



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

EL DERECHO COMO FORMA DE ALCANZAR LA JUSTICIA

SEBASTIAN ANDRES ABARZUA NAVARRETE

MARCELO HERNAN VALENZUELA VARGAS

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA:

JUAN ORMEÑO KARZULOVIC

**SANTIAGO DE CHILE
2014**

“La ruptura de la esencia es ética”

Levinas

Índice

Introducción	1
Capítulo I. El Positivismo Jurídico	3
Aproximaciones	3
Seis Pilares del Positivismo Jurídico	5
La teoría pura de Kelsen	15
El pensamiento de Hart	21
Capítulo II. La Moral del Derecho.....	28
Las dos Morales	29
El Concepto de Derecho de Fuller.....	32
La polémica con Hart	34
La inseparabilidad	37
Capítulo III. La alteridad que hace posible la justicia.....	40
Totalidad e Infinito	41
La Deconstrucción del Derecho.....	45
Conclusiones	52

Introducción

Tal vez esta tesis comenzó a gestarse en el primer semestre del primer año de la carrera, cuando nos dimos cuenta que el término Justicia era rápidamente olvidado cuando se hablaba de Derecho.

El estudio de las normas en nuestra Escuela ha dejado, con la malla curricular actual, pocos espacios para la reflexión sobre la relación entre la Moral y el Derecho quedando circunscritos a unos cuantos ramos de los primeros años. La enseñanza de los clásicos del positivismo jurídico se ha hecho, a nuestro parecer, sin la conexión a los problemas de hoy, casi como una paleontología jurídica que disecciona su pensamiento y trasunta finalmente en una banalización de sus postulados.

El texto que presentamos a continuación es el intento por aportar a discusiones sobre la actualidad del derecho y su rol en las problemáticas sociales de las últimas décadas. Sabemos que no es en el ámbito estrictamente jurídico que los conflictos de relevancia política serán resueltos, pero escribimos estas páginas con dos preguntas implícitas: ¿Qué rol ocupa, y ocupará, el derecho en estos tiempos? y ¿Debe seguir siendo lo que hasta ahora ha sido si se enfrenta a amenazas diferentes a las que enfrentó cuando fue postulado como lo conocemos?.

Nuestra memoria intenta mostrar que es posible pensar un más allá del derecho positivo en la conexión que creemos necesaria con la moral y que el ideal de justicia es posible si se parte desde esta perspectiva.

Para llegar hasta allí comenzaremos por esbozar lo que entenderemos por Positivismo Jurídico, mostrando sus cimientos y analizando a sus principales exponentes para posteriormente explicar la existencia de una moral interna en el derecho y como puede ser ésta el camino para conectarse con la justicia

apreciando la relación de alteridad que debe haber entre ambos conceptos si se quiere hacer frente a la urgente amenaza que significa la irrupción del estado de excepción.

Capítulo I. El Positismo Jurídico

Aproximaciones

Todo proyecto que se plantee contribuir a la discusión respecto al Derecho y la Justicia no puede obviar la posición mayoritaria respecto al tema y menos aún menospreciar el lugar que el positivismo jurídico ocupa en la ciencia de derecho.

Nuestra primera aproximación al positivismo para efectos de esta memoria se realiza de la mano del gran jurista italiano Norberto Bobbio, quién en el comienzo de su obra dedicada al tema en cuestión señala que:

“el positivismo jurídico es la doctrina según la cual no existe más Derecho que el positivo”¹

Esta primera conceptualización del autor, si bien sucinta, refiere a la idea fuerza de todo positivismo jurídico, que el derecho a considerar es aquel válidamente dictado por el órgano previsto para ello y ninguno más.

Nosotros, desde nuestra posición, no intentaremos una definición acabada de esta teoría, nos limitaremos a plantear un esbozo general y el pensamiento de los autores emblemáticos de la materia para poder construir una imagen del positivismo que nos lleve finalmente a plantear por qué es necesaria (y posible) una nueva mirada de la cuestión.

Entendemos que cualquier intento de crítica nos sitúa rápidamente en alguno de los lados de la dicotomía derecho positivo vs derecho natural, así ha sido desde que esta ideología, a decir de Bobbio, fue enunciada, no es nuestra idea hacernos cargo de posiciones ajenas o a veces, extemporáneas por lo que desde ya podemos dejar en claro que no estamos abogando aquí por un regreso al derecho natural ni planteamos evaluar el derecho sólo a la luz de los principios o ignorar las potentes críticas desde las que nace la doctrina del derecho positivo.

¹ Norberto Bobbio, 1998, El Positismo Jurídico, Editorial Debate, p12.

Ya que mencionamos estas concepciones de derecho como antagónicas, es atinente situarnos en ellas. Siguiendo el esquema de Bobbio dos son los criterios que entrega Aristóteles para analizar el tema, en primer lugar indica que la validez del derecho natural es igual en todas partes mientras que el derecho positivo sólo tendrá valor en aquellas comunidades políticas en que ha sido establecido. Recién en las últimas décadas es posible pensar en un derecho compartido en los distintos países, específicamente los derechos humanos nos aparecen hoy como ese cuerpo normativo que puede ser apreciado y aplicado en el mundo entero.

La segunda categoría diferenciadora dice relación con la enunciación de las conductas descritas, mientras el derecho natural prescribe acciones cuyo valor es independiente del juicio que se pueda hacer sobre ellas, el derecho positivo sanciona el modo en que ciertas acciones deben ser ejecutadas pero que no pueden ser juzgadas sino se encuentran previamente prescritas en un cuerpo normativo.

Una tercera distinción incorpora Bobbio a las ya señaladas, la atemporalidad del derecho natural versus la ley escrita que siempre es susceptible de ser modificada reconociendo en sus fuentes la posibilidad intrínseca de cambiar la normativa vigente, Hart señala al respecto que esto es esencial al derecho positivo, en oposición a los principios morales:

“Es característico de un sistema jurídico el hecho de que pueden introducirse en él nuevas reglas, y modificarse o derogarse reglas anteriores, mediante sanción deliberada, aún cuando algunas normas puedan ser colocadas a cubierto de cambios por una constitución escrita que limite la competencia de la legislatura suprema. Por contraste, las reglas o principios morales no pueden ser implantados, modificados o eliminados de esa manera.”²

Dos cosas más deben decirse que terminan por configurar la diferencia, la fuente del derecho y la forma de conocerlo, la dogmática ha situado el tema de las

² Herbert Hart, 1968, El Concepto de Derecho, Editorial Abeledo – Perrot, p217-218.

fuentes en la antítesis natura- potestas, es decir, el origen del derecho natural es, como resulta evidente, la naturaleza humana, mientras que es el poder constituido gobernante en una sociedad el que dicta las normas válidas para el positivismo. Respecto al conocimiento de la ley, es la operación puramente intelectual la que nos permite conocer el derecho natural mientras que, obtenemos el derecho positivo sólo a través de la declaración de voluntad de un sujeto investido para tal efecto.

Pero la gran brecha entre ambos derechos es ideológica y tiene que ver precisamente con la concepción de justicia que se ha de considerar, el iusnaturalismo señala que el derecho válido es el valioso, o sea justo, abriéndose a la posibilidad que no todo derecho existente sea válido. A su reverso exacto se encuentra el positivismo que contempla, exclusiva y excluyentemente, a la norma justa por el hecho de haber sido válidamente dictada. Parte de nuestra crítica, que apenas adelantaremos aquí, tiene que ver con este punto pues, con el paso del tiempo los pensadores positivistas ya no se refirieron al término justicia prevaleciendo únicamente la fórmula derecho igual a norma válida.

Todo lo arriba descrito será contextualizado cuando tengamos la oportunidad de analizar a Kelsen y Hart pues, creemos que en ellos se encuentran las claves para entender este movimiento de ideas fundamental en la historia del derecho. De cualquier forma, nuestro escenario se comienza a configurar con lo que Bobbio reconoce como los cimientos de esta teoría.

Seis Pilares del Positivismo Jurídico

Conocimiento

El primer afán de los positivistas es depurar al derecho de cualquier consideración ideológica o moral y construir una verdadera ciencia jurídica que posea un método desde el cual apreciar la realidad que constituirá su fuente de estudio.

Para que esto sea posible es básico considerar al derecho como un hecho y no como un valor³ lo que implica convertir la ciencia del derecho en un conjunto de datos (los hechos) que el jurista debe analizar tal como se aprecian los fenómenos en cualquier disciplina científica.

Es consecuencial con el contrapunto tan marcado con el derecho natural la idea de una ciencia jurídica pues, y en esto seguimos a Austin, el positivista jurídico estudia el derecho como es y no como debiera ser, eliminando por tanto, cualquier juicio valorativo respecto de lo justo e injusto.

Sin perjuicio que nos extenderemos en este mismo capítulo en ello, corresponde lo anteriormente señalado a lo que Hans Kelsen denominó la Teoría Pura del Derecho y que podría considerarse como una repuesta jurídica para actualizar el derecho (hacerlo coincidente con la realidad científica de la época) y librarlo de los afanes políticos que arreciaban en tiempos marcados por las guerras entre ideologías totalitarias, así lo expresa el propio autor:

*“Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo”.*⁴

Coacción

Mucho se ha discutido respecto al lugar que el uso de la fuerza ocupa en el derecho, y básicamente corresponde a la evolución de la filosofía del derecho ya que, en los orígenes griegos de la cuestión no se planteó que la coactividad fuese el elemento esencial del derecho, tanto es así que Aristóteles señalaba que el

³ Kelsen es consciente de ello y a la vez llama la atención sobre los juicios valorativos que las distintas sociedades se imponen cuando son compartidos por la mayoría de las personas que las componen, estos juicios, señala, son eminentemente subjetivos y por tanto, tienen validez circunscrita al espacio territorial que esa comunidad ocupa por lo que la ciencia del derecho debe abstraerse de ese carácter subjetivo de las normas y tomarlas como datos. Hans Kelsen, 2006 *¿Qué es la Justicia?*, Ediciones Librería El Foro.

⁴ Hans Kelsen, 1982, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Eudeba, p134.

derecho era una realidad que encontraba su significado en la idea de justicia e incluso Kant varios siglos después nombraba al derecho como un conjunto de condiciones para acordar el arbitrio de las personas según *“la ley universal de la libertad” (Metafísica de las costumbres)*; sin embargo para estos pensadores la coerción ya es un elemento relevante, el mismo Kant señala que la fuerza (del derecho) es la negación de la libertad de quién primero negó la libertad del otro; lo que tratamos de mostrar es cómo el elemento definitorio del derecho tenía que ver, con anterioridad a los primeros positivistas, con un valor superior: la justicia, que si bien no convertía ambos términos en sinónimos si los asociaba de modo de poder reconducir uno al otro⁵.

Corresponde a Von Ihering en su obra *El fin del Derecho*, la primera enunciación directa de una teoría de la coacción. Según este autor los fines individuales de las personas sólo pueden ser alcanzados si el Estado detenta el poder coactivo y protege que dichos fines puedan cumplirse. No es ambiguo Ihering en su planteamiento, señala por primera vez que no puede existir derecho sin el poder de la fuerza que lo sustente. Luego de él, se construye toda una teoría a partir de sus ideas por pensadores como Del Vecchio o Carnelutti que incorporan este elemento en la construcción de definiciones sobre la ley.

