

RECENSIONES

Óscar Buenaga Ceballos, *Razón y juridicidad. Una teoría del Derecho natural*
Tecnos, Madrid, 2021, pp. 314

Jesús Ignacio Delgado Rojas

Universidad Carlos III de Madrid Grupo de Investigación sobre el Derecho y la
Justicia, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: jdrojas@us.es
ORCID ID 0000-0002-3818-5990

Resulta gratificante recensionar el último libro del Dr. Óscar Buenaga. Y dos son principalmente los motivos de dicha satisfacción: por un lado, *Razón y juridicidad* no es solo una teorización sobre la idea de Derecho natural racional, sino un auténtico tratado de Filosofía del Derecho que enlaza la clásica especulación iusnaturalista con la contemporánea cuestión de la justicia; por otro lado, su estilo claro y contundente en la escritura, unido al saber no sólo del teórico académico sino del abogado profesional, auguran una amena lectura de resultado muy provechoso.

Estamos ante un libro propiamente de Filosofía del Derecho. Si el objeto de la Filosofía jurídica es la reflexión acerca del fenómeno jurídico en la sociedad, de explicarnos por qué hemos de vivir con normas, el libro que comentamos comparte con esta disciplina exactamente ese objetivo. Es una obra que ahonda en el sempiterno tema de las relaciones entre el Derecho y la Moral: que, como apuntara hace años Francisco Laporta, no es *un* tema más de la Filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la Filosofía del Derecho *está*. Tan pronto como se planta

Recibido: 15 de febrero 2021. Dictaminado: 27 de marzo de 2021

uno ante un problema filosófico-jurídico está pisando ya ese terreno ubicado entre la Moral y el Derecho. La relación entre la Moral y el Derecho es como la definición de su propio ámbito de reflexión, aquel terreno para trabajar en el cual se van acarreando las herramientas de otros saberes. Su seña de identidad. En frecuentes puntos de la obra de Buenaga se mantiene esa conexión entre el Derecho y la Moral como aspecto crucial de su Filosofía del Derecho. Pero para él, veremos, la adecuación del Derecho no es con todo el ámbito de la Moral, sino que la relación se ciñe solo a una parte de ésta: precisamente la delimitada por la virtud moral de la justicia. Es decir, la relación se da entre el Derecho y una parte de la Moral que es la justicia. En esta línea de ideas, el libro de Buenaga no trata sólo de mostrar o recopilar el conocimiento técnico existente sobre el Derecho positivo (que es, sin duda, importante), sino de justificar esa práctica, esa construcción humana que llamamos Derecho: reflexionar sobre ella y evidenciar por qué es indispensable vivir con normas. Así el Derecho queda justificado -argumentará Buenaga- en cuanto que es el mecanismo imprescindible, y quizás el único existente, para el logro de la paz social.

Conviene enunciar las que -creo- son las dos tesis fundamentales del libro. Y añadiré una tercera que tiene que ver, como consecuencia de las otras dos, con la postura del autor. Por un lado, como indicaba, en esta obra se concibe como *necesaria* la relación que el Derecho mantiene con una parte de la Moral. No de toda la Moral, sino de un sector de la misma que se juridifica. En ese sentido, señala Buenaga, cabe decir que el Derecho es una especie de “Ética por las malas” (p. 14), en tanto que impone coactivamente aquellas conductas éticas que sí o sí deben acatarse para la convivencia. Su libro es un intento -que se logra- de clarificar cuál es esa parcela de la Moral que forma parte del Derecho. Ello me lleva a la segunda tesis: la noción de *juridicidad* se convierte en el concepto central que vertebra la presente obra. *Razón y juridicidad* es, como reza el subtítulo del libro, una teoría del

Derecho natural, o una teoría de la juridicidad, entendiendo ésta como el contenido determinado perteneciente a la Moral que es asumido y desarrollado por el Derecho. Ese núcleo moral será llamado por Buenaga “justicia” o “Derecho natural”: un núcleo mínimo del Derecho que es moral y que constituye el *ámbito de la juridicidad* y que -esto me parece primordial en su tesis- “debe ser seguido por un Derecho para que legítimamente revista la condición de tal” (p. 18). Ello convierte la postura de Buenaga -como tercera tesis apuntada- en ejemplo de un iusnaturalismo racionalista que sostiene la existencia de un núcleo esencial de todo Derecho que se genera en la Razón, y que aparece como un conjunto definido dentro del campo más amplio de la Moral.

