

## POSITIVISMO JURÍDICO: DEJEN QUE HEREDE PALMER\*

MARTÍN DIEGO FARRELL\*\*

**Resumen:** En el trabajo se efectúa una nueva lectura de la vieja disputa filosófica entre Dworkin y Hart a la luz del precedente *Riggs v. Palmer*. En primer lugar, se realiza una breve reseña histórica de la evolución de las dos grandes corrientes de la filosofía del derecho (el positivismo y el iusnaturalismo). En segundo lugar, se repasan cuáles son los principales argumentos de Dworkin contra el positivismo. En tercer lugar, se analiza la réplica positivista de Hart y Carrió. Finalmente, se ofrece una nueva posición respecto a las diferencias teóricas entre estos filósofos.

**Palabras clave:** positivismo – derecho natural – reglas – principios – *riggs v. palmer*.

**Summary:** In this article the author offers us some reconsiderations of the old philosophical dispute between Dworkin and Hart, from the perspective of the judgement in *Riggs v. Palmer*. Firstly, the author makes a brief historical review of the evolution of the two main schools of thought of philosophy of law (legal positivism and natural law). Secondly, the author reviews the most important arguments of Dworkin against legal positivism. Thirdly, the author analyzes the positivist reply of Hart and Carrió. Finally, the author offers us a new position regarding the theoretical differences between these philosophers.

**Keywords:** legal positivism – natural law – rules – principles – *riggs v. palmer*.

\* Recepción del original: 21/11/2014. Aceptación: 27/12/2014.

\*\* Profesor Emérito de la UBA, Profesor de la Universidad de Palermo y Premio Konex de Platino en Ética. Fue Profesor Visitante en la Universidad de Santiago de Compostela, ITAM (México) y en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), Visiting Scholar en New York University y Columbia University (Estados Unidos) y Senior Research Affiliate en Yale University (Estados Unidos), Vicepresidente de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas y Secretario de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Ha escrito diecisiete libros sobre filosofía del derecho, moral y política y más de setenta artículos sobre esos temas, publicados en español, inglés, italiano y alemán. Este trabajo fue leído en el Seminario de Teoría Jurídica de la Universidad de San Andrés y en el Seminario del Doctorado de la Universidad de Palermo. Agradezco las valiosas sugerencias de sus participantes.

*Incluso las leyes dependen de los caprichos.  
Porque las leyes tienen que ser interpretadas.  
Las leyes, mis amigos, nunca pueden proteger  
a un hombre de un trato arbitrario, porque las  
leyes son aplicadas por hombres arbitrarios.  
¿Qué sé yo de los caprichos de un juececito?  
Son peores que los caprichos de la gente  
común.*

JOSEPH ROTH<sup>1</sup>

## I. COMIENZA LA HISTORIA

Desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX la teoría del derecho en Inglaterra estuvo influenciada por una versión del positivismo jurídico, expuesta por John Austin en su libro *Lectures on Jurisprudence*, aparecido en 1861,<sup>2</sup> teoría que desplazó así a la tradición iusnaturalista que había defendido Blackstone.

En sus *Commentaries on the Laws of England*, cuya publicación comenzó en 1753, Blackstone defendió la tesis de un derecho natural de origen divino, de acuerdo al cual el hombre debe estar sujeto necesariamente a las leyes de su creador. La voluntad del creador es llamada ley de la naturaleza, y está basada en aquellas relaciones de justicia que existen en la naturaleza de las cosas, previas a cualquier precepto positivo. Esta ley de la naturaleza, coetánea con la humanidad, y dictada por Dios mismo, es desde luego superior a cualquier otra en términos de obligación, sostenía Blackstone, y ninguna ley humana contraria a ella tiene ninguna validez.<sup>3</sup>

Es en contra esta idea que se rebela Austin. En realidad, él —al menos parcialmente— estaba describiendo las ideas de Bentham, pero las publicó con anterioridad a éste. La versión benthamita del positivismo jurídico recién llegó al público cuando en 1945 Charles Everett dio a conocer el manuscrito que él denominó *The Limits of Jurisprudence Defined*,<sup>4</sup> que Hart volvió luego a publicar en 1970 —con modificaciones— bajo el título *Of Laws in General*,<sup>5</sup> y que Schofield publicó nuevamente

1. ROTH, J., *Confession of a Murderer*.

2. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, John Murray, Albermarle Street, 1991. En 1832 Austin había publicado *The Province of Jurisprudence Determined*, la que resultaría ser una suerte de introducción a las *Lectures*.

3. BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Philadelphia, J.B. Lippincott Company, 1893, pp. 45-47.

4. BENTHAM, J., *The Limits of Jurisprudence Defined*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1970.

5. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, Londres, The Athlone Press, 1970.

—también con modificaciones— en el año 2010, denominándolo *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*.<sup>6</sup>

Una de las tesis centrales de la teoría consistía en sostener que las normas jurídicas eran órdenes emitidas por el soberano, y esta tesis fue objeto de la crítica de Hart. En realidad, ya Kelsen había dado cuenta de ella, y sus objeciones estaban disponibles en idioma inglés desde la aparición —en 1945— de su *General Theory of Law and State*, pero los juristas ingleses nunca fueron muy proclives a aceptar influencias foráneas, de donde la idea benthamita subsistió hasta la aparición de las objeciones de Hart (las que — obviamente— no se limitaron a cuestionar el carácter de órdenes que revestían las normas).

El libro de Hart —*The Concept of Law*— fue publicado en 1961, se convirtió de inmediato en centro de atención, y pareció destinado a constituir la tesis dominante por lo menos durante un período tan largo como había perdurado la tesis de Bentham, también dentro de la posición positivista. Pero, como ya sabemos, no fue así, y —de un modo sorpresivo— la idea del derecho natural volvió a aparecer en el mundo anglosajón. En 1967 un entonces casi desconocido profesor de Yale —Ronald Dworkin— publicó un artículo en *Chicago Law Review* presentando fuertes objeciones a la tesis positivista, que él identificó con Hart, objeciones a las que Hart —inexplicablemente— no fue capaz de responder durante el resto de sus días. Al momento de la aparición de su libro *Taking Rights Seriously* en 1977, Dworkin era tan conocido e influyente como Hart, si no más que él.

A lo largo del tiempo, las ideas de Dworkin experimentaron numerosas modificaciones, especialmente con la publicación de su libro *Law's Empire*, pero yo quiero ocuparme aquí de otra cosa: quiero ocuparme de las críticas originales de Dworkin al positivismo jurídico, que él dijo ejemplificar con el positivismo de Hart, y de las desmedidas reacciones que esa crítica provocó, sugiriendo una respuesta mucho más sencilla a las mismas. Si las críticas de Dworkin hubieran sido enfrentadas de esta manera, la tesis original no hubiera alcanzado —tal vez— su descomunal difusión.

Voy a ser muy esquemático en la descripción de la polémica por la simple razón de que es conocida por todos, y me concentraré sólo en los puntos que necesito enfatizar para poder formular la réplica que favorezco.