Kelsen le da un giro a la posición inicial que veía a la coerción como el medio para hacer posible las normas jurídicas e innova diciendo que el derecho es un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza coactiva:

⁵ Sin embargo en Kant parece existir una paradoja, pues argumenta que un rasgo diferenciador esencial entre el derecho y la moral esta dado por el sentido del deber que fundamenta uno y otro: *“Llamase legalidad a la mera coincidencia o no coincidencia de una acción con la ley, sin tomar en cuenta el motivo de la acción; llamase, en cambio, moralidad a aquella acción en la cual la idea del deber, expresada en la ley, es el motivo mismo de la acción”* (Kant, *Principios del Derecho*, citado en León Dujovne, *La Filosofía del Derecho de Hegel a Kelsen*, 1963, Editorial Bibliográfica Omeba, p43-44). De lo anterior podemos inferir que quién no cumple una norma por el deber, moralidad, hay que hacérsele cumplir por la fuerza. Esta paradoja a nuestro entender es sólo aparente pues Kant sitúa la obligatoriedad del derecho como parte del criterio de exterioridad y seguridad jurídica y no como algo esencial a éste, como bien señala Radbruch: *“A esta legalidad en el campo del derecho, opone Kant la moralidad, como la obligatoriedad específica de la moral, pero un orden jurídico que no descansa sobre el cumplimiento del deber por el sentimiento de éste se moverá, evidentemente, sobre un terreno muy precario e inseguro”* (Gustav Radbruch, 1955, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1955, p54-55).

“Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres”⁶. No es menor mencionar a Max Weber, un acérrimo antipositivista, que da el paso consecuencial lógico en la materia señalando que un orden debe llamarse derecho cuando “está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o castigar su transgresión”.⁷

Es a Hart a quién, en primer lugar, le parece que determinar la esencia del derecho como fuerza le resulta simplista y exagerado, sobre el comienzo de su obra *El concepto de Derecho* y dentro de lo que llama “concepciones erradas” critica que el derecho sólo sea la orden respaldada por amenazas. Su postura es clara, si sólo de eso se tratara deberíamos llamar norma a cualquier expresión de voluntad de una persona que por medio de un arma amenace a otra. Además, critica que esa afirmación identifica a todo el derecho con lo que entendemos por derecho penal; pero el punto de Hart es que, sin negar todo lo anterior, no puede entenderse la idea de norma sin la idea de sanción⁸.

Lon Fuller también se opone a considerar a la fuerza como el elemento definitorio, sin afán de apresurarnos, indicaremos que su posición consiste en demostrar la falta de congruencia lógica entre la existencia de una norma que posee como uno de sus elementos el respaldo de la fuerza para exigir cumplimiento y el hecho de que esto sea definitorio de la norma; el autor muestra que esto resulta tan absurdo como justificar la creencia en un dios solamente por la amenaza de las penas del infierno.

Como veremos, tanto Fuller como Hart coinciden en que el orden jerárquico resulta a fin de cuentas un punto de mayor preponderancia para entender al

⁶ Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, p74.

⁷ Max Weber, 2004, *Economía y Sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, p27.

⁸ Para un tratamiento específico a esta materia véase Juan Ormeño Karzulovic, *Hart y la crítica a la noción imperativista del derecho*.

derecho y es con Derrida con quien terminaremos esta discusión con lo que, veremos, denominó fundamento místico de la autoridad, donde recalcó que la ley no obtiene un cumplimiento sistemático y generalizado al estar respaldada por la fuerza sino por la creencia de las personas de estar haciendo “lo correcto”. Aquel “fundamento”, viene a contradecir toda la tradición antes mencionada y, si bien intenta psicologizar la obediencia normativa, adquiere sentido en un contexto de tranquilidad (ojo, no paz) social generalizada que dan las democracias liberales que contrasta con el estado de guerra propio de las tiranías donde efectivamente el poder gobernante debe servirse de la fuerza para exigir el cumplimiento de su palabra.

La ley como única fuente

Bobbio distingue dos tipos de Ordenamientos jurídicos, los simples y los complejos. Estos últimos son precisamente aquellos donde existe multiplicidad de fuentes normativas que se superponen unas a otras por lo que para los positivistas es necesaria una segunda condición para que exista un ordenamiento sólido y eficaz, la jerarquización, que significa ineludiblemente que la ley debe ser la fuente exclusiva y excluyente de creación de derecho.

El resto de los fenómenos que directa o indirectamente generan derecho los positivistas los subsumen identificando las fuentes reconocidas y las fuentes delegadas, siendo las primeras aquellos hechos que existen con independencia del Estado y que generan reglas de conducta que finalmente el estado recepciona incorporándolas al ordenamiento jurídico (como la costumbre cuando la ley le atribuye valor jurídico); respecto a las fuentes delegadas esto sucede cuando es el propio Estado quien atribuye a un órgano propio o incluso uno ajeno el poder de establecer normas (por ejemplo los reglamentos que dicta el poder ejecutivo).

Debemos mencionar indudablemente, el rol que la costumbre ha jugado en el derecho desde tiempos inmemoriales siendo una fuente de derecho principal que

fue perdiendo fuerza progresivamente hasta poseer un espacio muy reducido en los sistemas jurídicos modernos donde el positivismo es hegemónico. La moderna consideración de la costumbre se la debemos a Austin quien señaló que las normas consuetudinarias no son en efecto, jurídicas y sólo devendrán jurídicas cuando el poder judicial las aplique.

El Código Civil chileno señala en el artículo 2 que la costumbre no tendrá valor alguno salvo los casos que la ley expresamente se remita a ella, no hay mayor ejemplo del triunfo del positivismo jurídico que deja atrás cientos de años de derecho construido en base a la repetición constante y uniforme de conductas. Sin embargo, cuando el artículo 1546 se refiere al contenido del contrato, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la costumbre no puede hacerse a un lado.

En el ámbito del derecho internacional la situación es opuesta, la costumbre es una fuente de derecho principal que no ha podido ser reemplazada por los códigos ni tratados. El artículo 38.1 apartado *b*, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala:

“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

El derecho como mandato

La teoría imperativista de la norma jurídica no puede entenderse sin asumir el punto anterior pues, sólo viendo a la ley como única expresión del poder normativo estatal se descarta al derecho consuetudinario (reducido a manifestación de voluntad). La norma, en este orden de cosas, contiene una conducta a seguir y la obligatoriedad de su cumplimiento.

No corresponde aquí analizar la naturaleza del mandato, tema de largo alcance, pero podemos mencionar que no existe acuerdo entre los distintos pensadores positivistas respecto a quién va dirigido el mandato o a su contenido y esto sí lo abordaremos más adelante sobre todo cuando analicemos el pensamiento de Herbert Hart.

Ordenamiento Jurídico pleno y coherente

Dentro de la llamada teoría del ordenamiento jurídico encontramos dos elementos sin los cuales esta no se sostendría: la plenitud y la coherencia; con la primera lo que se afirma es la inexistencia de lagunas o vacíos en el ordenamiento, es decir, el juez tiene a su disposición los elementos suficientes para llegar a la solución requerida (regula decidendi). En cuanto a la coherencia, esta excluye la posibilidad que existan normas contradictorias entre sí.

Sin intención de adelantarnos a lo que trataremos en este mismo capítulo, debemos reconocer en Kelsen al autor de esta teoría del ordenamiento jurídico y además, tenemos que agregar una tercera categoría implícita en la concepción del autor, la unidad. Se desprende del carácter pleno del ordenamiento que, según los positivistas hace al derecho, la idea de la imposibilidad de que coexistan dos ordenamientos jurídicos en un mismo territorio determinado, el poder de dictar normas debe ser hegemónicamente ejercido por el Estado y sólo admite la excepción de la delegación mencionada a propósito de las fuentes del derecho⁹,

⁹ Asís Roig señala en la nota introductoria de *El Positivismo Jurídico* que: "En opinión de Bobbio, de las tres características en que se basa la Teoría del Ordenamiento Jurídico, la de la plenitud es la más importante, por ser la más típica y por ser el punto central, el corazón del corazón (si fuera lícita esta expresión) del positivismo jurídico. La plenitud del ordenamiento supone que éste posee en su interior normas que permiten directamente dar solución a todos los problemas jurídicos que se planteen, o mecanismos para alcanzar la solución en el caso de lagunas normativas. Desde este significado, conecta claramente con el sentido de la interpretación en las posiciones positivistas y con el principio de la certeza del derecho que es la ideología fundamental de este movimiento". Rafael Asís Roig, Estudio Preliminar a *El Positivismo Jurídico*, p27.

que son en todo caso situaciones relativas pues más que nada consisten en autorizaciones a ciertos órganos determinados.

Interpretación mecanicista

La labor interpretativa es propia de la jurisprudencia, es el ejercicio cognoscitivo del juez para la aplicación del caso concreto puesto en su conocimiento. Es en el tipo de interpretación donde los iuspositivistas y sus críticos se enfrentan, los primeros abogando por un ejercicio mecánico por parte del juez que implique reproducir estrictamente la letra de la ley, los otros impulsando una actividad de interpretación creativa de un derecho nuevo que implique considerar elementos sociales y culturales que pretendan actualizar la norma bajo el principio de buscar la intención del legislador.

Demás está decir que la posibilidad que el juez tenga un rol creador del derecho resultar conflictivo para el positivista, mientras que para sus críticos lo problemático estriba en la rigidez que esto producirá en la norma si es que esta no puede ser actualizada a nuevas realidades o a los cambios de paradigmas. Pensemos a propósito de esto último en el artículo 102 del código civil chileno que establece al matrimonio como el contrato entre dos personas hombre y mujer; si seguimos una interpretación innovadora, que pretenda actualizar la ley a nuevas realidades tendríamos que admitir que existe en la sociedad relaciones del tipo entre personas del mismo sexo donde sus integrantes viven situaciones de desigualdad jurídica devenida de la indefensión patrimonial y sucesoria que provoca la falta de reconocimiento legal a su estatus de relación. Para llegar a la nombrada igualdad contractual en la materia o, en términos simples, matrimonio homosexual no podemos circunscribirnos a las palabras de la ley, que es lo que argumentan los negacionistas, sino al espíritu del legislador y concluir que Bello no podía en su época incluir al momento de legislar realidades absolutamente desconocidas; fuera del argumento de las palabras de la ley versus el espíritu de la misma, invocar a la naturaleza para oponerse al contrato de matrimonio entre

personas del mismo sexo resulta a lo menos curioso, estamos hablando de derecho, quizás la expresión máxima del desarrollo cultural de la humanidad.

Algunas luces claras nos da Kelsen respecto a este tema, su posición no es conservadora sino que reconoce a la labor interpretativa de la norma como un marco abierto de posibilidades:

“Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar.”¹⁰

De allí podemos desprender que muchas de las críticas no tienen que ver con una supuesta rigidez de la norma sino que, se trata de conflictos que encuentran su sede en la política y no, al menos directamente, en el derecho.

Así mencionados sus fundamentos, podemos hablar con cierto grado de propiedad de la ideología del positivismo; decimos ideología de acuerdo con Bobbio pues, no sólo se ha limitado a conocer y describir el derecho sino que ha pretendido influir sobre él, establecer cómo debiese ser.

La ideología positivista obtiene su respaldo en la obediencia irrestricta a la ley, que implica no realizar ningún tipo de juicio valorativo a la norma, esta debe ser cumplida sin importar juicios respecto a su contenido y por tanto, esta idea se vuelve metajurídica pues, genera una ética de obediencia en las relaciones sociales e individuales transformando la obligación de cumplimiento en una de

¹⁰ Kelsen, Teoría Pura del Derecho, p166-167.

carácter moral que finalmente no necesita para subsistir cotidianamente del monopolio de la fuerza que ejerce el Estado sino que se apoya en la conciencia de las personas, lo que más adelante veremos se ha designado como el fundamento místico de la autoridad¹¹.

Lo que los críticos han señalado históricamente es que si el positivismo postula la separación del derecho y la moral, esta ideología está reconociendo explícitamente que su objetivo último no es la justicia (o al menos la búsqueda de los valores que la fundan) y de ahí se deriva el silencio, cómplice o ignorante, del mundo del derecho ante las atrocidades de las que fue testigo el siglo XX; asumir que el derecho se circunscribe a la norma válidamente dictada que resulta eficaz por cumplir el objetivo de generar o mantener la *neutralidad* del derecho, es desconocer que la ley puede generar grandes inequidades y conflictos abiertamente contrarios a cualquier noción de justicia, pensemos por un instante en las leyes raciales de la Alemania del Tercer Reich y en general en toda una forma de aplicación irrestricta de la ley ante la cual la teoría kelseniana se cruza de brazos considerándola un vaivén político más que en caso alguno implica un replanteamiento de las premisas positivistas.

