

---

# Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica iusfilosófica y la teoría de la ley natural

*A just judgment: the specification of the legal judgment in analytical jurisprudence, hermeneutic legal philosophy and natural law theory*

---

**CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ**

Departamento de Filosofía del Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de los Andes  
7620001 Las Condes, Santiago (Chile)  
corrego@miuandes.cl

**Abstract:** The article reflects upon the specification of the judgment “according to the law” as a just judgment according to both legal and moral criteria. The evolution of legal philosophy from the legalistic tenet that the just judgement by the judge ought to be grounded only in positive legal sources to the realization that such a judgement is impossible demands that the analytical theory of law, hermeneutic legal philosophy and natural law theory supplement each other in order to avoid nihilist irrationalism.

**Keywords:** Natural law, analytical jurisprudence, hermeneutics, justice.

**Resumen:** El artículo reflexiona sobre la especificación del juicio “conforme al derecho” como juicio justo por criterios legales y morales. La evolución de la filosofía jurídica desde la tesis de que el juicio justo del juez debe fundarse solamente en fuentes legales hacia la constatación de que tal juicio no es posible exige que la teoría analítica del derecho, la filosofía jurídica hermenéutica y la teoría del derecho natural se complementen para evitar el irracionalismo nihilista.

**Palabras clave:** Ley natural, jurisprudencia analítica, hermenéutica, justicia.

RECIBIDO: SEPTIEMBRE DE 2010 / ACEPTADO: MARZO DE 2011

Anthony Kenny afirma que “una gran parte de la filosofía moral puede ser considerada como un intento de descubrir o establecer cuáles son las diferencias específicas relevantes entre las acciones humanas”<sup>1</sup>. La filosofía del derecho “es de alguna manera la más humilde, la más baja de las ramas de la filosofía”<sup>2</sup>. Por eso exige “investigar y adoptar posiciones en los ámbitos y niveles más altos de la filosofía práctica, y para qué decir de la epistemología y de la metafísica que la filosofía práctica en parte presupone y en parte informa”<sup>3</sup>. A la inversa, puede valer la pena para la ética en general observar cómo algunas corrientes de la filosofía jurídica han recuperado la tesis tradicional de que el acto justo se especifica por referencia a criterios a la vez legales y morales.

El objetivo de este estudio es reflexionar sobre cómo el juicio “conforme al derecho” se especifica como juicio justo por criterios legales y morales. Se propone que la teoría analítica del derecho, la filosofía jurídica hermenéutica y la teoría del derecho natural han de complementarse para evitar el irracionalismo nihilista. La primera sección esboza el marco conceptual constituido por el problema de la especificación del acto humano en general. Después se describe el ideal ilustrado del derecho y su extremo en el *positivismo jurídico legalista* (sección 2). Enseguida se muestra que una parte de la filosofía jurídica actual recupera la función jurídica de la ética (sección 3). Finalmente, se defiende como adecuada la congruencia entre esas orientaciones y la concepción clásica de la ley natural para evitar el nihilismo (sección 4).

## 1. LA ESPECIFICACIÓN Y LA INDIVIDUACIÓN DEL ACTO JUSTO

El juicio práctico del juez que discierne lo que le es debido a una persona muestra de manera paradigmática la correlación entre la especificación del acto justo y la individuación de un acto concreto como acto de justicia. El mismo juicio del juez es un acto especificado bajo el género de la justicia: es ya una forma de dar a cada uno lo suyo, al reconocérselo.

1. A. KENNY, *Action, Reason and Will* (Routledge, London, 2003 [1963]) 132.

2. J. FINNIS, *Does Free Exercise of Religion Deserve Constitutional Mention*, “The American Journal of Jurisprudence” 54 (2009) 41-66, 41.

3. *Ibidem*.

La relación entre especificación e individuación de los actos humanos se da en todos los ámbitos de la vida práctica. La especificación del acto es su demarcación como tipo, como clase de acto considerado en general, y realizable en los actos individuales. La especificación exige un criterio de demarcación, es decir, una regla sobre la relevancia de los rasgos que se consideran aptos para la generalización. La individuación, por su parte, requiere identificar, en el acto individual, los rasgos que corresponden a la especie. Toda individuación supone una subsunción del caso bajo la regla, del individuo bajo la especie. Por eso, el conocimiento de lo bueno y de lo malo como géneros supremos del orden moral es el mínimo discernimiento práctico necesario, que corresponde al primer principio del orden práctico: *bonum faciendum*. Cualesquiera otros discernimientos en el orden moral implicarán demarcar tipos de bondad y de malicia. Así se subdividen los géneros morales de acuerdo con las diversas materias sobre las cuales la razón práctica establece un orden hacia el bien. Las diversas virtudes y los vicios se especifican como géneros morales próximos de los actos humanos<sup>4</sup>.

Dentro de este marco conceptual, el juicio justo es un tipo especial de acto humano que versa sobre la determinación de todos los otros actos humanos. El juicio justo discierne los actos en cuanto caen bajo la especie de la justicia, si hablamos del acto de juzgar en su sentido paradigmático: el juicio sobre el acto exterior que afecta a otros. Análogamente, el juicio justo discierne los actos en cuanto caen bajo cualquiera otra especie moral, si nos referimos del acto de juzgar en ámbitos no jurídicos: juzgar sobre lo valiente, lo moderado, etc. Todos emitimos juicios prácticos de estos tipos. No obstante, donde más se exige arribar al juicio justo es en el juicio de los jueces que, como autoridades públicas, deben velar por el orden de la convivencia pacífica. Tal es el caso central del juicio justo. En este caso central se advierte —precisamente por el carácter institucional, público— que el juicio justo implica a la vez sumisión a principios de justicia y a criterios convencionales. El sometimiento del juez a los principios de justicia no significa, por tanto, liberar a los jueces de la sujeción a las leyes. Son

---

4. Cf. T. DE AQUINO, *Summa Theologiae* I-II qq., 18-20, y J. PILSNER, *The Specification of Human Actions in St Thomas Aquinas* (Oxford University Press, Oxford, 2006).

