
Imágenes del Derecho

Images of Law

Josep Joan MORESO

Universitat Pompeu Fabra
josejuan.moreso@upf.edu

RECIBIDO: 12/06/2018 / ACEPTADO: 14/12/2018

Resumen: A partir del trabajo de Francesco Viola sobre el futuro del derecho y de su insistencia en la relevancia de que la aplicación de las normas tome en cuenta las circunstancias del caso particular, intentaré mostrar las razones que llevaron a una concepción de las reglas como normas generales y abstractas, aplicables casi algorítmicamente a los casos individuales. Después me referiré a la conocida crisis que ello generó y a la introducción de los principios en esta imagen. Para terminar arguyendo que esta imagen del derecho como un edificio de dos plantas, las reglas y los principios, no es tampoco adecuada y debe ser sustituida por una imagen de un edificio con una sola planta, con reglas y *defeaters*, los *defeaters* siendo algo como gárgolas, que habitan juntos y remiten a las consideraciones morales, a la argumentación moral.

Palabras clave: reglas; principios; aplicación del derecho; *defeaters*.

Abstract: As a comment on Francesco Viola's work about the future of Law and his insistence in the necessity of legal adjudication takes into account the circumstances of the particular case, I shall intend to show the reasons that led to a view of rules as general and abstract norms, almost algorithmically applicable to individual cases. After I shall refer to the well-known crisis that this idea generated and the introduction of the principles in the law's image. Arguing, as conclusion, that this image of Law as a two storey building (with two floors one for rules, another for principles is not adequate and it should be substituted with the image of a single storey building (with only the ground floor), in where rules and *defeaters* live together, *defeaters* being something like *gargoyles*, that can modify, alter and make more accurate the rules through allowing the use of moral considerations and moral argument.

Keywords: rules; principles; legal adjudication; *defeaters*.

Res humanae circa quas humanae leges versantur innumeris subsunt mutationibus et casibus contingentibus, quos nec legislator humanus semper praevidere potes nec, si posset, illos omnes posset convenienter in particular excipere, quia infinitam confusionem et prolixitatem in legibus induceret, quod esset multo maius incommodum. Ergo necesse est ut lex humana generaliter lata in aliquibus casibus non obliget propter mutationem rerum in eis contingentem.

Francisco Suárez
(2012: Lib. VI, cap. VI, 4.)

1. INTRODUCCIÓN

En este bello texto¹, Francesco Viola destila su comprensión de los retos que le esperan al Derecho en las próximas décadas. Es el resultado de muchas décadas anteriores de reflexión acerca del Derecho y de su lugar en nuestras sociedades. A pesar de que él, como nos recuerda, pertenece a la tradición hermenéutica y yo, me temo, a la tradición analítica, es mucho lo que comparto de lo que dice en este texto. También yo creo que los retos que identifica son los que tenemos planteados.

En mi comentario, sin embargo, me referiré sólo a un aspecto de lo que dice, un aspecto crucial en su propia tradición y que merece la pena ser destacado.

En el tercer epígrafe de su texto, Viola sostiene lo siguiente:

«Otro perfil a señalar, también relacionado con la constitucionalización del derecho y de los derechos, se refiere al retorno de la relevancia de los hechos y del caso concreto. Se pueden dar diversas explicaciones de este paso de la atención por la norma general abstracta hacia la relevancia que el caso concreto reclama de la misma ciencia jurídica. La teoría y la práctica jurídica deben ser reconciliadas de nuevo».

Pues bien, intentaré mostrar las razones que llevaron a una concepción de las reglas como normas generales y abstractas, aplicables casi algorítmicamente a los casos individuales. Después me referiré a la conocida crisis que ello generó y a la introducción de los principios en esta imagen. Para terminar arguyendo que esta imagen del derecho como un edificio de dos plantas, las reglas y los principios, no es tampoco adecuada y debe ser sustituida por una imagen de un edificio con una sola planta, con reglas y *defaters*, que remiten a las consideraciones morales, a la argumentación moral.

En la teoría del derecho contemporánea, al menos a partir de la crítica dworkiniana a la teoría hartiana de las reglas² se acostumbra a presentar una imagen del derecho con arreglo a la cual el derecho está integrado por dos niveles: el nivel de las reglas, que operan en el razonamiento práctico como razones *protegidas*, como razones de primer orden para realizar aquello que las normas prescriben y razones de segundo orden para no obrar de acuerdo con

¹ VIOLA, F., «Il futuro del diritto», *Persona y Derecho*, 79 (2018, II) [en este mismo n°], pp. 9-36.

² DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, cap. II.

las razones de primer orden contrarias a las reglas jurídicas;³ y el nivel de los principios, integrado por pautas que no son perentorias ni opacas a la razón que las justifica y que requieren el juicio para ser aplicados.⁴ Pues bien, la conjetura es la siguiente: esta imagen de dos niveles debe ser sustituida por una imagen con un solo nivel en el que habitan las reglas, pero en este nivel hay también *defeaters*, que funcionan como conductos, como *gárgolas* si se quiere, por el que el razonamiento de aplicación del derecho, principalmente el razonamiento judicial, puede acudir al razonamiento moral. Este es el modo en el cual el derecho trata de preservar el ideal del imperio de la ley, articulando la precisión, con la justicia formal y la equidad.

