

DE LA ONTOLOGÍA DEL DERECHO AL DERECHO JUSTO. PROGRESOS RECIENTES DE LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO*

Cristóbal Orrego S.
Profesor de Filosofía Jurídica y Política
Universidad de los Andes (Chile)

La cuestión clásica de las relaciones entre derecho, política y moral ha sido abordada con renovados argumentos en el ámbito de la teoría analítica del derecho a partir de H.L.A. Hart y de Ronald Dworkin. Los últimos treinta o cuarenta años de la teoría analítica de derecho pueden caracterizarse, en mi opinión, como un paso desde la ontología del derecho –responder la pregunta “¿qué es el derecho?”– a la búsqueda del derecho justo (o justificado) mediante teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico. En Chile se ha planteado la cuestión del razonamiento jurídico –especialmente el judicial– en un Congreso (1991) y en múltiples foros académicos¹. En este artículo pretendo mostrar, en torno a algunos autores relevantes, el tránsito desde la ontología jurídica a la búsqueda del derecho justo, tal como se ha dado en el ámbito de la teoría jurídica analítica (*analytical jurisprudence*) entre 1960 y 2000. Dejo fuera, por tanto, el estudio del mismo fenómeno en el seno de otras orientaciones iusfilosóficas contemporáneas, aunque las mencione al pasar.

En torno a esta primera exposición sobre el tema –necesariamente preliminar y fragmentaria–, espero prestar un servicio no solamente a los especialistas, sino también a quienes se acercan desde otras áreas del derecho a un ámbito bastante frondoso de la literatura iusfilosófica. Así, procuro poner al día el estado de la cuestión; ponderar algunos argumentos nuevos acerca de este problema clásico, y, fundamentalmente, defender la hipótesis de que la *analytical jurisprudence* reciente ha rescatado, con terminología diversa, algunos aspectos fundamentales de la filosofía práctica clásica, especialmente la tesis de la “vigencia” inmediata o *per se* de la ley moral natural, esto es, que los principios de la razón práctica y los valores morales son aplicables y aplicados de hecho en el razonamiento jurídico por su valor intrínseco y no por hallarse promulgados o formulados en fuentes positivas. Naturalmente, la teoría clásica acepta que la aplicación de los principios de justicia material se vea restringida por su formalización en fuentes positivas, pues una tal restricción es, a su vez, una exigencia de justicia.

Una de las líneas directrices de la discusión, que tuvo gran importancia entre fines de los años sesenta y mediados de los ochenta del siglo XX, tiene que ver con la distinción entre principios y reglas y con la posición adoptada por los diversos autores acerca del valor y la función de los principios éticos, políticos y jurídicos, en el razonamiento jurídico. Es verdad que las confusiones creadas por las diversas formas de entender la distinción han hecho que

* Este artículo se enmarca dentro de un programa de investigación sobre la evolución reciente de la teoría analítica del derecho, especialmente por la incorporación del estudio de los principios en el razonamiento jurídico. Proyecto Fondecyt 1010711.

¹ Vid. Universidad de Chile - Universidad Adolfo Ibáñez, *Conferencias y ponencias presentadas en el congreso sobre Interpretación, Razonamiento e Integración en el Derecho (Santiago y Viña del Mar, 23-25 de Mayo 1991)*, Editorial Jurídica, Santiago, 1992; y Agustín Squella (ed.), *Sobre el Razonamiento Jurídico*. *Revista de Ciencias Sociales* 45, 2000. Este número especial de la *Revista de Ciencias Sociales* presenta una buena panorámica del estado de la cuestión, especialmente en el ámbito analítico.

ella misma perdiera cierta relevancia en la última década. Sin embargo, el resultado de la reciente evolución de la teoría analítica del derecho es, en mi opinión, el abandono del rígido positivismo conceptual precedente y un acercamiento hacia posiciones más clásicas, en las cuales los principios morales y políticos están inextricablemente implicados en la realización de la justicia conforme al derecho.

Aunque los autores de la tradición positivista jurídica han abandonado prácticamente todas sus tesis históricas, conservan una especie de aversión ideológica hacia la simple denominación “ley natural” o “derecho natural”. Por eso, no aceptan que a esta evolución se la considere una vuelta a aceptar la vigencia inmediata de la ley natural en el ámbito jurídico. En cambio, para los autores situados en la tradición iusnaturalista las etiquetas son lo de menos; ellos no tienen inconveniente en que se denomine simplemente “justificación ética”, “jurisprudencia de principios” o incluso “no positivismo”² a esta renovada proclamación de la vigencia de la ley natural en el derecho real. Yo usaré indistintamente estas denominaciones, a propósito, mientras no aparezca un argumento no ideológico –no basado en una creencia no argumentada o en una animadversión emotiva– que demuestre que la entrada de criterios no positivos de justicia en la judicación, dentro de un sistema de derecho positivo, es algo diverso de lo que proponían, por ejemplo, Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, Francisco Suárez, etc., sobre la relación entre “ley natural” (o “derecho natural”) y “ley humana positiva”.

En este artículo defendiendo una tesis personal teniendo en cuenta, sobre todo, el pensamiento de H.L.A. Hart, R. Dworkin, N. MacCormick, J. Finnis y R. Alexy. Soy consciente de que no es original el tema propuesto –la existencia de principios en el razonamiento jurídico es un tema clásico, muy actual debido a su renovación tanto en el ámbito analítico como en el de la hermenéutica³–; pero, como he dicho, la hipótesis central de la equivalencia entre los desarrollos recientes y la teoría clásica de la ley natural merece una discusión seria, que yo abordo sobre la base de las obras de algunos autores contemporáneos.

1. DEL SISTEMA NORMATIVO AL RAZONAMIENTO JURÍDICO

La concepción del derecho como un sistema normativo cerrado hizo crisis a comienzos del siglo XX. Se desvaneció la imagen del juez como mero aplicador lógico-mecánico (“neutral” y “apolítico”) del derecho, que se limitaba a subsumir casos bajo normas. Con esta crisis epistemológico-jurídica vino a ocupar un lugar central en la filosofía del derecho el tema del razonamiento jurídico, y especialmente el de la función judicial (teorías de la judicación). Ha habido una explosión de intentos de explicar las peculiaridades del razonamiento judicial. Todos ellos coinciden en la *tesis negativa* de que el juez no se limita a aplicar deductivamente normas de significado unívoco. Ha habido, en cambio, diversas *tesis positivas*, muchas veces complementarias. Entre las orientaciones más importantes se hallan las reacciones antiformalistas del realismo americano (Holmes, Frank, Llewellyn, etc.) y escandinavo (Hägerstrom, Ross, Olivecrona, Lundstedt), y más recientemente del Movimiento de Estudios Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies Movement*) (Kennedy, Trubeck, Unger, Kelman) y las orientaciones feministas y posmodernas⁴. En otro ámbito, los estudios de lógica jurídica (Klug, Kalinowski, García Maynez, etc.), la renovación de la retórica (Perelman) y de la tópica

² La expresión es de Alexy: Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, 14. La adopta Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

³ Recientemente afirma la complementariedad entre analítica y hermenéutica Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, trad. cast. de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, 85-88. He tratado el tema recientemente en Cristóbal Orrego, “La analogía entre la analítica y la hermenéutica: H. L. A. Hart y Arthur Kaufmann”, *Persona y Derecho* 47, 2, 2002, 113-135.

⁴ Cf. M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Sweet & Maxwell, London, 6ª ed., 1994, 655 ss., 731 ss., 935 ss., 1025 ss., y 1147 ss.

(Viewegh) también intentan explicar el derecho no a partir de un concepto abstracto, sino de la misma práctica del razonamiento jurídico por abogados y jueces⁵.