muy pocos los actos que pueden caracterizarse como justos o injustos *simpliciter* sin conocer las leyes de la comunidad política. La síntesis de Tomás de Aquino exige una apertura hacia *todos los criterios* de especificación del acto justo: la sumisión de los jueces a las leyes, pero también su deber de aplicar la ley natural; la obligatoriedad de las leyes promulgadas por el príncipe, pero también su derogación por la costumbre; el deber de obedecer a los gobernantes, pero antes a Dios<sup>5</sup>. La filosofía moral clásica exigía integrar criterios disímiles en la especificación del acto justo<sup>6</sup>, lo cual se torna problemático cuando los contenidos de la ética tradicional y su carácter categórico se desligan de una concepción teleológica sobre la plenitud humana (el hombre tal como es cuando alcanza su *telos*) y de su respaldo teológico por unos mandamientos divinos categóricos<sup>7</sup>. El intento moderno de superar esta situación crítica de disgregación del mundo moral por falta de cosmovisión y de unidad religiosa se apoya en la soberanía de la razón (universal) por sobre toda tradición religiosa (particular) y en la soberanía de la ley (positiva) por sobre cualquier concepción sobre lo justo (natural)<sup>8</sup>. El ideal del Estado de Derecho se entiende como sumisión absoluta a la ley positiva, que puede describirse y aplicarse sin necesidad de recurrir a valoraciones morales o religiosas. La era clásica de ese legalismo implica una extremada y rígida simplificación de las fuentes que permiten especificar el juicio justo.

---

5. Cf. J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory* (Oxford University Press, Oxford, 1998) 245-252, 271-272.

6. Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* V.4, 1132<sup>a</sup>19-23; V.7, 1134<sup>b</sup>18-1135<sup>a</sup>15, y V.10, 1137<sup>a</sup>31-1138<sup>a</sup>2.

7. Paráfrasis de Elizabeth Anscombe y Alasdair MacIntyre. Cf. G. E. M. ANSCOMBE, *Modern Moral Philosophy*, en M. GEACH y L. GORMALLY (eds.), *Human Life, Action and Ethics. Essays by G. E. M. Anscombe* (Imprint Academic, Exeter, 2005 [publicado originalmente en 1958]) 169-194, y A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory* (Duckworth, London, 1985 [1981]) 1-22, 51-61.

8. Rémi Brague ha descrito históricamente el desgajamiento de la ética respecto de la armonía del hombre con un cosmos ordenado, primero, y de la autoridad de la ley divina, después, en R. BRAGUE, *La sabiduría del mundo. Historia de la experiencia humana del universo* (Encuentro, Madrid, 2008) y R. BRAGUE, *The Law of God. The Philosophical History of an Idea* (University of Chicago Press, Chicago, 2007).

## 2. EL IDEAL ILUSTRADO DEL JUICIO JUSTO: LEGALIDAD ESTRICTA Y LEGITIMIDAD JUDICIAL

Desde el siglo XII la ciencia del derecho creó el *ius commune*, que coexistía con los derechos locales, y que admitía, además, que la ley divina positiva y la ley natural eran aplicables en el foro. Un testimonio a favor de esta riqueza o densidad constitutiva de lo jurídico nos lo da Jean Bodin, el inventor del concepto moderno de soberanía. Él se sintió impulsado a decir que el príncipe soberano (*Jegibus solutus*) estaba sometido a “la ley divina, la ley de la naturaleza, y el derecho común del pueblo”<sup>9</sup>. Bodin afirma respecto de una constitución específica: “Este poder es absoluto y soberano, porque no está sujeto a otra condición que obedecer lo que la ley de Dios y la natural mandan”<sup>10</sup>. Y más adelante:

“En cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina. [...] Por eso, el poder absoluto de los príncipes y señores soberanos no se extiende, en modo alguno, a las leyes de Dios y de la naturaleza”<sup>11</sup>.

Mas los cambios religiosos, filosóficos y políticos, a partir, sobre todo, del siglo XVI, desembocaron en la formación de la mentalidad jurídica ilustrada. Según Helmut Coing, la Ilustración

“considera como única fuente del derecho a la ley, que ha sido decidida por los representantes de los ciudadanos. Con su pensamiento sobre un orden social racional es incompatible la idea de un derecho que sea creado por la ciencia y la jurisprudencia. Un sistema semejante daría a algunas personas un poder injustificado. Además haría imposible para el ciudadano conocer su derecho. A lo que la Ilustración aspira es más bien a una reunión de

9. R. BRAGUE, *The Law of God* cit., 263 y 320.

10. J. BODIN, *Los seis libros de la república* (Tecnos, Madrid, 2006 [original francés 1576]) 1.8, 52.

11. *Ibidem*, 53-54.

todas las reglas del derecho en una ley completa. Con eso la codificación del derecho llega a ser el ideal de la política jurídica”<sup>12</sup>.

El resultado de la nueva filosofía fue una doble separación: del derecho natural respecto de la teología y la autoridad divina, por una parte, y del derecho positivo respecto del derecho natural, por otra, aunque la mayoría de los autores no negasen directamente ninguna de las esferas que pasan a ser “extrajurídicas”. Los códigos promulgados desde fines del siglo XVIII impulsaron definitivamente la mentalidad legalista exegética. El intérprete no puede crear derecho ni dejar sin aplicación una regla legal. “Quien interpreta es el esclavo de la ley”<sup>13</sup>. El objetivo de la interpretación es determinar el pensamiento del legislador histórico (“*la pensée du législateur*”) y hacerlo valer. La interpretación se refiere exclusivamente al texto de la ley, que no debe ser ulteriormente investigado cuando es claro; que debe ser clarificado, si es necesario, con otras partes de la ley. Esta mentalidad no fue exclusiva de Francia, sino que se replicó en Alemania, Italia, España, América Latina, Inglaterra, Estados Unidos<sup>14</sup>... Norberto Bobbio denominó “positivismo jurídico ideológico” a la versión más extrema, que exigía como imperativo ético la obediencia absoluta a la ley estatal<sup>15</sup>.