Comenzaré mostrando una especialmente perspicua concepción *formalista* del derecho que surge en la modernidad. Continuaré presentando la crítica a esta concepción que comporta aceptar que los sistemas jurídicos están integrados por reglas y *principios*. Para terminar con la conjetura final de un derecho abierto al razonamiento moral.

2. LA TEORÍA PRÁCTICA DE LAS REGLAS

Para introducir esta idea usaré una ya antigua distinción de Rawls⁵ sobre los dos conceptos de regla. Como es sabido, en una discusión sobre el utilitarismo, Rawls distingue entre la concepción de las reglas como *resúmenes* y la concepción de las reglas como *prácticas* (lo que después se ha conocido como concepción práctica de las reglas, que es la de Hart⁶ y la de Raz⁷. Para la primera, las reglas sólo son resúmenes de decisiones pasadas, muletas que nos ayudan a tomar decisiones en el futuro, dado cómo hemos decidido en el pasado, pero siempre abiertas a que nuevas circunstancias muestren que debemos cambiar la decisión. El derecho Romano, pensemos en el Digesto, o el

³ Como es sabido, la idea y también la terminología es la de RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975.

⁴ La idea en, por ejemplo, ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Surkhamp, Frankfurt A.M, 1986, cap. III y Atienza-Ruiz Manero (1996: cap. I).

⁵ RAWLS, J., «Two Concepts of Rules», *Philosophical Review*, 64 (1955), pp. 3-32. Ahora en RAWLS, J.; FREEMAN, S.(ed.), *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1999, cap. 2.

⁶ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; y HART, H.L.A., «Postscript» en *The Concept of Law*, BULLOCH, P.; RAZ, J. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1994, 2ª ed.

⁷ RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, cit.

Common Law son buena muestra de esta concepción y, por dicha razón, a veces es asimilada a la concepción de las reglas jurídicas del Derecho pre-moderno. Sin embargo, para la concepción de las reglas como prácticas, estas son reglas que guían y determinan el comportamiento. Y esta es la idea de las leyes en el derecho de la modernidad, surgido de la Ilustración. A menudo acompañada de la idea de que estas leyes son la expresión de la voluntad popular. Las reglas jurídicas establecen deberes, guían la conducta, porque son opacas a su función, a aquello que las funda, y de este modo hacen probable realizar la función. Este modo de caracterizarlas es el que recientemente ha desarrollado Fernando Atria⁸ y el que tomaré aquí como ejemplar para la reflexión y la crítica.⁹

Presentaré las ideas centrales de Atria por medio de tres tesis referidas a: a) la naturaleza de los conceptos jurídicos, b) la naturaleza de las reglas jurídicas y c) el concepto de jurisdicción.

Apoyándose en una taxonomía de Moore¹⁰, Atria¹¹ nos recuerda que los conceptos jurídicos no son conceptos naturales, previa a nuestra actividad humana institucional no hay nada que sea una compraventa o un juez, estos conceptos no son como el de oro, establecido por una cierta estructura molecular o el de leopardo, establecido por una cierta estructura genética. Los conceptos jurídicos son conceptos *funcionales* de una característica peculiar, es su estructura, *opaca*¹² a su función, la que les permite realizar dicha función. En palabras de Atria¹³:

«La función del derecho, en los casos más relevantes, se cumple *por una estructura que es identificada por referencia a una función, estructura que en su operación es ciega a esa función*» (cursiva en el original).

Es, de acuerdo, con Atria la opacidad de la estructura hacia la función, la que hace probable que lo improbable se realice. Por poner uno de sus ejemplos¹⁴,

⁸ ATRIA, F., *La forma del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

⁹ A partir de MORESO, J.J., *Es gibt noch Richter in Berlin. Comentarios sobre La forma del Derecho de Fernando Atria*, inédito, 2018.

¹⁰ MOORE, M., *Placing Blame*, Oxford University Press, Oxford, 1997; y MOORE, M., *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

¹¹ ATRIA, F., *La forma del Derecho*, cit., pp. 136-137.

¹² *Ibid.*, p. 149.

¹³ *Ibid.*, p. 148.

¹⁴ *Ibid.*, p. 156.

las condiciones de un testamento válido hacen probable que la voluntad expresada en un documento sea la última voluntad del causante.

Con estas ideas es posible formular la primera tesis de Atria, la tesis de los conceptos jurídicos (TCJ), del siguiente modo:

(TCJ) Los conceptos jurídicos tienen una función, mediada por una estructura que es opaca a dicha función.