Los quince capítulos que conforman la obra se estructuran en cuatro partes. A lo largo de todo el libro, el autor se propone establecer un concepto de la *juridicidad*, explorar el despliegue de esta categoría en los diferentes derechos básicos que la conforman y determinar su funcionalidad para la evolución futura del Derecho. En la primera parte, que lleva por título *Contextualización de la juridicidad*, parte Buenaga de las clásicas distinciones entre moral individual y moral social; que será la diferenciación que, llevada al ámbito de la ética y al Derecho, le permita decir que “el Derecho actúa como un mínimo Ético, como un instrumento social vigilante de que las cuestiones éticas más relevantes (las atinentes a la justicia) se cumplan en la sociedad, dejando a los individuos, una vez cumplidos estos requerimientos, que se perfeccionen o no moralmente” (p. 33). Es decir, que lejos de maximalismos perfeccionistas, se instala Buenaga en una concepción liberal del Derecho, en la que éste, sin poder pedirnos ser santos, sí nos exige, al menos, ser justos.

En los capítulos II, III y IV se encuentran -en mi opinión- los párrafos más sinceros, arriesgados y que mejor expresan la teoría de Buenaga acerca del Derecho natural (el propio autor reconoce que el suyo, como Finnis también dijera, no es un libro que verse sobre esa teoría,

sino que es, en sí mismo, una teoría sobre el Derecho natural). Empieza a perfilar el autor la noción de juridicidad indicando que es “un ámbito mínimo o estructural de todo Derecho que el Derecho positivo debe acatar” (p. 43). El *ámbito de la juridicidad* sería, en esencia, un conjunto de preceptos morales que integran el contenido de la justicia y que deben ser recepcionados por el concreto Derecho positivo que se dicte. El Derecho vigente es el cauce por el que la juridicidad desciende de su abstracción y se materializa en forma positivada. De aquí ya se siguen algunas consecuencias que no son baladí. Para Buenaga,

Junto al Derecho denominado *positivo* o vigente se erige toda una parcela de la Moral que usualmente conceptuamos como *justicia* o *Derecho natural* para expresar un conjunto de preceptos normativos cuya existencia se produce al margen de lo que concretamente establezca el Derecho positivo (pp. 45-46).

Buenaga enuncia ya “la tesis central en torno a la cual gira este libro [que] es la defensa de la existencia de un *Derecho natural*, y que nosotros, para evitar equívocos, preferimos denominar el *ámbito de la juridicidad*” (p. 59). El Derecho natural aquí es configurado como auténtico Derecho, dotado de juridicidad racional, vinculante, con independencia de que una autoridad le reconozca validez formal expresa. Este ámbito de la juridicidad “preexiste y subsiste a la regulación detallada que haga del mismo el Derecho positivo” (p. 60), al cual le corresponde declarar o clarificar aquellas exigencias provenientes del Derecho natural, pero nunca contradecir ni oponerse a aquellos mandatos, a riesgo de resultar un Derecho injusto. Y no sólo es injusto, sino que directamente no es Derecho. Buenaga, en clara defensa de un iusnaturalismo ontológico –como él mismo autoconfiesa– ya nos advertirá que:

El Derecho vigente que se oponga a dichas normas de Derecho natural carece de obligatoriedad de cumplimiento (...). El Derecho positivo que contradice el Derecho natural contradice el contenido mínimo de justicia, y conceptualmente no cabe hablar de un Derecho injusto, sino de una apariencia de Derecho (p. 70).