La mentalidad positivista legalista iba unida a una creencia en la capacidad de la razón humana para describir sin valorar el derecho abstracto y en la capacidad y el deber de los jueces de aplicar la ley y solamente la ley a los casos concretos. Los presupuestos de esta mentalidad pueden sintetizarse así<sup>16</sup>:

- 
12. H. COING, *Europäisches Privatrecht. 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern* (Beck, München, 1989) 2.
  13. *Ibidem*.
  14. Cf. K. RODE, *Geschichte der europäischen Rechtsphilosophie* (Werner-Verlag, Düsseldorf, 1974) 164; M. G. LOSANO, *Sistema e Struttura nel Diritto. II: Il Novecento* (Giuffrè, Milano, 2002) 27 ss; J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford University Press, Oxford, 1994) 324; A. TAYLOR VON MEHREN, *Law in the United States: A General and Comparative View* (Kluwer, Boston, 1988) 23; J. L. KUNZ, *Introduction*, en L. RECASÈNS SICHES et al., *Latin-American Legal Philosophy* (Harvard University Press, Cambridge Mass., 1948) xix.
  15. Cf. N. BOBBIO, *El positivismo jurídico* (Debate, Madrid, 1993) 141-143 y 239-241.
  16. Aunque un estudio propiamente histórico exigiría matices adicionales, la síntesis propuesta por D’Agostino nos parece suficiente para apoyar la presente reflexión. Cf. F. D’AGOSTINO, *Hermenéutica y derecho natural*, en R. RABBI-BALDI CABANI-

1.º Se cree que la norma jurídica es *producida* por el legislador e *interpretada* por el juez; la interpretación aplicadora de la norma corresponde al juez, quien debe ser —en frase de Montesquieu— *la boca de la ley*, mientras que la interpretación científica corresponde al jurista que *describe el derecho sin aplicarlo*. Esta creencia llega a extremos ilustrados surrealistas, como el de Jeremy Bentham, quien pensaba que el *common law* no era derecho propiamente dicho, por su abigarrada composición y la intervención de jueces y juristas en su creación, con todas sus “confusiones”. Lo más sorprendente es que Bentham escribe contra el *common law* en Inglaterra, donde cualquier sociólogo del derecho diría, más aún en los siglos XVIII y XIX, que la principal parte del derecho vigente era precisamente el *common law*<sup>17</sup>.

2.º Se considera que la interpretación es legítima solo en los casos marginales de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley positiva. Aquí vale la pena observar que la misma palabra “interpretar” tiene un significado restringido, muy diverso del sentido ampliado que le dará la hermenéutica filosófica. En el sentido ampliado, todo contacto con la realidad supone mediación, y, por tanto, todo conocer es interpretar. En su sentido restringido, ilustrado, el intérprete es necesario solamente cuando se constata la incompreensión. Únicamente en este sentido es inteligible —aunque no se comparta— el mandato de no interpretar la ley, con la permisión de interpretarla solo en algunos casos excepcionales.

3.º La creencia en el carácter contemplativo del conocimiento jurídico, aunque sea un presupuesto de la práctica política. Según este rasgo, la interpretación es un *proceso gnoseológico* que

---

LLAS (ed.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico* (Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000) 301-314, en 302-303.

17. Cf. L. CRUZ, *Bentham. Sistema jurídico y teoría de la legislación*, en O. VERGARA (ed.), *Teorías del sistema jurídico* (Comares, Granada, 2009) 6-47; y, más extensamente, L. M. CRUZ, *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham* (Eunsa, Pamplona, 2000). Naturalmente, Bentham no critica el *common law* por una supuesta falta de vigencia. El punto que quiero destacar es precisamente que él no considera como derecho en sentido propio aquel derecho que está más claramente vigente.

busca un sentido preconstituido. No es un proceso político de creación del derecho, ni supone una intervención del carácter y de los valores del intérprete. Paradójicamente, el ideal normativo subyacente es que el intérprete debe anular su carácter y reprimir el influjo de sus valoraciones. He ahí el timbre de honor del intérprete ilustrado, la objetividad que ha de honrar cuando interpreta y aplica las leyes.

4.º Finalmente, se confía en la posibilidad de encontrar cánones rigurosos de interpretación, racionales, lógicos, que permitan hallar el sentido exacto de los textos y faciliten el control de los jueces por parte de los tribunales superiores y, en definitiva, por parte del legislador soberano.

La consecuencia de esa mentalidad jurídica fue una reducción de los criterios que permiten definir lo justo en general, y que sirven de fundamento para enunciar el juicio justo. Las injusticias prácticas que esta rigidez fue produciendo explican las reacciones e intentos de flexibilización desde fines del siglo XIX, y especialmente del primer tercio del siglo XX, que han sido suficientemente descritas por Theodor Viehweg, Joseph Esser y Chaïm Perelman. Viehweg ha mostrado que, normalmente, tras un proceso de sistematización del derecho, el simple funcionamiento de la vida jurídica exige flexibilizar el sistema mediante el uso de argumentos abiertos, *topoi* comunes o *topoi* jurídicos específicos. A la inversa, cuando el conjunto normativo que de esa manera se va produciendo resulta difícil de manejar, los juristas intentan reducir y sistematizar las normas. De ahí resultan nuevos cuerpos normativos, más seguros y uniformes. El carácter tópico de la jurisprudencia, sin embargo, no desaparece, sino que se adapta a las nuevas fuentes normativas<sup>18</sup>. Esser, por su parte, muestra que el derecho abstracto está siendo continuamente reelaborado mediante la creación/hallazgo jurisprudencial de los principios necesarios para arribar a soluciones razonables, dentro de lo que permita una esencial fidelidad al derecho que los jueces deben aplicar<sup>19</sup>. Perelman, por último, tras describir el apogeo de la men-

18. Cf. T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia* (Taurus, Madrid, 1964) 49-62, 129-143.

19. Cf. J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (Bosch, Barcelona, 1961) 1-36.



talidad exegética, rastrea su declinar desde fines del siglo XIX, mediante formas de interpretación analógica, axiológica, teleológica y sociológica; pero, sobre todo, demuestra que, desde 1945, se produce una verdadera explosión de aplicación de principios éticos y políticos en el ámbito judicial<sup>20</sup>. Estudios posteriores han expuesto que, mediante las normas constitucionales axiológicamente cargadas, la judicatura ha tomado el control sobre los alcances últimos de la creación jurídica en los temas más variados<sup>21</sup>. El derecho ha dejado de ser rígido y exclusivamente legal, para convertirse en dúctil y ampliamente judicial<sup>22</sup>.