La segunda tesis es una tesis sobre la naturaleza de las reglas jurídicas. Estas reglas cristalizan de determinado modo las razones que las justifican. Disfrutan, se ha dicho a veces, de *autonomía semántica*¹⁵, es decir, podemos averiguar lo que ella ordena sin conocer ni apelar a las razones que justifican tener la regla. Por ejemplo, la norma que prohíbe fumar en los aviones es identificable al margen de las razones (bastante obvias por otro lado) que la justifican. Llamemos a esta segunda tesis la tesis de las reglas jurídicas (TRJ):

(TRJ) Las reglas jurídicas guían la conducta de sus destinatarios y son opacas a las razones que las justifican, a su función.

La tercera tesis se refiere a la aplicación del derecho, a la jurisdicción. Y según Atria¹⁶, la idea de la aplicación de la ley es la siguiente:

«La ley correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas, y la función del juez es declarar que un estado de cosas sometido a su conocimiento corresponde o no a un caso genérico correlacionado por la ley con una solución genérica (=si las propiedades que definen el caso genérico son o no verdaderas en el caso del que está conociendo), de modo que este deba o no ser correlacionado con la solución específica correspondiente a la solución genérica contenida en la ley».

Esto nos permite establecer la tercera tesis atriana, la tesis de la jurisdicción (TJ):

«(TJ) La función de la jurisdicción consiste en dar a cada uno lo suyo, aplicando el derecho, esto es, mediante la subsunción de los casos individuales en los casos genéricos establecidos por las reglas jurídicas».

¹⁵ La idea en SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 53. Véase también LAPORTA, F.J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, p. 83.

¹⁶ ATRIA, F., *La forma del Derecho*, cit., p. 204.

Si esto fuese todo, entonces Atria nos estaría presentado alguna versión del formalismo extremo, de la aplicación mecánica de las leyes. Pero esto no es todo. Atria¹⁷ considera que «no aplica la ley el que la aplica ‘mecánicamente’». Se vale de una idea de Friedrich Karl von Savigny¹⁸ cuando distingue dos casos en que la ley es defectuosa: por expresión *indeterminada* (*Unbestimmter Ausdruck*) y por expresión *impropia* (*Unrichtiger Ausdruck*). En el primer caso, por ejemplo en casos de vaguedad, la ley no determina el resultado, en el segundo caso, la ley determina el resultado, pero lo determina de modo contradictorio con «el verdadero pensamiento de la ley». Y Atria sostiene:

«La corrección de la expresión impropia de la ley es la forma paradigmática de ejercicio de la potestad jurisdiccional, es de hecho lo que nos provee la clave para entender la jurisdicción»¹⁹.

La idea que quiero poner en discusión, que está presente en las dos primeras tesis que he atribuido a Atria (TCJ) y (TRJ) y que muestra la debilidad de esta concepción, es la de la opacidad de las reglas hacia las razones que la justifican, hacia su función. Comenzaré con dos casos relevantes, el primero de mitad del XIX y decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos y el segundo, de comienzos del siglo XX, decidido por el Tribunal Supremo de la Alemania de Weimar.

Tomemos el siguiente caso (un caso favorito del iusfilósofo Michael Moore²⁰), el caso *Kirby vs. United States*.²¹ En este caso Kirby, un sheriff, fue detenido por el delito federal de obstruir o detener el paso del correo, y era cierto que él había realizado esta acción contemplada por la legislación penal federal, de hecho había retrasado la salida de un barco fluvial con la intención, que llevó a cabo, de arrestar a un cartero acusado de un delito de homicidio. La Corte Suprema absolvió a Kirby, en una decisión unánime, por considerar que, a los efectos legales, la acción de Kirby no era una obstrucción del correo. Argumentó que las interpretaciones literales que llevan «a la injusticia, la

¹⁷ *Ibid.*, p. 206.

¹⁸ SAVIGNY, F.K., *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin, 1840, I.IV.35. Disponible en <<http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22199236%22>> [consultado: 12/06/2018].

¹⁹ ATRIA, F., *La forma del Derecho*, cit., p. 212

²⁰ MOORE, M., «Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology», *Law and Philosophy*, 21 (2002), pp. 625-626

²¹ 74 U.S. (7 Wall.) 482 (1869).

opresión, o a absurdas consecuencias» han de ser evitadas y que «la razón de la ley en tales casos debe prevalecer sobre su tenor literal».

