

PRÓLOGO

Gustavo Zagrebelski ha escrito algo que, en mi opinión, se aplica perfectamente al contenido esencial del trabajo que ahora se prologa: “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto”.¹ Y refiriéndose al caso del derecho sostiene que:

...los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las Constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del “derecho positivo” con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no parece expreso.²

¿Qué es lo fundamental, eso que *Analítica del derecho justo* presupone y nos propone? A mi modo de ver, lo mismo que ha caracterizado a Cristóbal Orrego a lo largo de su trayectoria académica: la fatigante pero gustosa búsqueda de la verdad, una verdad que, como el propio autor ha escrito en otro lugar, es “como los amores altos, tan amada y tan esquiva a la vez”,³ y que hoy parece

* El autor del prólogo agradece las observaciones hechas por la doctora Carla Huerta.

¹ Zagrebelsky, G., *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, 3a. ed., trad. cast. de M. Gascón, *El derecho dúctil*, Trotta, Valladolid, 1999, p. 9.

² *Ibidem*.

³ Orrego, S., “Estudio preliminar”, en John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, trad. cast. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 9.

cada vez más perdida en el horizonte de la filosofía jurídica contemporánea. Por fortuna, de vez en cuando se encuentra uno con escritos como el que el lector tiene en sus manos, llenos de una especial inteligencia, los cuales nos animan a continuar rastreando esa verdad que siempre ha de proponerse, a pesar de un ambiente público lleno de simulaciones y de nuevos sofistas.

Denunciaba Villar Borda, en la introducción a *La filosofía del derecho en la posmodernidad*,⁴ de Arthur Kaufmann, algo que, por desgracia, parece referirse sin injusticia a buena parte de la cultura iusfilosófica mexicana, el retraso en los estudios de esta materia jurídica. Hoy es un hecho incontrovertible que la cultura jurídica mexicana (lo mismo cabe decir de gran parte de las culturas jurídicas de raíz continental europea vigentes en América Latina) ha permanecido, desde hace varias décadas, anclada en la repetición constante, y muchas veces no exacta, del modelo normativista, cuyo representante más importante en la primera mitad del siglo XX ha sido, sin duda, Hans Kelsen. Las objeciones contra dicho modelo, desde diferentes ángulos y por los más variados autores, particularmente las expuestas por los así llamados “realismos jurídicos”, poco han podido hacer para que nuestro modo de pensar el derecho dejase de estar dominado por tal ideología. Y aunque en otros círculos académicos de más altura se pusiera el acento en autores no kelsenianos, o incluso críticos del profesor vienés, la estela del normativismo no ha podido ser abandonada del todo.

Sin embargo, la situación antes descrita está cambiando. La consideración de que el derecho puede ser reducido sólo a un conjunto de normas, a un sistema normativo, donde la presencia de elementos valorativos debía estar excluida de antemano, está siendo cada vez más cuestionada, cuando no definitivamente rechazada. Es por todos conocido que el sistema normativista —en una visión más general, el *iuspositivismo*— va siendo aban-

⁴ Cfr. Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, trad. cast. de L. Villar Borda, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Colombia, Temis, 1992, p. XII.

donado, lo que hace que en amplios sectores de la filosofía del derecho se haya aceptado estar ante una “crisis del positivismo jurídico”,⁵ anunciada ya por quienes abiertamente se declararon, en su momento, defensores de tal corriente (Radbruch). Este reconocimiento lo ha resumido muy bien Hoerster: “Desde hace por lo menos cincuenta años, en la filosofía jurídica alemana, es casi de buen tono rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico”.⁶ Lo mismo ha sucedido más allá de Alemania, gracias a un conocimiento más profundo del derecho, y a una conciencia ética más sensible a las desventajas del legalismo. De ahí que algunos autores hoy prefieran llamarse “no positivistas”, o mejor aún, “post positivistas”.