La respuesta de Bobbio se encamina a distinguir dentro de la ideología una versión más moderada que no considera que el fin del derecho sea el orden sino un medio para alcanzar el valor que la sociedad considere como el máspreciado en un determinado momento que siempre está abierto a modificarse de una época a otra rompiendo el orden existente, presupuesto básico de toda revolución que

¹¹ Contra esta afirmación Jeremy Waldron postula que la separabilidad entre derecho y moral debe ser llamada positivismo normativo, o positivismo ético, citando a Tom Campbell que señala “El término positivismo ético indica que el derecho ha de ser valorado como una forma institucionalizada de hacer cosas que sirvan propósitos sociales importantes” (Campbell, citado en Waldron “Positivismo normativo o ético” p 1); Waldron explica los fines del positivismo normativo: “El positivismo normativo, entonces, está interesado en el derecho como un concepto cuyo despliegue en el análisis iusfilosófico está conectado con los valores involucrados cuando los ciudadanos lo despliegan y no simplemente en virtud de sus conexiones con los valores técnicos o “intrateóricos” de la filosofía del derecho”. Jeremy Waldron, 2010, Positivismo Normativo (o Ético), publicado en Causas Perdidas ensayos de filosofía jurídica, política y moral, Editorial Catalonia, p 15.

comienza atacando el derecho antiguo para imponer uno nuevo. Kelsen es claro respecto a las críticas al *relativismo* de los positivistas frente a la justicia:

“El principio moral fundamental que subyace a una teoría relativista de los valores o que de la misma puede deducirse, es el principio de la tolerancia, es decir, la exigencia de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aún cuando no se las comparta o, mejor dicho, precisamente por no compartirlas y, por lo tanto, no impedir su exteriorización pacífica”¹²

Habiendo apenas mencionado algunas de las críticas que generó el positivismo en una determinada época, lo que no implica que sólo se ubiquen en el espacio temporal, muchas de ellas nos alcanzan hasta hoy, nos abocaremos a analizar los postulados de algunos celebres positivistas en vistas a configurar emplazamientos serios al iuspositivismo que en último término hagan posible construir una mirada alternativa a la relación entre derecho y justicia.

La teoría pura de Kelsen

Hemos señalado que corresponde a Kelsen la formulación de una teoría pura del derecho, ahora trataremos de desentrañar el significado y los alcances de dicha teoría.

Ya en el prefacio a la edición de 1934 de la obra *La Teoría Pura del Derecho*, su autor afirma sus intenciones de crear:

“...una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias.”¹³

¹² Kelsen, *¿Qué es la Justicia?*, P. 48-49-50. Además, para ver una refutación del autor sobre la asociación entre positivismo y totalitarismo véase la nota al pie 21 del mismo texto.

¹³ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p9.

Su interés no es casual sino que se enmarca en el espíritu de su época, intentar construir ciencia en todos los ámbitos del quehacer humano. Sin embargo, y como lo reconoce, las críticas a sus postulados no se dirigen al carácter científico que pretende darle al derecho como él esperaba que fuese, sino a la idea de construir una teoría supra - política que rechace por igual los liberalismos y los totalitarismos y que por sobre todo sea una teoría general del derecho y no una interpretación de algún orden jurídico en particular.

Sobre el primer capítulo del libro, Kelsen fija su posición respecto a cualquier intento iusnaturalista argumentando que una teoría pura debe estudiar el derecho como es y no como debiese ser. La declaración unívoca del autor se dirige en primer lugar a la categoría de ciencia que quiere imprimir desde un comienzo para lo cual distingue ciencias causales y ciencias de imputación; a las primeras les reconocemos los actos de la naturaleza que responden a la relación causa – efecto, incluyéndose ciencias sociales como la psicología que difieren de otras como la física simplemente en el grado de precisión. Las ciencias de imputación son las que describen un orden normativo dentro del que las personas se desenvuelven, entre estas están la ética y la ciencia del derecho.

Para Kelsen, la ciencia normativa es aquella en que la sociedad está constituida por un conjunto de normas y donde el individuo se encuentra sometido en la medida en que su conducta esté regulada por esas normas, este orden será eficaz cuando la generalidad de los sujetos acaten dicho sistema de normas.

Precisamente en el acatamiento nos encontramos con el tema de la libertad humana; no es en las ciencias causales donde este atributo se expresa sino al contrario, es decir, el hombre como integrante de una sociedad no es libre sino cuando *“... su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación.”*¹⁴ De esta forma, indica el autor, se salva la contradicción radical que se produce al confrontar las leyes causales con el libre albedrío, así el problema se resuelve al someter la conducta humana a una

¹⁴Ibídem, p29.

doble interpretación, se encuentra determinada por causas de las cuales la conducta es efecto y dentro de las cuales el ser humano no goza de ninguna libertad; por otro lado, dichas conductas pueden ser apreciadas a la luz de leyes morales o jurídicas, por tanto imputar una pena u otorgar una recompensa por una determinada acción es la expresión de la libertad que se adecua a la exigencia de vivir en sociedad.

Despejada la cuestión, asumiendo el derecho como una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, es necesario hablar del objeto de aquella disciplina; Kelsen señala que estudia el derecho en sus dos aspectos, el estático (conjunto de normas que regulan la conducta de los hombres) y dinámico (serie de actos por los que la norma es creada y aplicada). De esta manera, puede cumplirse el presupuesto de toda norma positiva: la validez, es decir su creación mediante la forma prevista por el legislador.

Pero, si la validez es condición absoluta de la norma, se encuentra el autor rápidamente con un problema difícil de resolver de buenas a primeras, ¿donde encuentra la validez la primera norma?, sabemos que toda ley es derecho válido por haber sido dictada de acuerdo a un procedimiento establecido en una anterior e incluso una constitución puede encontrar su origen en una anterior del mismo tipo pero, ¿que le da validez a la primera constitución?; aquí Kelsen hace un acto de fe (un supuesto metodológico, en ningún caso hacemos referencia a cuestiones teológicas) indicando que no queda más que suponer la validez de esta constitución por tanto, todo el ordenamiento jurídico se basa en la suposición de normas válidas.

El autor alemán nada dice respecto al origen de la primera constitución ni a la idoneidad de su autoría omitiendo como se señaló, que todo el sistema puede basarse en la usurpación, la violación, la fuerza, en fin la abierta injusticia y esta es nuestra primera crítica que no nace del capricho, somos estudiantes de derecho viviendo en un país donde la constitución política vigente fue el resultado de la violencia brutal institucionalizada y ni siquiera el régimen posterior vino a

modificar aquel sinrazón que implica basar todo el ordenamiento en la voluntad del grupo que impuso sus “convicciones” por la tortura, la desaparición forzada, la policía secreta y los campos de concentración.

No pretendemos ser injustos, no vamos a achacarle a Kelsen ser el autor intelectual de todas las atrocidades que se “blanquean” jurídicamente, entendemos que la norma hipotética a la que hace referencia no tiene que suponer necesariamente la justificación de las condiciones en las que nuestra constitución vigente fue creada, para él, el asunto radica en que este supuesto es en sí una norma jurídica que implica la obediencia a la primera Constitución aunque no sea una norma de derecho positivo, y argumenta que existe en cualquier tipo de norma algún hecho previo del cual se origina, estos hechos creadores de normas están, aunque no sean positivos, en la base de cualquier ordenamiento pero, no representan valor moral o jurídico alguno sino que tienen un carácter meramente formal.

No es menor lo antes mencionado, Kelsen ve a la regla de derecho como un instrumento para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes, es por esto que la tesis del supuesto basal de la primera constitución es totalmente racional en su sistema (aunque muchas veces no nos parezca razonable) y además sirve para separar el derecho de la moral pues, establece cómo es la norma y no cómo debiese ser enfrentando la coyuntura del derecho justo o injusto donde una vez más aparece la figura de la norma supuesta. Siguiendo su línea de argumentación, la valoración de justicia respecto a una determinada ley no se funda sobre una norma moral que ha sido “puesta” sino en una “supuesta” por el autor de la valoración no existiendo valores morales únicos y sobre los cuales los hombres difieren en su importancia, poseen en resumen, un carácter subjetivo, mientras que los juicios que reconocen hechos que se conformen con una norma positiva son eminentemente objetivos.

Desde ahí comienza Kelsen su argumentación acerca de por qué es imprescindible un derecho sin consideraciones morales, debemos ser justos con él

y con su teoría, cuando empezamos a hablar de ellos mencionamos sus anhelos, ahora debemos exponer la razón de ser de los mismos.

La idea de justicia no sólo es subjetiva en estos términos, al establecerse por la costumbre varia de un lugar a otro y de una época a otra, erigiéndose como un valor absoluto que pretende ser válido en todo tiempo y lugar y frente al cual, ninguna ciencia puede cambiar su contenido y de hecho, constata el autor que a lo largo de los siglos no ha podido definirse lo que se entiende por justicia convirtiéndose en una entelequia más allá de toda experiencia y completamente inalcanzable¹⁵, esta es la posición de Platón que cruzará toda la historia de la filosofía y nosotros la reencontraremos al hablar de Derrida, será nuestra postura también.

Intentar adaptar este ideal de justicia resulta imposible para la ciencia del derecho que termina cayendo en formulas vacías del tipo “haz el bien o evita el mal”, ya que, no hay parámetros que permitan subsumir, o más radicalmente, someter al ideal de justicia. En esto, Kelsen es implacable, el conocimiento racional de los conflictos solo se da por el contraste entre dos intereses que se resuelve favoreciendo a uno de ellos.

En su desarrollo argumentativo Kelsen sabe lo que se juega, ser condescendiente con los que intentan acercar el derecho a la justicia es ceder, tarde o temprano, al derecho natural muriendo de paso la ciencia jurídica pues, en sus palabras, el derecho natural:

¹⁵ Finaliza Kelsen su ensayo *¿Qué es la Justicia?* señalando: “Comencé este estudio con la pregunta: ¿qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin, sé perfectamente que no la he contestado. Mi disculpa es que en este caso estoy en buena compañía. Sería más que presunción hacer creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que los más grandes pensadores no lograron. En realidad, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”. Kelsen, *¿Qué es la Justicia?*, p51- 52.

“no busca tanto conocer el derecho en vigor como justificarlo y transfigurarlos, destacando que emana de un orden natural, divino o racional.”¹⁶

Sería, por tanto, la tendencia antiideológica la que puede mantener a la teoría pura como una verdadera ciencia del derecho a la vez que la ideología encubre la realidad para sus propios fines, porque todas nacen de la voluntad, no del conocimiento y es precisamente esto último lo que se pretende rescatar, una ciencia del derecho indiferente a cualquier consideración de justicia externa, una teoría pura.

Reconoce Kelsen, al iusnaturalismo como un enemigo que adopta diferentes formas así, fustiga la tendencia que hace subsistir la idea de una justicia inmanente que debe ser integrada a la idea del derecho bajo la forma de un mínimo moral, que el autor refiere a pensadores como Fuller y lo califica como una forma bastarda de reincorporar nociones naturalistas al derecho positivo.

La teoría pura consiste en ver al derecho como un orden de coacción, es decir, reglamenta el uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres y se configura en el uso de normas primarias (establecen el nexo entre hecho ilícito y sanción) y secundarias (prescribe la conducta esperada para evitar la sanción) cumpliéndose de esa forma, la condición esencial de la norma para pertenecer al sistema, que defina la conducta que es presupuesto de una sanción y que la determine.

