

1492-1942

LA LEGALIDAD FULLERIANA EN UN BAILE DE NÚMEROS

ALFONSO GARCÍA FIGUEROA
Universidad de Castilla-La Mancha
alfonsoj.gfigueroa@uclm.es

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Atelier, Barcelona, 2018*.

El último libro de Antonio Peña Freire concluye con un provocativo experimento mental. Se trata de comparar el *grado de legalidad* de dos episodios históricos: la expulsión de los judíos decretada en España por los Reyes Católicos en el año 1492 y el exterminio de los judíos al que condujo la “solución final” adoptada el año 1942 por aquel lamentable conciliábulo nacionalsocialista del Wannsee (pp. 242 ss.). Naturalmente, este ejercicio de, por así decir, *atrocidad comparada* no pretende juzgar en la misma balanza hechos que —siquiera sea por la distancia que los separa en el tiempo— resultan inconmensurables. En realidad, su autor se sirve de su contraste para poner broche final a una rigurosa reflexión de teoría del Derecho, que comenzó allá por el año 2012, durante una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de Toronto (Canadá). Pertrechado con las ideas siempre estimulantes de Lon Fuller, Antonio Peña emprendió entonces con gran soltura y determinación la defensa de una concepción no positivista del Derecho que culmina esta obra, llamada a ser una contribución, de primer orden en nuestra lengua, a la revitalización del pensamiento fulleriano; quizá el presagio de un “*revival de Fuller*” como el ya vivido por la filosofía del Derecho anglófona (p. 172).

El estilo del libro es contenido y elegante, pero no rehúye el recurso al quiasmo, el aforismo e incluso la ilustración sugerente de sus tesis; muy indiciaria de la inevitable (y, a mi juicio, saludable) comunión intelectual del autor con el propio Fuller. No debemos olvidar que Fuller fue, entre otras cosas, un fabulador perspicaz de nuestras disquisiciones jusfilosóficas, tan propensas a la abstracción. Ello seguramente no benefició a Fuller en su día (pp. 152 ss.), pero sí a sus lectores y a los de Antonio Peña ahora. Quizá por todo ello, la lectura del libro resulta, en fin, no ya llevadera; sino incluso, me atrevería a decir, placentera.

* Las páginas entre paréntesis se refieren a esta obra.

¿Pero qué tiene que ver Fuller con lo acaecido en 1492 y en 1942? Pues bien, Antonio Peña Freire investiga en ese contraste nada menos que el valor moral de la legalidad (en alguna medida presente en 1492, pero totalmente ausente de 1942) y ello con el fin de examinar la relevancia conceptual de ese valor moral para la teoría del Derecho. La estrategia de Fuller es bien conocida: si todo sistema jurídico estuviera sometido a unas condiciones de legalidad y éstas entrañaran a su vez una dimensión moral, entonces deberíamos concluir que todo Derecho presenta necesariamente una dimensión moral; una conclusión que Fuller se esforzó por defender frente a un displicente H.L.A. Hart (p. 41 y nota 62) en una de las más célebres polémicas de la filosofía jurídica, convenientemente relatada en el capítulo 2 del libro.

De ahí la solución de Peña al experimento mental: por muy injusto y lamentable que fuera aquel éxodo forzoso de 1492, la realidad es que en el decreto de expulsión de 1492 hallamos procedimientos, publicidad, generalidad, estabilidad, previsibilidad y seguridad jurídica. Hallamos, en fin, aspectos esenciales de la *legalidad* (e.g. pp. 72 ss.), que brillan por su ausencia en las medidas adoptadas *sigilosamente* en Wannsee. Los sucesos de 1942 no sólo fueron sustantivamente más injustos. Lo decisivo fue que se incurrió en unos vicios *formales* que vulneraban aquello que Fuller llamó “la moral interna del Derecho”, aquella moralidad “que hace posible el Derecho” y que, cabe subrayar, hace del Derecho, *genuino* Derecho. En palabras de Peña que no dejarán indiferentes a sus lectores positivistas: “(E)l orden jurídico es un orden social de legalidad” (p. 55). “(N)o se puede tener derecho, sin tener Estado de derecho” (p. 94).