En Buenaga, junto al reproche moral con el que se tacha al Derecho que no observa las exigencias de la juridicidad (es un Derecho injusto), también juega el reproche jurídico (no es Derecho). Y esto me parece más difícil de sostener: “puede ocurrir que la Autoridad que crea el Derecho positivo establezca una norma que contradiga el Derecho natural. Esto es así porque el Poder puede dictar la norma de conducta que considere más conveniente a sus intereses e imponerla por la fuerza, pero esto no significa que esta norma sea Derecho” (p. 80). Huye nuestro autor de la afirmación de que solo sea Derecho el Derecho positivo. En ese distanciamiento que Buenaga se propone del positivismo más legalista, sale al encuentro de un Derecho natural que no hay que ir a buscarlo “fuera” del Derecho positivo, sino que se halla en él, siendo el armazón moral de cualquier sistema jurídico. El Derecho no es sólo el positivo y “existen normas jurídicas más allá de los textos legales” (p. 79 y similar en p. 112). Pero cuidado: afirmar que existen valores morales superiores a las leyes positivas no creo que sea comparable con aseverar que “existe un ámbito o núcleo central del Derecho que no necesita ser *positivo* para constituir tal Derecho” (p. 128). Una cosa es admitir la posibilidad de fundamentar racionalmente un conjunto de valores que rigen la convivencia humana, con vocación de hacerse valer como justos y deseables, sosteniendo incluso un mínimo *objetivismo moral* como postura metaética, y otra distinta es la que sigue de aceptar la existencia de exigencias que son *jurídicas* y que, siéndolo, no están juridificadas.

Por lo tanto, reconstruyendo la tesis de Óscar Buenaga, creo que para él una descripción fidedigna de lo que el Derecho en realidad es

lleva a reconocer que en su dinámica entran en juego elementos *jurídicos* no formalmente positivados. Buenaga postula la existencia de elementos *jurídicos* que se hallan fuera del Derecho positivo, pero que como tales vinculan jurídicamente. La duda que ello me plantea es que pueda existir algo que es jurídico fuera de lo jurídico. Es decir, algo que sin ser positivado, junto con el Derecho positivo convive con la misma fuerza vinculante que este. Atribuir estatuto *jurídico* a lo que carece de dicha naturaleza me crea cierta contrariedad. Preferiría –y aquí temo excederme de mi labor de comentarista– considerar como Derecho *injusto* al Derecho que desconoce la justicia (un iusnaturalismo deontológico), pero no decretar su invalidez como Derecho positivo (iusnaturalismo ontológico).

Si tal y como nos sugiere el Dr. Buenaga, hay más Derecho que el Derecho positivo, ya que el *ámbito de la juridicidad* también brinda preceptos que son Derecho, aunque no estén positivados, esto nos conduce a fuertes tensiones en la conjugación de un sistema jurídico de doble composición (dualista): el Derecho positivo y el Derecho no-positivo proveniente de las exigencias jurídicas del Derecho natural o juridicidad. Pone Buenaga en la cúspide del sistema jurídico las normas morales, que también son jurídicas, aunque no estén positivadas, de manera que la compatibilidad de las normas positivas inferiores con esas normas morales superiores opera como criterio de validez de las normas positivas. La discrepancia entre el orden de la juridicidad y el orden positivo testimoniaría una situación jurídicamente defectuosa que se resuelve con la invalidez del segundo:

Una norma jurídica que se oponga al Derecho natural no puede ser considerada en ningún caso una norma jurídica sino una *apariencia* de norma jurídica, por mucho que haya sido dictada por la autoridad pública, aun elegida democráticamente (p. 132).

En la segunda parte, llamada *La juridicidad como categoría ontológica*, Buenaga configura la noción de juridicidad explicando su fundamento, contenido y límites. Parte el autor del valor intrínseco del ser humano, basando el fundamento de la juridicidad en la capital idea de la dignidad humana. Aquí las referencias a Kant, Bloch y Habermas son sumamente pertinentes y acertadas. En un segundo paso, teoriza Buenaga acerca de la idea de Razón del iusnaturalismo que postula. Pues no es el suyo un iusnaturalismo teológico ni naturalista, pues “el origen del ámbito de la juridicidad se encuentra en la Razón humana, no en Dios (o ser análogo) o en la Naturaleza” (p. 83). La juridicidad inherente del grupo de derechos que rodea la idea de dignidad humana y que podemos designar como *Derecho natural* –apunta el autor– proviene de la Razón en exclusiva. Aquí Buenaga nos va exponiendo cómo las reglas que configuran el comportamiento ético se originan en nuestra Razón. Y nos muestra el paso de la Razón ética a la Razón jurídica, pues los comportamientos justos que integran el Derecho natural o ámbito de la juridicidad, y que son los que nos interesa estudiar como juristas, no son más que un tipo de comportamiento moral (p. 101). O lo que es lo mismo: una norma moral interesará a lo jurídico por el elemento objetivo presente en dicha norma moral que será fundamental para la convivencia social (p. 116). Es lo que Buenaga denomina la “moralidad relevante”: esa es la parte de la moralidad –la justicia– que interesa al Derecho. El llamado no es a todo el orden moral, sino sólo a esa sección de la moralidad que forma parte del Derecho y que tiene un contenido moral concreto, que, aun mínimo, no es por ello menos *relevante e importante* (nociones éstas que Buenaga también explica).