Antes de 1945, ninguna de las doctrinas de creación jurisprudencial —principios como los del abuso del derecho o la interpretación teleológica— se atrevió a apelar a una normatividad supralegal, capaz de justificar la reinterpretación de las leyes manifiestamente injustas a la luz de exigencias básicas de justicia. Solamente después de la experiencia de la injusticia extrema se comenzó a formular la tesis del derecho supralegal. A partir de los años sesenta del siglo XX, sobre todo, se abandona cada vez más el legalismo y se reincorpora el razonamiento moral en la judicación. Incluso los filósofos del derecho comenzaron a aceptar la legitimidad de fundar el juicio justo en razones morales extralegales.

La constatación de la iniquidad que puede obrarse mediante la adhesión al Estado de Derecho puede llevar a pensar que el ideal ilustrado de sumisión judicial a la ley implicaba una preferencia de la paz y la seguridad por sobre la justicia. Si reflexionamos, sin embargo, sobre la conexión entre paz y justicia, apreciamos el núcleo de valor del ideal ilustrado. La paz es obra de la justicia (*Isaías* 32, 17), pero es también *el mínimo de justicia*. Incluso una derrota con un armisticio desfavorable puede ser preferible a la continuación de una guerra de aniquilación. Los defensores del positivismo jurídico le-

20. Cf. CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Civitas, Madrid, 1979) 33-130.

21. La expansión de este fenómeno, con especial énfasis en su origen en Alemania, es ampliamente explicada por L. M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos* (Comares, Granada, 2005).

22. Cf. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Trotta, Madrid, 1995) 109 ss y 131 ss.

galista no proponían sacrificar la justicia en aras de la paz, sino que defendían una interpretación particular sobre los criterios válidos para especificar el juicio justo. No obstante ese atractivo del núcleo del ideal moderno, no es posible negar que supone una reducción sistemática del ámbito de lo jurídico.

### 3. LA LEGITIMIDAD Y LA INEVITABILIDAD DEL JUICIO ÉTICO EN LA ANALÍTICA Y EN LA HERMENÉUTICA

La complementariedad entre la filosofía analítica y la filosofía hermenéutica es notable en el campo de la filosofía jurídica, donde los autores usualmente adscritos a tales corrientes arribaron a conclusiones semejantes sin tomarse en consideración recíprocamente<sup>23</sup>. No es difícil imaginar el porqué: al abandono del positivismo y neopositivismo filosóficos en la filosofía general se añadió la sindicación del legalismo extremo y del relativismo moral como responsables intelectuales del Holocausto. El hecho de que medio siglo más tarde se haya recaído en un relativismo profundo, y que incluso se culpe de los crímenes contra la Humanidad a la creencia en una verdad irrenunciable, no puede borrar los múltiples testimonios sobre el relativismo y aun el extremo nihilismo de los líderes totalitarios y su total desprecio de la idea de una verdad objetiva<sup>24</sup>. En cualquier caso, ahora me propongo mostrar solamente que algunos destacados filósofos del derecho de las últimas décadas, incluso cuando en sus reflexiones éticas defienden alguna forma de relativismo o escepticismo, en sus explicaciones y justificaciones del acto de juzgar por parte de

---

23. A. KAUFMANN, *Filosofía del Derecho* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999) 87-88.

24. H. L. A. Hart es testigo de que el relativismo y el positivismo jurídico fueron culpados de hecho por la sumisión legal a la tiranía nazi, aunque él mismo niega los cargos. Cf. especialmente H. L. A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, "Harvard Law Review" 71 (1958) 593-629, ahora en H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford University Press, Oxford, 1983) 49-87. Hannah Arendt y Richard Overly, entre otros autores, rastrean las expresas y nítidas afirmaciones de relativismo y de nihilismo de los principales líderes totalitarios: no creían en ninguna verdad, ni siquiera en el núcleo más duro de la ideología que les permitía acceder al poder, retenerlo y absolutizarlo. Cf. H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo* (Alianza, Madrid, 1987 [1951]) vol. 3, 527 ss, y R. OVERLY, *The Dictators: Hitler's Germany and Stalin's Russia* (Allen Lane, London, 2004) 265 ss.

los jueces afirman que tal juicio necesaria y legítimamente incorpora las valoraciones de los jueces<sup>25</sup>.

En el ámbito de la teoría analítica del derecho podemos tomar como punto de partida el post-legalismo de Hans Kelsen<sup>26</sup>. Él ya no concibe la función judicial como simple subsunción, ni menos como deducción lógica. El juez aplica las normas generales al dictar sentencia, pero, dentro del marco definido por esas normas, crea una norma particular según sus valoraciones políticas y morales, que son, según Kelsen, enteramente irracionales. H. L. A. Hart afirma, por su parte, que los jueces deciden discrecionalmente los casos en las zonas de penumbra no definidas por las reglas generales; pero las reglas tienen un núcleo de significado claro, donde el juez no ejercita su discreción cuando decide conforme al derecho. Hart, sin embargo, no piensa que los jueces deben decidir conforme al derecho positivo siempre. Él se pronuncia sobre el deber moral de los jueces —como cualquier otro funcionario o ciudadano— de apelar a “algo fuera del sistema oficial por referencia a lo cual el individuo debe resolver, en última instancia, sus problemas de obediencia”<sup>27</sup>. Ante “leyes particulares moralmente inicuas [...] deberíamos decir: ‘Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido’”<sup>28</sup>.

Herbert Hart puede considerarse un punto de transición entre el positivismo legalista precedente y la jurisprudencia analítica posterior, que autoriza con gran facilidad la desobediencia a la ley por

25. Sobre las incoherencias a que da lugar esta posición, véase A. OLLERO TASSARA, *El derecho en teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos* (Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007) 63-64 y 217-218.

26. La inclusión de un autor en la tradición de la jurisprudencia *analítica* se basa en el estilo de la argumentación y en el hecho de que aborde cuestiones conceptuales generales, como distintas de las cuestiones empíricas (jurisprudencia *sociológica*), históricas (jurisprudencia *histórica*) o valorativas (jurisprudencia *ética*), de las que también se distingue la jurisprudencia analítica aplicada al estudio del derecho positivo (jurisprudencia *particular*). Sobre estas distinciones, aunque en forma no enteramente concordante, véanse R. POUND, *Outlines of Lectures on Jurisprudence* (Harvard University Press, Cambridge Mass., 1943) 1 y J. STONE, *The Province and Function of Law. Law as Logic, Justice and Social Control. A Study in Jurisprudence* (Associated General Publications, Sidney, 1946) 31-32. Kelsen es considerado un autor analítico en sentido amplio, por ejemplo, por M. D. A. FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (Sweet & Maxwell, London, 1994) 271 ss.