Desde esta perspectiva, la legalidad en sentido fullerriano no es sólo una virtud moral a la que aspiran los sistemas jurídicos, sino también una condición de su *plena* validez jurídica; una validez que, por cierto, reviste entonces una naturaleza *gradual* y no absoluta, i.e., no *todo-o-nada* (pp. 102 ss.; p. 106). Tal gradualidad se explica por el hecho de que el Derecho es siempre una *práctica* orientada a un *propósito* (*purposeful enterprise*) (p. 67), que se halla a su vez guiada por ideales (p. 197), los cuales, de nuevo, no pueden satisfacerse de manera absoluta. La vinculación conceptual del Derecho a un *ideal* supone, por tanto, que éste nunca va a estar *plenamente* reflejado en la *realidad* del Derecho. Es decir, “la legalidad se puede manifestar más o menos extensamente” (p. 103). No deja de ser significativo que la legalidad haya sido históricamente un “logro variable” (p. 106) que se alcanza “de modo progresivo” (*ibid.*). Y por las mismas, tampoco debería extrañarnos que las clasificaciones de los conceptos socioantropológicos sean, como advierte Peña, “clasificaciones politéticas” (p. 53), i.e., clasificaciones cuyos objetos no siempre presentan todos los rasgos relevantes, ni

en el mismo grado. En estos apuntes radica, por cierto, otra virtud metodológica de los planteamientos de Peña: su preocupación por la perspectiva jusantropológica e histórica a menudo arrumbada con displicencia por los teóricos del Derecho, como si careciera de toda relevancia (vid. pp. 108 ss). En suma, como diría Fuller (siempre con la aprobación de Peña) “hay mucha morralla (*tosh*) sobre el modo en que se concretan [los modelos ideales]” (p. 59); pero por mucha *morralla* que hubiera en el Derecho de la España del 1492, nadie pondría en duda su carácter jurídico; algo que no sucedería en cambio con el orden nacionalsocialista tras la llamada “solución final” adoptada en Wannsee. La legalidad es un rasgo *gradual* del Derecho, pero también *necesario*. Por ello, su ausencia absoluta priva de juridicidad a un orden social. Un orden social *totalmente* privado de legalidad puede aspirar a representar a lo sumo un “orden gerencial” o un “orden teleocrático” (cfr. pp. 37; 108 ss.), pero nunca un orden genuinamente jurídico. Desde esta perspectiva, los judíos españoles fueron víctimas de una *injusticia legal*, mientras que los judíos alemanes fueron víctimas de una *injusticia ilegal*, y esto último por más que fuera dictada desde el Estado. Cabría concluir así que las *prácticas exterminadoras* (en el estricto sentido que Peña estipula en pp. 15 ss.) no pueden ser soportadas por las *formas* del Derecho. El exterminio es incompatible con la legalidad (en los dos sentidos de legalidad aquí relevantes). Por cierto, esta matización me da pie para hacer un alto terminológico en el camino. Antonio Peña opta en su trabajo por mantener el término “legalidad” para designar tanto el ideal del Derecho (principio de legalidad, Estado de Derecho, “moral interna del Derecho”) como la validez del Derecho (legalidad como la *juridicidad* de los anglófonos). Consciente de esa ambigüedad, advierte y justifica su uso (pp. 14 s. e *ibid.*, nota 3) y bien puede ser que su preferencia por la “economía del lenguaje” no suponga un gran coste para el planteamiento de Fuller-Peña, en el cual ambos sentidos se dan la mano del modo en que acabo de señalar. Con todo, quizá hubiera sido aconsejable emplear términos distintos (“legalidad 1” y “legalidad 2” habría bastado a esos efectos) para referir realidades distinguibles, sin que ello hubiera impedido reconocer sus vínculos. Así se ahorraría al lector (del que todo recensionista se quiere defensor) el esfuerzo (tampoco demasiado enojoso) de ir desentrañando en qué sentido procede interpretar “legalidad” caso por caso.

Pero volvamos a las cuestiones sustantivas. Antonio Peña considera que el positivismo jurídico afronta el ejercicio de *atrocidad comparada* de una manera excesivamente tosca. Se limitaría a afirmar que 1492 y 1942 son justéoricamente equivalentes en la medida en que se trata de dos injusticias amparadas igualmente por el poder y el Derecho. Para el positivismo, 1492 y 1942 son actos igualmente legales (emanados del Estado) y ambos son

injustos en algún grado, *el que sea*. Por tanto, ambos ilustran la tesis de que no existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. Por más que el positivista considerara la legalidad como una virtud *para el Derecho* (que no una virtud *intrínseca* o *esencial del Derecho*), nunca reconocería en éste valor moral intrínseco alguno. Si lo pensamos bien, no otra actitud cabe esperar, me parece a mí, de unos teóricos a menudo inspirados en metaéticas escépticas o relativistas. La pregunta es casi trivial: ¿Cómo evaluar el *grado* de moralidad de 1492 y 1942, cuando se priva de credibilidad a los criterios morales para poder hacerlo? Desde luego, la *tosquedad* positivista también podría explicarse por el terco divisionismo que impregna toda su matriz intelectual o por la tendencia a asumir un artificioso punto de vista externo (el del observador) a la hora de abordar el estudio de una práctica social e interpretativa como el Derecho. Pero Peña se opone al enfoque positivista subrayando más bien que ha primado la perspectiva *voluntarista* del gobernante sobre la *relacional* del súbdito. La perspectiva de la *voluntad* sobre la perspectiva de la *relación*. Quizá el profesor Peña me consintiera recurrir a Mark Twain para interpretarle diciendo que aquí el positivismo jurídico adopta la perspectiva del príncipe y el antipositivismo la del mendigo.