6. BENTHAM, J., *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Oxford, 2010. Por supuesto que no deben olvidarse las diferencias teóricas entre Austin y Bentham. Mientras Austin era religioso y conservador, por caso, Bentham era ateo y radical, lo que se percibe en sus obras. Cfr. MIKHAIL, J., “Plucking the Mask of Mystery From its Face”: Jurisprudence and H. L. A. Hart”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 95, pp.771-774.

## II. DWORKIN CRITICA A HART

El artículo original de Dworkin que motivó la preocupación de los positivistas se titula *Is the Law a System of Rules?* y en él Dworkin toma como blanco de sus objeciones a la versión hartiana del positivismo jurídico, a la que atribuye los siguientes rasgos:

- a) El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales utilizadas por la comunidad, directa o indirectamente, con el propósito de determinar cuál es el comportamiento que va a ser castigado por el poder público.
- b) El conjunto de estas reglas jurídicas válidas constituye la totalidad del derecho, de modo que si algún caso no está comprendido en dichas reglas, entonces no puede ser decidido aplicando el derecho.
- c) Decir que alguien tiene una “obligación legal” es decir que su caso está comprendido en una regla jurídica válida, que le requiere hacer, o abstenerse de hacer, algo. En ausencia de una regla tal, no existe obligación jurídica.<sup>7</sup>

Cuando el derecho así concebido alcanza una etapa específica, la comunidad desarrolla la idea de una regla secundaria que especifica la forma en que deben identificarse las normas jurídicas, y a esta regla secundaria Hart la denomina “regla de reconocimiento”.<sup>8</sup>

Pero, sostiene Dworkin, cuando se discute acerca de casos difíciles, se recurre a criterios que no son reglas, sino principios que funcionan de manera diferente a las reglas, y el positivismo, que es un modelo de reglas, no nos permite dar cuenta del papel importante que desempeñan estos criterios que no son reglas. Un principio es un criterio que debe ser observado, no porque promueva un estado de cosas –social, político o económico– que se considera deseable, sino porque constituye un requerimiento de la justicia, de la equidad, o de cualquier otra dimensión de la moral.<sup>9</sup>

La diferencia entre reglas y principios descansa en una distinción lógica: mientras las reglas se aplican “a todo o nada”, los principios aceptan una mayor

7. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 17.

8. DWORKIN, R., ob. cit., p. 21.

9. DWORKIN, R., ob. cit., p. 22. Shapiro hace notar que en esta etapa no queda en claro si Dworkin critica a los positivistas solo por su tratamiento de los principios, aceptando la corrección de su versión respecto de las reglas, o si intenta criticar al positivismo por su trato, tanto de los principios, cuanto de las reglas. SHAPIRO, S. J., “On Hart’s Way Out”, en COLEMAN, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 162.

flexibilidad, y sus consecuencias no se siguen de una manera automática. El derecho, por ejemplo, respeta el principio de que ningún hombre debe aprovecharse del mal que ha ocasionado, pero esto no significa que el derecho nunca le permita hacerlo, como sucede en algunos casos de prescripción adquisitiva. Los principios tienen una característica de la que las reglas carecen, y es la característica de su peso, o importancia: pueden inclinar una decisión, pero no de una manera concluyente, y sobreviven como tales incluso cuando no prevalecen.<sup>10</sup> Dentro de un sistema de reglas no puede decirse que una regla es más importante que otra, de modo que una pueda reemplazar a la otra en virtud de su mayor peso, si ambas llegan a entrar en conflicto, y cuando la decisión a la que se arriba resulta contraria a la regla, esto equivale a decir que ella ha sido abandonada.<sup>11</sup>

Como surge del rasgo positivista que identifiqué más arriba en b), cuando un caso no está comprendido en una regla el juez debe ejercitar su discreción para resolverlo, discreción de la que carece cuando existe una regla clara.<sup>12</sup>

Una de las tesis de Dworkin es que la regla de reconocimiento de Hart no puede dar cuenta de los principios. La regla puede identificar normas creadas por la legislatura, o por los jueces, pero el origen de los principios reside en un sentido de adecuación desarrollado a lo largo del tiempo por el público y por quienes practican la profesión legal, por lo que no puede diseñarse ninguna fórmula para establecer cuánto apoyo institucional es necesario para convertir a un principio en un principio jurídico, ni –mucho menos– para establecer su peso. Es cierto que los principios extraen su apoyo de actos oficiales de instituciones legales, pero no tienen una conexión simple y directa con esos actos como para establecer un criterio específico de acuerdo a una regla de reconocimiento. Dworkin piensa, entonces, que la regla de reconocimiento de Hart no puede modificarse para abarcar a los principios.<sup>13</sup> Y este es un serio defecto, por cierto.

Para mostrar la existencia de principios jurídicos Dworkin se basa en dos casos de jurisprudencia, *Henningsen v. Bloomfield* y *Riggs v. Palmer*, pero especialmente en este último. En *Riggs*, un nieto –instituido por su abuelo como heredero principal– lo envenenó precisamente para heredarlo antes, y el tribunal debió decidir si conservaba el carácter de heredero. Dworkin sostiene que el tribunal –que le negó al nieto el carácter de heredero– decidió en base a principios, que fueron aceptados como derecho, de modo que la regla enunciada en *Riggs* debía su fuerza

10. DWORKIN, R., ob. cit., p. 35.

11. DWORKIN, R., ob. cit., pp. 24-27 y 35.

12. DWORKIN, R., ob. cit., pp. 31 y 33-34.

13. DWORKIN, R., ob. cit., pp. 40-41 y 43.

—al menos parcialmente— a la autoridad de esos principios, fuerza que no podía provenir, entonces, de la regla de reconocimiento.<sup>14</sup>

Brevemente, entonces, esta es la sustancia de la crítica de Dworkin: Hart piensa que el derecho está constituido solamente por reglas, que tienen una dimensión de “todo o nada”, y cuya validez se determina en base a la regla de reconocimiento; cuando un caso no está alcanzado por una regla, el juez tiene discreción para resolverlo. Pero Hart olvida que el derecho también está compuesto de principios, que tiene una dimensión de peso, o de importancia, que el juez debe tomar en cuenta al resolver los casos dificultosos. Los principios surgen de consideraciones morales y no pueden ser capturados por la regla de reconocimiento. La discreción judicial no existe, porque cuando el caso no puede ser resuelto en base a una regla, el juez está obligado a emplear el principio adecuado.

### III. CARRIÓ DEFIENDE A HART

La réplica de los positivistas no tardó en llegar. Genaro Carrió —en 1971— intentó una defensa de Hart en la que sostenía la posibilidad de que la regla de reconocimiento incorporara principios, además de reglas, utilizando —como lo hizo Dworkin— el caso de *Riggs v. Palmer* en calidad de ejemplo.