Dos corrientes iusfilosóficas han intentado explicar el razonamiento jurídico acudiendo a la distinción entre principios y reglas (normas)⁶. La primera de ellas, de la que no me ocupo directamente, está representada por autores como J. Esser, A. Kaufmann y W. Hassemer, inspirados en la filosofía hermenéutica de Schleiermacher, Heidegger y –más cercanamente– Gadamer y Betti⁷. La segunda orientación, aparentemente no conectada con la anterior no obstante las coincidencias observables, tiene su sede en la teoría analítica del derecho y arranca del famoso debate Hart-Fuller (años 50-60), para terminar en la teoría antihartiana de Ronald Dworkin y en los aportes de Neil MacCormick, John Finnis y Robert Alexy, por mencionar a algunos de los más destacados.

Se puede sostener –como he hecho al comenzar este artículo– que los autores analíticos han abordado la cuestión clásica de las relaciones entre derecho, política y moral, con *renovados argumentos*, precisamente porque la distinción entre principios y reglas, que parece inicialmente una distinción ontológica o descriptiva sobre “el derecho tal como es” (sus elementos serían los principios y las reglas) se demuestra a la postre como una explicación acerca de cómo “debe ser el derecho”, es decir, sobre cómo debe ser la sentencia justa, el resultado definitivo del razonamiento jurídico. Se recordará que la pretensión básica del positivismo jurídico conceptual era distinguir nítidamente el derecho “que es”, objeto de descripción científica, respecto del derecho “que debe ser”, objeto de política jurídica y de preferencias morales⁸. La posición de los diversos autores acerca del valor y la función de los principios en el razonamiento jurídico (especialmente el de los jueces), unida a la tesis de que el positivismo jurídico *no* exige obedecer las leyes positivas (algo absurdo desde la perspectiva del iuspositivismo clásico⁹), conlleva la *continuidad* entre el derecho *que es* y el derecho *que debe ser* para los fines de concluir un razonamiento jurídico con una decisión justa.

En consecuencia, se trata del problema clásico de las conexiones entre los ámbitos jurídico, político y ético, mas ya no en perspectiva estática sino en perspectiva dinámica. Se atiende a la cuestión tal como se plantea en el nivel concreto-práctico del razonamiento jurídico; no en el nivel de la descripción abstracta del sistema jurídico estático. En este sentido, concuerdo con la idea de que “el enfoque argumentativo en el Derecho tiene la virtualidad de desplazar el centro de atención desde la estática jurídica a la dinámica jurídica”¹⁰. MacCormick comprendió su obra sobre el razonamiento jurídico como el complemento

⁵ Vid. sobre estos desarrollos, Fernando Quintana Bravo, *Interpretación, ratio iuris y objetividad*, Edeval, Valparaíso, 1994, y *Prudencia y justicia en la aplicación del derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001. También presenta una panorámica, algo más antigua, Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.

⁶ La nomenclatura no es uniforme, y parece haber mucho de erigir en distinción conceptual lo que no pasa de ser convención lingüística. Así, por ejemplo, hay quienes usan la palabra “norma” como género y las palabras “principio” y “regla” como especies de normas, cuando antes era tradicional simplemente usar “norma” y “regla” como sinónimos, como haré yo en este contexto, aunque soy consciente de la diversa raíz y connotación de cada palabra. Cf. Alvaro D’Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona, Euns, 7ª ed., 1989, 29 y 44.

⁷ Viola y Zaccaria continúan esta línea, en diálogo con la analítica, en Italia. Cf. Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamiento di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Bari, 1999. Sobre las funciones de los principios, vid. especialmente *ibíd.*, 273 ss.

⁸ Cf. la explicación clásica de H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71, 1958, 593-629, ahora en sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, 49-87. Además, véase la visión de conjunto de Agustín Squella Narducci, *Filosofía del Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, 333-434.

⁹ El positivismo clásico busca la obediencia al derecho en razón de la seguridad jurídica. Ha sido denominado “positivismo ideológico” por Bobbio: cf. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993. Vid. también Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2ª ed., 11ª reimpresión, 2001, 32-35 y 326.

¹⁰ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Argumentación e ilícitos atípicos”, *Revista de Ciencias Sociales* 45, 2000, 341-358, 341. Este artículo es una síntesis de Manuel Atienza Rodríguez y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.

de la obra de Hart sobre el concepto de derecho¹¹. En síntesis, se transita de una preocupación por la ontología jurídica a una centrada en la epistemología del conocimiento jurídico concreto. Uno de los investigadores chilenos que más se ha ocupado de esta transición, Fernando Quintana, se ocupa del estudio de la ontología del derecho normativo para poner las bases de la comprensión de su dimensión práctica: "El Derecho no es solo sistema y estructura, sino fin. Hay que definirlo en su dimensión práctica. Pero eso se hace comprensible después de sentadas las bases de una ontología"¹². Nada más verdadero. La estructura de la obra de Quintana muestra la transición de la que hablo en este artículo¹³.

Por cierto, ha sido muy discutido el intento de solucionar el problema mediante la distinción entre "principios" y "reglas"; pero tal parece haber sido el punto de partida de la reciente evolución de la teoría analítica del derecho.

2. SOBRE LA CONTRAPOSICIÓN DE PRINCIPIOS Y REGLAS

La noción de "principios" se ha contrastado con la de "regla" o "norma" como una forma de criticar el positivismo jurídico, conceptual, que, en sus versiones típicas, como las de Kelsen o Hart, considera el derecho como sistema de normas o de reglas. Tanto Esser como Dworkin muestran que en la práctica jurisdiccional —el derecho *tal como es*— intervienen principios no previamente explicitados en las reglas del sistema¹⁴. Sin embargo, si se entiende bien la noción kelseniana de norma se ve que incluye cualquier estándar de decisión o de valoración, y lo mismo sucede con la noción hartiana de regla¹⁵. En consecuencia, los principios que los mismos jueces enuncian serían, para Kelsen o Hart, otras tantas reglas (en el caso de Kelsen, por lo menos desde que una voluntad humana jurídicamente autorizada así los enuncia). Si corresponden a un significado posible de las reglas explícitas aplicables, suponen una elección de ese significado en el proceso interpretativo. La elección supone discrecionalidad judicial.

Dworkin niega la discrecionalidad judicial precisamente porque considera que esos principios tienen vigencia por sí mismos, es decir, no son "elegidos" por los jueces, sino que están jurídicamente obligados a aplicarlos incluso cuando los aplican por primera vez. Hart y los positivistas posteriores, en cambio, afirman que hay discreción judicial, pero no porque los principios morales (al menos los de una "moral crítica") no tengan valor por sí mismos, sino porque su valor no es "jurídico" mientras no haya una fuente social que los recoja¹⁶. La

¹¹ Cf. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1ª ed., con nuevo prefacio de 1994, 1997, xiv-xv.

¹² Fernando Quintana Bravo, *Prudencia y justicia en la aplicación del derecho*, 116.

¹³ Cf. *ibíd.* Hasta la página 116, se ocupa de la ontología; desde la 117, ofrece una explicación del conocimiento jurídico práctico, prudencial.

¹⁴ Vid. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, y Joseph Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.

¹⁵ Kelsen no es explícito, pero parece claro que su uso amplio de la expresión "norma" se refiere a cualquier pauta o criterio de valoración o decisión. Véase especialmente Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México D.F., 1988, 35 ss., 55-58; y Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 26ª ed., 1960, 34 ss. Hart deja clara su posición en el "Postscript" a *The Concept of Law*, en el sentido de que, cualesquiera sean las diferencias entre principios y reglas, que él está dispuesto a atender mejor, unos y otras caen bajo la noción genérica de "estándar", acomodable en su sistema: cf. H. L. A. Hart, "Postscript", *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2ª ed., 1994, 259-263.