Vemos aquí, que el hecho ilícito no sólo no posee connotaciones morales, sino que no es apreciado como una negación del derecho quedando fuera de él; la teoría pura lo inserta en el centro de la cuestión como la condición de la sanción, la ilicitud pone en funcionamiento el orden jurídico y prueba su validez.

No hemos querido agotar el tema de la teoría del derecho puro, sólo tomamos lo que nos parece atinente al tema que nos convoca, es decir, describir como el derecho se ha configurado hasta ser lo que es, que mecanismos e ideales lo inspiraron tratando de ser atemporales, es por esto que los argumentos de Kelsen

¹⁶ Kelsen, Teoría Pura del Derecho, p63.

los apreciamos sin entenderlos sólo como una respuesta a la realidad de su tiempo (razón por la cual no hemos hecho referencia al comunismo soviético, motivo de muchas críticas al positivismo). En nuestro camino a considerar a Fuller como una figura clave para imaginarnos otra relación entre derecho y justicia debemos, imperativamente, adentrarnos en el pensamiento de Herbert Hart.

El pensamiento de Hart

La obra de este autor se inscribe dentro de la corriente analítica del positivismo, que intenta a través del lenguaje desentrañar la comprensión del derecho. Resultan las enunciaciones realizadas en su libro *El concepto de derecho*, donde postula un ordenamiento jurídico basado en la unión de reglas primarias y secundarias.

No sólo por lo recién mencionado es importante el pensamiento de este autor además, deconstruye la definición de Derecho de Austin que lo contempla simplemente como el monopolio de la coacción desnudando las falencias de esta concepción construyendo una visión más compleja pero a la vez, más sofisticada e indubitada.

La argumentación de Hart comienza con lo que señala son los tres problemas recurrentes en el conocimiento del derecho, en primer lugar la identificación de este orden sólo como fuerza, luego su asociación con la moral y por último, su reducción a un simple sistema de reglas de carácter obligatorio¹⁷.

Ya hemos mencionado antes el primer intento positivista totalmente pragmático de entender a la coacción como el elemento esencial del derecho, Hart rechaza esta

¹⁷ "He aquí los tres problemas recurrentes: ¿en qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿en qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas? El principal propósito de la especulación sobre la "naturaleza" del derecho ha sido eliminar dudas y perplejidades acerca de estas tres cuestiones. Hart, p16.

idea y la identifica con el ejemplo dado por Austin quien homologa el mandato legal a la orden respaldada por amenazas emanadas de un asaltante que porta un arma.

En primer lugar señala que el mandato se basa en el ejercicio de la autoridad y no en la posibilidad de daño que pueda causarse sobre los gobernados, reconoce sí que la forma del derecho que se expresa en que un funcionario ordena hacer algo a un ciudadano común y corriente puede tener similitudes con la figura del asaltante, pero hace una precisión, las normas establecen una conducta deseada que sólo en caso de no ser cumplida provocará la intervención del órgano específico por tanto, la primera aproximación del individuo con las normas no es directa ni personal, su carácter es general (idea también presente en Kelsen).

No sólo es la generalidad un atributo diferenciador de las normas respecto de cualquier otra orden, una característica fundamental es su carácter permanente en el tiempo, no aburrirémos describiendo los periodos de vigencia de una ley, los subentendemos, nos parece más interesante mencionar como esta idea de perdurabilidad aparece como un atributo místico, o si se prefiere psicológico de todo órgano o persona que somete violentamente a un individuo, a decir de Simón Weil, una de las características que hace al uso de la fuerza post Auschwitz es que se establece como un poder permanente por mucho que no dure más que un instante.

“Tan despiadadamente aplasta la fuerza, tan despiadadamente embriaga a quien la posee o cree poseerla, que no comprende que su poderío es sólo una situación pasajera”¹⁸

Pues bien, es únicamente en el derecho donde la permanencia en el tiempo es un atributo que resulta en última instancia definitivo para trazar una línea diferenciadora; lo que no implica que la amenaza de castigo al incumplimiento este siendo reiterada en todo momento, sino la creencia continua por los individuos que

¹⁸ Simón Weil, *La Fuente Griega*, citado en Juan Pablo Arancibia, 2010, *Biopolítica: Liberalismo y Muerte*, Biopolíticas del Sur, Editorial Arcis, p340.

se sigue un orden “correcto”. A estas dos características deben sumarse la supremacía y la independencia de las órdenes emanadas por la autoridad en un determinado territorio.

Junto con lo anterior, Hart profundiza en razones de contenido para diferenciar la norma de la simple orden respaldada por amenazas, indica que uno de los grandes aportes del derecho a la vida social es entregar capacidad a las personas para desarrollar relaciones jurídicas en su provecho, es decir, potestades para que puedan celebrar contratos y convenciones por su propia voluntad. De la misma forma, las normas que confieren a ciertos órganos potestad legislativa, no pueden ser subsumidas bajo la figura de mandato coactivo sin ser deformadas y desnaturalizadas a conveniencia.

Existe un segundo orden de cosas por las cuales las normas que entregan potestades no pueden asimilarse al otro modelo, la sanción al incumplimiento. Hemos dicho que la figura que más se asemeja a la orden respaldada por amenazas es la ley penal, pues bien, esta última establece un castigo para la conducta que se trata de desalentar lo que es radicalmente distinto a la norma que establece la nulidad cuando no se cumplan requisitos formales en la celebración del contrato, ambas presentan naturalezas diferentes en cuanto a lo que desea el derecho respecto a la conducta debida. Además, la nulidad como sanción es parte integrante de la norma, un simple supuesto en caso de no cumplirse ciertos requisitos mientras que, el castigo se asocia de una manera distinta pues se impone en caso de contravenir la conducta que se espera de las personas.

En última instancia, Hart señala que la autoridad del soberano dista mucho del mandato coactivo, no sólo somete el legislador su comportamiento a procedimientos determinados, también se autoimpone obligaciones y fundamentalmente la vigencia de las normas de un soberano X perduran, por lo general, durante el mandato del soberano Y posterior al primero. La afirmación habitual de los críticos a esta postura es que en un territorio determinado no existe ni puede existir más de un soberano por lo que la hegemonía de sus leyes se

encuentra afianzada sin lugar a dudas, Hart no niega que esto sea así sin embargo, no implica que el soberano pueda a su antojo generar normas sin sujeción alguna a procedimientos y a preceptos previamente establecidos sino todo lo contrario, existe un sistema al cual someterse que deja atrás la vieja figura del soberano omnipotente.

La distinción realizada por Hart respecto a la naturaleza del derecho le permite configurar una teoría que contempla dos tipos de reglas. Por un lado las llamadas primarias que prescriben que las personas realicen o se abstengan de ciertos comportamientos, donde situaríamos las leyes penales y las reglas secundarias que obtienen esa categoría al depender de las primeras pues no obligan, otorgan potestades a los seres humanos para crear, modificar o extinguir deberes u obligaciones.

Junto con ello, el autor intenta dar respuesta a lo que observa como falencias del modelo único de normas primarias, en primer lugar la determinación de lo que constituiría con certeza una norma, como las identificaríamos de las simples reglas sociales de conducta ante las cuales las personas se sienten obligados aunque no posean carácter obligatorio; luego nos encontramos con el problema de la incapacidad de este tipo de reglas para dar cuenta de una realidad cambiante, la adaptación de normas caducas implicaría su renovación mediante la introducción de un nuevo tipo de reglas; En tercer orden, surge una dificultad que debe ser resuelta, la determinación de la violación normativa, ¿a quién corresponderá?, ¿bajo qué forma?.

Para esto, Hart ha diseñado un sistema de reglas secundarias que se presenta como la superación al modelo anterior dando respuesta a las críticas expuestas, las reglas de reconocimiento permiten identificar las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico, recordemos que se trata de positivistas, al fin y al cabo, si no se encuentran claramente establecidas, no son derecho. También, las reglas de cambio aparecen para dar dinamismo al sistema ya que, establecen el procedimiento para que las normas primarias puedan ser modificadas. Por último,

las reglas de adjudicación son las que otorgan competencia a ciertos órganos para que determinen si se infringió o no la norma.

El autor señala que la combinación de reglas primarias de obligación con reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación configura la médula del (su) sistema jurídico.

Sin embargo, respecto de las reglas de reconocimiento algo muy importante debe ser dicho. Esta regla sirve a los jueces para identificar las normas aplicables dentro de un sistema por tanto, cumple el rol de la norma fundamental o básica de Kelsen, aquella de la cual derivan todas las demás incluso la primera constitución. La diferencia radica en la naturaleza de esta primera norma, ya hemos dicho (y criticado) que para Kelsen esta no era ni un derecho ni un hecho sino un supuesto; Hart difiere, para él la norma basal de todo el sistema jurídico es un hecho: la regla de reconocimiento pues, encuentra su origen no en otra norma, esta aparece por la aceptación que encuentra entre los jueces para determinar la pertenencia de una norma al ordenamiento.

De esta forma, nuestro autor entiende salvada la controversia respecto a la legitimidad de la primera norma y entiende que si bien las normas pueden generar vacíos en determinados casos, estos no son relevantes y enuncia lo que llamó “textura abierta” del derecho consistente en la posibilidad que el ordenamiento entrega a los jueces de resolver las contiendas acudiendo a otras herramientas cuando no existe la norma precisa que resuelva la cuestión.

Un último tema debemos mencionar respecto a Hart, la relación entre moral y derecho, que fiel a sus ideas cree poder resolverse desde el terreno del lenguaje. En primer lugar intenta evidenciar la confusión derivada de homologar la idea de “bien” de carácter moral con la de justicia y señala que este problema comienza a ser superado si en las críticas al derecho se reemplaza la palabra justo por “equitativo”. Esto implica, que el elemento “igualdad” tiene que estar presente en la estructura de la idea de justicia, muchas veces calificamos de injusta una ley porque establece cargas desiguales entre las personas o las responsabiliza con

cargas inaceptables. De esta forma, Hart cree que la máxima “tratar a los casos semejantes de la misma manera” no soluciona problemas de justicia exterior de una norma; ejemplifica la cuestión con una norma que prohíbe a la gente de color frecuentar ciertos espacios públicos, si se permitiera a algunas personas pertenecientes a ese grupo racial el acceso a esos lugares y a otras del mismo grupo este se les negara podríamos hablar de que la administración de esa ley es injusta y en contraparte, sería justa si se prohibiera el acceso a toda la gente de color por igual.

Su conclusión es que el parámetro de tratar a los casos semejantes de la misma manera siempre dependerá del enfoque moral que se use y que consideremos válido.

Innova Hart en su consideración respecto de la moral, no sólo rechaza la dicotomía con el derecho llegando al punto de manifestar el infantilismo de quienes asumen posiciones radicales en la disputa derecho natural versus iuspositivismo; señala que es un error asociar los preceptos morales sólo con la creencia en deidades pues compara el mérito de extraer normas éticas con el descubrimiento de reglas científicas que nada tienen que ver con cuestiones místicas.

Si bien, reconoce que estamos ante órdenes distintos, constata algunas de las semejanzas que hemos mencionado al comienzo de este capítulo siendo la principal que ambos imponen deberes que resultan esenciales para la vida en comunidad. Y desde ahí deriva su inédita postura, afirma que derecho y moral son complementarios, deben coexistir pues se encuentran en muchos puntos, lo que abre, como veremos en el siguiente capítulo, la puerta a la tesis de la inseparabilidad y además, se realiza en base al reconocimiento de un límite interno de justicia en las normas que en Hart está dado por la necesidad humana de sobrevivir y que precisamente por ello encuentra al derecho y la moral en la defensa, según su parecer, de condiciones de vida y de propiedad posibles para la coexistencia de la sociedad, sin embargo no está planteando que la vida social

sea una lucha encarnizada, el autor cree firmemente que gran parte del cumplimiento normativo se realiza voluntariamente y que la sanción sólo aparece para proteger a quienes cumplen de los que no desean hacerlo.