Piensa Carrió<sup>15</sup> que los positivistas —al aceptar que el derecho de una comunidad consiste en un conjunto de reglas— no están obligados a identificar las reglas con esquemas tales como “la velocidad máxima en una autopista no excederá las cincuenta millas por hora”, puesto que nada impide considerar como una regla el principio “nadie tiene permitido beneficiarse de su propio mal proceder”, que es —precisamente— el principio invocado en *Riggs*. En consecuencia, no existe una diferencia lógica entre reglas y principios de este tipo, pues no es verdad que las reglas se apliquen siempre “a todo o nada”.<sup>16</sup>

Para Carrió, no hay nada en la regla de reconocimiento que impida considerar como parte del sistema jurídico a principios tales como el que incidió en la decisión de *Riggs*; él denomina a los principios que se identifican a partir de la regla de reconocimiento “principios del derecho positivo”, y la decisión adoptada en *Riggs* permitiría inferir la regla específica de que aquel que mata a otro para heredarlo no recibirá la herencia.<sup>17</sup>

14. DWORKIN, R., ob. cit. Más adelante me referiré a ambos.

15. CARRIÓ, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.

16. CARRIÓ, G. R., ob. cit., pp. 22-23.

17. CARRIÓ, G. R., ob. cit., pp. 24-25.

Carrió distingue entre dos tipos de principios, que denomina principios 1 y principios 2. Los principios 1 son criterios de segundo orden que indican cómo deben ser entendidas, usadas, y –a veces– completadas, otras reglas del sistema, mientras que los principios 2, a su vez, constituyen la meta, o propósito, de una regla, o de un grupo de reglas del sistema, y consisten en ciertas demandas de moral y de justicia positiva. Él sostiene –por otra parte– que nada en el positivismo jurídico impide hablar de ambos tipos de principios.<sup>18</sup>

La defensa de Carrió, entonces, consiste en lograr que los principios de los que habla Dworkin sean compatibles con el positivismo jurídico, acercándolos a las reglas, que ya no decidirían las cuestiones “a todo o nada”, y es esa aproximación a las reglas, entonces, lo que permite que los principios sean identificados mediante el uso de la regla de reconocimiento. Carrió –en otras palabras– trata de acercar el positivismo jurídico a Dworkin, y utiliza el mismo precedente –*Riggs*– como ejemplo de su postura.

#### IV. HART SE DEFIENDE A SÍ MISMO

Durante largos años, Hart agonizó intentando replicar las críticas de Dworkin a su versión del positivismo, y murió sin haber logrado una réplica que lo dejara lo suficientemente satisfecho como para publicarla. El *Postscript* que hoy figura como anexo de su libro más famoso tal vez no lo hubiera satisfecho, pero es todo con lo que contamos para entender su pensamiento en este tema.

Hart, luego de recordar que su intento es descriptivista y no prescriptivista,<sup>19</sup> sostiene que existe una diferencia de grado entre reglas y principios, ya que éstos son más generales y menos específicos, al par de referirse a algún propósito o meta, lo que los convierte en deseables de mantener. Recuerda enseguida la idea dworkiniana de que las reglas son una cuestión de “todo o nada”, mientras que los principios tiene una dimensión de “peso”, y resalta la conclusión de Dworkin de que el derecho contiene reglas de todo o nada y también principio no concluyentes, no siendo la diferencia entre estas dos cosas una cuestión de grado, (260/262) como en cambio pensaba Hart.

Luego de estas observaciones, comienza su defensa específica. Menciona el ejemplo de *Riggs v. Palmer* y señala que él implica que las reglas pueden entrar en conflicto con los principios, y que el principio en cuestión a veces ganará la puja y a veces la perderá. En *Riggs*, por caso, el principio de que un hombre no puede

18. CARRIÓ, G. R., ob. cit., p. 16.

19. HART, H. L. A., *Postscript a The Concept of Law*, Segunda edición, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 239.

aprovecharse de su propio acto incorrecto triunfó sobre el lenguaje claro de la ley y le impidió al beneficiario del testamento heredar la fortuna del testador. Para Hart, entonces, *Riggs* es un ejemplo de un principio que triunfa en su competencia con la regla, y extrae de esto una conclusión sorprendente: las reglas no tienen un carácter de todo o nada, puesto que ellas pueden entrar en conflicto con principios que las superen. La diferencia entre reglas de todo o nada y principios no concluyentes desaparece,<sup>20</sup> contra lo que sostiene Dworkin.

La diferencia entre ambos queda reducida, así, a una cuestión de grado; él contrasta se realiza entre reglas cuasi-concluyentes y principios generalmente no-concluyentes. En el caso de las reglas, sus condiciones de aplicación son suficientes como para determinar el resultado jurídico, salvo en unos pocos casos, mientras que los principios apuntan a una decisión, pero frecuentemente pueden fracasar en determinarla.<sup>21</sup>

#### V. ¿NO HAY OTRA DEFENSA DISPONIBLE?

Hart tenía a su disposición otros argumentos, por cierto. Cuando defendió la posición positivista en su debate con Fuller, por ejemplo, él mencionó como una de las tesis adscriptas al positivismo aquella que sostiene que no existe una conexión entre el derecho y la moral, o entre el derecho como es y el derecho como debería ser.<sup>22</sup> Dworkin defiende una concepción que conecta el derecho con la moral y *Riggs* fue decidido aplicando dicha conexión. Pero ni Hart ni Carrió enfatizaron este tipo de argumentos: en lugar de identificar a Dworkin con el iusnaturalismo, y rechazar su postura, se esforzaron por acercar la posición de Hart a la de Dworkin.

Con adversarios tan complacientes, por cierto, Dworkin no necesita defensores, por lo que debemos hacer una pausa y mirar por un momento el estado del

20. HART, H. L. A., ob. cit., p. 262. En un trabajo temprano Hart criticó a quienes cuestionaban la posibilidad de describir a un sistema jurídico, al menos parcialmente, en términos de reglas. HART, H. L. A., "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, p. 957 (énfasis agregado).

21. HART, H. L. A., ob. cit., p. 263.

22. HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", en FEINBERG, J. y GROSS, H. (ed.), *Philosophy of Law*, Belmont, Cal, Wadsworth Publishing Co., 1975, p. 58. En ese mismo artículo (p. 48), Hart anticipa la posición del Dworkin temprano y –desde luego– no la acepta. Por una parte, dice Hart, puede decirse que las reglas jurídicas son esencialmente incompletas, cuando ellas fracasan en determinar una decisión, y provocan que el juez deba legislar y ejercitar una elección creativa entre alternativas. Por la otra, podemos decir que las políticas sociales que guían la elección del juez están –en un cierto sentido– allí, para que el juez las descubra, están latentes en la regla. Esta segunda posición descripta por Hart anticipa la idea de Dworkin, salvo en el hecho de que no hace mención explícita a los principios.

debate hasta este punto. Tanto Hart cuanto Carrió sostienen que las reglas no están concebidas para resolver las cuestiones “a todo o nada”, sino que la diferencia entre reglas y principios es una simple cuestión de grado. En consecuencia, nada impide que la regla de reconocimiento incorpore principios y –lo que es mucho más grave– nada impide que un principio triunfe en competencia con una regla. Esta es una concesión extremadamente seria para un positivista, puesto que ya hemos visto que para Dworkin los principios constituyen un requerimiento de la justicia, de la equidad, o de cualquier otra dimensión de la moral. Finalmente, tanto Hart cuanto Carrió asumen que *Riggs v. Palmer* es un caso bien resuelto. Con tal de preservar la regla de reconocimiento, ellos concluyen –como veremos– acercando la teoría de Hart al iusnaturalismo. Es razonable preguntarse entonces si no había otra alternativa disponible; la respuesta es afirmativa y voy a delinearla ahora.

