



EL AXIOMA DEL BIEN COMÚN
COMO FUNDAMENTO DE LOS
DERECHOS NATURALES DEL HOMBRE

Lorenzo Peña y Gonzalo

Pensar el tiempo presente
Volumen I
coord. por J. de Lucas et alii
Tirant lo Blanch. 2018
ISBN 9788491699538
págs. 983-1002

**EL AXIOMA DEL BIEN COMÚN
COMO FUNDAMENTO DE LOS
DERECHOS NATURALES DEL HOMBRE**

por Lorenzo Peña y Gonzalo
del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
Profesor vinculado *ad honorem* del CSIC

*Pensar el tiempo presente:
Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*

Volumen I

coord. por J. de Lucas, E. Vidal,
E. Fernández & V. Bellver

Tirant lo Blanch. 2018

ISBN 9788491699538

págs. 983-1002

El axioma del bien común como fundamento de los derechos naturales del hombre

por Lorenzo Peña y Gonzalo

(del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Profesor Honorario del CSIC)

Sumario

Introducción. El bien común como criterio de selección de las reglas correctas de la lógica jurídica. La fundamentación de los derechos humanos. ¿Cabe fundar la exigibilidad de los derechos humanos en consideraciones morales? Conclusión.

Introducción

Trato de probar en este ensayo que ese cúmulo, algo difuso, de derechos individuales a los que solemos llamar «derechos humanos» tiene un fundamento, que es el axioma jurídico-natural del bien común, un principio generalísimo del Derecho que está vigente en todos los ordenamientos normativos independientemente de la voluntad del legislador y que se sobrepone a cualesquiera otras normas. Dicho axioma no puede venir abrogado por la legislación positiva. En caso de colisión, no es nunca de supeditación el rango del axioma en la jerarquía normativa. No afirmo empero ni que su rango sea necesariamente superior ni, menos aún, que las normas que lo conculquen sean, *eo ipso*, nulas. Sólo sostengo que tales normas son jurídicamente deficientes y hasta que resultan inexecutable en determinadas circunstancias históricas —en función de la conciencia pública.

Desplégase mi argumento en tres partes. La primera de ellas demuestra que no hay ordenamiento jurídico sin un principio de ilación y, por lo tanto, sin unas reglas de lógica jurídica; para averiguar cuáles son esas reglas un criterio verosímil (tal vez incluso el único posible) es el axioma del bien común, lo cual presupone que tal axioma está vigente en el ordenamiento, aunque lo ignoren los operadores jurídicos. La segunda parte de mi ensayo prueba que ese axioma fundamenta el reconocimiento de los derechos humanos; la prueba es doble: conceptual e histórica. La tercera parte critica la hipótesis alternativa de que tales derechos se puedan fundar en la moral, sin recurrir para nada al axioma jurídico-natural del bien común.

§1.— El bien común como criterio de selección de las reglas correctas de la lógica jurídica

No parece demasiado polémico afirmar que un sistema jurídico necesita alguna lógica jurídica, toda vez que, para ser un ordenamiento —y no un mero montón de preceptos congregados—, ha de ajustarse a algunas reglas de ilación,

en virtud de las cuales de ciertas normas se sigan otras; p.ej, que lo obligatorio sea, *a fortiori*, lícito. Pero, ¿cómo podemos averiguar cuáles reglas de inferencia lógico-jurídica son válidas y cuáles no? ¿Hay algún criterio que quepa proponer razonablemente?

Entiendo que lo hay. Es menester atender al fin esencial e intrínseco del derecho, de todo sistema jurídico; un fin, eso sí, al que la praxis jurídica puede ser infiel, siéndolo, sin lugar a dudas, en mayor o menor medida muy a menudo (del mismo modo que, a lo largo de la historia, la praxis médica ha distado de cumplir su misión esencial, la de cuidar de la salud y vencer la enfermedad). Ese fin esencial es el bien común. Tal es uno de los parámetros que delimitan al derecho de otros ámbitos normativos, como la moral, que no se centra en el logro del bien común.

Son, pues, válidas o correctas aquellas reglas de inferencia lógico-jurídica cuya aplicación tiene efectividad en el razonamiento jurídico y que se ajustan a un imperativo de bien común; o sea: son tales que de un cúmulo de premisas, las unas fácticas, las otras normativas pero conducentes al bien común se sigue una conclusión conducente al bien común.

Este criterio de corrección no garantiza, evidentemente, que las premisas conduzcan al bien común, igual que en la lógica alética ordinaria las reglas de inferencia son sólo guardianes de que no se pierda la verdad que haya en las premisas; no están para suplir las deficiencias de las premisas.

Hay premisas normativas no conducentes al bien común. Pero lo que sí cabe afirmar es que son incorrectas aquellas reglas de inferencia deónticas tales que el grado de servicio al bien común de la conclusión sea inferior al de las premisas normativas, las que causen un deterioro de esa utilidad para el bien común.

Por eso, el método abductivo por el cual hay que investigar qué axiomas y qué reglas de inferencia valen en lógica deóntica es justamente el de que formen un sistema con cuya ayuda se obtenga, por un lado, fertilidad inferencial (podamos derivar lo que razonablemente esperamos poder derivar) mas, por otro lado, evitemos deducir conclusiones que serían deletéreas para el bien común de premisas que no lo son.

Por el contrario, de premisas normativas perjudiciales para el bien común se pueden inferir no sólo conclusiones que igualmente lo son, sino también —en ciertos casos— algunas favorables al bien común, igual que de premisas falsas se pueden extraer conclusiones verdaderas (y, evidentemente, también otras falsas). Inferirse válidamente de premisas falsas no constituye indicio alguno de falsedad. Similarmente, unas normas favorables al bien común pueden inferirse tanto de premisas favorables cuanto de premisas nocivas.