27. H. L. A. HART, *The Concept of Law* (Oxford University Press, Oxford, 1993 [1961]) 205-206.

28. *Ibid.* 203.

razones morales. Los pasajes de la obra hartiana donde parece dar primacía a la moral incluso en el razonamiento práctico de los jueces, cuyo deber *prima facie* es aplicar el derecho positivo, son escasos y estratégicamente situados para defender su versión del positivismo jurídico. En general, si se pasan por alto esos pasajes, parece que Hart es simplemente un defensor de la obediencia al derecho en su núcleo de significado cierto, admitiendo *solamente en la zona de penumbra* cierta discreción judicial para remitirse a valores morales. En cambio, los sucesores de Hart hasta el presente asumen una postura moralista de modo más abierto. Veamos algunas muestras tomadas de Dworkin, Raz, Kramer y Endicott, todos ellos pensadores jurídicos activos en la actualidad e insertos en la tradición analítica<sup>29</sup>.

Ronald Dworkin ha defendido una completa fusión entre las reglas del derecho positivo y los principios éticos objetivos para conformar una única realidad normativa, que él llama “el derecho como integridad”, capaz de fundamentar una sola respuesta correcta incluso para los casos difíciles: aquella que mejor se adapta a todas las reglas y principios éticos disponibles para resolver el caso<sup>30</sup>. Joseph Raz ha sostenido tesis inconsistentes sobre los fundamentos normativos del juicio del juez. En la década de los setenta, él pensaba que los jueces “se apoyan y deben apoyarse en su propio juicio moral al crear derecho”, aunque “dentro de los límites admitidos de sus poderes para crear derecho”<sup>31</sup>. Sin embargo, su posición definitiva parece confirmar nuestro diagnóstico de hipermoralismo. Aunque según Raz el derecho

29. Véase *supra*, nota 26. Dworkin, por ejemplo, es considerado como analítico por M. D. A. FREEMAN, *op. cit.*, 339-344 y por A. KAUFMANN, *op. cit.*, 88.

30. Cf. R. DWORKIN, *El imperio de la justicia* (Gedisa, Barcelona, 1988), 45-46, 49, 57-59 y 64 ss. Una reelaboración posterior, que reafirma la tesis básica de la interpretación moral del derecho, puede verse en R. DWORKIN, *Justice in Robes* (Harvard University Press, Cambridge-Mass., 2006).

31. J. RAZ, *The Authority of Law* (Oxford University Press, Oxford, 1979) 197. Esto parece muy lejos del hipermoralismo de los años posteriores. Quizás José Antonio Seoane llega a atribuir a Raz una suerte de positivismo ideológico mitigado —ajeno a muchos textos explícitos de Raz— porque atiende a esta primera parte de la teoría de Raz, incompatible con su teoría moral de la judicación. Cf. J. A. SEOANE, *El Concepto de Derecho. La Teoría del Sistema Jurídico*, en J. A. SEOANE y P. RIVAS, *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz* (Comares, Granada, 2005) 11-168, especialmente 154-155.

es solamente “positivo” —está integrado únicamente por las normas basadas en determinadas fuentes sociales autoritativas—, “nada de eso es relevante en relación con lo que los jueces deberían hacer, cómo deberían decidir los casos”<sup>32</sup>, porque “la función de los tribunales de aplicar e imponer el derecho coexiste con otras”<sup>33</sup>. Más claramente:

“Al decir que el razonamiento jurídico incluye un razonamiento acerca de cómo los tribunales deben decidir los casos según el derecho, quiero indicar una tarea que no debe confundirse con la de decidir lo que los tribunales deben hacer en relación con un caso que se les presenta. A veces los tribunales deben decidir los casos no según el derecho sino en contra de él. La desobediencia civil, por ejemplo, puede ser el único curso de acción moralmente aceptable para los tribunales”<sup>34</sup>.

En fin, más recientemente aún, Joseph Raz afirma que una teoría del derecho es, entre otras cosas, “una teoría sobre las condiciones, si las hay, bajo las que el derecho es *moralmente* legítimo. [...] Nuestro interés en la autoridad legal se refiere a cómo ella establece la autoridad *moral* del derecho”<sup>35</sup>. Matthew Kramer, al defender “la tesis iuspositivista de que el derecho y la moral son estrictamente separables”<sup>36</sup>, la usa de una manera encomiable.

“Cuando las normas aplicables son sustancialmente horribles, cualquiera llamado a imponerlas tendrá el deber moral de comprometerse en desviaciones benevolentes de los dictados de las normas. Lejos de ser obligatoria y legítima *prima facie*, una práctica de imponer estrictamente las normas inicuas es una violación total del deber moral del funcionario”<sup>37</sup>.

---

32. J. RAZ, *Ethics in the Public Domain* (Oxford University Press, Oxford, 1994) 217.

33. *Ibidem*.

34. *Ibid.* 312.

35. J. RAZ, *Between Authority and Interpretation. On The Theory of Law and Practical Reason* (Oxford University Press, Oxford, 2009) 331-332, énfasis añadido.

36. M. H. KRAMER, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings* (Oxford University Press, Oxford, 1999) 26.

37. *Ibidem*.

Finalmente, Timothy Endicott ofrece una formulación contundente de la tesis antilegalista, a la vez que da testimonio de cuán popular ha llegado a ser la visión simplificada de la sujeción de los jueces a la ley: “Es un error popular que el imperio del derecho exige que los jueces decidan las disputas simplemente haciendo efectivo el derecho”<sup>38</sup>. Por el contrario, los jueces tienen el poder legal de crear nuevo derecho *retroactivamente* sobre la base de “consideraciones de justicia” que “serían las mismas con independencia del derecho” de una determinada jurisdicción<sup>39</sup>. Esas consideraciones de justicia “no reciben de ninguna manera su fuerza (en cuanto llamada a la conciencia del juez) del derecho, aunque el juez no puede actuar sobre la base de esas consideraciones si el derecho lo prohíbe”<sup>40</sup>. Como se ve en la frase final de la cita, Endicott es menos moralista que Raz, porque admite que el derecho puede introducir limitaciones expresas, moralmente obligatorias, al poder de los jueces de basar sus decisiones en consideraciones de justicia. Sin embargo, su tesis de que *la fuerza* de las consideraciones jurídicas de justicia, usadas por los jueces, consiste en una “llamada a la conciencia del juez” y que no procede “de ninguna manera” del derecho es un claro eco de la tesis aristotélica sobre lo justo natural.