- a) Dworkin describe acertadamente al positivismo jurídico cuando lo identifica con la idea de que el derecho es un conjunto de reglas. Defienda o no Hart –de hecho– el modelo de reglas, lo cierto es que el modelo, como tesis positivista, es perfectamente defendible. En lo que Dworkin parece haber errado es en identificar al modelo que describe con la versión positivista de Hart, pues se está refiriendo más a un positivismo fuerte que a un positivismo débil.<sup>23</sup>
- b) Dworkin describe acertadamente al positivismo jurídico cuando lo identifica con la idea de que las reglas válidas constituyen la totalidad del derecho, de modo que cuando un caso no está comprendido en las reglas, no puede decidirse aplicando el derecho.
- c) Dworkin describe acertadamente al positivismo jurídico cuando lo identifica con la idea de que en ausencia de una regla que comprenda al caso el juez debe ejercitar su discreción para resolverlo, discreción de la que carece –en cambio– cuando existe una regla clara.
- d) Dworkin tiene parcialmente razón cuando dice que la regla de reconocimiento de Hart no puede dar cuenta de los principios; para poder hacerlo, debe existir una regla que confiera carácter legal a esos principios.

23. El positivismo débil piensa que el derecho de una comunidad es una cosa, y que su moral es otra: la referencia a principios morales no es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico. El positivismo fuerte piensa que los criterios para identificar el contenido del derecho dependen sólo de hechos de comportamiento humano que pueden ser descriptos en términos valorativamente neutrales. Hart es un positivista débil, mientras que Raz –de quien tomé la definición que antecede– es un positivista fuerte. (Cfr. FARRELL, M. D., “La primacía del derecho y sus transformaciones sucesivas”, en *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 205 y 207.

Cuando digo que Dworkin describe acertadamente al positivismo jurídico no estoy sosteniendo que describa acertadamente al positivismo jurídico de Hart, como ya he advertido, pero este es otro tema. Es perfectamente posible sostener que Hart nunca pretendió negar la obligatoriedad jurídica de los principios,<sup>24</sup> lo cual constituye el centro de la defensa de Carrió y del propio Hart. Pero esto no significa que un positivismo jurídico más fuerte que el de Hart no haya sostenido el modelo de reglas, y yo no estoy interesado aquí en una defensa específica de Hart (como sí lo estaban Carrió y –obviamente– Hart, en cambio) sino en una defensa genérica del positivismo jurídico, frente a la crítica de Dworkin.

Si esto fuera todo, parecería que Dworkin podría tener razón en el debate, pero no es así, desde luego, porque el punto central es otro. Aunque la descripción de Dworkin es adecuada en lo que se refiere al positivismo jurídico, el argumento central que él emplea para criticarlo no es correcto: en efecto, el principal contraejemplo aducido para refutar al positivismo no cumple con su papel, puesto que *Riggs v. Palmer* es un caso judicial mal resuelto. A eso voy.

## VI. CAMBIEN EL HEREDERO

Dworkin, Hart y Carrió coincidieron en asumir que la solución de *Riggs* era la correcta, y que una buena teoría del derecho debía dar cuenta de ella, mientras que yo estoy en completo desacuerdo con esta actitud.

Antes de examinar *Riggs* en detalle –sin embargo– quiero analizar brevemente el caso que Dworkin ofrece secundariamente en apoyo de su tesis, para mostrar que él no es útil para ninguna de las dos posiciones en conflicto: se trata de *Henningsen v. Bloomfield Motors*, resuelto por la Corte Suprema de New Jersey en el año 1960.<sup>25</sup> El caso se refería al alcance de una garantía por eventuales defectos de un automóvil, otorgada por la fábrica y el vendedor, garantía que el comprador objetó, reclamando una indemnización más amplia. Por una parte, el tribunal efectuó algunas consideraciones que sustentan la posición de Dworkin, al decir –por ejemplo– que un sentido instintivo de justicia clamaba contra el alcance reducido de la garantía, y al recordar la idea de que los jueces no pueden dejar de tomar en cuenta las doctrinas disponibles acerca de la equidad. Pero, por la otra, señaló que en distintas jurisdicciones existían precedentes que consideraban que cuando el fabricante publicitaba su mercancía y creaba una demanda, este hecho implicaba una garantía expresa, y citó esos precedentes como sustento de su decisión (en 1960 los

24. Cfr. LEITER, B., “Beyond the Hart-Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, en *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 156.

25. *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc*, Suprema Corte de New Jersey, 161 A. 2d 69 (1960).

tribunales ya habían advertido que la doctrina de LOCHNER había llegado a su fin).<sup>26</sup> Y estos precedentes bien podían constituir una suerte de costumbre judicial, perfectamente capturable por la regla de reconocimiento.<sup>27</sup>

Pero si *Henningsen* no resultaba útil para el debate, *Riggs* es otra cosa. En el mes de agosto de 1880 Francis Palmer redactó su testamento, instituyendo como principal heredero a su nieto Elmer Palmer, que vivía con él. Advertido de que su abuelo podía modificar su testamento, Elmer le causó la muerte por envenenamiento y fue condenado por ello en sede penal. Las dos hijas de la víctima reclamaron ante el tribunal civil, sosteniendo que Elmer no podía ser beneficiario del testamento de su víctima, y el tribunal –por mayoría– les dio la razón. Veamos atentamente los argumentos del voto mayoritario y los de la disidencia.

Al votar por la mayoría, el juez Earl sostuvo:

- a) Que es verdad que las leyes que regulan los testamentos, interpretadas literalmente, le otorgaban la propiedad a Elmer. Reconoció también que era la intención de los legisladores que los beneficiarios de los testamentos obtuvieran la propiedad que se les otorgaba.
- b) No obstante, sostuvo que nunca podría haber sido la intención del legislador que el beneficiario que mataba al testador obtuviera algún beneficio del testamento.
- c) Sostuvo, entonces, que la letra del acto legislativo está restringida por una construcción equitativa, cuyo origen atribuyó a Aristóteles, por lo que no debíamos preocuparnos mucho por el lenguaje contenido en las leyes.
- d) Mencionó luego el principio de que no está permitido que nadie se aproveche de su proceder fraudulento, o que adquiriera una propiedad mediante su propio delito, al par de señalar que ese principio estaba incorporado en las legislaciones que seguían al derecho civil, el cual “evolucionó a partir de principios generales de derecho natural y de la justicia”.

Enfrentó a continuación, sin muchos argumentos, dos objeciones centrales planteadas en la disidencia:

26. La ley laboral del estado de New York prohibía trabajar en una panadería, o establecimiento similar, durante más de sesenta horas a la semana, o diez horas por día. La Corte Suprema sostuvo que los empleados podían desear ganar un dinero adicional, por lo que la ley interfería con el derecho a contratar por parte de empleadores y empleados, derecho que la Corte consideró parte integrante de la libertad del individuo, protegida por la enmienda catorce (*Lochner v. New York*, 49 US 937, 1905).