El segundo caso (que traen como ejemplo de lo que denominan *lagunas axiológicas*)²², tal vez más controvertido, es el de la absolución de un médico que había practicado un aborto a una mujer alemana que había desarrollado una aversión tal al hecho de estar embarazada, que le producía tendencias suicidas y había cometido varios intentos de suicidio. Aunque el código penal alemán del momento contenía (en el art. 218) una represión genérica del aborto y (en el art. 54) el estado de necesidad sólo era contemplado cuando comportaba un peligro inminente para el autor del hecho o para un pariente, cosa que a todas luces no se daba en el caso del médico, el 11 de marzo de 1927 el *Reichsgerichts* decidió que en este caso era aplicable lo que la doctrina alemana llama, significativamente, una causa *extralegal* de justificación, un estado de necesidad justificante para el médico.²³

Atria, según creo, argumentaría que estos dos casos están bien decididos, porque son casos en los que las leyes usaban expresiones *impropias*. Pero, me temo, entonces las reglas jurídicas que las incorporaban no eran opacas a las razones que justifica tener tales reglas. La aplicación de dichas reglas en esos casos, el ejercicio de la jurisdicción, no era tampoco opaco totalmente a su función. Parece que Atria considera que una adecuada comprensión de la adjudicación (la distinción entre el discurso de justificación y el discurso de la aplicación) permite preservar la opacidad de la regla y autorizar las decisiones aplicativas de los jueces, apartándose de la regla. Pero, sinceramente, no veo como ello es posible. En realidad, lo que en ambos casos ha elaborado el derecho contemporáneo es una más sofisticada incorporación de las causas penales de justificación, de modo que, en el primer caso, o bien el estado de necesidad (salvar un bien de mayor valor, protegido también por la legislación: la persecución de los homicidas, véase el *Model Penal Code* de 1962)²⁴ o bien el ejercicio de un cargo figuran como *defeaters* de todos los tipos penales, haciendo así la legislación penal sensible a las razones que la justifican, no totalmente opaca. Lo mismo ocurre en el caso del aborto en Alemania, con una regulación más adecuada del estado de necesidad (en los artículos 34 y 35 del actual código vigente). La elaboración del derecho de la modernidad ha elaborado mecanismos para que ya la formulación de las

²² ALCHOURRÓN, C.E.; BULYGIN, E., *Normative Systems*, Springer, Nueva York-Viena, 1971, p. 112.

²³ RGSt 61, 242.

²⁴ MPC §3.02(1).

reglas jurídicas sea más sensible a las razones que las justifican y no sea aplicable a casos recalcitrantes. Se considera, con buenas razones, que estas formulaciones son más respetuosas con la autonomía de los destinatarios que formulaciones opacas a dichas razones. Algo semejante sucede con los vicios del consentimiento (y con los conceptos jurídicos indeterminados) en el derecho privado, que se comportan de manera similar a las causas de justificación en el derecho penal²⁵.

Y si esta eventualidad es aceptada, entonces debemos rechazar la tesis (TRJ) conforme a la cual las reglas jurídicas guían el comportamiento de un modo totalmente opaco a las razones que las justifican, la estructura no es ciega a la función en los conceptos jurídicos, contra la tesis (TCJ). Y aceptar lo anterior tiene un precio: la política y el derecho se entrecruzan. Porque este acceso a las razones que justifican las reglas nos aboca a los conceptos controvertidos. El acuerdo aquí depende del hecho de compartir determinados presupuestos que subyacen a las reglas y aquí las discrepancias son múltiples. Por ejemplo, últimamente he leído un trabajo (Martín Farrell 2014) en el que defiende; desde un formalismo positivista extremo, que en el caso hecho famoso por Dworkin *Riggs v. Palmer*²⁶, en el que se planteaba si el nieto de Palmer, Elmer, tenía derecho a la herencia, a pesar de haber causado su muerte, dado que era el nombrado heredero y ninguna ley del Estado de Nueva York establecía la exclusión por homicidio del causante; defiende –decía– el derecho a heredar del nieto. Y en el caso *Kirby* el gobierno federal, a través del Fiscal general, llevó el caso hasta la Corte Suprema arguyendo que el sheriff había cometido el delito federal de obstrucción del correo. Y el caso del aborto en Alemania, suscitó una gran polémica y todavía ahora, en algunas culturas jurídicas, lo suscitaría. Es decir, y este es uno de los argumentos centrales de Dworkin contra el positivismo jurídico, no hay acuerdo sobre cuáles son las condiciones de verdad de las *proposiciones jurídicas*, las proposiciones que describen el contenido de lo que el Derecho requiere²⁷.

²⁵ La idea de la analogía en HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1968, pp. 28-53. He desarrollado ampliamente esta idea en Moreso, J.J., «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *Doxa*, 24 (2001), pp. 525-546; y MORESO, J.J., «Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality», en FERRER BELTRAN, J.; RATTI, G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 225-237.

²⁶ 115 N.Y. 506 (1889).

²⁷ Véase DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, DWORKIN, R., *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006 y DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.

3. LA JURISPRUDENCIA DE LAS RAZONES²⁸

En el recientemente comentado *Riggs v. Palmer*, el Tribunal de Nueva York decidió que el caso había de decidirse contra Palmer, en virtud del principio jurídico con arreglo al cual nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilegítimos. Y este es el famoso ejemplo con el que Dworkin²⁹ ataca la concepción hartiana del Derecho. Esta concepción³⁰ sostiene, dicho brevemente, que el derecho es un edificio de dos plantas: en la primera planta habitan las reglas y en el segundo los principios, pautas que son mutuamente excluyentes.

