídico; el juicio judicial, etcétera) mediante el cual se identifica la “misma cosa justa”, esto es, la acción justa y (por ello) debida. A partir de esta relación subyacente de causalidad formal entre la ley y la misma cosa justa, se puede válidamente afirmar que “la ley es derecho”, en sentido secundario o derivado.

La lógica de derivación opera, por así decirlo, en cascada, pues no solamente rige la extensión del significado focal hacia los significados secundarios, sino también la extensión del significado focal de cada uno los analogados secundarios, hacia otras redes conceptuales subsiguientes. Así, a la pregunta ¿son válidas/son derecho las leyes injustas?, puede responderse con Aquino que es de justicia que las normas sean dictadas por quien tiene autoridad para gobernar la comunidad, por lo cual no cualquier mandato puede juzgarse como “derecho”, sino únicamente los mandatos/normas que son dictadas por quien tiene a su cargo el gobierno de la comunidad.⁶

Ahora bien, la función de la autoridad de una comunidad política no es meramente gobernar, sino gobernar en vistas del bien común de esa comunidad.⁷ En esta línea, es válido agregar que el concepto de “ley”, como sentido secundario o derivado del concepto de “derecho”, incluye en su campo de extensión tanto normas que son justas por su origen y por su contenido como normas que son injustas por su contenido, pero justas por su origen (fueron creadas por la autoridad competente). Con más precisión, podría decirse que unas y otras normas son y no son “derecho” al mismo tiempo. Son “derecho” (en el sentido derivado del término) si con ello pretendemos afirmar que son justas por su origen. No lo son si con ello pretendemos afirmar, o bien que toda norma creada por una autoridad competente es “derecho”; o bien, más genéricamente hablando, que el concepto de derecho se identifica y agota —es sinónimo de— en el concepto norma.

También el juicio prudencial sobre la juridicidad de normas concretas es el resultado de un razonamiento analógico-derivativo. Una

⁶ *Suma teológica*, I-II, q. 90, art. 3o.

⁷ *Ibidem*, I-II, q. 90, art. 2o.

RESEÑAS

norma particular puede ser y no ser válida, dependiendo de su mayor o menor conexión con la referencia del analogado principal del concepto de norma jurídica. Esta conexión conceptual es gradual no sólo desde el punto de vista de la justicia del contenido de la norma, sino también desde el punto de vista formal. En efecto, dejando a salvo los casos extraordinarios de “injusticia extrema”, las normas jurídicas positivas, las políticas de gobierno, los sistemas, las acciones individuales y las decisiones jurídicas no son absolutamente injustas o plenamente justas, sino más o menos justas, según cuál sea la perspectiva desde la cual se las juzgue: por sus efectos sobre el interés general, por sus efectos directos sobre los derechos de personas concretas, o por la legalidad del procedimiento de decisión que le dio origen.

Se concluye, en fin, que la analogía del concepto de derecho determina que su uso se regule por una lógica gradual, y en alguna medida paraconsistente, tanto en el plano prudencial como en el nivel predicamental abstracto —propio de la filosofía y la ciencia jurídica—. Cabe, en este sentido, volver sobre las diversas acepciones secundarias del concepto de derecho que nombra Aquino en la *ST*, II-II q. 57, y advertir que aparece en último término “la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo”. Si el analogado principal del concepto de derecho es “la misma cosa justa”, ¿cómo es posible afirmar, sin contradicción, que una decisión inicua también es derecho? ¿No hay acaso contradicción en ello?

Sujetándonos a las distinciones lógicas propuestas por Peña, bien podría responderse esta pregunta afirmando que la sentencia inicua es y no es derecho al mismo tiempo. No lo es por su injusticia, sí lo es por su fuente y función. Es posible que la *philosophia perennis* no haya desarrollado una lógica gradual y paraconsistente con el nivel de profundidad y apertura a otras tradiciones y escuelas con que lo ha hecho Peña. Sin embargo, si por “paraconsistente” y “gradualista” se entiende la posibilidad de afirmar y negar simultáneamente —aunque en distintos sentidos, y con distintos grados de intensidad— un predicado (“derecho”) de un concepto —juicio predicamental abstracto—, o bien de una cosa (una norma/una

RESEÑAS

sentencia/una acción), no cabe sino afirmar que el uso del concepto de derecho esbozado en la clásica II-II q.57, art.1 de la *Suma teológica* se rige por una lógica gradualista y “paraconsistente”.