Finaliza Hart diciendo que ningún positivista podría negar que el contenido de la norma coincide muchas veces con preceptos morales quedando esto en evidencia sobre todo en materia penal sin embargo, aún constatando similitudes con lo que nunca estará de acuerdo es con la existencia de un vínculo necesario entre derecho y moral que trasunte en una teoría de una moral interna en el sistema jurídico.

Como dijimos, nuestro segundo capítulo tratará de la tesis de la inseparabilidad entre derecho y moral, pero se centrará principalmente en las críticas de Lon Fuller al positivismo y a lo que él entiende como mínimo moral del derecho.

Capítulo II. La Moral del Derecho

La aparición del texto *La Moral del Derecho* (1964) vino a renovar el debate en torno al positivismo al cuestionar el cimiento mismo de la cuestión. Fuller nunca se planteó una tesis antipositivista, su afán era mostrar que la norma debía ser afianzada con la idea de una moralidad objetiva subyacente pero en la práctica provocó una ácida polémica con Hart derivada de la defensa de este último de la separación entre derecho y moral.

De todas formas, la propuesta de Fuller nace de la crítica a lo que el positivismo ha sido hasta ahora y en esto advertimos desde ya que, no sólo la compartimos sino que, lo que propondremos es una consecuencia de esa misma insatisfacción con un sistema que pareciera pretender erigirse sobre cualquier otra ciencia social u experiencia humana.

No podemos evitar indagar en las motivaciones de Fuller, o al menos las que se desprenden del contexto socio-histórico en que su obra se desarrollo; la idea de volver a juntar derecho y justicia es a nuestro entender el intento por reconfigurar el mapa jurídico en pleno siglo XX, donde la segunda guerra mundial, la experiencia de los campos de concentración y la guerra fría hacían pensar (como también creemos hoy) que el positivismo jurídico como ideología no era suficiente para encarar una realidad terrible.

De todas formas, la teoría de Fuller no tiene que ver con un regreso al derecho natural en sí, es el impulso por moralizar el sistema jurídico desde su interior, estableciendo una serie de principios, que los enunció negativamente bajo la forma de vías para que el sistema fracase, que permitirían establecer aquel mínimo moral necesario y que configuraban su afán por encontrar la intersección

entre “el ser y el deber ser jurídico que vendría a poner en entredicho al positivismo jurídico y su defensa de la separación entre el derecho y la justicia”¹⁹.

Las dos Morales

Lo primero que intenta hacer Fuller es solucionar la dificultad de no contar con una definición precisa de Moral, constatando la injusta situación derivada de discutir el tema, por parte de los positivistas, dando innumerables conceptos de derecho y omitir lo que se entenderá por moral, limitándose a términos como “lo que debe ser”.

La básica distinción entre “morales” principia con los griegos, su idea de una moral *de aspiración* implica la vida ejemplar, es decir, el máximo comportamiento humano mientras que, la moral *de deber* dice relación con las normas mínimas imprescindibles para la vida en sociedad. La moral de aspiración al radicar en la cumbre del comportamiento humano no prescribe conductas sino que aprecia las acciones que se alejan del estándar máximo, en palabras actuales es más permisiva que la moral de deber que busca en sí establecer normas válidas.

De lo que se trata por tanto, es de fijar el punto justo en que cesa el deber y comienza la aspiración. Sin embargo, surge el problema de determinar cuál es el punto intermedio pues sino, como establecer aquél mínimo exigido?; Fuller señala que a pesar de no poder ver con claridad el máximo ideal, si podemos darnos cuenta de aquellas situaciones que son abiertamente injustas que nos darán luces acerca del comportamiento mínimo exigible. Junto con ello, la moral *de deber* tiene implícita en su interior la idea de la reciprocidad por lo que, el mínimo moral va a existir en la manera en que las personas actúan socialmente esperando ser tratadas; de esta forma si podemos aproximarnos a una moral *de deber* que sea parte integrante del derecho.

¹⁹ Federico Arcos Ramírez, 2008, Una Defensa de la “Moral Interna del Derecho”, Editorial Universidad de Almería, p1.

Fuller mostrará posteriormente, con el relato de un soberano (Rex) que emprende una serie de reformas jurídicas, lo que él cree son las ocho vías para que un sistema fracase:

- 1- Ausencia de normas o leyes.
- 2- Leyes secretas o no publicadas.
- 3- Falta de claridad en la legislación, de modo que es imposible de entender.
- 4- Legislación retroactiva.
- 5- Leyes contradictorias entre sí.
- 6- Leyes que exigen conductas imposibles o acciones que están más allá del poder de los sujetos y los gobernados.
- 7- Legislación inestable (ejemplo, revisiones diarias de las leyes).
- 8- Divergencia entre lo establecido legalmente y la práctica de las autoridades.

Así redactados negativamente, Fuller enumera los elementos que configuran la moral interna de un sistema jurídico que si bien debiese ser de aspiración, apuntar a la cúspide del comportamiento humano, resulta indispensable que cuente con la contraposición positiva de estos ocho elementos. Un sistema jurídico que no se plantee la existencia de normas claras, posibles y expresas no puede constituirse en cuerpo normativo o al menos, no podrá aspirar a cumplir los fines del derecho.

De ahí en más, el autor se aboca a la tarea de aclarar el lugar que su teoría ocupa dentro de la ciencia del derecho. Para comenzar señala que su moral interna es, aunque restringidamente, una modalidad de derecho natural, que no tiene que ver con valores supra terrenales o un derecho derivado de alguna concepción religiosa; junto con ello, la moral interna tampoco hace referencia a la justicia o bondad de una norma determinada (fines sustantivos del derecho) sino que según sus palabras:

“lo que he llamado moral interna del derecho es en este sentido una versión procesal del derecho natural”²⁰.

De esta forma constata que notables positivistas como Austin o Bentham a lo largo de su obra se preocuparon por algunos de los aspectos que él mencionó a propósito de las vías para que un sistema fracase, pero dándoles un tratamiento incidental a los elementos de la moral interna como si se tratara de algo tan evidentemente claro que no fuese necesaria siquiera su enunciación.

Fuller indica, no sin lamentarse, que el término derecho natural ha sido mal encarado pues, muchas de las críticas a un derecho natural sustantivo se han hecho en base a argumentaciones que buscan corregir problemas de procedimientos o instituciones, cree el autor que es en el ámbito constitucional donde estos problemas pueden ser superados consagrando en este cuerpo normativo la moral interna de un sistema a pesar de la obligación de generalidad y abstracción que la redacción debe mantener, lo que puede y debe ser subsanado con la conjunción de los ocho elementos, por ejemplo la falta de publicidad puede llevar posteriormente a la dictación de una norma retroactiva, de ahí que resulte fundamental la institución de la revisión judicial pues, es aquí donde encontraríamos la posibilidad de mantener un equilibrio en la aplicación de la ley.

Posteriormente se embarca el autor en la tarea de determinar el lugar de la moral interna en las distintas definiciones de derecho acuñadas por los positivistas. Aquellas definiciones, ya vistas en el primer capítulo, que hacen hincapié en el orden público como principio rector del derecho o que ponen a la fuerza como el elemento distintivo, son abiertamente rechazadas por Fuller, la idea por citar un ejemplo, que el derecho nazi sea tan derecho como cualquier otro le resulta indignante. Aquí vemos un punto esencial del concepto de derecho que pretende instalar y que paradójicamente es un lugar común con Hart, identificar el derecho con la fuerza equivale a particularizar a la ciencia con los instrumentos de medición; de la misma forma cuestiona la esencialidad de la fuerza en el derecho

²⁰ Lon Fuller, 1967, La Moral del Derecho, Editorial F. Trillas S.A, p110.

al homologar la situación con una determinada religión que, a su parecer, obtiene adhesión por sus principios fundantes y no por la amenaza de las penas del infierno.

Otros autores como Hobbes y Kelsen han afirmado que el elemento por antonomasia del derecho es la estructura jerárquica piramidal del poder estatal, intentando poner en valor la supremacía del órgano que dicta las normas y la resolución de conflictos dentro del sistema legal lo que constituye una exagerada preferencia al cuidado del problema de la dictación de leyes contradictorias, ante lo cual cabe preguntarse cuál es el fundamento para preferir de manera exclusiva y excluyente uno sólo de los elementos de la moral interna en desmedro del resto de las vías que hacen fracasar un sistema²¹.

El Concepto de Derecho de Fuller

El autor entonces, propone su definición de derecho que cree en concordancia con su sistema y lo somete al examen de las críticas que se le han realizado, para él, debe llamarse derecho a:

“la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas”²².

La primera crítica hace referencia a ver al derecho como una empresa que como tal se encuentra abierta a triunfar o fracasar siendo que, argumentan sus detractores, el derecho es o no es, y no puede someterse a esos criterios de evaluación. Ante esto Fuller se pregunta si no es esta forma de pensar el origen de grandes catástrofes jurídicas, partir de la base que un sistema no puede fracasar es cerrar los ojos ante lo evidente, ¿no hubo acaso una derrota total en el derecho alemán durante el nazismo?.

²¹ Esto en Kelsen es menos estricto, pues admite que al interior de un Ordenamiento Jurídico pueden existir normas que se contradigan al momento de acudir concursalmente a la solución de un caso específico sometido al conocimiento del juez sin que por ello dejen de ser derecho válido ni aplicable a la generalidad de las situaciones, véase Kelsen ¿Qué es la Justicia?.

²² Fuller, p137.

En segundo lugar, la crítica surge de la posibilidad que presenta la definición de que al interior de un ordenamiento existan varios sistemas jurídicos, lo que conllevaría supuestamente, a una fuente de contradicciones legales. Ante esto responde que todos los países (no sólo los federales) existe más de un sistema de normas, pensemos en las normativas de los gremios u asociaciones. Este es un asunto de aparente conflictividad pues siempre debe haber un sistema predominante y jerárquicamente superior ante el cual los demás existen a su amparo, observación y tolerancia.

La tercera crítica dice relación con la tarea que se pretende llevar a cabo, ya que, si se quiere sujetar toda una conducta humana al gobierno de normas estamos hablando de miles de impulsos o iniciativas normativas lo que equivaldría a hablar de miles de sistemas jurídicos, lo que resultaría a todas luces caótico. La respuesta es en este caso semántica, porque no podemos llamar derecho al reglamento de una asociación?, que sería lo problemático si este se encuentra sometido finalmente a la observación de los tribunales de justicia?, y aunque estos últimos reviertan las decisiones de una asociación, no es por ello mismo que están reconociendo su estatus de derecho válido?.

De lo que se trata en última instancia es de apreciar un derecho que encuentre su origen en función de la actividad que lo sostiene y no sólo en la autoridad que lo crea, por tanto, puede el derecho emanar de una actividad determinada y ser subsumido por el ordenamiento pero, recordamos, esto contradice la premisa kelseniana de que sólo es derecho el válidamente dictado por el órgano competente para ello y es desde este sentido común positivista que deben entenderse los ataques a su postura dentro de la filosofía jurídica.

La última crítica se refiere a que no se diferencia de manera concreta el derecho de la moral pues ambas sujetan la actividad humana al gobierno de normas. Ante esto señala que la clave radica en el concepto de empresa que supone un establecimiento de la norma que aún de la manera más rudimentaria deviene en institucionalidad.

La polémica con Hart

En su libro *El concepto de Derecho*, a propósito de lo que Fuller describe como elementos de la moral interna del derecho, Hart lo menciona como “un crítico del positivismo” sin siquiera nombrarlo. No sabemos si Hart quiso deliberadamente omitir a Fuller llevando al paroxismo su antagonismo teórico o si se trató de un simple olvido. Pero de la forma que sea, la polémica entre ambos sirvió para llevar el debate derecho/moral una vez más al centro de la filosofía jurídica y, aunque la opinión mayoritaria manifestó a Hart su apoyo, sirvió a Fuller para terminar de delinear los alcances de su propuesta.