Precisamente los axiomas esenciales del derecho —alternativamente denominados imperativos de derecho natural— son aquellos que se deducen en todos los sistemas normativos, sean cuales fueren las premisas.

§2.— La fundamentación de los derechos humanos

El axioma jurídico del bien común es el fundamento de todos los deberes y derechos jurídicos esenciales, o sea de aquellos cuya vigencia se deduce, por válidas reglas de inferencia lógico-jurídicas, de dicho axioma, aunque no siempre se haya reconocido así, ni muchísimo menos. (Del mismo modo que tampoco se han reconocido ni se reconocen aún todas las verdades matemáticas que se deducen de un conjunto de axiomas.)

Lo que estoy sosteniendo, pues, es que los derechos y deberes fundamentales del ser humano son aquellos que se deducen del axioma normativo del bien común más ciertas reglas de inferencia (en cuyo estudio no entraré en este ensayo) y, desde luego, también de premisas fácticas sobre la condición humana (los hechos antropológicos esenciales sobre el hombre como ser naturalmente social y afectado por determinadas necesidades innatas, cuya modulación varía según circunstancias histórico-sociales y ambientales).

Cabe ofrecer una doble vía demostrativa —histórica y conceptual— a favor de la tesis que acabo de enunciar (que los usualmente llamados «derechos humanos» son aquellos cuya vigencia se infiere del axioma normativo del bien común). Tal tesis es, rotunda e inequívocamente, jusnaturalista, en el sentido de que sostiene que existe un esencial e inmutable principio vinculante en todo ordenamiento jurídico, un principio generalísimo del derecho, que es la obligatoriedad del bien común y, por lo tanto, el derecho de cada uno a participar en el bien común. Por ser esencial e inmutable, su vigencia sólo depende de que haya un ordenamiento normativo, no de cuáles otros contenidos posea ni de cuáles sean los actos promulgatorios del legislador. Ese principio es, por sí mismo, una inalterable fuente del derecho.

1ª VÍA.— Conceptualmente mi argumento consiste en afirmar que el único sentido que tiene afirmar que los derechos humanos son violados en los reinos de Baréin, Swazilandia, Brunei o Arabia Saudí es que allí existen (pues lo que no existe no se viola). Como bien lo señaló repetidas veces Kelsen, que una norma exista es lo mismo que el que sea válida o vigente. Luego en esas cuatro desgraciadas monarquías están vigentes los derechos humanos. No lo están por un promulgamiento legislativo (los que allí ostenten ese nombre no coinciden ni en todo ni en parte con lo que entendemos por «derechos humanos»). Tiene, pues, que tratarse de una norma no promulgada, supralegislativa, que emana sólo de la esencia misma del derecho y de la naturaleza del ser humano.

Parecen destinados al fracaso más estrepitoso todos los intentos de probar que el juspositivismo ha contribuido o puede contribuir doctrinalmente al reconocimiento jurídico de los derechos humanos. Y es que ha habido, ciertamente, un número de juspositivistas que han sido grandes adalides del reconocimiento constitucional de derechos fundamentales del individuo (al menos de los nacionales del Estado correspondiente); pero ni un solo relato de los que he podido consultar acredita, en lo más mínimo, que haya sido su profesión juspositivista —o la particular doctrina juspositivista que ellos abrazaban en cada caso— lo que los haya llevado a esa defensa de los derechos individuales. Pueden haber sido motivados por consideraciones morales cuando tomaban parte

en el ejercicio del poder constituyente (o cuando lo asesoraban), pero esas consideraciones morales eran totalmente independientes y absolutamente separadas de la doctrina jusfilosófica que profesaban.

Y eso ha sucedido así porque no puede suceder de otra manera.¹ Si todo

¹. Ha habido tantos y tan preclaros juristas y jusfilósofos que han defendido el positivismo que no hay —ni podría haber— ningún otro denominador común entre ellos. Sin lugar a dudas algunos han sido campeones de los derechos humanos. Pero ¿era ésa una consecuencia lógica de su juspositivismo? Eso es lo que ni se prueba ni hay cómo probarlo, porque cualquier pauta *jurídica* suprapositiva tiene que venir rechazada por el juspositivismo (y por su variante el realismo jurídico).

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

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

El 16 de junio de 1918 (cinco meses antes del fin del conflicto bélico), Eugene V. Debs, dirigente del Partido Socialista Norteamericano, pronunció un discurso en Canton, Ohio, criticando la entrada de los EE.UU. en la gran guerra europea. Escandalizadas por su pacifismo, las autoridades lo detuvieron; el fiscal lo acusó de violar la citada ley. El acusado alegó su libertad de palabra en virtud de la Enmienda N^o 1 de la Constitución federal. Finalmente el asunto llegó a la Corte Suprema; Oliver Holmes redactó la sentencia, aprobada por unanimidad, que rechazaba la alegación de Debs, cuya condena resultó así definitiva. (V. «Debs v. United States», the Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law, 2015-03-04 http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1918/1918_714.)