¹⁶ Las diferencias entre positivismo jurídico incluyente y positivismo jurídico excluyente no son relevantes para este ensayo. En los dos casos, los principios morales derivan su fuerza jurídica de la remisión a ellos por fuentes sociales, solo que el positivismo incluyente (v. gr., Hart, Coleman, Waluchow) estima que esta remisión los "incorpora" como parte del derecho, mientras que el positivismo excluyente (v. gr., Raz, Marmor) sostiene que la remisión supone la discrecionalidad "jurídica" del juez para aplicar principios que nunca forman parte del sistema jurídico positivo, aunque obliguen "moralmente" al juez (no hay discrecionalidad moral). Esta dicotomía es, a mi juicio, irrelevante, como la misma denominación "positivismo jurídico" en esta etapa de su evolución. Para la información más actual sobre el debate. vid. Andrei Marmor, "Exclusive legal positivism", en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 104-124, y Kenneth Einar Himma, "Inclusive legal positivism", en *ibíd.*, 125-165.

disputa, entonces, desde la perspectiva de la teoría clásica de la ley natural, se presenta como meramente verbal: si *llamar* o no “derecho” a los principios –si denominarlos o no “jurídicos”– cuando no son recogidos por fuentes sociales, o antes de que las fuentes sociales (costumbre, legislador, juez, etc.) los recojan. Los dos sectores reconocen que, en definitiva, consideradas todas las cosas, esos principios deben ser aplicados y que de hecho son aplicados en el razonamiento judicial. Es decir, todos parecen aceptar la consecuencia práctica de una teoría de la ley natural: se ha de buscar la respuesta justa al caso concreto, acudiendo a estándares convencionales y morales (rationales) coordinados de acuerdo con una teoría que, en último término, articula las exigencias éticas.

Distinguir “principios” y “reglas” será o no relevante en la medida en que no reduzcamos la distinción a un mero instrumento para resolver una disputa semántica. En este sentido, tiene razón Hart al pretender simplemente que su teoría jurídica puede acomodar una jurisprudencia práctica interesada en dirigir el razonamiento jurídico, pues no excluye la existencia de principios, sea que se les denomine o no “jurídicos”¹⁷. Sin embargo, en el fondo del asunto Dworkin ha prestado un servicio al pensamiento jurídico al llamar la atención sobre estos estándares que exigen ponderación, que no son binarios como lo serían las reglas¹⁸. La caracterización por Alexy, que ve en los principios “mandatos de optimización” de determinados bienes o valores o fines valiosos¹⁹, apunta en el mismo sentido. MacCormick también parece identificar los principios con fines generales a los que sirven normas más específicas, es decir, con estándares (“normas” dice MacCormick) de mayor generalidad y valor que explican y justifican las reglas válidas del sistema²⁰. Desde una perspectiva más clásica, John Finnis parece considerar como principio cualquier *punto de partida* de la deliberación, en cuyo caso tanto las reglas específicas como los fines básicos pueden considerarse principios de diverso nivel²¹.

Lo más interesante, a mi juicio, en todas estas caracterizaciones, no es aquello en lo que ellas discrepan, sino lo que las une. Prácticamente todos los autores analíticos de las últimas décadas aceptan que los principios morales cumplen y *deben cumplir* una función importante en la judicación. Se llega al punto de afirmar que, por imperativo de los principios morales, incluso las reglas claramente identificadas como legales y vigentes, de acuerdo, por ejemplo, con una regla de reconocimiento en el sentido de Hart²², pueden o deben ser desobedecidas por los mismos funcionarios: “esto es derecho, pero demasiado inícuo para ser obedecido o aplicado”²³.

3. ALGUNOS AUTORES Y LA VIGENCIA PER SE DE LOS PRINCIPIOS NO POSITIVOS

Un somero repaso de algunos autores posteriores a Hart muestra que han ido arribando, a pesar de los debates al interior de la jurisprudencia analítica, a una cierta aceptación de la vigencia de la moral –los principios de la razonabilidad práctica o “ley natural”– junto a, y a veces contra, las reglas del derecho (*ius positivum*). Acudiremos por vía ejemplar, no exhaustiva, a Ronald Dworkin, Neil MacCormick, John Finnis y Robert Alexy.

¹⁷ Cf. H. L. A. Hart, “Postscript”, 239-244 y 263-268. Hart considera, simplemente, que el suyo y el de Dworkin son empeños teórico-jurídicos no contrapuestos. Quizás habría algo que discutir aquí, pero, en cuanto a la distinción entre reglas y principios, parece haber consenso en que debe acudirse a la moral en la judicación, a la moral crítica (no a los prejuicios sociales), *i.e.* a la ley natural.

¹⁸ Para la caracterización de los principios por Dworkin, cf. especialmente Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 72 ss.

¹⁹ Vid. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 161 ss. y 184-186. Alexy –esto no pasa de una estipulación lingüística aceptable– denomina “norma” al género y “principios” y “reglas” a las dos especies de normas: cf. *ibíd.*, 162. Vid. *supra* nota 6.

²⁰ Cf. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 152-156.

²¹ Vid. John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, 94-96.

²² Cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1ª ed., 1961, 97-120.

²³ *Ibíd.*, 205. Véase también Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, 232-236, 261, 289.

Ronald Dworkin: ¿mentir para hacer justicia?

Ronald Dworkin afirma que los principios políticos y morales²⁴ pueden conducir a un juez hipotéticamente perfecto (Hércules) a la única respuesta correcta (justa) que existe para cada caso, más allá de un sentido preinterpretativo de las reglas del sistema, que podrían llevar a algún resultado injusto. El sentido postinterpretativo resulta al final de un procedimiento de búsqueda de una respuesta que se adapte mejor a todas las reglas y principios disponibles para resolver el caso²⁵. Ahora bien, en un sistema jurídico realmente inicuo y prolongado, en el que por hipótesis fueran inicuos incluso los principios "morales" del sistema (los principios tenidos por correctos por los ideólogos del sistema, por ejemplo los nazis), y hasta el mejor intento de llegar a una respuesta realmente justa se estrellara con que la interpretación adecuada dentro del sistema arrojara una decisión injusta, ¿qué debe hacer el juez? La respuesta de Dworkin es increíble: el juez *debe mentir*. En los casos de conflicto entre los "derechos morales" (los exigidos por los principios de una moral verdadera) y los "derechos jurídicos" (los exigidos por las normas positivas inicuas), el juez "es posible que deba mentir", decir en su sentencia "que los derechos jurídicos son diferentes de lo que él cree que son"²⁶. Hart prefería la sinceridad o la honestidad de decir que el derecho inicuo es derecho, pero debía abiertamente infringirse el principio *nullum crimen sine lege* para poder castigar a los nazis²⁷. Dworkin, en cambio, defiende la necesidad de mentir, de decir que el derecho exige no-A, incluso cuando claramente exige A, porque A es inicuo. Naturalmente, Hart está pensando en cómo hacen justicia los vencedores, y Dworkin, en cambio, está pensando en cómo podría hacer justicia un juez que juzga desde el interior de un sistema inicuo. Desde la perspectiva de la ética clásica, los dos se equivocan, pues de alguna manera piensan que el fin justifica los medios: condenar a una persona violando un principio tenido como moralmente obligatorio (¿o el principio *nullum crimen* vale solo para proteger los crímenes no tipificados cometidos por una persona que comparte nuestra concepción moral?) o abiertamente mentir. Mas no es la discusión del caso del derecho injusto lo que nos mueve en este momento, sino la constatación de que los dos autores coinciden en que la finalidad del razonamiento jurídico y de la acción de los jueces (sinceros o mentirosos) es *hacer justicia real*, incluso pasando por encima del derecho positivo vigente. Esto es más iusnaturalismo que el que el mismísimo Tomás de Aquino podría tolerar²⁸.