27. Cfr. SHAPIRO, S., “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en RIPSTEIN, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 32.

- e) Hizo notar que no creía que se estuviera en este caso castigando a Elmer por su delito de un modo distinto al que la ley prescribía. No se lo privaba de ninguna propiedad, sino que simplemente se decidía que no adquiriría ninguna propiedad como resultado de su delito.
- f) Reconoció que había un precedente en contrario, en el cual se decidió que una mujer, cómplice en el asesinato de su esposo, conservaba sin embargo el derecho a su dote. Declaró, sin embargo, que la solución no lo convencía, y que no debía haberse permitido a la viuda adquirir un derecho de propiedad como resultado de un acto maligno e intencional.

Veamos ahora los argumentos de minoría. Su voto fue redactado por el juez Gray, quien sostuvo:

- a) Que si él creyera que el caso debería ser decidido en base a consideraciones de equidad, hubiera decidido en favor de los actores, pero que el caso no se decidía dentro del ámbito de la conciencia.
- b) Afirmó en cambio que estaba obligado por rígidas reglas de derecho, establecidas por la legislatura, dentro de las cuales el caso quedaba confinado.
- c) Que el problema consistía en saber si una disposición testamentaria podía ser alterada, o revocada, después de la muerte del testador, cuando la legislatura había establecido exactamente cuándo y cómo podían ser alterados los testamentos, sin dejar lugar para ningún ejercicio equitativo por parte de los tribunales.
- d) Hizo notar que la capacidad y el poder de los individuos para disponer de su propiedad luego de su muerte, y el modo como ese poder puede ser ejercitado, eran cuestiones respecto de las cuales la legislatura había ejercido un control completo, regulándolo de un modo particularmente detallado.
- e) Advirtió que aquellas legislaciones que anulan disposiciones testamentarias que benefician a quienes no las merecen están basadas en principios de equidad y de justicia natural, pero que estos principios sólo sugieren razones suficientes para dictar nuevas leyes. Las leyes vigentes establecieron distintas formas mediante las cuales un testamento podía ser revocado o alterado, lo que implica prohibir cualquier otro tipo de alteración o revocación.
- f) Insistió sobre este tema, diciendo que un testamento válido debía continuar como tal, a menos que se lo revoque de la manera prevista por la ley: la confección y revocación de los testamentos son cuestiones de exclusiva competencia de la legislatura.

- g) Recordó precedentes en los cuales se decidió la validez de un testamento que el testador había intentado destruir, y que se le había impedido –fraudulentamente– hacerlo.
- h) Finalmente, sostuvo que se le añadía al demandado un castigo si se lo privaba de su propiedad. La ley ya lo había castigado por su delito, no podía decirse que ese castigo fuera insuficiente, y los tribunales carecían de poder para incrementarlo.<sup>28</sup>

Estos son los argumentos salientes del fallo que utilizó Dworkin para su crítica a Hart; en el caso de Dworkin, él se basó exclusivamente en los argumentos de la mayoría, descartando las consideraciones de la minoría, y –extrañamente– la misma actitud adoptaron Hart y Carrió. Extrañamente, digo, porque un positivista debería haber hecho lo contrario: debería haber sostenido que había que cambiar de heredero, desplazando a los que el tribunal benefició y respetando al establecido por el testamento. La solución de la mayoría, deberían haber dicho Hart y Carrió, fue una mala solución, y no puede utilizarse para criticar al positivismo. Veamos los argumentos en que puede basarse esta respuesta.

## VII. RIGGS DESDE UNA PERSPECTIVA POSITIVISTA

Estudie ambos votos de acuerdo a los argumentos que he presentado, pero estudiémoslos –a diferencia de lo que se hizo hasta ahora– desde una perspectiva positivista (cosa que Hart y Carrió tal vez creyeron haber hecho).

Primero, no está en discusión que la ley testamentaria le otorgaba la propiedad principal de la herencia a Palmer; esta conclusión aparece explícitamente enunciada en ambos votos. La ley no era ambigua y no permitía ningún ejercicio discrecional: no estábamos en presencia de un caso dificultoso, sino de un caso claro, en el cual los jueces debían aplicar la ley. En rigor, desde el punto de vista del positivismo jurídico, los jueces se encontraban bajo la obligación jurídica de decidir a favor del demandado.

Segundo, tampoco está en discusión que la intención de la legislatura consistía en que los beneficiarios de los testamentos recibieran la propiedad que se les había legado.

Tercero, hay acuerdo en que las disposiciones testamentarias sólo podían ser revocadas, o alteradas, sólo de la forma prevista por la legislatura: tanto la forma

28. *Riggs et. al. v. Palmer et.al.*, Northeastern Reporter, vol. 22, pp. 188-193, Court of Appeal of New York, 8 de octubre, 1899.

de confección de un testamento, cuanto su forma de revocación, eran cuestiones de exclusiva competencia legislativa.

Cuarto, ambos votos aceptan que los precedentes jurisprudenciales favorecían a Palmer. Una mujer, cómplice en el asesinato de su esposo, conservó su derecho a la dote, y el beneficiario de un testamento, que impidió fraudulentamente que éste fuera destruido, conservó no obstante el carácter de heredero. Podía también computarse a favor de Palmer una ley inglesa de 1870 que implicaba que un condenado tenía capacidad para heredar.<sup>29</sup>

Quinto, al momento de la sentencia, Palmer estaba detenido, cumpliendo su condena por homicidio; luego de un proceso penal, que respetó sus garantías constitucionales, se le aplicó el castigo que legalmente le correspondía. Al privarlo de su propiedad, se le aplicó un nuevo castigo, sin el debido resguardo de las garantías constitucionales del proceso penal, y nadie objetó que su castigo fuera insuficiente. Es incorrecto sostener que no se le privó a Palmer de su propiedad sino que —en cambio— se dispuso que no adquiriera la propiedad; de acuerdo a la ley testamentaria, Palmer era propietario desde la muerte de su abuelo. Es cierto que la distinción entre “no otorgar” la propiedad y “privar” de ella a alguien depende —en definitiva— del punto de partida que se utilice, pero en este caso el umbral más adecuado era la muerte del testador, momento en el cual comenzó la vigencia de las disposiciones testamentarias.

Frente a estas circunstancias, un positivista está obligado a sostener que *Riggs* debía haberse decidido respetando las leyes testamentarias, esto es, dejando que Palmer fuera el heredero. En efecto: ¿qué argumento convincente en contrario fue ofrecido en el caso? Veámoslo.

Primero, el voto mayoritario sostiene que el legislador nunca podía haber tenido la intención de que el asesino del testador fuera beneficiado por el testamento. Es una afirmación hipotética, pero plausible, que se enfrenta a la afirmación, no hipotética sino real, de que la intención del legislador, plasmada en la ley, es que los beneficiarios disfrutaran de su herencia.