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

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

Otra actuación del juez Holmes que consideraríamos hoy lesiva de los derechos humanos fue su redacción de la sentencia *Buck v. Bell* 274 US 200 (1927). (V. Paul A. Lombardo, *Three Generations, No Imbeciles: Eugenics, The Supreme Court, and Buck v. Bell*, Baltimore: The John Hopkins U.P., 2008; y también: José Antonio Santos, *Los olvidados del nacionalsocialismo: Repensar la memoria*, Madrid: CEPC, 2014, pp. 60-61.) La sentencia avaló la esterilización forzosa de una muchacha pobre y violada con una argumentación que podemos leer —entre líneas— como la previsibilidad de que los nacidos en ese medio miserable se acabaran haciendo delincuentes. Es dudoso qué derecho subjetivo reconocido en las enmiendas de la Constitución federal

lo que hay en el derecho es derecho positivo, la invocación de los derechos humanos jurídicamente sólo es válida y pertinente cuando y donde se han promulgado por el legislador; lo más que cabrá hacer será una propaganda moral para influir en ese legislador. Tal propaganda no podrá aducir ningún argumento jurídico.

Concluyo, pues, que aquí no estoy negando *a priori* la posibilidad de fundamentaciones no jusnaturalistas de los derechos humanos. No hay tal aprioridad. Hay un doble análisis conceptual e histórico. En ninguna de las dos vertientes ha conseguido el objetor rebatir racionalmente mis argumentos.²

2ª VÍA.— Históricamente pónese de manifiesto cómo, desde las primeras declaraciones hoy reconocibles como de derechos humanos —paradigmáticamente la Declaración de Independencia norteamericana de 1776 y la Declaración versallesa del 26 de agosto de 1789—, la terminología misma refleja la total impregnación de los redactores y suscriptores de tales textos en la concepción de los derechos naturales del hombre cual concreciones de un Derecho Natural objetivo.

Contrariamente a la opinión de que ese influjo jusnaturalista se

norteamericana podría invocarse en contra de tales prácticas (que se van a generalizar legislativamente en USA a partir de dicha sentencia), como no sea la 9ª enmienda que protege los derechos no enumerados en las otras enmiendas pero «retenidos» por la gente («retained by the people»). Tal cláusula, no obstante, vale lo mismo para un roto que para un descosido. No existe en USA ningún derecho constitucional a la integridad física, ni a la salud, ni al desarrollo de la personalidad, ni siquiera a la libertad (fuera de aquellas libertades tasadas que se enuncian explícitamente en varias enmiendas). Por ello este caso es claro: de haber hecho algún hueco a los derechos naturales del hombre, Holmes podría haber sido de otra opinión en el caso *Buck v. Bell* de 1927, habiendo evitado así la ulterior política legislativa de esterilizaciones forzosas en 27 estados de la Unión.

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

². Resulta dudoso que el neoconstitucionalismo caiga fuera del campo del juspositivismo, aunque haya superado su modalidad decimonónica, el legalismo. En palabras de Gustavo Zagrebelsky «la Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia —como sucede con todas las manifestaciones del iusnaturalismo—, su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana; los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas». (Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2009 (9ª ed.), p. 114.) De lo cual se sigue que los derechos humanos no vinculan para nada al poder constituyente (a diferencia de lo que proclaman las constituciones francesas de 1793, 1848, 1946 [en su primera versión, derrotada en el plebiscito ratificatorio] y la española [no promulgada] de 1873, textos impregnados de jusnaturalismo).

circunscribe a los orígenes, continúa en las nuevas y grandiosas declaraciones incorporadas a la Constitución republicana francesa de 1848³ y a la española (no promulgada) de 1873. En la segunda posguerra mundial, el influjo jusnaturalista⁴ es decisivo en la nueva ola de ampliaciones de los derechos fundamentales del individuo y, sobre todo, en el redactar la Declaración Universal de la ONU de 1948.

A esta demostración histórica objetan algunos que el derecho natural había existido —como doctrina— desde la antigüedad, desde los estoicos; habíanlo profesado —cada uno a su modo— todos los filósofos medievales. Sin embargo, de ahí no emanó, ni por asomo, reclamación alguna de derechos de libertad y de bienestar según los entendemos hoy. Esos jusnaturalistas aceptaron la esclavitud y la servidumbre. Es cierto que, posteriormente, hay una doctrina del derecho natural que sirve de matriz, en la Ilustración, a la gestación de los

³. Dícese en el Preámbulo de la Constitución del 4 de noviembre de 1848: «Il — La République française [...] reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives». No contenta con esa radical y centelleante afirmación jusnaturalista, dicha ley fundamental recoge detalladamente en su articulado tales derechos y deberes individuales, no sólo los de libertad, sino también los de bienestar.

⁴. Una muestra de ello es el proyecto de Constitución de la República Francesa mayoritariamente adoptado por la Asamblea nacional constituyente el 19 de abril de 1946 (aunque rechazado después en el plebiscito de 1946-05-05). Ábrese el texto del 19 de abril con una escueta Declaración de los derechos del hombre (no del ciudadano) de sólo dos párrafos, en el primero de los cuales aparece esta frase: «le peuple français, fidèle aux principes de 1789 — charte de sa libération — proclame à nouveau que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés, auxquels nulle loi ne saurait porter atteinte, et décide, comme en 1793, 1795 et 1848, de les inscrire en tête de la Constitution». Y el artículo 1º reza así: «Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux devant la loi». Esa declaración de derechos culmina en el art. 29, último de esa sección, que prescribe deberes de aportación al bien común: «La sauvegarde des droits inscrits dans la présente déclaration [...] et le progrès social exigent que tous connaissent et remplissent leurs devoirs: les citoyens doivent servir la République, la défendre au prix de leur vie, participer aux charges de l'État, concourir par leur travail au bien commun et s'entraider fraternellement».