²⁴ En este artículo hablo a veces de principios morales, políticos y jurídicos, en una tripartición, y otras veces de principios morales y políticos. Utilizo solamente la bipartición cuando quiero dejar de lado la cuestión semántica de si esos principios, que de hecho operan en el razonamiento jurídico y orientan las decisiones judiciales, deben o no denominarse "jurídicos". Este asunto me tiene sin cuidado. Puede advertirse, pues, que algunos principios pueden ser morales y jurídicos a la vez (v. gr., el principio de justicia que exige tratar de manera semejante los casos semejantes, en la base de todo razonamiento jurídico por analogía). Sin embargo, a veces hablo de principios específicamente jurídicos, que tienen valor moral pero aplicación exclusiva en el campo donde opera el derecho positivo, como puede suceder con un principio regulador de la prueba de los hechos en juicio, o con un principio de formalización o concreción de exigencias de reparación de daños, etc. No es finalidad de este ensayo dilucidar estas posibles distinciones.

²⁵ Cf. Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988, 45-46, 49, 57-59 y 64 ss.

²⁶ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 450-451. En *El imperio de la justicia*, 284 ss., también reconoce Dworkin la distancia entre lo que exigiría la justicia en una interpretación pura y la respuesta correcta según las exigencias y restricciones del sistema jurídico.

²⁷ En rigor, Hart nunca defendió que se castigara a los nazis, sino que sostuvo, hipotéticamente, que, si se consideraba mejor castigarlos que dejarlos impunes, debía reconocerse abiertamente que se estaba haciendo excepción al principio de legalidad penal, y no hacer aparecer el caso como un caso en que no había ley válida que amparara los crímenes. Cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 206-207 y 254-255, y H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 72-78.

²⁸ No abordamos aquí la cuestión de cómo resolveríamos estos casos desde la perspectiva de la ley natural en su interpretación tomista, por ejemplo, pues se trataría de un caso de deontología de la profesión de juez, que no admite respuestas simples, sin perjuicio de la respuesta genérica, que es el principio acogido por Hart y Dworkin: el juez ha de procurar la justicia real en cada caso, pero —a diferencia de Hart y Dworkin— no por cualquier medio ni en cualquier caso. A veces la misma moral exige no hacer justicia, sino tolerar la injusticia cuando solo por medios ilícitos podría darse a alguien "su merecido". Algunas indicaciones elementales pueden verse en Rafael Gómez Pérez, *Deontología jurídica*, Eunsa, Pamplona, 1982, 73-77 y 120-127.

Neil MacCormick y John Finnis

Hemos avanzado, de la mano de Hart y Dworkin, en el camino de la comprobación de nuestra hipótesis, en su formulación más genérica: que la *analytical jurisprudence* ha rescata-do, con terminología diversa, algunos aspectos fundamentales de la filosofía práctica clásica, especialmente el de la “vigencia” inmediata o *per se* de la ley moral natural. Neil MacCormick y John Finnis son otros dos autores analíticos, discípulos de Hart, que investigan el lugar de los principios en el derecho y en el razonamiento jurídico, para articular también, con otras denominaciones, una tesis clásica sobre las relaciones entre los elementos morales y los elementos positivos en el sistema jurídico dinámico.

Sostiene MacCormick que el razonamiento jurídico acude a principios que pueden tener diversos grados de generalidad y de universalidad, pues muchos principios jurídicos son variables en el tiempo, tienen una historia de descubrimiento, aplicación y vigencia, y de extinción²⁹. Con todo, hay algunas exigencias del razonamiento jurídico correcto que él propone de manera normativa, aunque su combinación no se define rígidamente. Así, por ejemplo, el juez puede acudir al razonamiento “consecuencialista” –tener en cuenta que su decisión actual lo compromete para el futuro y considerar, entonces, las consecuencias generales de la regla establecida—³⁰ o empeñarse en que su decisión sea coherente con el resto del sistema³¹, que son, en realidad, exigencias clásicas de justicia. En concreto, los dos ejemplos citados son, respectivamente, una exigencia del bien común en la medida en que la sentencia judicial puede originar una regla general (ley)³² y una exigencia del principio de igualdad, de tratar de manera semejante lo semejante. Por eso, tiene toda la razón MacCormick cuando conecta intrínsecamente el razonamiento jurídico de principios con el uso de la analogía en el derecho, como hace tiempo había visto la hermenéutica continental³³.

John Finnis, por su parte, también ha recuperado la comprensión dinámica del derecho como orientado hacia la justicia. Situado en el centro de la teoría analítica contemporánea, reivindica el origen de su postura en la tradición clásica de la teoría de la ley natural. Finnis ha propuesto una teoría de la razón práctica (de la ley natural) que comprende algunos principios básicos (*i.e.*, lo que tienen por objeto los valores básicos de la persona humana), algunas exigencias generales de razonabilidad práctica (requerimientos para que la acción se conforme a lo que la razón exige) y muchas exigencias más concretas de la justicia y de las diversas virtudes, que resultan de aplicar adecuadamente los principios a los diversos ámbitos de la vida humana. En este contexto teórico, los principios propiamente jurídicos son principios de segundo orden. Aunque se hallan racionalmente conectados con los principios de la ley natural (principios puramente morales), son en realidad siempre, en mayor o menor medida, concreciones (en latín, *determinationes*), es decir, principios de creación humana que han exigido elegir formas de concretar las exigencias morales más relevantes³⁴. Ahora bien, el razonamiento jurídico debe introducir precisión, concreción, en el razonamiento práctico; por eso, usualmente cabe aislar el razonamiento jurídico respecto del flujo abierto del razonamiento práctico, dentro de ciertos límites³⁵. En definitiva, Finnis acepta –como Tomás de Aquino, Hart, MacCormick y otros– que el razonamiento jurídico tiene una autonomía relativa respecto del razonamiento práctico general; que muchas veces

²⁹ Cf. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 223-224 y 235-239.

³⁰ Cf. *ibid.*, 129 ss. En este contexto, la expresión “argumentos consecuencialistas” no tiene nada que ver con lo que se denomina “consecuencialismo” en el debate metaético y teológico moral contemporáneo. Véase al respecto John Finnis, *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1992, *pássim*, y *Ley natural y derechos naturales*, 161, con referencia explícita a MacCormick, aprobándolo.

³¹ Cf. Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 152 ss.

³² Hart muestra claramente la analogía entre legislación y precedente: cf. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 206-121 ss.

³³ Vid., *inter alia*, Arthur Kaufmann, *Analogía y “naturaleza de la cosa”*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, trad. de Enrique Barros B., *pássim*.

³⁴ Cf. John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, 313-317.

³⁵ Cf. *ibid.*, 338-368.

los arreglos institucionales impiden decidir como se decidiría sobre la base de principios morales operando solos (*v. gr.*, no se puede decidir según una íntima convicción no respaldada en el proceso mediante pruebas públicamente exhibidas); y que, no obstante, los principios morales y las exigencias de justicia están influyendo y deben influir en el razonamiento jurídico, con miras a encontrar una solución razonable en el caso concreto³⁶.