Este rápido espiguelo de algunas afirmaciones de autores actuales de la tradición analítica no es un estudio de esos autores, sino una muestra de la notable evolución de la jurisprudencia analítica. Ya no se ven los argumentos morales como esencialmente ajenos al razonamiento práctico del juez en cuanto tal. Esto significa que la especificación moral del acto de juzgar como “juicio justo” se remite inevitablemente y con toda legitimidad a criterios de relevancia basados tanto en determinaciones positivas como en razones morales.

Lo mismo ha sucedido en la filosofía jurídica continental, que evolucionó desde el legalismo hacia la hermenéutica. Algunos autores principales de la recepción jurídica de la hermenéutica son Karl

---

38. T. ENDICOTT, *Adjudication and the Law*, “Oxford Journal of Legal Studies” 27/2 (2007) 311–326, 311.

39. Cf. *ibid.* 320.

40. *Ibidem.*

Larenz, Joseph Esser, Joachim Hruschka, Arthur Kaufmann, y Winfried Hassemer<sup>41</sup>. Todos ellos resaltan dos ideas básicas: la implicación del sujeto en la constitución del significado mismo de las reglas y que es inherente al derecho positivo su exigencia del recurso a elementos “transpositivos”<sup>42</sup>. De ese grupo pionero consideraré solamente a Arthur Kaufmann, para añadir a dos autores posteriores que intentan vincular la nueva conciencia hermenéutica con la discusión analítica: Robert Alexy y Alexander Peczenik. Se trata solamente de tres testimonios claros de la convicción sobre la inevitable y legítima imbricación de descripción y valoración, de abstracción y concreción, de normas y principios, de *fidelidad simultánea* a la regla recibida y a la finalidad de justicia intrínseca al derecho.

Arthur Kaufmann observa que el juicio justo exige una decisión jurídica a la que se arriba mediante la articulación prudencial de “principios jurídicos abstractos-generales, suprapositivos y suprahistóricos” y “reglas jurídicas (normas jurídicas) concretas-generales, formal-positivas, no suprahistóricas, pero vigentes durante un mayor o menor período (‘período legal’)” para configurar un “derecho concreto, material-positivo e histórico”<sup>43</sup>. Esta necesidad racional de argumentar a la vez con reglas positivas y principios supralegales se aparta tanto del legalismo como del judicialismo<sup>44</sup>. De manera análoga, Robert Alexy ha elaborado una compleja teoría de la argumentación jurídica y una teoría de los derechos fundamentales que procuran dar orientaciones para justificar premisas del razonamiento jurídico que van más allá de las reglas del derecho positivo<sup>45</sup>, entre

---

41. Cf. M. KLATT, *Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation* (Hart, Oxford, 2008) 33ss. En el ámbito de lengua española, destaca sobre todo Andrés Ollero, quien, desde los años 70 del pasado siglo, ha propuesto una teoría jurídica hermenéutica. Véanse especialmente A. OLLERO TASSARA, *Interpretación del derecho y positivismo legalista* (Edersa, Madrid, 1982) 43 ss; *Derechos humanos y metodología jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989) *passim*; *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política* (Congreso de los Diputados, Madrid, 1996) 201-252, y *El derecho en teoría* cit., 249 ss.

42. Cf. U. SCHROTH, *Hermenéutica filosófica y jurídica*, en A. KAUFMANN y W. HASSEMER (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo* (Debate, Madrid, 1992) 287-309.

43. A. KAUFMANN, *op. cit.*, 170. Se ha eliminado el énfasis del original.

44. *Ibid.* 277.

45. Cf. R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989) 222.

ellas las valoraciones morales<sup>46</sup>. Aunque en circunstancias normales la necesidad de alcanzar una decisión puede dar cierta primacía a “lo legal y lo eficaz sobre lo correcto”, la llamada “fórmula de Radbruch” —remozada por Alexy— exige afirmar que “la extrema injusticia no es Derecho”<sup>47</sup>. El derecho lleva inscrita una “pretensión de corrección” en su mismo carácter argumentativo, lo cual significa que, incluso cuando no es posible decidir según una exigencia ideal de justicia, cuando se han de aplicar normas positivas y precedentes y restricciones institucionales no ideales, la cuestión se presenta como un asunto de justicia conforme al derecho. “Las cuestiones de justicia son cuestiones morales. De este modo la pretensión de corrección establece una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral también en el nivel de la aplicación del Derecho”<sup>48</sup>. Finalmente, Alexander Peczenik piensa que se puede explicar “el número inusual de inferencias no-deductivas en el derecho”<sup>49</sup> observando que “la justificación jurídica contextualmente suficiente es una transacción entre la descripción de las fuentes del derecho y su adaptación creativa a evaluaciones que son generadas continuamente por la persona que realiza el razonamiento”<sup>50</sup>. Estos saltos lógicos basados en valoraciones morales son los más importantes<sup>51</sup>, hasta el punto de que en el razonamiento jurídico “a partir de proposiciones sobre los hechos y sobre el ‘deber ser’ [‘ought’] *moral* se sigue una transformación hacia proposiciones sobre el ‘deber ser’ [‘ought’] *legal*”<sup>52</sup>. Se ha cerrado completamente el círculo de destrucción del legalismo: antes, del deber meramente legal se seguía el deber moral; ahora, el deber moral *precede* a la determinación del deber legal. De ahí que el reconocimiento del conflicto entre el derecho y la moral lleva a Peczenik a formular una propuesta de progresivo desconocimiento del derecho positivo según su grado de injusticia:

---

46. Cf. *ibid.* 27.

47. R. ALEXY, *La institucionalización de la razón*, “Persona y Derecho” 43/2 (2000) 217-249, en 235.

48. *Ibid.* 249.