Paradójicamente la mayoría que votó a favor estaba formada sobre todo por marxistas, sin que asome en ese texto el más mínimo atisbo o residuo de marxismo. Recordemos que Marx había manifestado el mayor desdén hacia los «derechos del hombre» como altisonantes disfraces de los derechos burgueses; en pos de él, lo mismo dijeron todos los pensadores marxistas, de Rosa Luxemburgo en adelante. (V. mi ensayo «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, ed. por Lorenzo Peña y Txetxu Ausín, México/Madrid: Plaza y Valdés, 2006 ISBN 9788493439552, pp. 163-386.) Además, en el marco del materialismo histórico el derecho, siendo una superestructura, varía con la sucesión de formaciones económico-sociales, sin que haya en él nada inmutable, nada natural ni, por ende, derecho alguno inherente al ser humano por su nacimiento ni, derecho alguno que sea sagrado e inalienable; menos aún derechos que estén por encima de la ley.

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

derechos humanos; mas ese derecho natural tardío, representado por Locke,⁵ Rousseau y Kant, sería una reacción al derecho natural precedente. Vendría a ser una transición del derecho natural metafísico —hostil a los derechos humanos— a una visión del derecho emancipada de cualquier referencia natural. En el siglo XX las nuevas conquistas de derechos humanos ya habrían dejado atrás todo el horizonte intelectual en el que cabía hablar de derecho natural, fuera el tradicional o el ilustrado.

Frente a esa objeción, mis estudios de genealogía jusfilosófica⁶ me han llevado a una visión totalmente opuesta a la de esos objetores.⁷ Desde sus orígenes, la doctrina del derecho natural, que profesan los filósofos estoicos, influencia sobremanera el pensamiento de los jurisconsultos romanos de la época clásica (siglos II y III), plasmándose en evoluciones jurisprudenciales (*contra legem*) —derecho pretorio y rescriptos del *Princeps*—, como el *fauor libertatis* (la presunción de libertad), el reconocimiento de que el hombre es naturalmente libre y merece serlo, una suavización de la esclavitud (al menos sobre el papel), una mayor aceptación del extranjero, aunque sea bárbaro, y finalmente la

⁵. Hacen falta astucias hermenéuticas para presentar a Locke como un precursor de los derechos humanos en cualquier acepción de ese sintagma que asuma, como mínimo, el legado de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Locke ni siquiera concede libertad de conciencia a los católicos (alegando que, si ellos prevalecieran, no se la otorgarían a sus oponentes) ni a los ateos (siendo —a su juicio— el ateísmo enemigo de la sociedad). Su espacio de libertades, ya angosto de por sí, queda reducido por esa cláusula de excluir a quienes no sean partidarios de la libertad que él defiende, según él la defiende y precisamente para aquellos para quienes él la reclama (aunque la prohibición del ateísmo es gratuita aun con tales criterios), al paso que la verdadera libertad sólo se da cuando ampara por igual a sus adeptos y a sus adversarios. (V. mi trabajo «La doble escala valorativa del proyecto constitucional europeo», en *Valores e historia en la Europa del siglo XXI*, ed. por Roberto Rodríguez Aramayo & Txetxu Ausín, México-Barcelona: Plaza y Valdés, 2006, pp. 357-415, ISBN 9788493493545.)

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

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

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

⁶. Algunos publicados y otros no. En mi obra de 2009 *Estudios republicanos* hay unas reflexiones que contribuyen a seguir alguno de esos itinerarios transgeneracionales.

⁷. Mi lectura de los textos de Kant y de Locke me ha conducido a cuestionar su pertenencia a las fuentes de la doctrina de los derechos humanos. Insto a cualquier persona que comparta una visión actual de los derechos humanos a leer con detenimiento aquellos textos de esos dos filósofos que se suelen considerar seminales para los derechos humanos. V. mis apuntes inéditos «Lecturas filosófico-jurídicas (2005-2007): Ejercicios didácticos», <http://digital.csic.es/handle/10261/15158>.

extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio en la constitución antonina del emperador Caracalla en 212.

En la baja Edad Media, el jusnaturalismo escolástico propicia, tímidamente, la evolución jurídico-política que se traducirá en la abolición progresiva de la servidumbre y en reconocer el deber público de beneficencia, con la apertura de hospicios y hospitales.

Más importante es el hecho de que el jusnaturalismo, concretamente el de la corriente tomista, es el inspirador, en la Escuela de Salamanca (entendida en sentido amplio), de la tesis de que todos los seres humanos, por serlo, merecen no ser tratados como seres inferiores. Otra de esas escuelas, la jesuítica, va a desarrollar la doctrina de los derechos ciudadanos, que denuncia el despotismo y la tiranía, proclamando el derecho del pueblo a la revolución. El P. Mariana será su más egregio representante, pero, menos resueltamente, otros autores van en la misma dirección.⁸

Varias de esas doctrinas serán retomadas en el siglo siguiente por Grocio y Leibniz, los dos máximos representantes del jusnaturalismo protoilustrado. En ambos es decisiva la influencia de la Escuela de Salamanca. Ellos, a su vez, dejarán una progenie en el siglo de las luces, en la obra, muy variada, de Wolff, Burlamaqui, Diderot, Montesquieu, Vattel, etc.