Segundo, hablar de intenciones es siempre complicado. Si el legislador no quería que heredara Palmer, tenemos que investigar cuál era la intención de su abuelo, que era el testador. El abuelo de Palmer quería transmitir la propiedad de la granja por vía masculina, preservando el apellido: esto lo sabemos porque prefirió a su nieto, hijo de su hijo varón, frente a sus dos propias hijas. No sabemos —desde luego— si el abuelo de Palmer hubiera querido transmitirle a él la granja de haber sabido que era su homicida, pero tampoco sabemos si hubiera querido —en ese caso— que heredaran sus hijas, como dispuso el tribunal.

29. Cfr. LEITER, B., “Explaining Theoretical Disagreement”, en *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 76, p. 1241.

Tercero, el argumento de que la letra del acto legislativo está restringida por una construcción aristotélica equitativa es inaceptable para un positivista, puesto que es –sin duda– un argumento de derecho natural.

Cuarto, ocurre exactamente lo mismo con el argumento que invocan las legislaciones que incorporaron el principio de que nadie puede aprovecharse de su proceder fraudulento, el cual –el voto mayoritario reconoce explícitamente– aparecía en un derecho civil que había evolucionado a partir de principios generales de derecho natural y de justicia.

De modo que, más allá de un intento de adivinar la intención de legislador, la mayoría se limitó a exponer argumentos de derecho natural. Es el voto minoritario, en cambio, el que recoge la ortodoxia positivista, como enseguida veremos.

Primero, es la minoría la que recordó que los casos no se resuelven en base a consideraciones de equidad, ni dentro del ámbito de la conciencia.

Segundo, es la minoría la que sostuvo que el tribunal estaba obligado por rígidas reglas de derecho.

Tercero, es la minoría la que afirmó que la alteración o revocación de las disposiciones testamentarias eran cuestiones sometidas a un completo control legislativo, y no judicial.

Cuarto, es la minoría la que dijo que los principios de equidad y de justicia natural constituyen razones para dictar nuevas leyes, pero no para decidir los casos sometidos a consideración del tribunal.

En suma: tenemos un voto mayoritario ortodoxamente iusnaturalista y un voto minoritario ortodoxamente positivista. Entiendo que Dworkin prefiriera la mayoría a la minoría, pero no entiendo por qué fue acompañado por Carrió y Hart en esta actitud. Para un positivista, *Riggs* no es un motivo para apresurarse a investigar si las reglas de reconocimiento puede incorporar principios, ni para hablar del ejercicio de la racionalidad, ni para preguntarse si es cierto que las reglas jurídicas son una cuestión de todo o nada. Es algo mucho más sencillo: es un caso mal decidido, en el cual ni siquiera hay que imaginar la decisión correcta porque ella ya aparece en el voto minoritario.

Aunque no me imagino que nadie pueda plantear la objeción que sigue, igual voy a anticiparme a ello: si la teoría positivista de Hart es un ejercicio descriptivo, entonces no tiene más remedio que describir a *Riggs* como un caso resuelto conforme a la decisión de la mayoría. Esta no es realidad una objeción y no es difícil darle respuesta. La teoría de Hart describe el derecho, es cierto, sin considerarlo ni bueno ni malo, pero, en cambio, no es una simple teoría de descripción de decisiones judiciales, porque si lo fuera no sería una versión del positivismo jurídico sino del realismo jurídico.<sup>30</sup> Hay espacio dentro de la teoría de Hart como para evaluar

30. Leiter efectuó un interesante análisis de las posturas de los jueces que votaron en *Riggs*, desde la

decisiones judiciales, y calificarlas de correctas o incorrectas, y *Riggs* fue una decisión incorrecta.

### VIII. ¿QUÉ OCURRE SI HEREDA PALMER?

Imaginemos que los argumentos de la minoría hubieran prevalecido en *Riggs* y preguntémosnos entonces por las consecuencias de una decisión de ese tipo.

Primero, no voy a discutir que estaríamos moralmente disgustados por el resultado de la decisión judicial. Las dos grandes teorías morales, el deontologismo y el utilitarismo, reprobarían el resultado obtenido: el deontologismo, sobre la base de que Palmer no merecía heredar, y el utilitarismo sobre la base de que el público en general entendería que uno de los modos de adquirir una propiedad consiste en asesinar al testador,<sup>31</sup> lo que produciría, ciertamente, incentivos no deseados.

Pero, segundo, ¿es tan complicado remediar esta situación? Consideremos el caso de la ley penal. En las primeras décadas del siglo XX un grupo de individuos denominados Los Caballeros de la Noche se apoderaban de cadáveres para exigir luego dinero por su devolución; el apoderamiento de cadáveres no estaba tipificado como delito, de donde no era posible condenarlos debido a la prohibición constitucional referida a la legislación retroactiva. Obviamente la sociedad argentina condenaba el proceder de estos individuos, consideraba que debían ser castigados y lamentaba su absolución; mirando hacia el futuro, todo esto quedaba resuelto –sin embargo– resuelto incorporando como delito a la legislación el apoderamiento de cadáveres.

Es muy claro que la sociedad norteamericana miraba con reprobación a finales del siglo XIX que el asesino del testador pudiera heredarlo, y la solución de este problema es también muy clara: bastaba con incorporar a la legislación al homicidio como condición de indignidad para heredar. Es cierto que en el caso específico de Palmer se hubiera arribado a una solución injusta, pero esto es inevitable porque el derecho está compuesto –parcialmente– por normas generales. Es imposible prever por adelantado todos los casos que pueden presentarse en el futuro y que estén alcanzados por una norma general; lo más que puede hacer el legislador es remediar las injusticias que se presenten a medida que ellas aparezcan. Desde el momento en que se introduzca legislativamente la cláusula de indignidad, desaparecen los incentivos para comportarse como lo hizo Elmer Palmer.

---

perspectiva del realismo jurídico. Cfr. LEITER, B., “Explaining Theoretical Disagreement”, ob. cit., pp. 1242-1246.

31. Cfr. D’AMATO, A., “Elmer’s Rule: A Jurisprudential Dialogue”, en *Northwestern University School of Law*, Chicago, Faculty Working Papers, 2010.

Lo mismo ha ocurrido en otros casos, precisamente –por ejemplo– en uno que menciona Dworkin en *Law's Empire*,<sup>32</sup> en el que no estaba en juego un principio moral sino consideraciones de eficiencia (lo que constituiría una “política” en la terminología dworkiniana). Un grupo ambientalista se opuso al proyecto de construcción de una represa, argumentando que violaba la ley de Especies en Peligro, ya que afectaba el único lugar en el que sobrevivía un pequeño pez. El proyecto se encontraba casi terminado, a un costo ya invertido de más de cien millones de dólares (de la década del setenta). El pez se encontraba incluido en la lista de especies en peligro, y la mayoría de la Corte Suprema se atuvo a la letra estricta de la ley y ordenó que se detuviera la construcción de la represa; la minoría –en cambio– adujo consideraciones de bienestar público y de sentido común para permitir la finalización de la obra.