49. A. PECZENIK, *The Basis of Legal Justification* (University of Lund, Lund, 1983) 2.

50. *Ibidem.* Cf. además *ibid.* 76-78.

51. Cf. *ibid.* 71.

52. *Ibid.* 72.



“Una norma inmoral, por supuesto, no debe ser observada, según el punto de vista *moral*, aunque uno puede tener una obligación *legal* de observarla. Un intérprete del derecho debe, entonces, adaptar esta norma a las evaluaciones morales [...]. *Cualquier grado* de inmoralidad de una norma legal justifica su interpretación correctiva. Un *alto grado* de inmoralidad de la norma justifica una interpretación que la elimina totalmente del orden jurídico [...]. Un grado de inmoralidad de la norma *todavía más alto* puede justificar la desobediencia civil. Un grado de inmoralidad *extremadamente alto* de muchas normas legales, o un grado de inmoralidad muy alto de *muchísimas* normas legales, justifica la conclusión de que el orden normativo como un todo no es un orden jurídico en absoluto. Esta conclusión puede justificar una revolución”<sup>53</sup>.

Eso es lo que llamo *hipermoralismo*. No intento, sin embargo, repasar la historia del resurgimiento del moralismo jurídico, que, como cualquiera puede advertir, también conlleva sus peligros. A fin de cuentas, el legalismo puede ser una ideología que a veces impone la injusticia, pero, al mismo tiempo, puede ser un resguardo contra la arbitrariedad judicial que se camufla bajo pretexto de justicia. Mi reflexión procura precisamente desenmascarar la ambigüedad inherente a la especie del acto que llamamos un juicio justo, que es paradigmático, en realidad, de todo acto de justicia y, por extensión analógica, de toda especificación moral del acto humano. Ni el legalismo ni el judicialismo son una panacea para todos los males de la inseguridad jurídica o de la injusticia legal. La abierta admisión de la indeterminación del juicio justo es un primer paso no solamente para reconocer que ha de especificarse por referencia a criterios a la vez legales y morales, sino también para disponerse moralmente, desde las raíces del propio carácter, a mirar de frente la disyuntiva abierta por la ampliación moralista de la analítica y por la nueva conciencia hermenéutica: nihilismo o derecho natural.

---

53. *Ibid.* 32.

#### 4. NIHILISMO O DERECHO NATURAL: ¿DESILUSIÓN DE LA RAZÓN O APERTURA INAGOTABLE DE LO JUSTO?

El escepticismo sobre las reglas es la tesis de que la ley positiva no es capaz de orientar la conducta, porque los jueces siempre juzgarán conforme a una multitud de factores imprevisibles y externos a la ley y aun contrarios a ella. Los autores escépticos recibieron rápidamente el nombre desconcertante y adecuado de “realistas”. La denominación es adecuada porque, siendo escépticos respecto de las reglas y de su normatividad y capacidad para guiar la acción, se limitan a situar el derecho “tal como es” en hechos empíricos de diversos tipos: estados mentales de los ciudadanos y funcionarios, decisiones judiciales previsibles mediante métodos empíricos, etc. Mas la denominación es también desconcertante, porque estos autores pierden, por una parte, la fe ilustrada en las leyes racionales que puede crear el Estado, pero siguen creyendo en una “realidad” que está igualmente ahí afuera, objetiva, esperando a ser descubierta “tal como es” por los científicos del derecho. Es decir, los realistas creen y no creen. Tal es la encrucijada en que nos encontramos: si se comprueba que, efectivamente, los parámetros puramente legales son insuficientes para guiar y, en definitiva, especificar completamente el juicio justo; que el ideal ilustrado es ilusorio; que tanto el funcionamiento de derecho positivo —su simple eficacia social— como su legitimidad y su justicia exigen recurrir a criterios supraleales de orientación y de especificación del juicio justo; si esto es así, entonces cabe simplemente desesperar de la empresa de establecer *positivamente* parámetros para orientar el juicio justo... Mas esta desesperación revierte sobre el valor mismo de los juicios basados en criterios *extraleales*, porque también estos han de ser formulados en el proceso de justificación del juicio. Declarar que ninguna decisión es mejor que otra *como interpretación de los criterios legales positivos* lleva enseguida a adscribir a *la formulación lingüística de los criterios éticos* la misma incapacidad normativa que a los criterios legales. Eso es arrojar en los brazos del nihilismo.

Así las cosas, el nihilismo nos parece una *confirmación del ideal ilustrado de racionalidad como única racionalidad pensable* junto con la *comprobación de que no es posible: no funciona*. Si el juicio justo depende en medida importante de criterios éticos, pero no hay una ética objetiva, el juicio desligado de la capacidad normativa del derecho po-

sitivo deviene un mero ejercicio de discrecionalidad judicial y aun de arbitrariedad.

Nuestra reflexión no pretende refutar el relativismo o el nihilismo, empresa excesiva en la medida en que no se comparte una mínima confianza en la capacidad de la razón. Se trata solamente de proponer una alternativa y de mostrar su atractivo para quienes no hayan sido totalmente absorbidos por el prejuicio nihilista. La alternativa al nihilismo es una renovada doctrina del derecho natural, lejana de la escuela racionalista y más cercana a Aristóteles. En el ámbito analítico, John Finnis —entre otros— la ofrece como un correctivo al iuspositivismo conceptual, actualmente incoherente, y al extremo opuesto de quienes piensan, como Dworkin y otros iusnaturalistas, que hay una sola respuesta correcta en cuestiones prácticas. Contra el iuspositivismo, Finnis sostiene que excluir la pregunta por lo justo o responderla con alguna forma de no-cognitivism no permite justificar el carácter normativo de las reglas jurídicas positivas. Tomando como punto de partida la tesis de que no es posible deducir una norma a partir de un mero hecho, Finnis observa que los hechos que originan la ley positiva no pueden adquirir carácter directivo para la razón práctica si no se insertan en un marco justificativo más amplio, y, en último término, si no se conectan con los principios morales más básicos<sup>54</sup>. Al mismo tiempo, la razón por sí sola no puede arribar a respuestas únicas a las cuestiones prácticas, que admiten variedad de soluciones; por eso, es necesaria la elección entre alternativas abiertas<sup>55</sup>. Esta posición se corresponde con el rechazo del nihilismo en el ámbito filosófico hermenéutico, como lo formula, por ejemplo, Paul Ricoeur:

“si es verdad que siempre hay más de una manera de interpretar un texto, no es verdad que todas las interpretaciones son iguales y pueden ser asimiladas a las llamadas ‘reglas de experiencia’ [‘rules of thumb’]. El texto es un campo limitado de interpreta-

54. Cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press, Oxford, 2001 [1980]) 231-233.

55. Cf. J. FINNIS, *Natural Law: The Classical Tradition*, en J. COLEMAN Y S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford University Press, Oxford, 2002) 1-60, en 20-23 y 33-37.

ciones posibles. La lógica de la validación nos permite movernos entre los dos límites del dogmatismo y el escepticismo. Siempre es posible argumentar a favor y en contra de una interpretación, confrontar interpretaciones, dictaminar entre ellas, y buscar un acuerdo, incluso cuando este acuerdo permanezca lejos de nuestro alcance”<sup>56</sup>.