El momento de inflexión de tal abandono comienza sin duda al término de la Segunda Guerra Mundial debido fundamentalmente a dos hechos principalísimos: por una parte, la irrupción en el escenario jurídico-político de los derechos humanos o derechos fundamentales, no ya como declaraciones “políticas” sino como auténticos fundamentos de reclamaciones jurídicas ante los tribunales; y, por la otra, el fuerte influjo que ha venido ejerciendo la hermenéutica en las ciencias, particularmente en el derecho. En relación con los derechos humanos, nos parece que es imprescindible insistir en que una propuesta seria, consecuente, del positivismo jurídico, tendría inevitablemente que rechazar la existencia de tales derechos como inherentes a la persona humana, anteriores e independientes de las normas positivas dadas por el Estado. Autores

⁵ Véase, por ejemplo, el mismo libro de Gustavo Zagrebelsky, que hemos citado anteriormente, y, dentro de la bibliografía castellana reciente, el trabajo de Serna, P., “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, *Persona y Derecho* 37, Pamplona, 1997, pp. 279-314. Véase el itinerario de esta crisis positivista en Ballesteros, J., *Sobre el sentido del derecho*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 59 y ss. *Cfr.* también Ollero Tassara, *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996. *Cfr.* también Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999, pp. 29-92.

⁶ Hoerster, N., *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 9.

iuspositivistas como Bentham,⁷ y más recientemente Buligyn,⁸ han preferido tomar distancia de la idea de derechos fundamentales por considerar ambos planteamientos, el positivismo jurídico y la existencia de derechos prepositivos, como incompatibles. Ya autores provenientes de la filosofía analítica del derecho, como Dworkin (no precisamente familiarizado con la corriente de derecho natural), habían evidenciado dicha incompatibilidad al señalar que “el positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación; es decir, rechaza la idea de que a los individuos o a los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de las normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad”.⁹

¿Realmente los derechos humanos son sólo pretensiones, o simples construcciones humanas? En este punto los defensores del positivismo se encuentran en un callejón sin salida. Estos derechos, lo quieran o no, son prepositivos, y considerados en sí

⁷ Cfr. Bentham, J., *Anarchical Fallacies*, en Bowring, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, V.2, Edinburgh, William Trair, 1843, p. 501.

⁸ A la pregunta “¿cuál es el estatuto ontológico de los derechos humanos para un positivista?” el profesor argentino responde: “Es claro que si no hay normas morales absolutas, objetivamente válidas, tampoco puede haber derechos morales absolutos y, en particular, derechos humanos universalmente válidos”. Y más adelante señala: “Por un lado, nada impide hablar de derechos morales y de derechos humanos, pero tales derechos no pueden pretender una validez absoluta. Ellos sólo pueden ser interpretados como *exigencias* que se formulan al orden jurídico positivo desde el punto de vista de un determinado sistema moral”. Y luego: “...los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su «positivación» por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa «realidad» sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea este nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos *jurídicos* y no ya de meramente morales”. Bulygin, E., “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa* 4, Alicante, 1987, p. 83.

⁹ Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, trad. cast. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 36.

mismos constituyen criterios de justicia que el poder político sólo tiene que reconocer y garantizar.

El otro argumento contra el positivismo jurídico, tan contundente como el anterior, es la ficción de una actitud “científica” avalorativa en el conocimiento del derecho, que la hermenéutica jurídica ha venido a desenmascarar. En efecto, los estudios recientes de hermenéutica jurídica han demostrado, en mi opinión de manera contundente, que en toda labor hermenéutica hay una “inevitable presencia del sujeto en todo proceso intelectual del lenguaje y, en consecuencia, también en aquellos procesos que tienen lugar en orden a la aplicación del derecho y a su elaboración dogmática”.¹⁰ El razonamiento práctico teleológico, inexistente en el normativismo jurídico, vuelve por sus fueros, ofreciendo una interpretación realista¹¹ que derrumba la tesis acerca de que el sujeto cognoscente se enfrenta al objeto por conocer desde una pura neutralidad u objetividad científica.¹² En conse-

¹⁰ Serna, P., “Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003, pp. 213 y ss., especialmente pp. 216 ss.