Comienza Fuller cuestionando el concepto de regla de reconocimiento, aquella en que, como ya vimos, todas las demás normas reconocen autoridad y que concede el poder de la dictación de normas, y en especial la afirmación de Hart que señala que no puede haber disposición alguna en ella que revoque su autoridad en caso de ejercerla con abuso o arbitrariedad.

“Hart propone llamar a ésta Regla de Reconocimiento [en referencia a un hipotético juramento de reconocimiento a Rex como única y fundamental fuente de autoridad]. Pero Hart va más allá e insiste que apliquemos a esta regla la distinción entre normas que confieren poderes y aquellas que imponen obligaciones. La norma de reconocimiento, dice él, debe considerarse como una norma que confiere poderes. Aún esto parece casi un axioma.

Pero Hart parece interpretar dentro de esta descripción la noción adicional de que la norma no puede contener disposición alguna expresa o tácita al efecto de que la autoridad que ésta confiere pueda ser retirada por abusar de ella.”²³

Creemos, de acuerdo con Fuller, que en la esencia de toda autoridad se encuentra la posibilidad de su remoción cuando se abusa de ella, por lo tanto la regla de reconocimiento posee implícita una disposición a ser revocada si la autoridad que genera desaparece (como en el caso de el derrocamiento de un gobierno

²³ Fuller, p152 – 153.

legítimo). A la vez, la distinción de Hart entre normas que confieren poderes y normas que imponen obligaciones se ve puesta en entredicho en su afirmación acerca de que la regla de reconocimiento es una norma del primer tipo (llamadas normas secundarias por él), si existe un mandato inherente de revocación en caso de injusticia, nos encontraríamos frente a una norma que cumple con las condiciones de ser primaria y secundaria al mismo tiempo.

Ya hemos revisado el intento de Hart de refutar la identificación del derecho como una orden respaldada por amenazas, algo que por cierto compartimos, pero si una regla de reconocimiento es abusiva constatamos que la situación no es radicalmente distinta a la orden respaldada por amenazas. Junto a ello se encuentra la cuestión de la persistencia del derecho, que una regla de reconocimiento sea la base del ordenamiento jurídico de una determinada nación implica, según Hart, que no se encuentra sometida a consideraciones meta jurídicas desconociendo así los vaivenes naturales de la sociología tales como revoluciones políticas que desvirtúan el concepto de autoridad de cada cambio radical.²⁴

En último lugar, Fuller discute el alcance histórico de la regla de reconocimiento rebatiendo la idea de Hart que afirma que con la aparición de esta regla una sociedad primitiva pasa de un mundo ilegal a uno donde gobierna el derecho al reconocer normas que confieren potestades y no sólo normas que imponen obligaciones. Fuller argumenta que si la autoridad que se encuentra en la cúspide

²⁴ Es necesario ser justos con Hart y señalar que las críticas de Fuller acerca de la regla de reconocimiento hacen referencia a sólo uno de los aspectos de ella por lo que, debemos mencionarlos en las propias palabras de Hart : *“El argumento a favor de llamar “Derecho” a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello, digna de ser llamada “Derecho”; el argumento a favor de llamarla “Hecho” es que cuando afirmamos que ella existe, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema “eficaz”. Estos dos aspectos reclaman la atención, pero no podemos hacer justicia a ambos eligiendo uno de los rótulos, “Derecho” o “Hecho”. En lugar de ello, es menester recordar que la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo del derecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho.”* (Hart, *El Concepto de Derecho*, p 139.) Fuller se refirió a la regla de reconocimiento sólo como derecho.

del sistema normativo se halla en esa situación por un fundamento divino que sus gobernados ven en él, difícilmente podemos decir que esa sociedad ha dejado de ser primitiva.

Pero el centro de las críticas se realiza en sentido inverso e implicará la defensa de Fuller a su idea de una moral interna que hace al derecho posible.

Al ser presentada su teoría, su autor dejó en claro que los principios de legalidad allí incluidos se sostenían con independencia de los objetivos sustanciales del derecho y es dicha independencia el punto contra el que dispara en primer lugar Hart. Si ambos parámetros se presentan con autonomía al interior de un ordenamiento jurídico como postula Fuller, nada obstaría para que se presentase un derecho que cumpliera los principios de legalidad enumerados negativamente en el ejemplo de Rex y a la vez se trazara objetivos juzgados como perversos al cariz de la mayoría de los gobernados, por tanto el derecho aunque tuviese una moral interna (cosa que Hart tampoco reconoce) podría ser tiránico y así el objetivo final de esta propuesta naturalista se vería tan frustrado como el rechazado positivismo de cuya crítica pretendía nacer una solución que en última instancia no es tal.

Responde Fuller que no puede abstraerse y separarse los fines sustanciales del derecho de la moral interna, como señala su autor, el requisito del buen derecho es el derecho y pondrá en valor esa máxima con un ejemplo ya ocupado por él anteriormente, el derecho en el régimen nazi, la norma que ordenaba la identificación de los comercios judíos en la Alemania de la época nunca se hizo pública y esto por el rechazo inmediato que una ley así habría provocado en la comunidad internacional, por tanto, existe una clara afinidad entre legalidad y justicia pues, en este caso la publicación hubiese abierto la posibilidad de juzgar la equidad de ella. Profundiza el autor en su respuesta a las críticas de Hart plasmadas en *“Positivismo y Fidelidad al Derecho”* en que renombra esta distinción entre derecho y buen derecho indicando que lo que Hart no ha tenido en cuenta es la dicotomía entre orden y buen orden, significando a este último como

el derecho que corresponde a las exigencias de la justicia, o a la moralidad, o las nociones de los hombres de lo que debe ser, como contraparte un mal orden (aquel en que no se respeta siquiera mínimamente la moral interna) no puede ser llamado derecho.

Yendo al fondo del asunto, la idea de que se puede compatibilizar el cumplimiento de los requisitos de legalidad con una norma injusticia se encuentra contradicho por la realidad, encontrar una autoridad investida de la potestad normativa que respete la moral interna y que a la vez sea capaz de instaurar modelos políticos abusivos resulta difícil de imaginar, entre otras razones, por el tipo de legislación confusa e incoherente que se genera cuando se intenta el abuso y la arbitrariedad de una manera que deba ser justificada. Aquí llega Fuller a la defensa fundamental de sus postulados, la moral interna del derecho puede ser neutral respecto de muchas problemáticas éticas del hombre pero posee una opinión implícita sobre la condición humana, ya que el establecimiento de los principios que hacen posible al derecho reafirman la autonomía de las personas para actuar y consagran la libertad al saberse con claridad los límites de la responsabilidad individual siendo, en esta dimensión donde creemos que la moral interna del derecho merece cabalmente llamarse “moral”.

La inseparabilidad

Para explicar la segunda crítica de Hart nos serviremos del texto “*El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral*” del profesor Leslie Green que intenta hacer ver lo que Fuller a su entender, no vio respecto de la posición de los positivistas respecto a la supuesta separación radical entre ambos conceptos.

Green señala que Hart nunca planteó que derecho y moral debían mantenerse separados, la moral establece el estándar alto de conducta al que el derecho debe aspirar y lo rebatido por él es la conexión necesaria entre ambas.

Esta tesis de la inseparabilidad pretende ser una clarificación de ambas posiciones respecto al rol de la filosofía del derecho. Su explicación respecto a la separabilidad de Hart sólo apunta a un afán metodológico y no quiere decir que al final del proceso cognoscitivo no se puede llegar a relacionar el derecho con la moral sino que, el análisis descriptivo respecto a lo que es el derecho no puede llevarse a cabo si se tienen compromisos previos acerca de lo que el derecho *debe ser*. Esto implica, por tanto, una neutralidad metodológica y no como vio Fuller, el origen de la tesis de la separabilidad.

La tesis de la separabilidad, postula que no hay necesidad entre el derecho y la moral, Green se plantea que esta tesis es falsa por tres razones:

- A. Necesariamente, el derecho y la moral contienen normas.
- B. Necesariamente, el contenido de toda norma moral podría ser el contenido de una norma jurídica.
- C. Necesariamente, ningún sistema jurídico tiene ninguno de los vicios personales.

Cuando Hart argumenta acerca de un contenido mínimo del derecho, se acerca a su propia contradicción, señalando que un ordenamiento jurídico no sólo existe por su estructura sino también por el contenido necesario que regule materias como la familia o la propiedad. Además, las reglas no pueden existir a menos que sean aplicadas con alguna constancia y a dicha constancia la llama una *especie* de justicia. Este contenido mínimo puede y debe ser ampliado, ya que, los objetivos de la moral son necesariamente de derecho y como contraparte el derecho realiza exigencias de carácter moral que devienen en obligaciones no por la posibilidad de ser coaccionados para obtener su cumplimiento sino por la creencia de las personas de que al actuar de acuerdo a derecho están haciendo *lo correcto*.

El derecho, y aquí finalizamos con Fuller, es la actividad necesariamente apta para la justicia; cuando se enumeran los elementos de la moral interna su autor afirma que estos son los que hacen al derecho posible y esto es así porque

al establecer dichos elementos en la base de un sistema jurídico estamos sometiendo la evaluación del ordenamiento a parámetros de justicia.

Capítulo III. La alteridad que hace posible la justicia

El periplo que hemos seguido para llegar hasta acá ha consistido básicamente en esbozar lo que se entiende en filosofía jurídica como Positivismo, describimos los elementos que Bobbio consideró como sus cimientos y analizamos a algunos de sus máximos exponentes; luego desarrollamos las críticas de Fuller a esta llamada ideología jurídica poniendo énfasis en sus diferencias con Hart y explicamos su idea de una moral interna que se desarrolla con independencia a los objetivos sustanciales del derecho. Lo que pretendemos ahora es argumentar como esa moral interna del derecho puede, y debe, conectarse con la idea de justicia.

Este ejercicio, que creemos necesario, posee la misma inspiración de todos aquellos que pensaron que la experiencia humana debía ser repensada luego de la terrible catástrofe que significaron los campos de concentración, quizás la mayor expresión de la dimensión apocalíptica de la humanidad. Fuller ejemplifica en su obra lo que considera el fracaso de un sistema a-moral con el ordenamiento jurídico nazi y el autor que nos servirá de guía en este capítulo, el filósofo lituano - francés Emmanuel Levinas, parte también de la premisa que el exterminio de Auschwitz marca el instante más oscuro pero a la vez el punto de partida de una nueva filosofía humana.

Levinas se propuso construir una nueva relación ética que se fundara en el encuentro cara a cara como manera de entender una nueva metafísica, su afán no nace de la casualidad, su familia fue asesinada casi por completo por el hecho de ser judíos y el texto que analizaremos aquí, *Totalidad e Infinito*, es el claro ejemplo que su obra se erige desde las cenizas de su raza prácticamente exterminada; pues lo que se propone es una filosofía donde el centro no está ni en el ser ni en la divinidad sino en el Otro, donde el amor sea el origen de la sabiduría y donde el encuentro del Yo con el Otro funde toda relación posible; *“A fin de cuentas, la filosofía primera siempre consiste en la tarea de ejercer la crítica hasta el punto*

*extremo en que sea posible. Sin embargo, la crítica no es una cuestión de estética y, mucho menos, una curiosidad, sino un deber que, por otra parte, es el deseo del bien perfecto, del trascendente*²⁵; los objetivos centrales de su pensamiento encuentran su punto de partida en la Shoá y con esa gran sombra que ha oscurecido a las ciencias humanas y en este caso al derecho es que nos sentimos llamados a pensar un más allá de la ideología jurídica hegemónica.