Desde la perspectiva del *príncipe*, en particular del *soberano* que ejerce *austiniamente* su voluntad sobre una población en su territorio, el Derecho se reconstruye fácilmente como un mero conjunto de normas, casi como el *manual de uso de un sujeto cosificado*: “(l) a relación entre déspota y súbditos es una relación unilateral. Conceptualmente es equivalente a la relación entre un sujeto y un objeto”, nos dice Peña (p. 129). Sin embargo, las cosas cambian cuando se adopta una “concepción relacional” del Derecho tal y como propone el modelo Fuller-Peña (pp. 92 ss.). Cuando el Derecho ya no es una relación unívoca *top-down*, sino una relación biunívoca entre gobernantes y súbditos, se establece una *relación* mediada en mayor o menor grado por exigencias de *legalidad*. Esta legalidad permite dar un salto cualitativo de la mayor trascendencia. Si bajo una concepción autoritaria y no relacional los súbditos son reducidos a meros *objetos* a disposición de una voluntad; en cambio, bajo una concepción *relacional* se transforman en *sujetos* de regulación. Por acudir a una feliz distinción de Peña, los súbditos dejan de estar simplemente *sujetos por las reglas* para transformarse en *sujetos de las reglas* (p. 121).

Aquí resultan particularmente oportunas las reflexiones que nos ofrece Peña sobre la esclavitud (pp. 177 ss.) (con 1942, otro de los contraejemplos habituales de los positivistas para desacreditar las teorías del Derecho no positivistas). Por muy repugnante que nos resulte la esclavitud, la legalidad marca una diferencia muy importante. Mediante el establecimiento de una

relación, la legalidad convierte al *esclavo-objeto* en *esclavo-sujeto*. Un crítico positivista podría replicar que poco ganamos con cambios nominales (un argumento inconsistente cuando advertimos el valor que el positivismo *legalista* atribuye a la legalidad) e incluso que el argumento resulta denigrante, porque se revisten de legalidad las mismas prácticas intolerables (una exigencia de agradecer, viniendo normalmente de escépticos morales). Sin embargo, si le preguntáramos a un esclavo por su parecer, a buen seguro redescubriríamos el valor profundo de la legalidad.

En cualquier caso, me parece que aquí reside un punto de contacto decisivo entre los argumentos de Fuller y la pujante teoría discursiva de Alexy-Habermas. La *relación* a la que se refiere Fuller está ubicando el Derecho en el nivel *pragmático* del lenguaje, en el plano *argumentativo*, en el plano *discursivo*, en el ámbito *comunicativo*, donde las normas ya no se inscriben en ese andamiaje kelseniano, *estático* y *pasivo*, estructurado en gradas (*Stufenbau*) y axiomatizado por Alchourrón y Bulygin; sino en un sistema *dinámico* y *argumentativo* de *actos de habla*, actos de *comunicación*; regidos por *pretensiones de validez*, singularmente por una *pretensión de corrección* ineludible de nuestras prácticas discursivas (*relacionales*). Si tal y como sugiere Peña en su libro, Fuller fue un autor de brillantes intuiciones, pero desprovistas a veces de una articulación teórica a la altura (e.g. p. 43); quizá fueran instrumentos analíticos como los que nos procuran Alexy o Habermas los que bien podría venir en su auxilio para remediar tales carencias.

En cualquier caso, el de Peña-Fuller resulta ser un planteamiento tan persuasivo, que fácilmente excita la imaginación del lector con nuevos relatos fullerianos. Me atrevo ahora a ofrecer aquí el mío para ilustrar su vínculo con la jusfilosofía alexiana. Vamos a llamarlo “la historia de *Princeps*”. *Princeps* es un príncipe cruel y voluble en cuyo escudo de armas figura un antiguo lema: *Quod Principi placuit, legis habet vigorem*. En su territorio cuenta con una población sometida que hace todo lo que él ordena gracias a un fiero ejército que obedece sus órdenes ciegamente. Un día se acerca a su Reino un escribano extranjero que se ofrece a redactarle un ordenamiento jurídico a su gusto (“podrá tener cualquier contenido”, asegura el kelseniano extranjero). *Princeps* deberá limitarse a dictarle las normas y el forastero se limitará a transcribirlas en varios cuerpos legales. Naturalmente, la transformación del caos predatorio de *Princeps* en normas legales comporta ciertas exigencias: (i) Serán normas generales, no particulares, a fin de abarcar todas las situaciones. (ii) Se escribirán con claridad en la lengua de los súbditos para que todos las comprendan. (iii) Serán coherentes para que los súbditos sepan a qué atenerse. (iv) Naturalmente, las hará públicas para que todos las conozcan. (v) Obviamente, las normas sólo impondrán