La función de los principios morales es orientar el razonamiento práctico, pero sin desconocer las restricciones que los principios jurídicos positivos³⁷ imponen —restricciones de predecibilidad, coherencia, seguridad...— precisamente como formas de concretar exigencias de justicia. El ejemplo clásico es el de la prohibición de condenar a una persona culpable —aunque se tenga una convicción absoluta de su culpabilidad— mediante pruebas jurídicamente inadmisibles, precisamente porque la no admisión de esas pruebas protege, en la generalidad de los casos, a los inocentes. Más vale que algunos culpables evadan el castigo a que muchos inocentes sean condenados. Naturalmente, la concreción de este principio exige equilibrio, porque los jueces son falibles y la única seguridad absoluta de que nunca se condene a un inocente pasaría por no condenar nunca a nadie, lo cual también es dañino para el fin de mantener el orden de la justicia y de la paz. Este equilibrio no significa “justificar” en ningún caso la condena de un inocente como medio para castigar a la generalidad de los culpables, sino simplemente admitir y aceptar —tolerar sin aprobar— que las garantías razonables para evitar condenar a los inocentes pueden fallar preterintencionalmente.

A la inversa, la función de los principios y de las reglas jurídicas es orientar de una forma más concreta la labor de los jueces; pero no de tal manera que nunca puedan acudir a los principios morales generales so pretexto de cumplir una función puramente jurídica. Particularmente, cuando una aplicación rígida de las reglas positivas o la existencia de reglas claramente injustas hace probable que el juez cometa una injusticia al juzgar, se presentan dilemas éticos que no tienen una solución fácil. Sin embargo, está claro que el deber moral del juez es tratar de armonizar todos los principios y reglas del sistema para llegar a una solución que sea justa realmente, no solamente según la suposición de justicia de la norma jurídica positiva. Si desde la perspectiva de un razonamiento jurídico interno, puramente legal, se seguiría una sentencia injusta, la última palabra debe tenerla un razonamiento jurídico abierto al flujo irrestricto de la razonabilidad práctica; pero —los dilemas éticos no son fáciles— la filosofía moral clásica no exige que la “solución justa” que deriva de considerar todos los principios morales relevantes sea la misma con independencia de que existan las leyes injustas. Puede haber casos en los que los mismos principios morales generales, a los que el juez acude para deliberar sobre cómo enfrentar una ley injusta o una conclusión injusta jurídicamente inevitable (en el sentido meramente positivo, intrasistemático), orienten al juez a obedecer la ley injusta y a dictar una sentencia materialmente injusta (casos de cooperación material al mal). Un ejemplo es el del juez que pronuncia la sentencia de divorcio —injusta por negar la indisolubilidad del matrimonio—, sabiendo que es la consecuencia intrasistemática de una ley injusta, con la que se ve obligado a cooperar materialmente sin darle su aprobación moral. Naturalmente, mientras más grave es la injusticia (aunque se trate de cooperación meramente material), más serias deberán ser las razones para cooperar con la ley injusta.

Ahora bien, según Finnis los principios morales generales no resuelven la cuestión de si en el razonamiento práctico y en la judicación deben estar más o menos presentes las consideraciones abiertas de principios morales como exigencia del mismo sistema de derecho positivo (*v. gr.*, en Estados Unidos hay más campo para esas alegaciones que en Inglaterra), pues se trata de preferencias sobre cómo determinar el derecho positivo —cómo concretarlo—, es decir, de preferencias sobre el orden constitucional³⁸.

³⁶ Vid. John Finnis, “Natural Law: The Classical Tradition”, en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 1-60, en 30-31 y 34-37.

³⁷ Principios jurídicos en el sentido más específico indicado en supra nota 24.

³⁸ John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, 384. En el mismo sentido, Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 168-170. En el fondo, reconocer la función de los principios de justicia en el sistema jurídico

Robert Alexy

Entre los autores analíticos de fuera del mundo anglosajón³⁹ cabe destacar a Robert Alexy en Alemania. Él ha tenido, a su vez, cierta repercusión en la discusión analítica anglosajona posterior. Vale la pena, entonces, mirar someramente su pensamiento sobre la cuestión que nos ocupa.

Robert Alexy reconoce que los argumentos a partir de sistemas, incluso a partir de un sistema axiológico-teleológico, “juegan, tanto en la praxis judicial como también en la de la ciencia jurídica, un papel importante”⁴⁰; sin embargo, “esta argumentación no tiene un carácter concluyente”⁴¹. En efecto, más allá de los enunciados normativos generales y de los principios de un sistema –incluidos los principios éticos–, siempre es necesaria la elección entre alternativas más concretas, a nivel de legislador o de juez, como había puesto de manifiesto Larenz⁴². Ahora bien, la necesidad de concretar más no excluye, sino que más bien exige, una nueva orientación por valoraciones –también por valoraciones éticas– y mediante una adecuada argumentación, las que siempre serán relevantes moralmente⁴³. La argumentación jurídica sirve precisamente para justificar externamente premisas del razonamiento jurídico que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo⁴⁴.

En este contexto de argumentación jurídica, los principios intervienen especialmente en la interpretación teleológica del derecho positivo. Aquí “principios” son simplemente “proposiciones normativas de un alto nivel de generalidad como: ‘debe respetarse la dignidad humana’, ‘supuestos de hecho iguales deben tratarse igual’ y ‘cada uno debe responder por las deficiencias en sus círculos comerciales’”⁴⁵. Tal como exponía la teoría clásica de la ley natural –a diferencia del intento racionalista de deducir las reglas más concretas–, Alexy advierte que “debido a su alto grado de generalidad, estas proposiciones no son utilizables directamente para fundamentar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales”⁴⁶.

También la dogmática jurídica formula principios, que la mayoría de las veces son limitados por otros principios y siempre requieren de premisas normativas adicionales⁴⁷. La argumentación dogmática, necesaria para la concreción del derecho, “es racional en la medida en que no se pierda la retroacción con la argumentación práctica general. Esta retroacción no se pierde si, en los casos dudosos, se fundamentan los enunciados dogmáticos que hay que usar

no prejuzga la decisión (*determinatio*) sobre las competencias constitucionales para hacerlos efectivos; no supone, sin más, la preferencia por un gobierno de jueces y no de leyes (es sabido que Aristóteles y Tomás de Aquino se inclinaban, más bien, hacia una primacía de las leyes).

³⁹ En Chile, quienes, en mi opinión, han estudiado mejor estos desarrollos analíticos, desde una perspectiva externa a esta tradición, son Manuel Manson y Fernando Quintana. Manuel Manson es un experto en temas lógicos aplicados al derecho. Vid., entre otras obras, Manuel Manson, *Argumentación, derecho y lógica*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago, 2000. Fernando Quintana, ya citado, por su parte, parece situarse en una perspectiva más cercana a la teoría de la argumentación y a la hermenéutica continental, con un amplio dominio también de la tradición aristotélica. Desde una perspectiva interna, por otra parte, la tradición analítica está bien representada por Fernando Atria (vid. infra, apartado 4 sobre la “derrotabilidad”). También se inspira en ella (especialmente en Kelsen, Hart, Ross y Bobbio) Agustín Squella. Vid. Agustín Squella Narducci, *Filosofía del Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

⁴⁰ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1ª ed., 1997, 26.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cf. *ibid.*, 26-27.

⁴³ Cf. *ibid.*, 27.

⁴⁴ Cf. *ibid.*, 222.

⁴⁵ *Ibid.*, 234 nota 81.