Presentaré esta imagen del Derecho en el modo en que aparece en Atienza-Ruiz Manero³¹. Bajo el supuesto de que todas las normas pueden ser presentadas con un esquema condicional, las ideas de A-RM con relación a la distinción entre principios y reglas pueden ser expresadas en la siguiente tesis la tesis de los principios y las reglas:

(TPyR): Mientras las reglas delimitan de forma cerrada sus condiciones de aplicación, los principios delimitan sus condiciones de aplicación de forma abierta.

En palabras de A-RM³²:

«La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas».

²⁸ Así denomina Schauer en SCHAUER, F., «The Jurisprudence of Reasons (reviewing *Law's Empire* by Ronald Dworkin)», *Michigan Law Review*, 85 (1987), pp. 847-878.

²⁹ DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, cit., cap. II.

³⁰ También presente en ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, cit., cap. III.

³¹ ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I, siguiendo la presentación y las objeciones tal y como fueron presentadas en MORESO, J.J., «Come far combattere i pezzi del Diritto». *Analisi e Diritto*, 7 (1997), pp. 79-118.

³² ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, cit., p. 9.

Esta diferencia se corresponde con lo que A-RM denominan un enfoque *estructural*, consistente en ver las normas como entidades organizadas de una cierta manera. A ello A-RM añaden dos enfoques ulteriores: un enfoque *funcional*, centrado en el papel que las normas ocupan en el razonamiento práctico y un tercer enfoque que contempla las normas en conexión con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad³³. La única razón de privilegiar el enfoque estructural para establecer la distinción entre reglas y principios reside en que éste, según creo, es previo a los anteriores, en el sentido de que permite explicar el modo diferente en que principios y reglas actúan en el razonamiento práctico y, también, su conexión con las relaciones de poder y los intereses presentes en una sociedad. Me limitaré a tratar de mostrar el carácter previo del enfoque estructural respecto al enfoque funcional, confiando en que si este intento tuviera éxito, un análisis semejante mostraría que también el análisis de la distinción en términos de las relaciones de poder e intereses presentes en una sociedad depende de la distinción estructural.

Desde el punto de vista funcional, A-RM señalan que las reglas jurídicas actúan en el razonamiento práctico como *razones perentorias e independientes del contenido*³⁴. Las reglas son razones perentorias (*razones protegidas*, en la terminología de Raz³⁵ en el doble sentido de que son razones de primer orden para realizar la acción prescrita y razones de segundo orden (*razones excluyentes*) para excluir cualquier deliberación del destinatario de la norma acerca de los argumentos en pro y en contra de realizar dicha acción. Y son razones independientes del contenido puesto que su carácter perentorio viene otorgado en razón de su origen o fuente en la autoridad normativa que la ha promulgado.

En cambio, los principios no son razones perentorias puesto que no excluyen la deliberación del destinatario de la norma, son sólo razones de primer orden que señalan una dirección respecto al curso de acción a tomar, pero que entran en la deliberación del agente junto a otras razones (otros principios) y que pueden, por lo tanto, ser superadas en el balance de razones.

Como puede apreciarse, la virtualidad de esta distinción depende de la caracterización estructural de las normas y de los principios. Como las reglas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, gozan —a la hora de ser

³³ *Ibid.*, pp. 6-7

³⁴ Tomando la caracterización de HART, H.L.A., «Commands and Authoritative Legal Reasons' en H.L.A. Hart», *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982, pp. 243-268.

³⁵ RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, cit.

aplicadas— de cierta *autonomía semántica*³⁶, como sabemos, y pueden configurarse como razones para la acción de carácter perentorio, en cambio dado que los principios tienen abiertas sus condiciones de aplicación no pueden convertirse en razones perentorias para la acción. Es más: en la versión inglesa del libro³⁷ modifican ligeramente esta posición. Ahora los principios son normas categóricas, en el sentido de von Wright³⁸: normas cuya única condición —consiste en la oportunidad de que pueda acaecer el contenido de la norma —por ejemplo: que la puerta esté abierta si la norma prescribe cerrarla— y parece que esta es la diferencia más relevante ahora con las reglas, que son normas hipotéticas.

Pero, sea como fuere, parece que la sugerencia de Atienza-Ruiz Manero es que los principios se comportan como pautas *prima facie*³⁹ o, como ahora se prefiere, *pro tanto*. Mientras las reglas son pautas *decisivas*, aplicables *all things considered*.

Y esta es la imagen que ha sido a menudo, creo con buenas razones, puesta en cuestión. Se ha dicho que no sólo los principios son pautas *pro tanto*, sino que también lo son las reglas⁴⁰. Es más, dado que es una función principal de los principios exceptuar las reglas, entonces las reglas tampoco tienen cerradas sus condiciones de aplicación, se aplican solamente cuando no son superadas por la fuerza de algún principio (una objeción que se hallaba ya en Raz⁴¹).