¹¹ Esta es la visión realista o práctica sobre la que ha insistido Kalinowski. Para el filósofo polaco la interpretación jurídica es ante todo una “interpretación práctica”. “Aquel que interpreta un texto legislativo (en el amplio sentido), quiere llegar a saber en último lugar no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o ha querido decir..., sino cómo debe comportarse uno o cómo debe comportarse aquel que enseña (en el caso del profesor de derecho) o aconsejar (en el caso del abogado). Vivir es obrar”. Kalinowski, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 112.

¹² Kaufmann lo ha hecho ver en forma por demás clara: “Contemplado de esta forma, el derecho (a diferencia de la ley) no es algo que permanece inalterable, sino que es *acto* y, por tanto, no puede ser un «objeto» que pueda conocerse independientemente de un «sujeto». Más bien el *derecho concreto* es el «producto» de un proceso de realización y del desarrollo hermenéutico de sentido. Así pues, no es posible en absoluto que se dé un «carácter correctamente objetivo» del derecho fuera del mismo procedimiento de investigación del derecho. El juez que cree que toma sus criterios de decisión tan sólo de la ley es víctima de un fatal engaño, pues (inconscientemente) entonces permanece dependiente de sí mismo. Tan sólo el juez que sepa que su persona se coimplica en el fallo

XVIII

PRÓLOGO

cuencia, la hermenéutica jurídica, que ofrece una visión más realista de la actuación de quienes se guían por las reglas del derecho —jueces, abogados, ciudadanos—, se extiende también a la explicación del modo de conocer el derecho por parte de los juristas teóricos.

Ahora bien, en dicha labor hermenéutica, en sus diversos niveles, ocupa un lugar central el recurso a los principios del derecho, tema éste que ha sido puesto en la mesa de la discusión por varios autores. Algunos de los cuales no siendo precisamente afines al iusnaturalismo, se han dado cuenta de las consecuencias reduccionistas del positivismo jurídico. Sólo por mencionar a dos de ellos puede citarse, en el ámbito continental europeo, a Josef Esser¹³ y, en el espacio anglosajón, con el antecedente necesario de Roscoe Pound, a Ronald Dworkin.¹⁴ A ellos y a otros autores más¹⁵ debemos el habernos recordado que en el ámbito jurídico, particularmente por lo que a la decisión judicial se refiere, el derecho no se compone exclusivamente de reglas, sino que el juez, protagonista del derecho, echa mano de principios jurídicos que no son reglas.

En tan elocuente debate suelen señalarse diferencias importantes entre reglas y principios; sin embargo, una de las más significativas es la del contenido de “justicia, equidad o de cualquier otra dimensión de la moralidad”, que tienen los principios

que emite puede ser verdaderamente independiente”. Kaufmann, A. y Hassemer, W., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, trad. cast. de G. Robles, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, p. 130.

¹³ Cfr. Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1991.

¹⁴ Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, trad. cast. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, cit., nota 9. Cfr. también *Law's Empire*, trad. cast. de C. Ferrari, *El imperio de la justicia*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1992.

¹⁵ Por mencionar sólo a dos de ellos podemos citar a Alexy, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Derecho y razón práctica*, 2a. ed., México, Fontamara, 1998, y García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1996.

jurídicos, a diferencia de las reglas, que no necesariamente deben contenerlo. Habiendo reconocido la insoslayable presencia de la moral en el derecho, la tesis según la cual estos dos sistemas normativos son diversos, autónomos, y *necesariamente* separados, se tambaleaba estrepitosamente.