En TVA se invirtieron los papeles de *Riggs*: la mayoría se limitó a examinar la regla, mientras que la minoría –en la práctica, porque se cuidó de decirlo explícitamente– dejó que primara sobre la regla un principio, no moral, pero sí eficientista (o, para decirlo con otras palabras, una política). ¿Ocurrió algún desastre –económico o de otro tipo– como resultado de esta decisión? No, como tampoco hubiera ocurrido se heredaba Palmer: sencillamente, el Congreso dictó una nueva ley, estableciendo un procedimiento de excepción, que se basaba en las consideraciones que debía aportar un comité de revisión. TVA no fue una catástrofe y *Riggs* tampoco lo hubiera sido.

Bentham –un positivista, si los hay– proponía otro remedio: si el juez advertía que la aplicación de la regla al caso concreto produciría un resultado injusto, él estaba dotado de una función que Bentham denominaba “Función Eventualmente Correctiva”, mediante la cual elevaba una propuesta a la legislatura como si fuera un miembro del parlamento, propuesta que –de ser aceptada– adquiriría fuerza de ley y se agregaba al cuerpo de leyes, esto es, se convertía en una regla.<sup>33</sup> La idea de Bentham tiene una ventaja y una desventaja. La ventaja es que evita la injusticia del caso no previsto inicialmente, la injusticia de Elmer Palmer en posesión de la herencia de su abuelo. La desventaja es que lo hace mediante una legislación retroactiva, de donde ella –claramente– no podría aplicarse en la esfera penal.

Con los dos remedios que he mencionado, las consecuencias de dejar heredar a Palmer distan de ser catastróficas.

32. *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 US 153 (1978).

33. BENTHAM, J., “Constitutional Code”, en BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843, vol. IX, p. 504.

## IX. TERMINA LA HISTORIA

Nadie puede discutir que las críticas de Dworkin a Hart experimentaron una gran variación, partiendo por ejemplo de su artículo de 1967 y comparándolo con *Law's Empire*, aparecido en 1986. Pero tampoco puede discutirse que el tema central en debate es siempre el mismo: la relación entre el derecho y la moral. Como observa Shapiro, la estrategia básica de Dworkin consistió siempre en argumentar que la legalidad está determinada últimamente, no sólo por hechos sociales, sino también por hechos morales.<sup>34</sup> Supongo que todos aceptaríamos que esta es una tesis de derecho natural.

Sin embargo, desde un comienzo existió una extraña renuencia a clasificar directamente a Dworkin como un iusnaturalista, pese a que, en realidad, Dworkin va más lejos en su defensa del derecho natural que muchos conspicuos iusnaturalistas. Él sostiene, como hemos visto, que el derecho debe contener principios, y que los principios constituyen una dimensión de la moral, de donde Dworkin piensa que la moral es un criterio necesario para la validez jurídica, lo que no es afirmado tan terminantemente ni siquiera por un iusnaturalista tan conocido como Finnis.<sup>35</sup>

Lo que diferencia Dworkin de los iusnaturalistas clásicos, por supuesto, es que él reconoce que –en los casos claros– si podemos establecer la existencia de una norma, el contenido de ella no es necesario para establecer su validez: los principios, y con ellos la moral, intervienen sólo en los casos dificultosos.<sup>36</sup>

Este mismo rasgo es el motivó que Mackie –usualmente muy perceptivo– describiera la tesis primitiva de Dworkin como “la tercer teoría del derecho”, intermedia entre el positivismo y el derecho natural,<sup>37</sup> aun reconociendo que para Dworkin lo que el derecho es puede depender crucialmente de lo que es moralmente mejor, y aún –lo que es mucho más importante– advirtiendo que la teoría Dworkin considera como dificultosos casos que para el positivismo son claros.<sup>38</sup>

Lo que puede haber detenido a Mackie en el intento de clasificar a Dworkin como iusnaturalista es su creencia de que los valores son subjetivos, creencia que –ingenuamente– también atribuyó a Dworkin; ciertamente nunca fue ese el caso. Aunque Dworkin no se ocupó al comienzo del tema, todos sabemos ahora que su posición es muy clara: el escepticismo respecto de los juicios morales, presentado

34. SHAPIRO, S. J., ob. cit., p. 23.

35. Cfr. LEITER, B., “The Hart-Dworkin Debate”, ob. cit., p. 162.

36. Cfr. SOPER, E. P., “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute”, en COHEN, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1984, p. 21.

37. MACKIE, J., “The Third Theory of Law”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n° 1, p. 3.

38. MACKIE, J., ob. cit., pp. 9 y 13.

como algo externo a la moral, es imposible; cualquier discrepancia sobre principios morales se plantea dentro de la moral, y no como una cuestión metaética.<sup>39</sup> Como observa Raz, la teoría jurídica de Dworkin está comprometida con el cognitivismo moral.<sup>40</sup>

Creo que el primero en advertir el carácter iusnaturalista de la tesis de Dworkin fue David Richards. Al describir la tesis, Richards recuerda que para Dworkin el razonamiento jurídico invoca principios que los tribunales desarrollan a través del largo proceso de los precedentes. Como estos principios a menudo son morales, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales desempeñan un papel central en el razonamiento jurídico, especialmente en casos dificultosos. Consecuentemente, es falsa la tesis central del positivismo jurídico respecto de la separación entre el derecho y la moral, y para Dworkin la interpretación teórica más plausible del razonamiento jurídico requiere la verdad de la teoría del derecho natural.<sup>41</sup> Dworkin no aceptó esta caracterización, y sostuvo que Richards había fracasado en percibir la diferencia entre la teoría ortodoxa del derecho natural y la teoría que él proponía. Señaló, así, que no se sigue de su teoría que el derecho sea siempre moralmente válido, o que lo que es moralmente válido sea siempre derecho, incluso en los casos dificultosos.<sup>42</sup>

Parecería que Dworkin pretende basar sus pretendidas diferencias con el derecho natural en una cuestión cuantitativa, esto es, en la cuestión de cuánto derecho debe ser justificado por la moral. Quiero mostrar que este argumento no proporciona motivo alguno para considerar a la tesis original de Dworkin como algo distinto a una versión más del derecho natural examinando para ello un ejemplo muy conocido: el de la fórmula de Radbruch.

39. Cfr. DWORKIN, R., "On Interpretation and Objectivity", en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, y "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, n° 2.

40. RAZ, J., "Postscript a Legal Principles and the Limits of the Law", en COHEN, M. (ed.), ob. cit., p. 85.

41. RICHARDS, D. A. J., "Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication", en *Georgia Law Review*, vol. 11, n° 5, pp. 1081-1082. Ya en 1992, en cambio, Soper sostenía sin vacilar que en "la teoría jurídica, el regreso del derecho natural como contendiente viable al positivismo está reflejado muy notablemente en la obra de Ronald Dworkin". Cfr. SOPER, P., "Some Natural Confusions About Natural Law", en *Michigan Law Review*, vol. 90, n° 8, p. 2393. Y en 2002 Brian Bix incluye decididamente a Dworkin como teórico del derecho natural, recordando que su enfoque respecto del derecho y de la teoría jurídica rechaza una separación estricta entre el derecho y la moral: no se puede determinar "lo que el derecho es" sin considerar cuestiones morales o evaluativas. BIX, B., "Natural Law: The Modern Tradition", en COLEMAN, J. y SHAPIRO, C. (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 84.