acciones posibles (nada, pues, de pedir la luna) y, por cierto (vi) futuras, pues sólo prospectivamente cabe motivar la conducta de la gente. (vii) El código será estable (pues, entre otras cosas, el jurista extranjero no volverá en mucho tiempo) y (viii) serán consistentes (en el sentido de que ningún soberano puede ir en contra de sus propios actos una vez dictadas las normas). El escriba extranjero, muy persuasivo, le asegura a *Princeps* que todo eso es muy práctico. Que así la gente sabrá con antelación qué hacer y que la vida de sus súbditos será más ordenada...

La pregunta es qué preferirá *Princeps*. Puede que al principio nuestro tirano crea confiado que el orden le permitirá reforzar su poder omnímodo. Pero obviamente habrá caído en la trampa. La realidad es que, sin saberlo, *Princeps* habrá restringido sus prerrogativas, habrá erigido inconscientemente un invisible “muro mágico” frente a sus propios caprichos (en expresión de Kirchheimer que cita Peña, p. 176). El *happy end* con moraleja incluida podría ser el siguiente: el escribano extranjero era en realidad un jurista contratado por los propios súbditos en secreto, conscientes de las ventajas que les procurarían a todos en su camino hacia la libertad la adopción del “canon óctuple” (como lo ha denominado Peña, pero no Antonio, sino Lorenzo Peña). De nuevo, en su traducción alexyana, la legalidad sería un procedimiento vinculado a una *pretensión de corrección* que se imbricaría con el resto de procedimientos institucionales y discursivos, regidos por los principios de la razón práctica general. La legalidad es, en fin, el primer paso hacia una república en cuyo blasón leeríamos: *Veritas, non auctoritas, facit leges*. En suma y frente a lo que suelen sostener las teorías críticas, es desde la perspectiva del mendigo, de los desheredados, donde mejor se comprende el valor de la legalidad, a menudo ignorado por quienes la dieron por descontada (basta con echar un vistazo a los graves atentados contra la legalidad en Cataluña para comprobarlo). Así pues, no es sólo que la legalidad sea la *vía* de entrada de la moral en el Derecho. Es que el Derecho es *f fuente* de moralidad. El Derecho sería —si puedo decirlo así— *eticógeno*: “(m)uchas de las prácticas generativas de los principios de la moralidad están íntimamente vinculadas a la práctica del derecho” (p. 196); algo que el positivismo habría ignorado, interesado sólo “por la influencia de la moral en el derecho, y no por el modo en que el derecho puede influir en la moral” afirma el antipositivista Antonio Peña (*ibid.*, nota 321) en un tono provocativo que a buen seguro contribuirá a reavivar el eterno debate de la teoría del Derecho. Prueba de ello es que el libro se benefició el pasado 25 de abril de una temprana réplica positivista a cargo de Luis Prieto en el granadino Palacio de la Madraza (a pocos metros del sepulcro de los Reyes Católicos, por cierto). El profesor Prieto subrayó en su intervención el carácter ideal de los requerimientos fullerianos y la contingencia de su

presencia en los sistemas jurídicos actuales que, a su modo de ver, se distinguirían más bien por ir alejándose más y más de aquellos ideales de coherencia, generalidad, previsibilidad, irretroactividad o publicidad del canon óctuple. Pero más allá de estas discrepancias teóricas, Prieto subrayó la oportunidad de la obra de Antonio Peña que se inscribe en el propio corazón de nuestra mejor tradición jusfilosófica, a veces disuelta y extraviada en un discurso que abjura del rigor y la racionalidad para lanzarse a empresas de relumbrón político y mediático. Por todo ello, creo que las discrepancias, previsibles y deseables, no pueden ocultar una conclusión fundamental y fácil de sostener a estas alturas, a saber: que nos encontramos ante una obra ya imprescindible entre nosotros a la hora de abordar el estudio de Fuller y de lectura absolutamente recomendable entre quienes seguimos creyendo en la importancia de la teoría del Derecho.

El libro está dedicado, en fin, a la memoria del profesor José Luis Serrano, que introdujo hace muchos años al autor en la investigación. En la medida en que el profesor Serrano contribuyó en su día y de manera mediata a hacer posible esta obra, debemos sumarnos (aunque no sólo por ello) al sentido homenaje que Antonio Peña le tributa en su libro.