Pero la disputa sobre la distinción entre reglas y principios no termina allí. Como lo han señalado otros autores,¹⁶ la discusión científica no sólo abarca el tema del contenido de los principios, que ya de por sí es mayúsculo, sino que también alcanza a cuestionar la concepción normativista de la validez jurídica, proponiendo un modelo mucho más realista y por tanto más general. Esta *nueva validez jurídica* “no se determina exclusivamente por la legitimación del órgano productor de la norma y la corrección en el procedimiento, sino que aparece integrada necesariamente también por la adecuación material”.¹⁷ Hasta ahora, la teoría de la validez jurídica tenía su fundamento en dos postulados básicos, a saber: a) que la norma haya sido dada por un órgano competente, de acuerdo a otra norma previamente existente y a un procedimiento establecido; y, b) la compatibilidad con una norma jerárquicamente superior. Desde este esquema la validez de la norma se encuentra en una norma superior y en el órgano competente que la creó, pero en el caso de los principios ¿dónde radica la validez de un principio jurídico que es empleado para resolver un conflicto?, ¿cuál es el principio superior que daría validez al que establece que “nadie puede beneficiarse de su dolo”?, ¿cuál es el órgano competente que lo crea? Como se puede ver, las consecuencias de esta revolución principialista resultan ser especialmente significativas.

Estos son sólo algunos de los problemas que se observan en la filosofía jurídica contemporánea y para los cuales el positivismo no ha tenido respuestas, o teniéndolas han sido poco satisfactorias. De ahí la necesidad de volver al estudio serio y decidido de

¹⁶ Serna, P., “Introducción”, *op. cit.*, nota 10, pp. 7 y 8.

¹⁷ *Idem.*

una concepción más realista del derecho, como es la propuesta en *Analítica del derecho justo*. La obra, como podrá advertir el lector, hunde sus raíces en una tradición —la teoría clásica del derecho natural— que en nuestro país ha tenido importantes cultivadores, por más que en los tiempos más recientes se haya querido olvidar maliciosamente, dibujándose de manera errónea, distorsionando sus argumentos para convertirlos en blanco fácil de cualquier crítica. Tal desconocimiento ha sido la causa de la descalificación *a priori* del realismo jurídico clásico, por usar la denominación difundida ampliamente por Hervada.¹⁸

Si es verdad que la filosofía es tradición, el aporte mexicano a la corriente iusnaturalista es sin duda uno de los importantes.¹⁹ Por mencionar a algunos de los teóricos más destacados, recordemos a Rafael Preciado Hernández,²⁰ Héctor González Uribe,²¹ Luis Recaséns Siches,²² Miguel Villoro Toranzo,²³ y para algunos, aunque no lo identifiquen como iusnaturalista, Eduardo García Máynez,²⁴ ya que siempre mantuvo tesis cercanas al derecho

¹⁸ Cfr. Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1981, 7a. ed. 1993.

¹⁹ Una visión general de pensadores mexicanos iusnaturalistas puede verse en Troconis Irigoyen, M. P. (comp.), *Iusnaturalistas y iuspositivistas mexicanos (ss. XVI-XX)*, México, UNAM, 1998.

²⁰ Cfr. Preciado Hernández, R., *Lecciones de filosofía del derecho*, 2a. ed., México, UNAM, 1986.

²¹ Cfr. González Uribe, H., *Manual de filosofía social y ciencia sociales*, México, UNAM, 2001. Cfr. también: “Fundamentación filosófica de los derechos humanos. Personalismo o transpersonalismo”, *Revista de Filosofía* 16, México, 1983.

²² Recaséns Siches, L., *La filosofía del derecho de Francisco Suárez. Con un estudio previo sobre sus antecedentes en la patristica y en la escolástica*, 2a. ed., México, Jus, 1947. Cfr. también, *Iusnaturalismos actuales comparados*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1970.

²³ Cfr. Villoro Toranzo, M., *Lecciones de filosofía del derecho; el proceso de la razón y el derecho*, México, Porrúa, 1973. Cfr., del mismo autor, *Introducción al estudio del derecho*, México, Universidad Iberoamericana, 1964.