En esta dirección han ido, desde hace años, otros renovadores del pensamiento sobre el derecho natural, como Andrés Ollero, Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria, y Francesco D’Agostino, entre otros<sup>57</sup>. Este último ha afirmado que la pregunta de si el jurista “podrá realmente encontrar alguna vez una orientación segura”<sup>58</sup>, ahora que sabemos que no hay una única interpretación válida de las fuentes legales, constituye “un desafío mortal del que es imposible subestimar la relevancia”<sup>59</sup>. Se trata precisamente del desafío del nihilismo, “la posibilidad de rendirse al sin sentido [...], de vaciar la actividad del jurista de toda objetividad, de debilitarla hasta transformarla, en definitiva, solo en un juego”<sup>60</sup>.

La tentación del nihilismo —en sus formas aparentemente suaves, como la negativa simplemente a introducir en la ciencia jurídica la cuestión “subjetiva” o “irracional” de la justicia— es la otra cara de la medalla de la pretensión humana de adueñarse del ser. Tanto la *afirmación dogmática de un sentido único* como la *negación de todo sentido relevante* o de la posible comparación racional entre interpretaciones posibles presuponen cierta *voluntad de dominio sobre el ser*. La creencia en la capacidad de abarcar el ser y de fijarlo en unidad de sentido tiene un correlato jurídico en la creencia en la capacidad de abarcar las exigencias de la justicia y de fijarlas en una norma externa

---

56. P. RICOEUR, *The Model of The Text: Meaningful Action Considered as A Text*, en P. RICOEUR, *Hermeneutics and The Human Sciences* (Cambridge University Press, Cambridge, 1998 [1981]) 197-221, en 213.

57. Cf. A. OLLERO TASSARA, *Interpretación del derecho y positivismo legalista* cit.; *Derechos humanos y metodología jurídica* cit., y *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política* cit.; F. VIOLA Y G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamiento di teoria ermeneutica del diritto* (Laterza, Bari, 1999); F. D’AGOSTINO, *Filosofía del Diritto* (G. Giappichelli, Torino, 1996).

58. F. D’AGOSTINO, *Hermenéutica* cit., 308.

59. *Ibidem*.

60. *Ibidem*.

objetiva, cristalizada de una vez por todas. Las dos son creencias tan absolutistas y dominadoras como sus contrarias, la creencia en la igual vaciedad de toda supuesta aprehensión intelectual y su contraparte jurídica en la creencia en la igual inanidad de toda orientación normativa y juicio de valor. Una hermenéutica abierta al sentido del ser es *una analítica y una hermenéutica del derecho natural*, porque niega los dos extremos del legalismo —iuspositivista o iusnaturalista— y del nihilismo, a la vez que les reconoce el valor que tienen como tentaciones gemelas, opuestas las dos a la intuición básica de que los textos y las acciones y, en realidad, todo lo que se ofrece a la mirada, son densos en una realidad que se nos escapa en su riqueza, pero que en parte se nos abre y se nos ofrece. La *multitud de los sentidos*, en el ser tanto como en la justicia, son lo opuesto de la *privación de todo sentido*. La implicación del sujeto en la determinación del sentido de lo justo no disuelve la exigencia de justicia en una indiferencia general, sino que, por el contrario, se vuelve hacia el sujeto como una mayor exigencia de responsabilidad por sus propios juicios sobre lo justo. Si la hermenéutica afirma “un sentido inagotable”, entonces no puede ser verdad que todas las interpretaciones tengan el mismo valor o ninguno, sino que el juicio justo que el jurista debe emitir está sometido a unas exigencias de “valor inagotable”<sup>61</sup>. El jurista está sometido a la justicia como una exigencia que él no domina, lo cual es todo lo contrario de la *arbitrariedad judicial* y, al mismo tiempo, lo contrario de la absoluta sumisión a las leyes positivas, que es la *arbitrariedad legislativa*.

Los teóricos analíticos del derecho y la hermenéutica iusfilosófica han reconocido que la actividad cognoscitiva práctica está abierta a las razones morales. En consecuencia, esos autores confluyen ahora con la filosofía de la ley natural. La tarea propia de esta tradición no consistía en fijar de una vez por todas las exigencias universales de la justicia, sino en el empeño permanente de argumentación racional para encontrar los criterios sobre lo justo. De ahí la distinción elemental entre la ley natural, con su plenitud inagotable de sentido, y cualquier *teoría* de la ley natural, una formulación humana —más o menos verdadera o errónea, contingente o perennemente válida

---

61. *Ibidem*.

según los casos— de esa ley natural. Nada más contrario a la teoría clásica de la ley natural y a estas nuevas orientaciones analítica y hermenéutica que pretender que esos criterios de justicia son siempre claros e indiscutibles. Incluso la evidencia intrínseca de los primeros principios de la ley natural no escapa a la contingencia de sus formulaciones. Esta contingencia de las formulaciones es la otra cara de la medalla tanto de nuestra falibilidad cognoscitiva, en el caso de formulaciones erróneas, como de la inagotabilidad de sentido y de valor del ser, del universo y del hombre. Son estos límites, entre otras cosas, una parte de mi argumento para incorporar en la gran tradición del pensamiento clásico sobre lo justo los descubrimientos y aportes de la filosofía analítica y de la hermenéutica filosófica cuando defienden la justicia como exigencia intrínseca del razonamiento jurídico.