⁴⁶ *Ibidem*. Alexy se apoya en Esser, Larenz y Canaris. Sobre Canaris, un discípulo poco estudiado de Larenz, vid. entre nosotros el estudio de Aldo Valle, “La mediación analítico-hermenéutica de Claus Canaris”, *Revista de Ciencias Sociales* 45, 2000, 705-729. Alexy, que entronca perfectamente en la tradición de la teoría analítica de derecho angloamericana (*jurisprudencia analítica*), reconoce sus fuentes en la filosofía del derecho continental, como la de Larenz. Nosotros no nos ocupamos aquí de Larenz ni de otros autores importantes en relación con el tema de los principios en el derecho solamente porque ellos no se enmarcan dentro del objeto general de la investigación, el de la evolución reciente de la teoría analítica del derecho.

⁴⁷ Cf. *ibid.*, 249.

en la argumentación dogmática”⁴⁸. Además, frecuentemente intervienen, en las fundamentaciones dogmáticas, enunciados prácticos generales (*i.e.*, éticos sin más, que en la teoría de Alexy corresponden a enunciados propios de la ética del discurso habermasiana)⁴⁹.

Alexy, en su estudio de la relación entre principios y reglas, ha seguido en parte a Esser –su distinción entre principio y norma– y a Dworkin –su dicotomía entre reglas y principios–. “Sin embargo, aquí se sostiene la tesis de que ambos autores han analizado correctamente algunas propiedades de las reglas y principios pero no han llegado al núcleo de la distinción. Esta consiste en que los principios son mandatos de optimización. Esto significa que son normas que ordenan que algo sea realizado en una medida lo mayor posible dentro del marco de las posibilidades fácticas y jurídicas. En cambio, las reglas son mandatos definitivos”⁵⁰. Las demás distinciones derivan de esta diferencia esencial⁵¹. La consecuencia de esta caracterización es que, si los derechos subjetivos constituyen principios o existe un mandato de optimización a su respecto, no siempre serán aplicables en forma definitiva como comodines que triunfan sobre cualquier política pública –como si hubiese una regla que exigiera su aplicación por encima de cualquier interés colectivo–, sino que serán solamente derechos *prima facie*. Alexy, sin negar la orientación del derecho por principios de justicia, niega que los derechos posean siempre la seriedad que Dworkin pretendía⁵². Por otra parte, Alexy recoge también la tesis clásica de que los sistemas jurídicos (o el derecho normativo positivo) no pueden consistir ni solamente en principios ni solamente en reglas, sino en la conjunción de principios y de reglas que proporcionan las razones básicas para llegar a determinar lo debido incluso en los casos nuevos e impredecibles⁵³. Mas, puesto que las razones del derecho justo no se aplican a sí mismas, todo sistema jurídico supone unos procedimientos (y funcionarios e instituciones) a través de los cuales se llevan a la práctica las exigencias de los principios y de las reglas⁵⁴.

Esta concepción del derecho en su vertiente dinámica implica que los principios vinculan a los jueces no solamente obligándolos a desconocer la validez del derecho positivo extremadamente injusto (la posición clásica de Radbruch) sino obligándolos también a seguir los mandatos de optimización al decidir los casos dudosos o al razonar en el ámbito de la textura abierta de las reglas positivas, en los casos ordinarios (no en los casos de derecho extremadamente injusto). Esta orientación de los funcionarios por principios tenidos como justos implica, a su vez, no solamente una incorporación de principios al sistema jurídico positivo, sino una auténtica búsqueda de la justicia real a través del sistema jurídico, es decir, la pretensión de corrección de las decisiones concretas. La conciencia de la falibilidad del juez no lo exime de tender hacia la justicia real, es decir, no basta con reconocer la presencia de algunos principios tenidos como correctos sino que se ha de tender hacia una moral correcta que funcione, según Alexy, como una idea regulativa en sentido kantiano⁵⁵. En términos clásicos, podría decirse que ha de buscarse el ajustamiento de la decisión a la ley natural (la moral correcta), aun siendo cada uno consciente de su propia falibilidad en la aplicación de los principios (más allá de los primeros principios *per se nota omnibus*)⁵⁶.

⁴⁸ *Ibid.*, 261.

⁴⁹ Cf. *ibidem* y 277-278.

⁵⁰ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 185. La síntesis del pensamiento de Alexy, recogida en estos párrafos, se encuentra más desarrollada, referida a la explicación de los derechos fundamentales, en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, 81-172.

⁵¹ Cf. *ibidem*.

⁵² Cf. *ibid.*, 186 ss.

⁵³ Cf. *ibid.*, 167-172.

⁵⁴ Cf. *ibid.*, 172-174.

⁵⁵ Cf., *ibid.*, 73-85. Alexy sostiene estas ideas en el contexto de una discusión sobre si hay o no “conexión conceptual” entre el derecho y la moral, una discusión bizantina que interesa menos en comparación con la renovada aceptación de la tesis clásica de que la moral correcta tiene aplicación directa –aunque mediada por reglas, procedimientos, posibilidades fácticas, etc.– en el orden jurídico, más allá de lo que haya sido promulgado explícitamente por las fuentes sociales del derecho.

⁵⁶ Vid., sobre el tema, Joaquín García-Huidobro, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, UNAM, México D.F., 2002, 59-83.

Las ideas de Alexy son compatibles con sostener que el derecho positivo está formado también por reglas injustas, que incluso pueden tener que ser aplicadas en ocasiones. Alexy cree que esto es lo propio del “positivismo jurídico”⁵⁷, pero se refiere, en realidad, a la versión transformada del iuspositivismo de posguerra, pues lo mismo afirmaba la tradición clásica del derecho natural: las leyes injustas son leyes, aunque en un sentido deficiente⁵⁸; si es posible, han de dejarse de lado, pero no siempre es posible al juez dejar de aplicarlas, también por razones morales que pueden permitir la cooperación material con el mal ajeno (nunca la formal aprobación o realización de algo intrínsecamente malo).

4. LA REVOCABILIDAD DEL DERECHO POR LA MORAL: UN CAMPO DE PRUEBA

No sorprende, en el curso de la evolución reseñada –del concepto descriptivo del derecho estático a la búsqueda dinámica del derecho justo–, que los pensadores analíticos hayan ido acercándose poco a poco –una vez más, con una terminología nueva– a lo que constituye un “test” o “campo de prueba” de la teoría clásica de la ley natural. Me refiero al carácter superable, revocable, condicional, rebatible o “derrotable” de las reglas jurídicas positivas. Puesto que solamente las reglas morales –no todas ellas, por lo demás– establecen exigencias absolutas, inexcusables, la teoría clásica de la ley natural sostiene, entre otras cosas, que una ley positiva obliga solo *presuntivamente* –no tiene autoridad incondicionada–, pero puede perder su efecto de obligar por exigencia ya de un principio moral universal (*lex injusta non lex*) ya de la justicia del caso concreto, que es imposible prever mediante excepciones generales (*epieikeia*). A este fenómeno apunta una de las más interesantes discusiones actuales en la teoría jurídica analítica, el análisis de la “revocabilidad” o “derrotabilidad” (*defeasibility*) de las reglas jurídicas⁵⁹.

Puede suceder que los principios que justifican una regla general y su aplicación en la generalidad de los casos sean superados o revocados en un caso concreto por principios más altos que resultan aplicables a la luz de ese mismo caso⁶⁰. Hart fue quien primero se ocupó de esta situación en la teoría jurídica analítica contemporánea, al hablar del carácter “revocable”, “superable” o “derrotable” de los conceptos jurídicos (“*defeseability*”)⁶¹, el cual, en cuanto se

⁵⁷ Cf. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 53.

⁵⁸ Cf. Joaquín García-Huidobro, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, 1-2. Más ampliamente, John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, 379-395.