Otro conducto por el cual se transmite la herencia jusnaturalista hasta los orígenes intelectuales de la revolución francesa es la que pasa por la Liga (la cual, con su fanatismo religioso a cuestas, fue también una lucha por los derechos de la ciudadanía, contra la prepotencia nobiliaria y el absolutismo regio), la Fronda, la tradición jansenista de los órganos jurisdiccionales (principalmente los *Parlements*), que se refleja en Montesquieu (a pesar de su desconfianza para con los jueces), y se plasma en la obra de Louis-Adrien Le Paige, ya en vísperas de la revolución.⁹

⁸. En este particular, convendría releer la olvidada aportación de Román Rianza Martínez-Osorio —discípulo de Rafael Ureña Smenjaud y víctima de homicidio en 1936—, estudioso del pensamiento filosófico-jurídico de nuestro Siglo de Oro, en el cual vio una fuente de las declaraciones de derechos del hombre de finales del siglo XVIII, terciando así en la célebre polémica (de 1902) entre Émile Boutmy y Georg Jellinek; v. mi ensayo inédito «La renovación de los estudios histórico-jurídicos en España en el primer tercio del siglo XX», 2014, en <http://lorenzopena.es/ms/EstHistorJur.pdf>.

⁹. Louis-Adrien Le Paige (1712-1802) era un abogado jansenista. Gracias al apoyo de su patrón, el Príncipe de Conti (Luis Francisco de Bourbon-Conti, 1717-76, primo de Luis XV), gran prior de la Orden de San Juan de Jerusalén en París, obtiene el título de baillío del Templo (un recinto que había pertenecido a la antigua orden de los Templarios y que será derruido por el emperador Napoleón Bonaparte en 1808). Considerado *le dernier prince frondeur*, Conti acoge en su palacio, auspicia y alienta tanto a los enciclopedistas cuanto a los jansenistas, unos y otros oponentes a la Corte de Versalles, a la jerarquía eclesiástica y a los jesuitas, aunque sólo eso los unía. (Mi tesis es que, a pesar de sus hondísimas discrepancias, unos y otros son, a su manera, precursores intelectuales de la revolución de 1789.)

Ardiente polemista, inspirado y prolífico escritor, además de insigne letrado (estrechamente unido a los círculos forenses parisinos, al provenir de una familia de parlamentarios y profesores de la Sorbona), Le Paige, gracias a la inmunidad que le otorga el título de baillío, consagra una buena

Todas esas corrientes convergen en la asamblea versallesa que redacta la Declaración de agosto de 1789; y, ya metamorfoseadas, tras pasar por el alambique revolucionario, influirán en las declaraciones posteriores, mucho más actuales y más humanas, como la de la Constitución jacobina del año I (1793). En nada de todo eso asoma siquiera el menor atisbo de Kant.¹⁰ En la revolución francesa Locke ha sido un filósofo desconocido —que a lo sumo ha podido influir muy muy indirectamente.¹¹

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

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

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

¹⁰. Si bien, al estallar la revolución francesa en la primavera y el verano de 1789, el filósofo de Königsberg era no sólo un hombre de edad proveccta (sobre todo para la época) sino también un autor conocido y respetado en los ambientes filosóficos, el conocimiento de su obra apenas había empezado a desbordar el estrechísimo círculo académico en Alemania. En Francia era mínimo el interés por sus cogitaciones —y seguirá siéndolo durante decenios después de su muerte, pues la filosofía francesa de la época seguía otras rutas, principalmente la *ideología* influida por el sensualismo de Condillac. Kant había escrito muchos ensayos en 1789, pero la mayoría de ellos habían pasado totalmente desapercibidos (incluso ese magnífico opúsculo de 1763, el *Beweisgrund*, «El único fundamento posible para demostrar la existencia de Dios»). Más impacto había tenido su folleto de 1775 *Sobre las diferentes razas de hombres* (un escrito que hoy posiblemente se prohibiría por ir contra los derechos humanos). La *Crítica de la razón pura* (1781, 1787) y la *Crítica de la razón práctica* (1788), si es que llegaron a ser conocidas en la Francia de la época, por poquísimos pudieron ser leídas ni, menos, entendidas y, desde luego, su influjo fue nulo.

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

¹¹. V. *La philosophie et la Révolution française: Actes du Colloque de la Société française de philosophie, 31 mai, 1er et 2 juin 1989*, ed. por Bernard Bourgeois, París: Vrin, 1993, ISBN 9782711611423.

En las revoluciones del siglo XIX (particularmente la francesa de 1848 y la española de 1868) van a influir pensadores jusnaturalistas: unos salidos de la tradición escolástica, como Félicité de Lamennais;¹² otros adeptos de las nuevas corrientes socialistas;¹³ otros, receptores de Hegel y, sobre todo, de Krause.¹⁴ De nuevo Kant no aparece; si alguna vez se leyó, Locke está olvidado y ya poco puede aportar.¹⁵

Tal vez en la segunda mitad del siglo XX haya llegado, por último, una influencia kantiana con el nuevo valor de la «dignidad». Mas un detallado análisis de la Declaración Universal de 1948 demuestra que es totalmente antikantiano el sentido que en ella tiene ese vocablo (de contenido semántico tan etéreo y escurridizo), además de que, estudiando las trayectorias intelectuales de quienes más influyeron en la redacción del texto, es difícil hallar influencias de Kant.

Si cruzamos el Atlántico, hemos de tener en cuenta las investigaciones acumuladas desde hace décadas, pero incrementadas en los últimos años, sobre los orígenes intelectuales de los *founding fathers*. Contrariamente a los prejuicios, no influyó Locke tanto como suele decirse. Hay estudios detalladísimos que prueban cuáles eran las lecturas de Franklin, Jefferson, Jay, Hamilton,¹⁶ Madison, Adams, en las diversas etapas. Junto con Montesquieu, el autor que más influencia parece haber tenido es Vattel (a su vez seguidor de

¹². Inicialmente adepto del catolicismo ultramontano, lo cual desencadena su primera confrontación con la realeza, siempre de tendencia galicana, incluso con el rabioso absolutista Carlos X.

¹³. Destaquemos en la revolución de 1848 la influencia de Pierre Leroux, desidente del saint-simonismo e influido por la filosofía de Schelling.