Totalidad e Infinito

Esta obra de Levinas se desarrolla entre los dos conceptos que le dan nombre, por un lado la totalidad que es la guerra que suspende la ética; pero no cualquier guerra, sino aquella que logró la des – humanización y la ruptura de las instituciones con los fines para los cuales fueron creadas:

*“... la violencia no consiste tanto en herir y aniquilar cuanto en interrumpir la continuidad de las personas; en hacerles representar papeles en los que no se reconocen; en hacerles traicionar no sólo sus compromisos, sino su propia sustancia; en hacerles llevar a cabo actos que destruirán toda posibilidad de actos. Como la guerra moderna, toda guerra utiliza ya armas que se vuelven contra el que las empuña. Instauro un orden respecto del que ya nadie puede tomar distancia. Ya nada es entonces exterior. La guerra no manifiesta la exterioridad y a lo otro como otro; la guerra destruye la exterioridad del mismo.”*²⁶

Esa idea de totalidad, que envuelve el desencuentro al interior del ser puede resolverse con la idea de Infinito que es el encuentro ético entre el otro y el yo, llamado por Levinas *rostro*, y que es el espacio moral de la relación cara a cara. En el Infinito se aloja la idea de bondad, que el autor homologa con el deseo metafísico que es aquél que busca el encuentro con el Otro, su conexión con él como parte del devenir del yo que se opone a ser totalizado:

²⁵ Miguel García-Baró, 2012, Presentación Totalidad e Infinito, Ediciones Sígueme Salamanca, p9.

²⁶ Emmanuel Levinas, 2012, Totalidad e Infinito, Ediciones Sígueme Salamanca, p14.

“El deseo metafísico tiene una intención distinta: desea lo de más allá de todo cuanto sencillamente pueda completarlo. Es como la bondad: lo deseado no lo llena sino que lo ahonda.”²⁷

La Totalidad que es a decir de Levinas, perfecta (pues se encuentra en una realidad que no puede ser cuestionada) implica esa suspensión de la ética en las personas, imponiendo relaciones controladas por lógicas donde la productividad deviene en el sentido común por sobre cualquier consideración de justicia.

La guerra que impone dicha totalidad se muestra en toda su dimensión en los campos de concentración donde ya no se mata como en la antigüedad sino que se producen muertos a gran escala con métodos industriales y cuyo “escape” se encuentra en el mismo estatuto de productividad, “el trabajo hace libre” se leía forjado a hierro en la entrada de Auschwitz.²⁸

Pero esa perfección de la realidad supera al ser mismo, inscribiéndose a un nivel donde ya no se reconoce en sus propios actos, Primo Levi que narra de manera descarnada su paso por el campo de concentración en *Si esto es un Hombre*, señala a propósito de las atroces jornadas que vivió:

“Hoy, este verdadero hoy en el que estoy sentado a una mesa y escribo, yo mismo no estoy convencido de que estas cosas hayan sucedido de verdad”²⁹,

Por tanto, la totalidad descrita por Levinas no se caracteriza esencialmente por el daño que causa la guerra, por la cantidad de muertos, sino por la capacidad de suspender la ética de las personas, por insertarlas en un estado que vacía de contenido al lenguaje y hace imposible el encuentro con la verdadera identidad, no es intrascendente que *Totalidad e Infinito* comience citando a Rimbaud: “*La verdadera vida está ausente*”.

²⁷ *Ibíd*em, p28.

²⁸ Corresponde a Michel Foucault la relación entre producción y seguridad estatal como fórmula que hermanaba el liberalismo con los regímenes fascistas, *Ver Nacimiento de la Biopolítica*.

²⁹ Primo Levi, 2011, *Si esto es un Hombre*, Editorial El Aleph Editores, p135.

La *Totalidad* nos alcanza hasta nuestros días, Agamben argumenta que la llamada guerra contra el terrorismo, ejemplo por antonomasia de conflicto del siglo XXI, ha dejado en suspensión el derecho internacional:

“...los talibanes capturados en Afganistán no sólo no gozan del estatuto de POW según la Convención de Ginebra, sino que ni siquiera del de imputado por algún delito según las leyes norteamericanas...”, *“El Estado de Excepción no es un derecho especial (como el derecho de guerra), sino que, en cuanto suspensión del propio orden jurídico, define el umbral o el concepto de límite.”*³⁰

Ya volveremos sobre este punto más adelante pero lo que nos importa poner en valor es que aquello que Levinas denomino *Totalidad* y contra lo cual quiso construir una metafísica posee actualidad y es en su aspecto jurídico que nos interesa realizar esta tesis.

Lo Infinito aparece como parte de una metafísica que se plantea como deseo al Otro, es decir, de aquel que en un encuentro cara a cara puede transformarse en el rostro que rompe la Totalidad y nos acerca a la bondad; ya que el rostro hace aparecer al Otro, es la presentación del otro hombre, pero de la manera que se citó anteriormente no se trata de completar al Yo en el Otro sino de su ahondamiento pues ese otro trasciende al yo, está más allá de él y es precisamente en este deseo metafísico donde la relación y el acto se hace posible pues se reafirma la individualidad de cada uno y a la vez el deseo se constituye como ejercicio que hace necesaria la ruptura con la totalidad, *“El Deseo es deseo de lo absolutamente otro”*³¹. Levinas sabe lo que se juega la humanidad a partir de los campos de exterminio, la libertad de ahora en adelante consistirá en saber en primer lugar que ella misma nunca se encuentra asegurada, que la *deshumanización* es una sombra constante, permanente.

³⁰ Giorgio Agamben, 2007, Estado de Excepción, Editorial Adriana Hidalgo, p27-28.

³¹ Levinas, p29.

No obstante, como puede ese deseo hacerse posible?, de qué manera el Yo alcanza al Otro?. Aquí nos aproximamos a la alteridad³², el espacio que existe entre ambos y que implica el exceso, el desborde del Yo implicando el nuevo sentido que este alcanza. La alteridad es el encuentro del ser con su propio infinito, ese fenómeno que nos supera y hace posible el reconocimiento del Otro o de lo que alcanzamos a entender por el Otro pues, el fenómeno siempre se da en el plano del lenguaje y ante él es que nos vemos superados:

*“El darse de lo Infinito se significa darse en una relación de asimetría metafísica, es decir, en una relación que se funda en la imposibilidad de integrarse: la idea de lo Infinito en nosotros apunta a una trascendencia absoluta, inaprehensible, que desborda su propia idea. El movimiento es también asimétrico – su término no es el yo, sino lo otro: lo Infinito propio-, y positivo – metafísicamente posible en el reconocimiento y no en la correlación,”*³³

La alteridad sólo puede jugarse en el nivel de las palabras, pues intenta aproximarnos al fenómeno que excede los parámetros que tenemos para conocerlo pero al que a la vez nos sentimos atraídos³⁴. Levinas lo resume en las conclusiones de la obra que analizamos:

*“La relación social, la idea de Infinito, la presencia de un contenido en un continente pero superando la capacidad del continente, fue, por el contrario, descrita en este libro como la trama lógica del ser”.*³⁵

³² “El privilegio de la autoconciencia como figura crítica implica la idea de que el individuo o la individualidad es portadora de un coeficiente de emancipación. Esta idea se sigue de otra, a saber: que existe en relación con la alteridad, con lo otro que lo mismo, con la suspensión de lo habitual, con la alteración de las inercias cotidianas que articulan nuestras existencias” Sergio Rojas, 2005, Pensar el Acontecimiento *variaciones sobre la emergencia*, Ediciones Facultad de Artes Universidad de Chile, p13.

³³ Balbino Quesada Talavera, Aproximación al concepto de “Alteridad” en Levinas. Propedéutica de una nueva ética como filosofía primera. En www.uned.es, p394.

³⁴ Balbino Quesada lo explicita así: “La idea de lo Infinito es la relación con la alteridad, que se constituye en otra absolutamente, a se stante, inabarcable por incomprensible, separada, irreductible a la interioridad y que, sin embargo, no violenta la interioridad. La alteridad es la presencia del Otro en el Yo; una presencia que se conforma como relación entre libertades; una relación con lo infinito que, a través del pensamiento, desborda el pensamiento y llega a ser relación personal.” *Ibíd*em, p397.

³⁵ Levinas, Totalidad e Infinito, p326.

Sabemos que nos movemos por aguas tormentosas, como aspirantes a abogados intentar una definición de *alteridad* resulta un ejercicio delicado, tratamos de no abrir flancos en los que nuestra falta de expertise filosófica termine por desviar el foco de lo que hemos venido a decir aquí pero principalmente buscamos crear, con el mayor grado de exactitud del que somos capaces, un contexto para mostrar que la relación que se da entre el Yo y el Otro puede homologarse al Derecho y la Justicia. Por lo que, en resumen, entenderemos por *alteridad* al encuentro del Yo con el Otro que implica el ahondamiento con el propio Yo, o dicho de otra forma, aquel acontecimiento que rompe nuestros esquemas pero que a la vez muestra una dimensión que aunque nos exceda, nos reconocemos en ella.

La Deconstrucción del Derecho

Nuestra pretensión antes señalada, debe partir de un breve análisis del concepto de justicia, o más bien de la falta de este en contraposición con el derecho, del cual podemos (en parte lo hemos hecho) hacer una relación historizada y apreciar sus elementos en función de los distintos grados de importancia que los autores revisados les han dado. De esta forma el poder deconstruir, desarmar, ambos términos resulta importante.

La primera cuestión que al respecto nos dice Jacques Derrida en *Fuerza de Ley* es que a pesar de reconocer que no existe derecho sin la fuerza que posibilite su cumplimiento, se reserva pensar en una justicia que este más allá de él, con independencia a él³⁶; pues si el derecho es derecho porque posee la fuerza, quien obedece la ley porque la cree justa lo hace por las razones equivocadas y esto es

³⁶ “Quiero insistir inmediatamente en reservar la posibilidad de una justicia, es decir de una ley que no sólo excede o contradice el derecho, sino que quizás no tiene ninguna relación con el derecho o que mantiene una relación tan extraña que lo mismo puede exigir el derecho como excluirlo.” Jacques Derrida, 2008, *Fuerza de Ley* el “*fundamento místico de la autoridad*”, Editorial Tecnos, p16.

lo que Montaigne llamó fundamento místico, la autoridad de las leyes descansa en que se cree en ellas:

“Ahora bien, las leyes mantienen su crédito no porque son justas sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad, no tienen otro [...]. El que las obedece porque son justas, no las obedece justamente por lo que debe obedecerlas.”³⁷

El mismo Derrida constata que aquél fundamento místico no sólo está dado por el crédito que posee la norma sino también por la fuerza que le dio origen y que no puede ser llamada legal o ilegal porque es previa a él, asemejándose a la idea del supuesto como norma fundante que ya mencionamos en el primer capítulo y es desde aquí que el derecho al ser una construcción es esencialmente deconstruible; podemos desentrañar su concepto hasta llegar al origen de su significado.

Por otro lado la justicia no se nos presenta de la manera clara como pudiésemos desear, no hay en el plano del lenguaje una definición que nos sea satisfactoria³⁸ y por tanto lo observamos como un concepto abierto a los cambios históricos que al estar más allá del derecho no puede ser desconstruido:

“La deconstrucción es la justicia”³⁹.

La justicia es para Derrida una aporía (camino sin salida o no – camino), una experiencia de lo imposible, aquello que somos incapaces de calcular ni someter mientras que, a su reverso está el derecho como lo calculable, la regla. La *vendetta* o venganza es un ejemplo paradójico, nace del deseo individual de

³⁷ Montaigne. *Essais III*, citado en Derrida, *Fuerza de Ley*, p29.

³⁸ El Diccionario de Filosofía de José Ferrater Mora menciona ejemplos usuales de injusticia tales como “si en un intercambio una de las partes no recibe lo que merecía” o “si se niegan a una persona cosas que le pertenecen” y termina reconociendo que “... ninguna de las definiciones que se puedan citar ni su común denominador formal hacen algo más que fijar unos límites dentro de los cuales puede discutirse el concepto de justicia.” José Ferrater Mora, 1958, Diccionario de Filosofía, Editorial Sudamericana, p756.