²⁴ Entre su vasta obra cfr. García Máynez, E., *Doctrina aristotélica de la justicia*, México, UNAM, 1973. Cfr. también, del mismo autor, “El derecho natu-

natural, desde la perspectiva de la axiología jurídica. Teóricos todos ellos de especial trascendencia y de reconocido prestigio nacional e internacional, a los cuales cabe añadir, con una mención especial, Antonio Gómez Robledo²⁵ y los aún vivos Jorge Adame²⁶ y Mauricio Beuchot.²⁷

Analítica del derecho justo viene a continuar esta rica tradición iusnaturalista en suelo mexicano, por un autor chileno profundamente vinculado a nuestra patria desde su infancia. Cristóbal Orrego propone, con un lenguaje contemporáneo, temas siempre presentes en la filosofía y la teoría del derecho. Así, por ejemplo, en el primer capítulo aborda, con un amplio conocimiento del pensamiento clásico y moderno, el siempre espinoso problema del lugar que ocupa el derecho y el conocimiento del mismo en el ámbito de los saberes en general, y en las actividades del hombre en particular. Sin duda existen trabajos que han desarrollado muy bien este aspecto en la filosofía clásica en general, y particularmente la aristotélico-tomista, pero el trabajo de Orrego tiene la virtud de centrar muy bien la discusión y exponer con rigurosidad metódica el lugar exacto del derecho y del conocimiento de éste en la tradición del realismo-metafísico.

ral y el pensamiento jurídico de razón suficiente”, en García Máynez, Eduardo, *Imagen y obra escogida*, México, UNAM, 1984.

²⁵ Por mencionar algunos de sus muchos trabajos podemos mencionar: Gómez Robledo, A., “Estudio introductorio a la *Ética nicomaquea*”, en Aristóteles, *Ética nicomaquea*, México, Porrúa, 2000. Cfr. también, Platón. *Los seis grandes temas de su filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982; Sócrates y el socratismo, México, Fondo de Cultura Económica, 1966; *Meditaciones sobre la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

²⁶ Cfr. Adame Goddard, J., *Filosofía social para juristas*, México, McGraw-Hill, 1998; del mismo autor, *Naturaleza, persona y derechos humanos*, México, UNAM, 1996.

²⁷ Algunas de las obras más significativas de Mauricio Beuchot en materia de filosofía del derecho son: Beuchot, M., *Ensayos marginales sobre Aristóteles*, 2a. ed., IIFL, 2004. *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, México, UNAM, 1997; *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 1993; *Derechos Humanos y Naturaleza Humana*, México, UNAM, 2000; *Derechos humanos. Historia y filosofía*, México, Fontamara, 1999.

No menos problemático resulta tratar el tema de las fuentes del derecho y el lugar que ocupa el derecho natural en éstas, asunto que, luego del apogeo de la codificación francesa, ha venido subvirtiéndose gradualmente. Después de la lectura de este capítulo será muy difícil seguir incurriendo en el grave error de confundir el derecho natural con un abstracto “ideal de justicia”. El derecho natural es verdadero derecho vigente, es la cosa debida a otro, lo justo, objeto de la justicia. Esta tradición jurídica, prácticamente olvidada en la concepción moderna del derecho, hoy sigue teniendo más vigencia que nunca, para ordenar lo mismo las relaciones entre particulares (préstamo, comodato, compraventa, etcétera) que las establecidas entre éstos y el poder público, como es el caso de los derechos humanos. Así como en las relaciones privadas se intercambian “cosas”, en el caso de los derechos humanos estos son también “cosas” o “bienes” debidos a las personas como derechos concretos, no como meros ideales o buenos deseos, porque si tales derechos fueran sólo eso no serían derecho. En esta concepción general del derecho la norma o la ley positiva no es la fuente primera y más importante en el derecho, y, por tanto, no juega el papel protagónico que tiene en el positivismo. Sin embargo, nada de esto desmerece la función necesaria y capital de las normas positivas, pues, como nos lo recuerda el autor, siguiendo a Hervada, no hay dos sistemas jurídicos, uno natural y otro positivo, sino un solo derecho vigente, unitario, en el que se funden elementos naturales y positivos, exigencias de lo justo racional y de lo justo establecido por convención.