¹⁴. La constitución republicana española de 1873 (adoptada por la comisión constitucional de las Cortes constituyentes en julio y al parecer redactada en 24 horas por Emilio Castelar y Ripoll) empieza, en su Título Preliminar, proclamando «todos los derechos naturales» de «toda persona» y, tras enumerarlos, concluye: «Estos derechos son anteriores y superiores a toda legislación positiva». Al igual que, no sólo la mayoría de los republicanos, sino, más ampliamente, la de los demócratas de la época, estaba influido Castelar por el jusnaturalismo krausista; inclinábase más Pi y Margall a ser receptor de Hegel —aunque de un Hegel mezclado de Proudhon y de otros pensadores socialistas. Ni uno solo de ellos abrazaba el positivismo jurídico, enseña ideológica del unionismo y el moderantismo.

¹⁵. Es cierto, en cambio, que fue grande y significativa la influencia de Bentham; mas no su positivismo jurídico, sino su utilitarismo. Si bien se mira, ambos se hallan en conflicto.

¹⁶. Sobre Hamilton, v. Forrest McDonald, *Alexander Hamilton: A Biography*, Nueva York: WW Norton & Company, 1979. Hamilton escribió, ya en 1775 (un año antes de la Declaración de Independencia), «The Farmer Refutation», donde sostiene: «upon this law [natural law] depend the natural rights of mankind». Y también: «I would recommend to your perusal Grotius, Puffendorf, Locke, Montesquieu and Burlamaqui [*sic*]». Años después, cuando ahonde sus conocimientos jurídicos, preferirá a Vattel. En el citado artículo, sin embargo, el autor más citado es Blackstone. V. <http://oll.libertyfund.org/titles/1378>, cons. 2015-03-14.

Leibniz).¹⁷ Entre los ingleses, tanto o más que a Locke,¹⁸ leyeron a Edward Coke, Algernon Sidney, Milton, Bolingbroke, pero sobre todo a William Blackstone.

En concreto el eudemonismo reflejado en la Declaración de independencia de 1776 parece debido a la lectura de Burlamaqui, a expensas de Locke, con su derecho natural a la propiedad.¹⁹ También parece influido por Vattel y Burlamaqui Hamilton²⁰ en el desarrollo de sus ideas federalistas.²¹

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

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

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

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

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

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

El Preámbulo de la Constitución de 1787 reza así: «We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and

En cualquier caso, si (por fijar ese mojón) reprochamos al jusnaturalismo anterior a 1700 haber hablado del bien común sin levantar la voz contra la esclavitud,²² ¿no incurriremos en un doble rasero absolviendo a los heraldos liberales de los derechos humanos —esos destructores del Antiguo Régimen que pregonan una nueva época de libertad— de su complicidad con la institución esclavista hasta el punto de que alguno de ellos, como Thomas Jefferson,²³ era un propietario de muchos esclavos y que, si contemplaba para un futuro

our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America». (V. Bruce A. Ackerman, *We the People: Foundations*, Harvard University Press, 1991, ISBN 9780674948419.)

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

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

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

²². Censura que habría que matizar, teniendo en cuenta los citados aportes de la Escuela de Salamanca.

²³. Jefferson, a quien una tradición erige en un ilustre prócer, abanderado de los derechos humanos, fue, en 1778, el redactor de un proyecto de ley penal en su colonia de Virginia, «A Bill for Proportioning Crimes and Punishments» (v. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendVIII10.html>, cons. 2015-03-10) que preceptuaba, entre otros castigos: «Whosoever shall be guilty of Rape, Polygamy, or Sodomy with man or woman shall be punished, if a man, by castration, if a woman, by cutting thro' the cartilage of her nose a hole of one half inch diameter at the least.» «Whosoever on purpose and of malice forethought shall maim another, or shall disfigure him, by cutting out or disabling the tongue, slitting or cutting off a nose, lip or ear, branding, or otherwise, shall be maimed or disfigured in like sort: or if that cannot be for want of the same part, then as nearly as may be in some other part of at least equal value [...]» «Slaves guilty of any offence punishable in others by labor in the public works, shall be transported to such parts in the West Indies, S. America or Africa, as the Governor shall direct, there to be continued in slavery.» (El proyecto no prosperó; la sodomía siguió castigándose con la pena capital.) Otra norma que sancionó siendo Gobernador de Virginia castigaba con destierro y proscripción perpetua a la mujer blanca que yaciera con un negro o mulato.

indeterminado su manumisión, era a condición de desterrarlos por la fuerza?²⁴

Por lo menos en Francia, gracias a la radicalización revolucionaria, fue posible que la Convención Nacional republicana aboliera la esclavitud, antes que ningún otro país, el 16 de pluvioso del año II (4 de febrero de 1794).

Reconociendo el inmenso mérito de todos esos pasos a favor de la libertad humana, ¡cuantísimo faltaba por recorrer antes que se llegara a una visión integral y genuinamente humanista de los derechos humanos!

Las genealogías intelectuales son entrecruzadas y complejas. Tras mezclarse las aguas de diversos cauces, vuelven a separarse, pero ya modificadas la una por la otra. Es muy posible que mis estudios de historia de las ideas sean muy parciales; pero, desde luego —hasta donde llegan y para lo que valgan—, desmienten completamente la ingenua dicotomía de un viejo jusnaturalismo escolástico atento al bien común pero, en cambio, hostil a los derechos humanos frente a un jusnaturalismo antiescolástico fautor de esos derechos (y que sería dizque casi precursor del juspositivismo decimonónico).