⁵⁹ No sostengo que el tema de la revocabilidad o “derrotabilidad” de las reglas tenga relación solamente con los principios morales, sino que tal es uno de los campos en que dicho tema se aproxima a la teoría clásica del derecho natural y el que tiene que ver con la reciente evolución desde el análisis del derecho a la búsqueda del derecho justo mediante una correcta judicación. Naturalmente, nada impide y la técnica jurídica de hecho exige –como lo muestra el mismo Hart– el uso de la revocabilidad de las reglas jurídicas de acuerdo con principios y reglas también jurídico-positivos.

⁶⁰ El tema, como mucho de la teoría jurídica analítica reciente, arranca de Hart. Véase el tratamiento actualizado de Fernando Atria, *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 123-140 y Fernando Atria, “Las circunstancias de la derrotabilidad”, *Revista de Ciencias Sociales*, 45, 2000, 437-467.

⁶¹ Atria (“Las circunstancias de la derrotabilidad”, 460-461) ha sostenido que se trata de la “derrotabilidad” de las reglas, no de los conceptos, y que las circunstancias de la derrotabilidad exigen que los principios justificadores de la regla derrotada sean diversos de los principios justificadores de la excepción auténtica (la que no puede formularse en general, explícitamente, como parte de la misma regla mejor formulada). La traducción “derrotabilidad” (“*defeasibility*”) parece haberse impuesto en los últimos años. Yo prefería hablar de la “superabilidad” o del “carácter superable” o de “revocabilidad” de una norma (cf. Cristóbal Orrego Sánchez, *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, 1995, 72-74), pero aquí me sumo a esta convención, demasiado literalista en mi opinión. En cualquier caso, estimo que Hart tiene razones para sostener que la idea de derrotabilidad puede servir para explicar no solamente los casos de auténtica excepción, no formulables en general, *i.e.* los casos de *epieikeia*, sino también el modo técnico jurídico de formular la distinción entre diversos objetos del acto humano en general, como cuando se distingue entre el “matar a otro” que constituye asesinato y el que corresponde a la muerte como efecto indirecto (preterintencional) de una defensa legítima (en este ejemplo, las restricciones probatorias del sistema jurídico exigen prescindir de la real preterintencionalidad si se dan las circunstancias de la derrotabilidad externamente comprobables; pero estas son, a su vez, derrotables). En estos últimos casos, a los que Hart se refiere, la idea de derrotabilidad puede aplicarse inmediatamente a los conceptos y no solamente a las reglas, aunque siempre –vuelvo a Atria– se referirá en último término a algún tipo de regla –no necesariamente jurídico-positiva–, pues los conceptos referidos por Hart son esencialmente normativos (no empíricos).

refiere a las excepciones que derivan del caso concreto, entronca con la teoría clásica de la “*epieiqueia*” propuesta en lo esencial por Aristóteles⁶², aunque no se reduce a ella: tiene que ver también con las fórmulas técnico-jurídicas necesarias para superar en general el problema de la prueba de las intenciones, que configuran la acción humana como *causa* de “hechos” en el mundo de las relaciones jurídicas.

Precisamente la primera publicación académica de Hart –antes solo había editado un libro de H. W. B. Joseph⁶³–, *The Ascription of Responsibility and Rights*⁶⁴, repuso esta cuestión en términos jurídico-positivos, es decir, no simplemente como el problema moral de la “equidad” (*epieiqueia*) o de la “aplicación” de la ley a casos anormales, sino como un asunto que revela la naturaleza misma de la determinación positiva de lo debido y de los modos de probar los hechos allí donde está envuelta la intencionalidad humana. Hart sostuvo que expresiones como “esto es tuyo” y “él lo hizo” no son principalmente descriptivas, y por tanto no son verdaderas ni falsas; sino que son “adscriptivas” de derechos, en el primer ejemplo, y de responsabilidades, en el segundo, y por tanto solo pueden ser correctas o incorrectas, buenas o malas, justificadas o injustificadas, según que los hechos del caso y las reglas o instituciones que determinan el concepto respectivo permitan realizar dicha adscripción. En tales casos, se está haciendo un “uso operativo” de las palabras, que aparece claro en el lenguaje de abogados y jueces, pero también en situaciones ordinarias (adscribir es un uso operativo entre varios posibles). Los conceptos que pueden usarse de este modo se caracterizan por su “revo-cabilidad” o “derrotabilidad” (“*defeasibility*”), un término que Hart toma del ámbito técnico jurídico, y que significa, en síntesis, que el concepto no puede definirse de modo positivo, sino que se aplica siempre que no concurre una circunstancia que lo hace inaplicable⁶⁵. Así, cuando un hombre mata a otro, su responsabilidad se le adscribe *a menos que* concurra una causa de excusa legal. En este contexto, decir “él lo hizo” es adscribirle responsabilidad, y no describir una acción acompañada de un elemento interno llamado “intención”.

En mi opinión, aunque existe un uso operativo de tales expresiones, y entre ellos el de adscribir derechos y responsabilidades, todo eso es posible porque existe la realidad más básica de la acción intencional. El acto y la responsabilidad pueden adscribirse a quien lo ha causado, y por tanto la “adscripción” supone la “descripción” del acto causal intencional. Esos juicios pueden ser “justificados” o no porque previamente son verdaderos o falsos como descripciones. Ahora bien, Hart apuntaba confusamente a temas muy importantes recuperados recientemente. Por ejemplo, que la relación de causalidad entre acciones humanas y “hechos” externos no puede describirse en términos puramente empíricos, sino que requiere de un criterio normativo, precisamente porque la acción intencional se configura como tal según un referente normativo⁶⁶. Por su parte, el carácter

⁶² Cf. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 1078. También tiene razón Atria al observar que, respecto de principios y reglas morales propiamente dichos (no los que pueden surgir por convención, que realmente son ley positiva), es decir “rationales”, no caben las “circunstancias de la derrotabilidad” en sentido estricto, sino a lo más una mejor formulación de las reglas a la luz de las excepciones justificadas por los mismos principios. Vid. *ibíd.*, 445-456. Para compartir esta tesis no es necesario compartir la concepción general de la moral, aunque sí una cierta aceptación de la diferencia entre una exigencia del sistema jurídico (ley positiva) y una exigencia moral universal (ley natural) aplicable a un caso con independencia de las exigencias jurídicas y aun contra ellas.

⁶³ H. W. B. Joseph, *Knowledge and the Good in Plato's Republic*, London, Oxford University Press, 1948, edited by H. L. A. Hart.

⁶⁴ H. L. A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-49, 171-94, reimpresso en A. Flew (ed.), *Logic and Language* (First Series), Oxford, Basil Blackwell, 1951 (1963), 155-166.

⁶⁵ Por eso resulta feliz la expresión de Atria, “circunstancias de la derrotabilidad”, en cuanto que recoge muy bien el significado técnico jurídico de la expresión. Sin embargo, Atria refiere el tema a la cuestión de las excepciones implícitas a las normas, que aparecen como tales solamente en el caso concreto, es decir, la cuestión de la *epieiqueia*, mientras que, como he dicho (cf. *supra* nota 60), Hart se refiere, en un sentido más amplio, a la técnica jurídica de establecer reglas con excepciones también genéricamente determinadas de modo explícito (v. *gr.*, tipos penales con causas de justificación).

⁶⁶ Cf. John Finnis, “Intention in Tort Law”, en David G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford University Press, Oxford, 1995, 229-247. Vid. también Martin Rhonheimer, *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*, Eunsa, Pamplona, 2000, 111-120, y Martin Rhonheimer, *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la Ética Filosófica*, Rialp, Madrid, 2000, 104-197.

“revocable” de determinados conceptos prácticos y la “derrotabilidad” de las reglas jurídicas es una técnica destinada a facilitar el juicio sobre cuestiones que no admiten más que conjeturas a partir de lo que ocurre comúnmente, como es el caso en el tema de los elementos internos de la responsabilidad (voluntariedad de la acción)⁶⁷.