En los últimos capítulos de esta segunda parte Buenaga ahonda en estas cuestiones. Muestra, por ejemplo, cómo se ha producido la recepción del Derecho natural en el Derecho positivo a través de la consagración de los Derechos Humanos. Éstos serían la positivación del Derecho natural (p. 135). Se abordan también, ya en el capítulo VII,

nociones de la tónica iusfilosófica como la coacción jurídica, el deber de obediencia, el control de la juridicidad (que, a la postre, es el control constitucional, ya que el ámbito propio de realización de la *juridicidad* es su plasmación en forma de normas constitucionales, correspondiendo su enjuiciamiento, como es el caso de los Derechos fundamentales, a los órganos de mayor jerarquía), la idea de seguridad jurídica y, cerrando esta segunda parte del libro, cuestiones atinentes al lenguaje de la *juridicidad*.

La tercera parte aborda lo que el autor denomina *El despliegue de la juridicidad*. Estos capítulos tratan de ir profundizando en los efectos jurídicos y en los derechos en los que se materializa la idea de juridicidad o Derecho natural. Buenaga estructura el contenido de la juridicidad en dos grandes apartados, derivados del contenido material del concepto de justicia, esto es, de la dignidad humana y de la libertad. Respecto de la dignidad humana, los derechos naturales son los derechos a la vida y a la integridad física y moral. Respecto de la libertad (su examen como “Derecho a la libertad” se contiene en las pp. 189 y ss.), los derechos en los que se plasma la juridicidad son en el de libre pensamiento y expresión (p. 192), en el derecho a la propiedad (p. 195), en el de intercambiar bienes (p. 201) y en el de crear y participar en entidades colectivas (p. 203), privadas o políticas: siendo el Estado la institución paradigmática de participación. De hecho, Buenaga dedicará todo un capítulo, el once, a rastrear las relaciones del Poder político con la juridicidad, planteando cuestiones relativas a la determinación del bien común o el sometimiento del Estado al Derecho (lo que posibilita moralizar el poder y embridar el ejercicio bruto de la fuerza). El *Estado ético* (pp. 209 y ss.) que nos presenta Buenaga es, como forma política *ideal*, el resultado del conjunto de instituciones públicas que engloban y garantizan esa parte de la Moral que denominamos *justicia* o *ámbito de la juridicidad*. Ese es el núcleo legitimador de todo ejercicio político: si el Estado, por su mera existencia, limita algo tan

inviolable como la libertad humana, sólo puede hacerlo a cambio de garantizar la justicia para todos por igual.