¿Cuál ha sido la aportación juspositivista? En el siglo XIX español, si seguimos los debates entre el liberalismo doctrinario y el naciente pensamiento republicano y democrático, comprobamos textualmente que para los adeptos del primero los derechos individuales han de fundarse exclusivamente en la ley, careciendo de título alguno supralegislativo, al paso que los demócratas opinan lo contrario —considerándolos derechos naturales del hombre— (y por eso en las Cortes Constituyentes de 1869 los declararon ilegislables).

²⁴. ¿Cómo desconocer que va a mediar casi un siglo entre la Declaración de Independencia de 1776 —proclamada por el Segundo «Congreso Continental» (un documento privado, mera propaganda a favor de unos rebeldes alzados en armas contra la Corona británica)— y la abolición de la esclavitud en USA en 1865?

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

La abolición de 1865 no será una consecuencia del rimbombante texto de 1776, sino, más bien, de un renovado brío del jusnaturalismo en el segundo tercio del siglo XIX, que impulsó el movimiento emancipatorio antiesclavista. (V. Justin Buckley Dyer, *Natural Law and the Antislavery Constitutional Tradition*, Cambridge U.P., 2014, ISBN 9781107454354.) Su influencia acabará repercutiendo en el triunfo electoral de Lincoln en 1860; sin embargo, eso por sí solo no implicaba en absoluto el fin de la esclavitud, que será, un quinquenio después, el inevitable resultado de la derrota de la secesión de *Dixie*, por una concatenación de acontecimientos que van a permitir a los republicanos radicales obtener mayoría en el congreso durante unos poquitos años (los primeros y casi los últimos en que va a tener un cariz progresista la política legislativa norteamericana). Los republicanos radicales eran sensibles a la oleada de ideas emancipadoras suscitada, a ambos lados del Atlántico, por la segunda revolución francesa, la de 1848.

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

Para cerrar este apartado (dicho sea con toda mi infinita estima hacia el insigne jusfilósofo austríaco), en lo tocante a la presunta aportación de Kelsen a la fundamentación de los derechos humanos, son sus propios textos los que acreditan mi punto de vista.²⁵ Así en el *Compendio de teoría general del Estado*²⁶ se pronuncia, tajante y categóricamente, contra las garantías de libertades individuales contenidas en algunas constituciones (no ya de derechos de bienestar, lo cual ni siquiera se le ocurre), afirmando que, como mínimo, son superfluas. Y reconoce más de una vez que la pretensión de constitucionalizar tales libertades viene del jusnaturalismo.²⁷

§3.— ¿Cabe fundar la exigibilidad de los derechos humanos en consideraciones morales?

A la propuesta del presente ensayo de fundar los derechos esenciales del hombre en el axioma jurídico del bien común como el principio fundamental del derecho natural objetarán muchos que yo estoy así llamando «derecho natural» a lo que otros llaman «moral». Yo sostengo que a esos soberanos absolutos cabe exigirles que respeten los derechos humanos, porque son imperativos jurídico-naturales. Según el objetor, otros dirán lo mismo con otras palabras, aduciendo que su no reconocimiento es contrario a la moral.

Pero ¿de veras es cuestión de palabras? No lo creo. El ámbito de la moral es el de la conciencia subjetiva, el de las convicciones íntimas. Tiene cuatro características.

²⁵. «The [Kelsenian] distinction between positive and negative legislator rests on the absence, within the constitutional law, of enforceable rights. Kelsen equated rights with (open-ended) natural law and thought that, through the process of discovering and enforcing rights, a CC [Constitutional Court] would inevitably obliterate the distinction between negative and positive legislator. Today Kelsen's warning is usually politely ignored», Alec Stone Sweet, «Constitutional Courts», en Michael Rosenfeld & Andrés Jajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., 2012, ISBN 9780191640179, pp. 816-830; la cita es de la p. 819.

²⁶. H. Kelsen, *Compendio de teoría general del Estado*, México: Colofón, 1992 (con un Estudio preliminar de D. Luis Recaséns Siches), p. 165.

²⁷. Aunque huelga decir que el autor de este ensayo se adhiere al jusnaturalismo, prefiere las denominaciones de «naturalismo jurídico» y de «esencialismo jurídico». La primera tiene la ventaja de reflejar una de sus proposiciones: que la normatividad de los sistemas humanos es un caso particular de la normatividad en las sociedades animales (además de que nuestra sociedad no es exclusivamente humana sino interespecífica, habiendo de reconocer ciertos derechos a sus miembros no-humanos); asimismo refleja mi punto de vista de que la doctrina filosófica que profeso trata de adecuarse a la naturaleza del derecho (guardando un parentesco con la escuela de la *Natur der Sache*). La segunda denominación refleja más exactamente mi visión del derecho como un tipo especial de entidad cultural con una esencia, sin la cual lo que se tendría sería un conglomerado de reglas o mandamientos de dudosa viabilidad mas no un sistema jurídico. (V. al respecto mi ensayo «Entidades culturales», en *El mobiliario del mundo: Ensayos sobre ontología y metafísica*, comp. por Guillermo Hurtado & Óscar Nudler, México: UNAM, 2007, pp. 317-342, ISBN 9703237835.)