Luego, Hart hizo un verdadero aporte. La crítica de Geach y Pitcher⁶⁸ no fue tan radical, a mi juicio, como para que Hart se desdijera en general. Acerca de “The Ascription of Responsibility and Rights” Hart llegó a sostener: “sus principales aseveraciones ya no me parecen defendibles, y [...] las críticas más importantes que se le han hecho en años recientes están justificadas”⁶⁹. Tal retractación en bloque fue una lástima. Además de que Hart siguió manteniendo algunas convicciones básicas de ese artículo, la idea de uso operativo “adscriptivo” es válida, aunque no sea la *explicación* de la naturaleza de la acción humana. En efecto, es al revés: la explicación de la naturaleza de la acción intencional sirve para comprender por qué es posible y necesario el uso adscriptivo del lenguaje. Tampoco puede negarse el valor de la idea de “revocabilidad” o “derrotabilidad” para el análisis de determinados conceptos técnicos y de las reglas jurídicas (o morales, lingüísticas, etc.) que los utilizan o articulan con una finalidad práctica. Naturalmente, en Hart no se da la distinción entre revocabilidad o derrotabilidad estricta (excepciones implícitas) y revocabilidad o derrotabilidad en sentido amplio (excepciones explícitas, como las causales de justificación, que establecen un modo de enfrentar la prueba de hechos intencionales y de definir conceptos normativos)⁷⁰.

El tema de la revocabilidad, superabilidad o “derrotabilidad” de las reglas jurídicas positivas es sumamente relevante porque no excluye, sino que *hace patente el modo propio de operar de los principios morales en casos concretos en que debe hacerse excepción a una regla jurídica perentoria*. La naturaleza misma del derecho exige que esas excepciones sean posibles y que no se reduzcan a una simple reformulación mejorada de las reglas jurídicas, ni a un complemento mediante reglas nuevas creadas judicialmente para enfrentar nuevas circunstancias generales (adaptación al cambio social), sino que sean manifestación de la auténtica primacía de la justicia del caso concreto de acuerdo con la doctrina clásica de la *epieiqueia*: las excepciones auténticas existen, no para burlar la justicia legal sino para perfeccionarla por exigencia de una forma más alta de justicia. Al mismo tiempo, la primacía de la justicia del caso concreto hace derrotables las normas jurídicas, pero no las exigencias morales perentorias (v. gr., no puedo matar a un inocente o torturar so pretexto de que “en este caso” lo exigía la justicia del caso concreto).

5. CONCLUSIÓN

Ha podido advertirse, a lo largo de esta exposición, que algunos importantes autores analíticos poshartianos coinciden en atribuir una función a los principios morales en el razonamiento jurídico, aunque difieren acerca de la medida en que esa función se encuentra sujeta a límites intrasistemáticos, justificados también por exigencias de razonabilidad práctica sobre cómo debe ser el derecho positivo (concreto, coherente, predecible, etc.). Estos desarrollos en el ámbito de la jurisprudencia analítica anglosajona han sido continuados por autores que, como Shiner⁷¹ y Waluchow, no se han apartado de la línea trazada, de regreso a la tesis

⁶⁷ En buena medida, se trata de una cuestión de prueba de los “hechos”. Vid. Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, 73-97.

⁶⁸ Cf. P. T. Geach, “Ascriptivism”, *Philosophical Review* 69, 1960, 221; y G. Pitcher, “Hart on Action and Responsibility”, *Philosophical Review* 69, 1960, 266.

⁶⁹ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, *preface*.

⁷⁰ Algunas de estas observaciones se han adaptado de una parte no publicada de mi tesis doctoral ya citada: H. L. A. Hart, *Abogado del positivismo jurídico*, 72-74. La versión publicada, sobre el positivismo jurídico de Hart, Cristóbal Orrego Sánchez, *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Eunsa, Pamplona, 1997, no se refiere a esta cuestión.

⁷¹ Vid. una introducción al problema en Roger A. Shiner, “Law and morality”, en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Philosophy*, Blackwell, Oxford, 1996, 436-449.

clásica de la aplicabilidad directa (*proprio vigore*) de principios éticos generales en el campo jurídico. Waluchow, especialmente, llega a sostener que el uso de principios no es un recurso abierto solamente en los casos difíciles, donde el juez –según la tesis “positivista” de la discrecionalidad judicial– ha de elegir entre alternativas razonables, sino una necesidad también en los casos ordinarios o fáciles⁷².

En mi opinión, sucede más bien que no es fácil encontrar casos fáciles una vez que se capta la complejidad del fenómeno jurídico y se acepta plenamente la función omnipresente de los principios (éticos, políticos y jurídico-positivos) en el razonamiento jurídico. Todos los casos son difíciles, en el sentido de que todos exigen del juez recurrir a principios prácticos que orienten el conocimiento de los hechos relevantes, su calificación jurídica, su relación con los principios y reglas sustantivas del derecho aplicable, y el juzgamiento para dar una sentencia justa, a pesar de existir buenas razones para decidir lo contrario o, tantas veces, algo matizadamente diferente.

Al terminar esta indagación sobre el giro principialista en la jurisprudencia analítica, conviene recordar lo mencionado al comenzar este artículo, que la jurisprudencia de principios tuvo un desarrollo anterior en el continente europeo, desconocido para los autores analíticos hasta hace muy poco. En general, cabe sostener que este cambio ha estado ligado más bien al renacer de la conciencia hermenéutica, incluso en oposición a la mentalidad analítica, asociada a veces al rígido neopositivismo lógico del Círculo de Viena y a sus derivaciones. Sin embargo, desde los años setenta comienza a notarse el influjo de la nueva teoría analítica –la de Hart y sus continuadores, incluido Dworkin– en otros países de Europa y del mundo. La evolución de que nos hemos ocupado en este artículo –de la ontología del derecho a la dinámica del derecho justo– hace confluir analítica y hermenéutica, quizás debido a similares causas culturales y filosóficas: agotamiento del positivismo jurídico normativista, exigencias morales y políticas de justicia sustantiva, reacción ante los horrores de ideologías fríamente aplicadas conforme al derecho positivo, etcétera.

En este artículo se ha procurado mostrar solamente en el ámbito analítico el tránsito desde la ontología jurídica neutral o no valorativa a la epistemología de la búsqueda de soluciones justas, admitiendo la función *proprio vigore* de los principios morales en el razonamiento jurídico, con independencia de las denominaciones o de las etiquetas asignadas a los autores. La explicación de por qué no se quiere considerar este progreso como una reinstalación de la tesis clásica de la vigencia *per se* de la ley moral natural, o, más bien, de por qué no se quiere utilizar el nombre antiguo para la verdad que hoy se denomina “crítica del positivismo” o “no positivismo jurídico”, tiene que ver con la historia de la política, de la ideología y de la religión, una historia que espera ser contada⁷³.

⁷² Cf. W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994, 253 y 263 ss. Su posición –que continúa calificando como “positivista”: ¡cualquiera puede serlo!– es que “el derecho no es siempre jurídicamente vinculante para los jueces” (ibíd., 33) porque la determinación sobre cómo deben responder los jueces y los ciudadanos ante la ley depende del derecho y de la moral (cf., ibíd., 31).

⁷³ Una parte de esta historia puede verse en Cristóbal Orrego Sánchez, *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, 345-433, y en Susana Blanco Miguélez, *Positivismo metodológico y racionalidad política. Una interpretación de la teoría jurídica de Carlos S. Nino*, Editorial Comares, Granada, 2002, 227-315.