A esta objeción, contestan A-RM⁴² señalando que el Derecho guía el razonamiento de sus órganos de aplicación en dos niveles: en el primer nivel, los órganos de aplicación deliberan acerca de si se impone el principio «debe hacerse lo prescrito por las reglas jurídicas» o bien se impone un principio con mayor peso; si el primer principio resulta victorioso entonces se pasa al segundo nivel: se aplica la regla jurídica como una razón perentoria. Entonces, las reglas jurídicas son razones perentorias en el segundo nivel.

³⁶ SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1991, pp. 53-62.

³⁷ ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J., *A Theory of Legal Sentences*, trad. de Zimmerling, R., Kluwer, Dordrecht, 1998, pp. 9-10, nota 1.

³⁸ WRIGHT, G.H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963, p. 74.

³⁹ *Vid.* ROSS, D., *The Right and the Good*, Oxford University Press, Oxford, 1930.

⁴⁰ Po ejemplo PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; PRIETO SANCHÍS, L., «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, 13 (1993), pp. 315-327; PECZENICK, A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989 y PECZENICK, A., «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, 12 (1992), pp. 327-332.

⁴¹ RAZ, J., «Legal Limits and the Principles of Law», *The Yale Law Journal*, 81 (1972), pp. 823-854. *Vid.* la defensa de Dworkin en DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, cit., cap. III.

⁴² ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, cit., pp. 33-34.

En mi opinión, esta distinción entre niveles del razonamiento no consigue destruir la objeción. El principio «debe hacerse lo prescrito por las reglas jurídicas» (que, por cierto, no prescribe nada que no sea redundante con lo prescrito por las reglas jurídicas⁴³) sólo puede llenarse de contenido y entrar en la deliberación de alguien si conocemos el contenido de lo prescrito por las reglas jurídicas. Así, si una norma prescribe castigar penalmente a aquellos que queman la bandera nacional y se considera que esta norma va contra el principio que establece y protege la libertad de expresión, entonces este principio exceptúa la aplicación de la norma que prescribe sancionar a los que queman la bandera nacional. Es necesario que el juez penal considere el conflicto en términos de aplicar la norma penal o bien considere desplazada esta obligación por el principio de la libertad de expresión. El deber de comportarse como las reglas jurídicas prescriben sólo puede llenarse de contenido averiguando qué prescriben dichas reglas. Si se acepta el anterior argumento, entonces la estructura en dos niveles se diluye: el juez debe considerar si el deber impuesto por una regla jurídica no queda desplazado por el deber impuesto por algún principio, sólo si no queda desplazado entonces debe aplicar la regla jurídica. Pero, eso también ocurre con los principios, si el deber prescrito por el principio P no queda desplazado por algún otro principio, entonces el juez debe aplicar P.

De tal forma, los principios podrían entrar en conflicto con otros principios y con las reglas. A su vez, las reglas podrían entrar en conflicto con otras reglas y también con los principios. La distinción se atenúa. Esta es la posición expresada por Hart en el *Postscript a The Concept of Law*⁴⁴ en donde discute la posición de Dworkin (que inspira este aspecto de la construcción de A-RM). Comentando el conocido caso, que Dworkin ha hecho famoso, *Riggs v. Palmer*, en donde el principio «nadie puede sacar provecho de su propia acción ilícita» supera el deber de aplicar las reglas jurídicas sobre testamentos que no prohibían heredar al homicida del causante, escribe:

«Este es un ejemplo de un principio que vence en la competición con una regla, pero la existencia del principio muestra ciertamente que las reglas no tienen un carácter todo-o-nada, puesto que se hallan sujetas a entrar en

⁴³ ROSS, A., «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural», trad. de G.R. Carrió, O. Pascheron en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 18.

⁴⁴ HART, H.L.A., «Postscript» en *The Concept of Law*, cit., p. 262.

conflicto con principios que pueden desplazarlas. Incluso si tales casos se describen (como Dworkin sugiere a veces) no como conflictos entre reglas y principios, sino como un conflicto entre el principio que explica y justifica la regla bajo consideración y algún otro principio, el contraste nítido entre reglas todo-o-nada y principios no-concluyentes desaparece; según esta concepción una regla no consigue determinar un resultado en un caso al que es aplicable según sus propios términos, si su principio justificante es desplazado por otro. Lo mismo sucede si (como Dworkin también sugiere) pensamos en un principio como suministrando una razón para una nueva interpretación de alguna regla jurídica claramente formulada.

Esta incoherencia en la pretensión de que un sistema jurídico consiste de reglas todo-o-nada y principios no-concluyentes puede ser evitada si admitimos que la distinción es una cuestión de grado»⁴⁵.