42. DWORKIN, R., "Seven Critics", en *Georgia Law Review*, ob. cit., pp. 1250 y 1254.

En 1945, concluida la Segunda Guerra Mundial, el gran filósofo del derecho alemán Gustav Radbruch renunció a las ideas del positivismo jurídico, vinculándolo –erróneamente, desde luego– con los desastres del nazismo, y anunció su conversión al derecho natural. Hay dos aspectos de esa nueva teoría de Radbruch que lo vinculan estrechamente con la tesis de Dworkin que estoy examinando aquí.

El primer aspecto es típicamente dworkiniano: Radbruch sostiene que hay principios de derecho que tienen más peso que cualquier pronunciamiento legal, de modo que una ley en conflicto con ellos carece de validez.<sup>43</sup> El segundo aspecto, a su vez, sugiere una interesante comparación con la tesis de Dworkin: Radbruch piensa que el conflicto entre la justicia y la certidumbre jurídica puede resolverse aceptando que el derecho positivo tiene precedencia incluso cuando su contenido es injusto y fracasa en beneficiar a la gente, pero establece de inmediato un límite, al cual se arriba cuando el conflicto entre la ley y la justicia alcanza un grado tan intolerable que la ley se convierte en derecho fallido y debe rendirse ante la justicia.<sup>44</sup> Como bien resume Alexy, entonces, la fórmula de Radbruch es esta: “La injusticia extrema no es derecho”.<sup>45</sup>

Comparemos esta tesis con la de Dworkin. Obviamente la idea de Radbruch acerca del papel de los principios en el derecho es la misma que la idea de Dworkin, pero es el segundo aspecto de la tesis de Radbruch el que más me interesa. Radbruch dice que, en ciertos casos, puede establecerse que algo es derecho aunque no sea moral; basta con que no sea extremadamente inmoral. Dworkin, a su vez, acepta que, en ciertos casos, puede establecerse que algo es derecho aunque no sea moral; basta con que la regla sea clara. Radbruch piensa en la injusticia extrema, pero yo creo que todos los casos de injusticia extrema serían considerados casos difíciles por Dworkin.

De todas formas, el paralelo es este: ni en Radbruch ni en Dworkin la moral interviene en todos los casos en los que debemos decidir si una norma jurídica es válida. Sin embargo, a nadie se le ocurrió decir que Radbruch había diseñado una nueva teoría, intermedia entre el derecho natural y el positivismo jurídico; los autores que examinaron su tesis –correctamente– la consideraron una tesis de ortodoxa de derecho natural. ¿Por qué adoptar una actitud diferente respecto de la tesis de Dworkin? Yo creo que la tesis primitiva de Dworkin es solamente una nueva versión de la clásica tesis iusnaturalista: la moral es un elemento necesario para la validez del derecho.

43. RADBRUCH, G., “Five Minutes of Legal Philosophy”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1, p. 14.

44. RADBRUCH, G., “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 26, n° 1, p. 7.

45. ALEXY, R., “A Defense of Radbruch’s Formula”, en DYZENHAUS, D. (ed.), *Recrafting the Rule Of Law: The Limits of Legal Order*, Portland, Or., Hart Publishing, 1999, pp. 17 y 24.

Sorprende que autores del talento de Hart y de Carrió no lo advirtieran y que aceptaran los rasgos generales de la tesis, que pensarán que *Riggs* fue un caso bien decidido y que había que modificar, o –al menos– aclarar, las ideas de Hart para dar cuenta del mismo. Por supuesto que *Riggs* es un caso bien decidido para Dworkin, puesto que fue un caso decidido de acuerdo al derecho natural, pero, también por supuesto, *Riggs* fue un caso mal decidido para el positivismo jurídico, posición que era la que Hart y Carrió trataban de defender.

La crítica original de Dworkin cobró fuerza basada –curiosamente– en lo que parece ser un error: él describió adecuadamente al positivismo jurídico, pero no en especial a la versión positivista de Hart. Carrió y Hart reaccionaron desmedidamente frente a las críticas de Dworkin y las aceptaron con exagerada rapidez, sin aclarar de manera explícita que había versiones del positivismo jurídico distintas a la de Hart (versiones, como he mostrado, que no tenían por qué aceptar las críticas dworkinianas), y –en especial– sin recalcar que Dworkin proponía solamente una versión del derecho natural. El Dworkin temprano hubiera cobrado mucha menos importancia, y quién sabe lo que hubiera ocurrido con el Dworkin posterior, si los positivistas le hubieran respondido desde un comienzo: “Dejen que herede Palmer”.

Así de simple.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “A Defense of Radbruch’s Formula”, en DYZENHAUS, D. (ed.), *Recrafting the Rule Of Law: The Limits of Legal Order*, Portland, Or., Hart Publishing, 1999.
- AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, John Murray, Albermarle Street, 1991.
- BENTHAM, Jeremy, “Constitutional Code”, en BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843, vol. IX.
- , *The Limits of Jurisprudence Defined*, Westport, Conn., Greenwood Press, 1970.
- , *Of Laws in General*, Londres, The Athlone Press, 1970.
- BIX, Brian, “Natural Law: The Modern Tradition”, en COLEMAN, J. y SHAPIRO, C. (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, Philadelphia, J.B. Lippincott Company, 1893.
- CARRIÓ, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.
- D’AMATO, Anthony, “Elmer’s Rule: A Jurisprudential Dialogue”, en *Northwestern University School of Law*, Chicago, Faculty Working Papers, 2010.
- DWORKIN, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, n° 2.

- , “On Interpretation and Objectivity”, en *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.
- , *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
- FARRELL, Martín D., “La primacía del derecho y sus transformaciones sucesivas”, en *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- HART, Herbert L. A., “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105.
- , “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en FEINBERG, J. y GROSS, H. (ed.), *Philosophy of Law*, Belmont, Cal, Wadsworth Publishing Co., 1975.
- , Herbert L. A., *Postscript a The Concept of Law*, Segunda edición, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- LEITER, Brian, “Explaining Theoretical Disagreement”, en *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 76.
- , “Beyond the Hart-Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”, en *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MACKIE, John, “The Third Theory of Law”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 7, n° 1.
- MIKHAIL, John, “Plucking the Mask of Mystery From its Face’: Jurisprudence and H. L. A. Hart”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 95.
- , “Plucking the Mask of Mystery From its Face’: Jurisprudence and H. L. A. Hart”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 95.
- RADBRUCH, Gustav, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 26.
- , “Five Minutes of Legal Philosophy”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n° 1.
- RICHARDS, David A. J., “Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication”, en *Georgia Law Review*, vol. 11, n° 5.
- ROTH, Joseph, *Confession of a Murderer*.
- SHAPIRO, Scott J., “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en RIPSTEIN, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- , “On Hart’s Way Out”, en COLEMAN, J. (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- SOPER, Philip, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute”, en COHEN, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, New Jersey, Rowman & Allanheld, 1984.
- , “Some Natural Confusions About Natural Law”, en *Michigan Law Review*, vol. 90, n° 8.