Si tal carácter unitario del sistema jurídico se hubiera tenido presente, quizás hoy no asistiríamos al retorno de muchas tesis importantes que el derecho natural ha considerado siempre y que el positivismo intenta retomar. Para eso, tal modelo positivista, cualquiera que fuera su signo, hubo de entrar en un fuerte cuestionamiento, llevando a muchos de sus más importantes representantes a su radical abandono, y a otros a continuar siéndolo a costa de romper con una auténtica tradición positivista. De lo que se trataba, sobre todo en el caso de estos últimos, era de seguir

siendo positivista, sin que importase el precio que hubiera de pagarse, por no ser calificado como iusnaturalista. Tal fracaso queda en mi opinión rigurosamente explicado en el capítulo tercero, a través de la bien lograda síntesis que Orrego hace de las tesis centrales de tres de los más importantes positivistas de la primera mitad del siglo XX, a saber, Kelsen, Hart y Bobbio, cuyas pretensiones no fueron sólo científicas. Tras ellas había otras de carácter político, y particularmente moral.

En gran medida, muchas de las tesis positivistas asumidas y defendidas por los autores antes señalados han sido retomadas por varios de sus más fervientes seguidores en todas partes del mundo. Iberoamérica no es la excepción. Hoy se pueden reconocer teóricos positivistas que siguen defendiendo tal corriente iusfilosófica. Orrego se ocupa, en un extenso capítulo cuarto, del caso particular del profesor Squella, filósofo y jurista chileno de gran prestigio, en cuyas obras podemos identificar lo que queda del positivismo jurídico en una amalgama de la tradición de Kelsen, Ross, Hart y Bobbio: un intento de rechazar el derecho natural sin saber ya de qué se está hablando. En esta parte, Orrego se ocupa de un trabajo de Squella titulado “¿Por qué vuelve a hablarse de derecho natural?”, publicado hace algunos años en la *Revista Chilena de Derecho*. No es el prólogo de una obra el lugar más idóneo para terciar en la rica discusión científica, no es ni propio, ni elegante; sin embargo, creo que sí conviene destacar la originalidad y la firmeza de los argumentos que Orrego expone ante las imprecisiones que del derecho natural tiene Squella, aunque tales aclaraciones podrían también hacerse extensivas a todos aquellos filósofos del derecho que rechazan *a priori* el iusnaturalismo, y en general la consideración moral del derecho. Orrego presenta con un impecable rigor intelectual y lógico los contra argumentos a los tópicos que la mayoría de los iuspositivistas suscriben cuando de “acabar” con el derecho natural se trata. Vale la pena leer con detenimiento este trabajo para darse cuenta de que las tesis anti-iusnaturalistas toman como punto de

partida una caricatura del pensamiento tradicional sobre el derecho natural, por lo que no pueden seguir siendo sostenidas.

Desde la misma línea del realismo jurídico clásico, Orrego ofrece importantes explicaciones sobre el oficio del jurista en el capítulo quinto. Para desarrollarlo parte de un postulado básico, el cual, por más simple que sea presentado, no siempre es conocido y adecuadamente comprendido: “la perspectiva desde la cual accedemos a la inteligibilidad de la realidad contemplada condiciona todo el sistema científico”. Recogido del pensamiento heradiano, y en general de la tradición epistémica iusnaturalista, este principio le sirve a Orrego para recordarnos que el papel del jurista como conocedor del derecho es discernir lo que es justo e injusto en el caso concreto, reafirmando con esto que la ciencia del derecho es una ciencia eminentemente práctica, como no podía ser de otra manera. Esto es precisamente el realismo jurídico, una orientación iusfilosófica que centra el conocimiento práctico jurídico en el acto de discernimiento sobre lo que es debido, es decir, lo justo de cada quien, que se entiende sólo a la luz de una virtud que inclina al jurista a dar o reconocer lo debido a las personas, es decir su derecho. Esta virtud (moral) no puede ser otra que la justicia, una virtud *real*, no un “ideal irracional”. Desde esta posición y en diálogo con la tradición positivista el autor demuestra una vez más la dificultad de seguir manteniendo en pie una de las tesis más fuertes del positivismo jurídico, a saber, la afirmación de que una cosa es el derecho que *es* y otra el que *debe ser*, en definitiva la separación conceptual del derecho y la moral, aunque esta tesis pueda entenderse en un sentido trivial, a saber, que las leyes humanas pueden ser injustas, algo admitido y solamente demostrado por una concepción iusnaturalista.