Del mismo modo, en esta parte dedicada al despliegue de la juridicidad, el autor se detiene a examinar las manifestaciones de la misma en tres aspectos cruciales de la sociedad, en cuanto recogen los puntos conflictuales más relevantes que requieren ineludiblemente la presencia de lo jurídico, como son la distribución de la riqueza (cap. XII), la regulación del trabajo (cap. XIII) y los modos de articulación del Derecho natural en la aplicación del Derecho (cap. XIV). Reviste especial importancia este último capítulo donde el autor configura una *lógica de lo justo*, haciendo especial énfasis en que “todo razonamiento jurídico implica un razonamiento moral” (p. 271). La argumentación jurídica no sería más que un tipo de argumentación moral aplicada al Derecho, es decir, el proceso racional que se despliega cuando es la idea de justicia la que guía el razonamiento humano. Para el positivista que no reconoce más Derecho que el positivo, cuando tenga que campar por los designios de la argumentación moral (que es inevitable hoy en nuestros Ordenamientos), se encontrará incómodamente situado fuera de cualquier campo jurídico. En cambio, para aquél que considere que la remisión que hace el Derecho a la moralidad lo es al *ámbito de la juridicidad*, no tendrá que “salir fuera” del Derecho para argumentar en base a ese núcleo de valores. El campo de la argumentación moral -reconocido como pura discrecionalidad del juez para positivistas- sería aquí caracterizado como el espacio propio del *ámbito de la juridicidad* que, sin salirse de las fronteras del Derecho, guía el razonamiento del jurista que debe superar las insuficiencias de la norma positiva. De esta manera:

Es precisamente la aplicación del Derecho positivo la que evidencia las carencias de este para solventar bastantes casos prácticos, debiéndose acudir en estos supuestos a principios y razonamientos que pertenecen, indudablemente, al Derecho

natural. (...) Los denominados casos difíciles muestran que el Derecho tiene que acudir a ese conjunto de criterios de justicia que conforman el Derecho natural (p. 261).

Finalmente, la cuarta parte aborda, en la buena compañía de Conдорcet y su *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, la idea de progreso moral y cómo la juridicidad funciona como “el impulso moral de perfeccionamiento del Derecho positivo” (p. 298). El talante optimista de Buenaga le hace confiar en las posibilidades de perfectibilidad de la especie humana, que “se ha ido desarrollando históricamente y continúa progresando moralmente hacia la bondad absoluta” (p. 292). Aborda Buenaga las contrariedades entre el progreso moral y el progreso científico, siendo este último más fácilmente constatable. Pero ello no es óbice para cotejar un cierto grado de progreso moral en la historia de la humanidad evidenciado en “la constatación de la progresiva moralización del Derecho a través de la figura de los derechos humanos” (p. 295). Y el Estado, en su evolución histórica, en cuanto se ha hecho valedor y garante de esa moralidad relevante, también acredita un progreso ético como institución.

En definitiva, creo que el libro de Buenaga, *Razón y Juridicidad. Una teoría del Derecho natural*, es una excelente y convincente explicación de por qué el Derecho de las sociedades democráticas avanzadas necesita de la conexión entre el Derecho y la Moral. De hecho, el panorama que nos rodea nos demuestra con frecuencia estrechas relaciones entre ambos órdenes, dada su profunda imbricación, cuando nos detenemos a analizar problemas que no sabemos bien si son éticos o jurídicos?: véase el aborto, la eutanasia, la prostitución o las cuestiones de identidad y género, por citar únicamente algunos ejemplos sobre el tema del *moralismo legal* al que me he referido en otras ocasiones. De ahí, y como demuestra Buenaga, que no podamos suscribir la postura iuspositivista. El positivismo resulta insuficiente por no ser capaz de captar

que el Derecho es algo más complejo que un mero objeto de estudio, más que un fenómeno susceptible de ser descrito desde la perspectiva más aséptica. Ahora bien, del iusnaturalismo tampoco podemos admitir su confusión entre Derecho y Moral, entre el Derecho que es y el que debiera ser (su archiconocida falacia naturalista). De tal modo que su vertiente más ontológica no puede hacernos pensar que el Derecho que no observe ciertas exigencias de otro orden no positivado no sea Derecho. Confío más bien en las posibilidades de una Ética jurídica renovada que asume una función deontológica. O si se quiere: una Ética jurídica que no se muestra renuente a esclarecer los principios más insoslayables de nuestro Ordenamiento. En este sentido, creo que la obra de Buenaga es una apuesta decidida por la única *ética de mínimos* que hoy puede asumir nuestro moralizado Derecho de forma objetiva y universalizable: ya sea bajo el nombre de ámbito de la juridicidad o bajo la bandera de los derechos humanos fundamentales. Lo que es incuestionable es que el contenido que comportan estas ideas, más allá de las etiquetas, supone un logro moral, jurídico y político que nos hace ser, si no divinamente buenos, sí al menos humanamente justos.