La inserción de la sentencia inicua dentro del campo de referencia del concepto de derecho es, finalmente, un buen punto de partida para valorar la condición metafísica bajo la cual la teoría nomológica se acopla a la *philosophia perennis*; esto es, la aserción de la unidad indisociable entre la esencia y la existencia del derecho. Pues bien, la naturalidad con que Aquino extiende el concepto de derecho hasta abarcar la sentencia inicua sólo se comprende sobre la base de una teoría metafísica que conecta de forma esencial, valga la redundancia, la esencia y la existencia del derecho. Más concretamente, una metafísica subyacente de participación, según la cual las cosas existentes no agotan nunca su propia esencia. Las cosas creadas no se dan nunca plenamente actualizadas, sino que participan del acto de ser en la medida de su esencia; participan de su esencia en la medida de sus concretas posibilidades fácticas, y, en el caso del hombre, también (y fundamentalmente) participan de su esencia en la medida de sus elecciones.⁸

Sin esta metafísica subyacente resulta francamente incomprensible no ya la *ST*, II-II q. 57, sino también el resto de los conceptos que conllevan la teoría de la participación aplicada al campo de lo jurídico. Entre otros, la noción de obligatoriedad del derecho esbozado en la *ST*, I-II q. 96, a. 5, según la cual las leyes positivas no obligan a todo o nada, sino que obligan en mayor o menor medida, dependiendo de su mayor o menor contenido formal y sustantivo de

⁸ Al respecto, Gilson, E., *El espíritu de la filosofía medieval*, p. 104, donde además de vincular expresamente la analogía de los seres (y los conceptos) a una metafísica subyacente de participación como nota saliente de la filosofía tomista, advierte acerca de la consecuente relativización del principio lógico de no contradicción: “que la noción de participación repugne al pensamiento lógico es posible, puesto que toda participación supone que lo participa es y no es aquello de que participa. Pero ¿es seguro que el pensamiento lógico no presupone, para su ejercicio, vínculos reales, que su trabajo propio es analizar, de modo que no tendría nada que hacer si no le fueran dados? El enunciado mismo del principio de contradicción, ¿no implica la presencia en el espíritu la noción de participación y, por consiguiente, también su inteligibilidad relativa?”.

RESEÑAS

justicia,⁹ o la noción de determinación desarrollada en la I-II, q. 95, a.2, que como varias veces se ha señalado, implica que el derecho natural sólo puede ordenar las relaciones sociales a través de su incorporación a las instituciones políticas y jurídicas positivas.¹⁰

En un medio académico sujeto a exigencias de cantidad y originalidad que son difícilmente compatibles (o quizá abiertamente contrarias) con la sistematicidad y la liberalidad que cualifica a todo pensamiento (ius)filosófico, la obra de Peña es una *rara avis* que logra cumplir cabalmente con estas dos condiciones. Como se apuntó al comienzo, el libro propone soluciones estrictamente originales, si no para todos, indudablemente para la mayor parte de los problemas más relevantes y discutidos de los últimos cincuenta años en el campo de la filosofía jurídica. Estas soluciones singulares no se desarrollan de forma aislada y desconectada, sino que se piensan y sistematizan a partir de su común conexión con unas premisas metafísicas, epistémicas y metodológicas comunes.

Sin desconocer el valor de este aporte formal, lo más valioso del libro es, a nuestro juicio, su conjunto: la mayor contribución de Peña es mostrar de modo consistente y convincente que hacer filosofía jurídica, ciencia jurídica e incluso práctica jurídica sin metafísica —ampliamente definida— es una ilusión vacua que ya ha dado todo lo que podía dar de sí, pues los problemas iusfilosóficos singulares son, siempre, manifestaciones de una misma y única discusión, implícita, profunda, y en buena medida oculta, acerca del mejor modo de colmar la brecha entre lo que hacemos con el derecho —la existencia del derecho— y lo que pretendemos hacer —la esencia o racionalidad—.

Pilar ZAMBRANO*

⁹ Véase su recepción actual en Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, 2011, pp. 354 y ss.

¹⁰ Véase Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Ábaco, 2008, pp. 193 y ss.; o Finnis, J., "Procter Honoris Respectum: On the Incoherence of Legal Postivism", 75 (2000), 1065.

* Profesora e investigadora en la Facultad de Derecho en la Universidad Austral, Argentina.