Es decir, la imagen del derecho como un edificio de dos plantas no se sostiene. Una planta se desploma, me temo, sobre la otra. Y, tal vez, los principios acaban de tal modo usurpando el lugar de las reglas, que ya sólo nos queda una jurisprudencia de razones. En los términos de Schauer:

El paradigma actual para la aplicación del derecho en la cultura jurídica americana puede que ya no sea el de la toma de decisiones vinculadas por reglas. Este nuevo paradigma, por el contrario, subraya la importancia ya no de decidir el caso de acuerdo con la regla, sino de recortar la regla para adecuarla al caso. En lugar de inclinarse ante la inevitable resistencia de las reglas, el nuevo paradigma exalta las razones que actúan sin la rigidez mediadora de las reglas [...] Y dado que esta nueva jurisprudencia trata de que

⁴⁵ Dworkin (DWORKIN, R., «Hart's Posthumous Reply», *New York University Law School Colloquium on Legal, Political, and Social Philosophy*; 1994; ahora en *Harvard Law Review*, 130 (2017), pp. 2096-2121) ha replicado a esta objeción hartiana señalando que, después de la decisión de la *Court of Appeal* de Nueva York en *Riggs v. Palmer*, la regla sobre testamentos *ha cambiado*, ahora ya no es válida una regla que dijera que un testamento es válido si cumple con todos los requisitos formales especificados en la ley sobre testamentos. En un sentido, ésta es una respuesta sorprendente ya que una de las razones dworkinianas para distinguir entre reglas y principios era que una explicación positivista del Derecho (que no acomodara los principios en su seno) conllevaría la aceptación del establecimiento de deberes jurídicos por parte de los jueces *ex post facto* (Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, cit., p. 30). Si la regla antes aludida alguna vez fue válida, entonces la *Court of Appeal* creó nuevos deberes jurídicos (como querría un positivista defensor de la discreción judicial); si la regla siempre estuvo exceptuada por el principio, entonces la regla no creó nuevos deberes jurídicos, pero no establecía deberes concluyentes, sino sólo razones *prima facie*. *Id.*, en el mismo sentido, SCHAUER, F., «Constitutional Invocations», *Fordham Law Review*, 65 (1997), pp. 1306, nota 44.

veamos las reglas como continuamente sujetas a ser moldeadas para mejor procurar los propósitos detrás de las reglas frente a un mundo cambiante, podemos decir que lo que emerge es una jurisprudencia no de reglas sino de razones⁴⁶.

4. UN MODELO DE REGLAS CON *DEFEATERS*

Farnsworth⁴⁷ introduce su distinción entre reglas y estándares (que aquí podemos traducir por ‘principios’) del siguiente modo: «Hay una diferencia general entre una regla y un estándar: las consecuencias de la regla se activan una vez hemos establecido los hechos, un estándar requiere un juicio acerca de los hechos antes de operar con él».

Esta es una idea que supone que la diferencia es de grado: hay pautas que se auto-aplican en la mayoría de los casos, hay pautas que requieren, en mayor o menor medida, nuestro juicio. Todas estas pautas habitan juntas en la misma planta del edificio.

En la tradición hermenéutica, la tradición de Francesco Viola, esta es una idea prevalente. La construcción de la premisa mayor del razonamiento judicial requiere, algunas veces, ser capaz de percibir todos los rasgos *relevantes* de la situación a la que va a ser aplicado. En el derecho habitan principios, estándares y *defeaters* que autorizan el juicio del aplicador del derecho, que activan su capacidad de formular excepciones a determinadas reglas para proceder a aplicarlas⁴⁸.

Una idea bien elaborada en Günther⁴⁹ con su distinción entre el discurso de justificación, que mira a la universalización de la regla en el sentido de si han sido considerados los intereses de todos al formularla, y el discurso de aplicación que mira a cómo ha de ser seguida la regla en el caso individual,

⁴⁶ SCHAUER, F., «The Jurisprudence of Reasons (reviewing *Law's Empire* by Ronald Dworkin)», cit., p. 847.

⁴⁷ FARNSWORTH, W., *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago University Press, Chicago, 2007, p. 164.

⁴⁸ *Vid.*, por ejemplo, VIOLA, F.; ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 401-407; VIOLA, F., *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 228-232 y TRUJILLO, I.; VIOLA, F., *Human Rights Are Not (Or Not Only)*, Nova Science Publishers, New York, 2014, pp. 19-29.

⁴⁹ GÜNTHER, K., *The Sense of Appropriateness*, trad. de Farrell, J., State University of New York, Albany (NY), 1993.

dadas sus circunstancias particulares, seleccionando entonces todas las propiedades relevantes de la circunstancia individual.

De este modo, creo, pueden convivir las reglas y el modo de activar sus excepciones en el mismo edificio, sin colapsar en una jurisprudencia de razones (sin reglas). Para alcanzar el equilibrio en esta posición intermedia es preciso tener en cuenta, al menos, dos cautelas que señala Juan Carlos Bayón⁵⁰: en primer lugar, «en un derecho de principios y reglas la solución prevista por la regla goza de una presunción *prima facie* de aplicabilidad que sólo puede ser desvirtuada en un caso concreto mediante una argumentación basada en principios»⁵¹ y, en segundo lugar, «el Estado constitucional no sólo incorpora principios que actúan como parámetros de justificación del *contenido* material de la acción de los poderes públicos, sino también principios formales como los de certeza y seguridad de naturaleza institucional, como los relativos a la división de poderes y funciones dentro del Estado, es decir, relativos a la atribución de autoridad». Estas dos más que razonables cautelas de Bayón hacen que lo más sensato sea aspirar a un derecho que sea, en relación con su aplicabilidad, una «jurisprudencia de razones con reglas» o, lo que es lo mismo, «una jurisprudencia de reglas con *defeaters*».

REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, C.E.; BULYGIN, E., *Normative Systems*, Springer, Nueva York-Viena, 1971.
 ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Surkhamp, Frankfurt A.M, 1986.
 ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
 — *A Theory of Legal Sentences*, trad. de ZIMMERLING, R., Kluwer, Dordrecht, 1998.
 ATRIA, F., *On Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford, 2002.
 — *La forma del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
 BAYÓN, J.C., «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», *Jueces para la democracia*, 27 (1996), pp. 41-49.
 DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.

⁵⁰ BAYÓN, J.C., «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», *Jueces para la democracia*, 27 (1996), pp. 48.

⁵¹ Y la estructura institucional del derecho distribuye de manera diferenciada el poder de activar estos mecanismos de excepción a las reglas: «los órganos de la administración no tienen el poder de inaplicar los reglamentos, en los sistemas de control concentrado los jueces ordinarios no tienen autoridad para inaplicar las leyes». *Vid.* MORESO, J.J., «Con la plomada de Lesbos. Cevalano sobre Rule of Law y particularismo», *Revista iberoamericana de argumentación*, 13 (2016), pp. 1-23.

- *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986.
- «Hart's Posthumous Reply», *New York University Law School Colloquium on Legal, Political, and Social Philosophy*; 1994; ahora en *Harvard Law Review*, 130 (2017), pp. 2096-2121.
- *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006.
- *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.
- FARNSWORTH, W., *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law* (Chicago University Press, Chicago, 2007).
- FARRELL, M.D., «Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer», *Lecciones y Ensayos*, 93 (2014), pp. 63-84.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
- *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1968.
- «Commands and Authoritative Legal Reasons' en H.L.A. Hart», *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982, pp. 243-268.
- «Postscript» en *The Concept of Law*, BULLOCH, P.; RAZ, J. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1994, 2ª ed.
- GÜNTHER, K., *The Sense of Appropriateness*, trad. de FARRELL, J., State University of New York, Albany (NY), 1993.
- LAPORTA, F.J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- MOORE, M., *Placing Blame*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- «Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology», *Law and Philosophy*, 21 (2002), pp. 619-705.
- MORESO, J.J., «Come far combaciare i pezzi del Diritto». *Analisi e Diritto*, 7 (1997), pp. 79-118.
- «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *Doxa*, 24 (2001), p. 525-546.
- *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- «Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality», en FERRER BELTRAN, J.; RATTI, G.B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 225-237.
- «Con la plomada de Lesbos. Celano sobre Rule of Law y particularismo», *Revista iberoamericana de argumentación*, 13 (2016), p. 1-23.
- *Es gibt noch Richter in Berlin. Comentarios sobre La forma del Derecho de Fernando Atria*, inédito, 2018.
- PECZENICK, A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989.
- «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, 12 (1992), pp. 327-332.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa*, 13 (1993), pp. 315-327.

- RAWLS, J., «Two Concepts of Rules», *Philosophical Review*, 64 (1955), pp. 3-32. Ahora en RAWLS, J.; FREEMAN, S.(ed.), *Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1999, cap. 2.
- RAZ, J., «Legal Limits and the Principles of Law», *The Yale Law Journal*, 81 (1972), pp. 823-854.
- RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975.
- ROSS, A., «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural», trad. de Carrió, G.R.; Paschero, O., en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 18.
- ROSS, D., *The Right and the Good*, Oxford University Press, Oxford, 1930.
- SAVIGNY, F.K., *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin, 1840. Disponible en <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22199236%22> [Consultado: 12/06/2018].
- SCHAUER, F., «The Jurisprudence of Reasons (reviewing *Law's Empire* by Ronald Dworkin)», *Michigan Law Review*, 85 (1987), pp. 847-878.
- *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- «Constitutional Invocations», *Fordham Law Review*, 65 (1997), pp. 1205-1312.
- SUÁREZ, F., *De legibus ac Deo legislatore. Liber VI: De interpretatione, cessatione et mutatione legis humanae* [1612], BAIERO, C.; SOTO, J.M. (eds.), CSIC, Madrid, 2012.
- TRUJILLO, I.; VIOLA, F., *Human Rights Are Not (Or Not Only)*, Nova Science Publishers, New York, 2014.
- VIOLA, F., *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- «Il futuro del diritto», *Persona y Derecho*, 79 (2018, II) [en este mismo número], pp. 9-36.
- VIOLA, F.; ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- WRIGHT, G.H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