- La primera es que en la moral el criterio por el que hay que guiarse es justamente la aprehensión subjetiva. No digo con ello que en moral no quepa el razonamiento, pero la última palabra la tiene la convicción, eso que muchos denominan «intuición». Cada quien es dueño de tener unas u otras convicciones hondas e inextirpables, inmunes a cualquier razonamiento porque el razonamiento no puede desalojar dogmas y esas convicciones morales son dogmas que se profesan con fe.
- La segunda característica de la moral es que en ella la intención cuenta tanto como la acción (al menos para una amplísima gama de concepciones morales). Moralmente pueden ser censurables la avidez, el pensamiento lascivo, las ganas de robar, el ombliguismo o egocentrismo, la ausencia de sentimientos de compasión, etc.
- La tercera característica es que la moral también rige actos de la vida humana que no guardan relación (o muy tenue y muy distante) con el bien común. P.ej., moralmente pueden ser censurables la masturbación, la gula, la mentira (cualquier mentira), la ludopatía, la ingratitud, la altanería, el encerrarse en uno mismo en vez de hacer amigos y muchos otros comportamientos de escasa o nula relevancia social.
- La cuarta es que, incluso con respecto a la relación entre las conveniencias particulares y el bien común, la moral²⁸ es propensa a imponer prescripciones mucho más severas que el derecho natural, el cual se ciñe a determinar reglas legislativas conducentes al bien común y, a la vez, respetuosas de la libertad (sin la cual lo que se instituye es un sistema de opresión y no de bien común), al paso que la moral suele reclamar el altruismo e incluso el autosacrificio o el heroísmo.²⁹

Al revés, el principio jurídico-natural del bien común se abstiene de someter todos los actos de los individuos y los grupos al criterio de su adecuación ideal al bien común; en lugar de eso exige reglas legislativas —viables por ser prudencialmente exigibles— cuya vigencia sea conducente al bien común, sin someter a los individuos a constreñimientos excesivos o desmesurados y sin pretender imponerles ningún ideal de perfección. Son consideraciones en torno a las cuales cabe esperar consenso porque se razona a partir de premisas casi unánimemente aceptadas —o al menos tales que es fácil convencer a los demás,

²⁸. O al menos una amplia gama de concepciones morales, desde las de sesgo kantiano hasta las utilitaristas.

²⁹. Puede objetárseme que esas exigencias más perentorias de la moral no son tales, sino meros ideales supererogatorios de perfección; consejos, que no preceptos. Bien, ¡sea!, cada cual escogerá su moral y, si lo desea, adoptará ese distingo. En general, sin embargo, quienes abrazan la *regla de oro* (o cualquier máxima similar) estiman que sí es moralmente preceptivo dar al prójimo lo que querríamos que él nos diera; albergarlo en nuestra casa si lo han desahuciado, igual que desearíamos que los demás nos albergaran a nosotros en tal adversidad. En cambio el derecho natural ni exige ni puede exigir tanta generosidad. Limitase a imponer la obligación de contribuir al bien común. Incumbirá a las autoridades dar una solución a tales infortunios gracias a las contribuciones legalmente instituidas que pesan sobre todos.

tratándose de requerimientos lógicos del bien común, como los principios de la lógica nomológica. Sin depender para nada de la íntima convicción ni de los dictados de la conciencia subjetiva, hay muy convincentes razonamientos que demuestran cuánto se lastima el bien común en una sociedad donde no hay libertad (una gran libertad, concretada en muchas y amplias libertades) o no hay bienestar (un bienestar generosamente repartido). Por deducción y por inducción se pueden ofrecer argumentos en ese sentido.

Así es como se ha ido produciendo, a trancas y barrancas, una paulatina convergencia hacia el reconocimiento de los derechos humanos en la evolución histórica de los últimos siglos (y antes en la trabajosísima y lenta preparación de los milenios anteriores, imperceptible como el movimiento de las agujas de un reloj). Desde luego ese reconocimiento es todavía mucho más nominal que real; pero ya ha sido un inmenso progreso conseguir: de un lado, ese consenso nominal cuasi-universal; y, del otro, pasos —pasitos, si se quiere— hacia el cumplimiento de los deberes estatales dimanantes de tal reconocimiento (que se van arrancando porque ahora puede aducirse también, en muchos casos, la positivación legislativa de tales derechos).

Por el contrario, en los terrenos de la moral no hay convergencia alguna. Unos piensan que son legítimos y a menudo loables el odio, la envidia, el deseo de venganza y el resentimiento; otros abominan de todo eso. Unos consideran que la homosexualidad es un vicio moral, mientras que para otros es indiferente y para algunos es una virtud. Ni un solo paso adelante hacia la convergencia, como tampoco en la cuestión de si la pintura de Tiziano es más bonita que la de Picasso o viceversa.

Cerraré este apartado aclarando que nada de lo que precede significa que, con respecto a la moral³⁰ se esté aquí abrazando el punto de vista anticognitivistista. Lo único que sostengo es que: (1) aunque los juicios morales sean verdaderos o falsos, es difícilísimo probar su verdad o su falsedad; (2) una de las verdades morales es que sólo son vinculantes para un individuo en la medida en que él es consciente de tal verdad, siendo moralmente mejor que el individuo actúe según los dictados de su conciencia —por equivocados que sean— que según imperativos objetivamente correctos. De ahí que la moral no pueda fundar ninguna reclamación en el ámbito jurídico.

Conclusión

Nuestro recorrido nos ha permitido dilucidar el nexo conceptual que une el reconocimiento de los derechos naturales del hombre al axioma normativo del bien común —asumido por toda la *philosophia perennis*, en lato sentido, que abarca, no sólo a los escolásticos, sino también a filósofos de la Ilustración racionalista como Leibniz y Wolff, al paso que ha quedado claro que, sin un axioma así —cuya vigencia jurídica no dependa de la voluntad del legislador—

³⁰. Incluso a la moral subjetiva —la cual, siguiendo a Hegel, distingo de la ética objetiva.

está condenado al fracaso cualquier intento de fundamentar los derechos humanos.