En íntima relación con el capítulo anterior, *Analítica del derecho justo* explica la comprensión renovada del derecho natural clásico en el pensamiento de uno de los más importantes defensores de tal tradición, el profesor español Javier Hervada. Nuevamente, las ideas claves de Hervada —aciertos y certidumbres—, como “la inclusión de la justicia en la consideración del derecho

como arte”, “la no arbitrariedad del derecho”, “el fundamento último del derecho en «la condición personal del hombre», en la «ontología de la persona humana», etcétera, que Orrego comparte y destaca, plantean fuertes críticas al positivismo jurídico. Sin duda, en este punto comparto la opinión de Orrego de que el aporte científico de Javier Hervada es parangonable a las contribuciones de Kelsen, Hart, Finnis y otros destacados iusfilósofos contemporáneos. Lamentablemente, a veces por esos prejuicios que subyacen en nuestra cultura iusfilosófica mexicana y que he delineado en renglones precedentes, se suelen olvidar tan importantes aportaciones, aunque desde 1985 se haya publicado en México la edición del trabajo que probablemente sea el más importante del profesor español: *Introducción crítica al derecho natural*.

Finalmente habrá que decir que H. L. A. Hart es uno de los más importantes pensadores iuspositivistas en la cultura anglosajona, una cultura que hasta antes de los trabajos publicados por el profesor John Finnis presentaba una deformación de la teoría clásica del derecho natural, que la hacía blanco fácil para cualquier crítica. Sin embargo, será a partir de la defensa que de los principios de la ley natural y de la doctrina del derecho natural clásico realiza este autor australiano, profesor también de la Universidad de Oxford, que la concepción de dicho derecho para tal cultura sería considerada después incluso por el mismo Hart hasta “complementaria” de su visión positivista. Esta parte del trabajo que presentamos exigía, por tanto, no sólo un conocimiento claro y profundo de la teoría clásica de la ley natural y del derecho natural, que Orrego conoce y conoce bien, sino también un conocimiento preciso de la tradición analítica en la que Hart y sus seguidores se inscriben. En otra obra, fruto de su tesis doctoral, Orrego ha dado cuenta de las inconsistencias y contradicciones internas de las tesis hartianas en defensa del positivismo jurídico.²⁸ Sobre su conocimiento del derecho natural, todo el trabajo que ahora se

²⁸ Cfr. Orrego, C., *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997.

presenta habla por sí mismo. Sólo con esta simbiosis de conocimientos es posible explicar, con un lenguaje claro y entendible, los argumentos tan complejos que expone Finnis sobre “el *ser* y *deber ser*”; “los valores básico evidentes y no jerarquizables”; “la razón práctica teleológica”; “el fin último y la diversidad de bienes”; “el fundamento del orden moral”, entre otros (capítulo séptimo).

Lo que he contado hasta aquí dista mucho de agotar el rico apartado teórico que cada uno de los capítulos encierra. Las líneas precedentes no han tenido otro objetivo que intentar entusiasmar al lector comprometido con la búsqueda de la verdad para que lea con detenimiento este libro.

El prólogo ha resultado un poco extenso. No quisiera terminarlo sin antes agradecer al autor haberme pedido generosamente que lo escribiera, y agradecerle también todo lo que de él he aprendido al leer el texto. Sin duda, *Analítica del derecho justo* está llamado a ser uno de esos trabajos sobre los que ha de volverse una y otra vez, con la certeza de siempre aprender nuevas cosas y disipar nuestras dudas.

Javier SALDAÑA
Ciudad Universitaria, México 19 de abril de 2005