³⁹ Derrida, p35.

justicia y aunque fue desterrado a poco andar, es el antecedente directo del derecho institucionalizado.

La justicia y el derecho pueden existir con prescindencia entre sí, ambos son el Yo y el Otro, el derecho transita por la dimensión de la totalidad en estos tiempos; la referencia a Agamben antes mencionada intentaba ponerlo en valor, el derecho debe ser reestructurado, repensado en su sentido último.

La posibilidad de reconciliación debe buscarse a nivel del lenguaje, Levinas argumenta que la justicia es el derecho a dar la palabra al Yo para buscar al Otro, el derecho infinito para el filósofo no nace ni de la divinidad ni del Yo, aparece en el Otro; esta necesidad de la palabra para la judicatura se basa siempre en la interpretación, en hacer renacer la norma en el caso concreto. Derrida reconoce esto al final de su obra al mencionar que Levinas llamó *Derecho Infinito* al humanismo judío que no se encuentra en el concepto de hombre sino que es la extensión del derecho del Otro.

El repensar el derecho para nosotros significa volver a poner a la justicia en el centro de la cuestión, en hacerla aparecer en el lenguaje aún cuando sea un fenómeno que desborde al derecho, donde el continente en este caso es rebalsado por el contenido.

El primer capítulo del libro *La Constitución Tramposa* del profesor Fernando Atria se refiere, a nuestro entender, a la forma en que el derecho se ha erigido como titular de las discusiones que deberían darse en el ámbito político, restándole de esa manera a los reales protagonistas de los conflictos, los ciudadanos, del potencial de participación que la resolución de tales conflictos implica; además, argumenta que la labor del derecho es despolemizar, objetivizar, la discusión pública pero no privarle de su sentido principal, su protagonismo:

“En la situación constitucional actual, es necesario que los ciudadanos recuperen su lenguaje constitucional, que lo reclamen de los paleontólogos y lo vuelvan a utilizar en su uso genuino. Pero es un lenguaje que ha sido apropiado

por los paleontólogos de un modo radical, por lo que los ciudadanos nos hemos olvidado de que lo que ellos estudian son fósiles y hemos empezado a creer que ellos saben mejor que nosotros qué significan nuestros conceptos. Lo que los paleontólogos llaman “constitución” es pura y simplemente un conjunto de normas como cualquier otra, que ellos usan para alegar sus causas en los tribunales. Es hora de quitarles ese lenguaje y reclamarlo, recuperando de sus trivializaciones el sentido en el que “constitución” no es una norma a ser aplicada por un tribunal a petición de un abogado, sino una manera de decir que el pueblo es nada y debe serlo todo. Tenemos que aprender a hablar al revés.”⁴⁰

Creemos, y queremos creer, que el profesor Atria argumenta en nuestra dirección, el derecho tiene una misión posterior al devenir político y no puede seguir siendo una herramienta política más que intente dar cariz de legalidad a los intereses bélicos de las grandes potencias en el ámbito internacional ni un elástico que se estira sospechosamente bajo la sombra del orden y del bien común por ejemplo en la aplicación de la ley antiterrorista en la Araucanía o el proyecto de ley antiencauchados.

Lo mencionamos unos párrafos atrás, pero debemos encararlo ahora en el final de esta tesis; estamos convencidos que la gran amenaza al derecho en la actualidad es el *estado de excepción*, aquel punto indeterminado entre el derecho y la política que pareciera encontrar su sentido en situaciones especiales en que es necesario para la seguridad nacional otorgar poderes especiales al soberano. Por eso este concepto tiene íntima relación con el estado de guerra civil, pues en pos de la continuidad del poder gobernante, este se atribuye la facultad exclusiva y legítima del uso de la fuerza contra un enemigo que sirve de fundamento para suspender las leyes vigentes.

Lo que es realmente particular del estado de excepción es que aparece como un punto de indefinición entre política y derecho, las motivaciones para su institucionalización son evidentemente políticas, el establecimiento de un enemigo

⁴⁰ Fernando Atria, 2013, La Constitución Tramposa, Editorial LOM Ediciones, p25.

interno o externo como catalizador de un liberalismo cada vez más agresivo respecto a las personas y de un poder que acecha las libertades individuales, pero no por eso se puede decir que la orden se encuentra fuera del ordenamiento jurídico, la norma válida no deja de tener vigencia pero se encuentra suspendida.⁴¹

La urgencia que hemos querido trasuntar en estas páginas deriva del carácter permanente que ha adquirido el estado de excepción como forma de poder, ya poco queda de la transitoriedad o, vaya paradoja, excepcionalidad que le dio origen:

“Frente a la imparable progresión de eso que ha sido definido como una “guerra civil mundial”, el estado de excepción tiende cada vez más a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea. Esta dislocación de una medida provisoria y excepcional que se vuelve técnica de gobierno amenaza con transformar radicalmente –y de hecho ya ha transformado de modo sensible- la estructura y el sentido de la distinción tradicional de las formas de constitución. El estado de excepción se presenta más bien desde esta perspectiva como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo.”⁴²

Carl Schmitt define con impresionante frialdad la figura del soberano en función de este concepto: *“Soberano es quién decide sobre el Estado de Excepción”* y más adelante plantea algo que como vimos luego recogerá Agamben: *“...por estado de excepción se entenderá un concepto general de la doctrina del estado, no un decreto de necesidad cualquiera o un estado de sitio.”⁴³* La idea de Schmitt es definir soberanía como un concepto límite, es decir, no en funciones generales sino a partir de lo que queda del poder sometido a su íntima convicción respecto a los gobernados.

⁴¹ Ver cita número 6 de este capítulo.

⁴² Agamben, Estado de Excepción, p25-26.

⁴³ Carl Schmitt, 2009, Teología Política, Editorial Trotta, p13.

Podríamos agotarnos citando ejemplos, como hemos dicho es la actual guerra contra el terrorismo el más grande todos pero el fuego arde también al interior de nuestro hogar, la aplicación de la ley antiterrorista contra delitos cometidos en territorio mapuche ha sido condenada tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la ONU.

Es ante esto que creemos que el rostro del encuentro entre derecho y justicia es posible y necesario, pero para aquello debemos considerar la versión moralizada del derecho de Fuller, su afán por instaurar los ocho elementos de un sistema jurídico que respete una moral interna que consagre la libertad de los individuos es el camino a un derecho que hará el intento por alcanzar cuanto de justicia sea posible. No queremos ser inconscientes, jamás podremos llegar a decir con toda certeza que una decisión es justa, ni siquiera que nosotros lo somos, la certeza no es un atributo de la justicia, pero es el deseo del derecho que sólo saldrá de la totalidad en la alteridad constante, en el ejercicio incansable de alcanzarlo:

“Indecible es la experiencia de lo que siendo extranjero, heterogéneo con respecto al orden de lo calculable y de la regla, debe sin embargo – es un deber de lo que hay que hablar – entregarse a la decisión imposible, teniendo en cuenta el derecho y la regla. Una decisión que no pasara la prueba de lo indecible no sería una decisión libre; sólo sería la aplicación programable o el desarrollo continuo de un proceso calculable. Sería quizás legal, no justa”⁴⁴.

No pretendemos ser agoreros del apocalipsis, no creemos estar en la última etapa de la historia, pero sí somos firmes en esto, las lógicas que nos llevaron a los campos de concentración se mantienen hasta nuestros días, la metafísica de Levinas es tan urgente hoy como lo fue ayer; y lo que es peor, la dicotomía entre

⁴⁴ Derrida, Fuerza de Ley, p55.

civilización o barbarie, entre luz y oscuridad ya no se distingue en un eje de países sino que, se juega al interior de todos los Estados del mundo⁴⁵ y tal vez de todos nosotros.

El poder de la fuerza, del uso de la violencia posee una facultad psicológica brutal, intenta institucionalizarse desde el momento mismo en que se manifiesta, se erige como permanente así dure tan sólo unos pocos segundos; su primer intento de legitimidad viene dado por su persistencia como orden eterna.

La justicia es urgente, requiere de la mayor celeridad, como el Otro del derecho, su exceso indecible, clama por su aparición inmediata como *deseo* ante la violencia; deseo que sólo el derecho, su Yo, puede hacer posible, en otras palabras, el reencuentro necesario ante la magnitud terrible de los tiempos que corren.

⁴⁵ <http://www.latercera.com/noticia/mundo/2014/02/678-566926-9-informe-revela-que-2013-fue-el-ano-con-mas-conflictos-armados-desde-la-segunda.shtml>

Conclusiones

Terminamos esta tesis en un estado muy distinto y con objetivos diferentes a los planteados originalmente, este texto lleva escribiéndose, y pensándose, largo tiempo por lo que es lógico que haya culminado de una manera que no hemos previsto cuando lo comenzamos.

En primer lugar la idea de refutar el positivismo volviendo al derecho natural dejó de ser el objetivo de esta memoria, demostrar que el positivismo jurídico hizo posible el derecho nazi y los campos de concentración se hizo poco plausible y evidenció que el éxito de tal empresa se haría a costa del rigor con que estas líneas debían ser escritas, esta tesis se transformó por tanto, en un ejercicio de desprejuicio.

La revisión de las obras de autores de Hart y Kelsen mostró que delinear una teoría del derecho con prescindencia de otros ámbitos o definir los elementos esenciales del derecho no significaba propugnar la inutilidad de la moral o la justicia ni mucho menos convertirse en cómplice de las atrocidades e injusticias acaecidas en el siglo veinte.

Creemos habernos aproximado a estos autores sin caricaturas a tal grado que la exposición de sus ideas dejó de ser un blanco al que apuntar transformándose en una plataforma desde la cual aproximarnos a nuestros nuevos objetivos; al final del final nos quedaremos con la idea de tolerancia que sólo las democracias pueden asegurar que encontramos en *¿Qué es la Justicia?* de Kelsen, citada en el primer capítulo, o en el resguardo de la moral frente al derecho como último bastión frente a la barbarie que vimos sobre el final de *Concepto de Derecho* de Hart.

Que el positivismo jurídico no podía ser una teoría hermética fue desde siempre el norte, nuestro afán fue cuestionar la visión hegemónica por lo que la exposición del primer capítulo debía desembocar necesariamente en las críticas

que a ella podían hacerse desde el punto de vista moral, para lo cual la figura de Lon Fuller resulta fundamental.

Su idea de que existe una conexión necesaria entre derecho y moral se convirtió en la clave para entender que es posible pensar un más allá del derecho positivo. Nuestro primer objetivo fue al respecto, poner en vitrina nuevamente la teoría de Fuller. Elementos como la claridad, publicidad o coherencia de las normas configuran lo que llamo *moral interna del derecho* y que terminó señalando como una versión procesal del derecho natural:

“La relación entre las morales interna y externa del Derecho es una de las propuestas que vertebran la teoría de Fuller. Significa, en términos generales, que el respeto a la moral interna del Derecho limita los fines u objetivos sustantivos que pueden perseguirse en un sistema jurídico. De manera que un sistema jurídico que, como tal, se articule sobre la base del respeto a los citados elementos de un sistema jurídico del que cabe realizar una valoración moral positiva. Y ello, según Fuller, no sólo porque el Derecho sea una actividad moral en sí misma, que también, sino porque el respeto a la moral interna del Derecho dirige a los sujetos creadores y aplicadores de las normas jurídicas hacia la consecución de los fines u objetivos morales, es decir, de normas de las que puede predicarse una cierta justicia en lo que a sus contenidos se refiere.”⁴⁶

En el desarrollo de la teoría de Fuller nos encontramos con la discusión que sostuvo con Hart, donde el primero subió la apuesta respecto a su versión del derecho ya que, esta vez no lo llamó deseable sino bondadoso, o bueno, si es que es coherente con los ocho elementos que constituyen la moral interna. Por su parte Hart hizo ver que estos elementos no eran más que requisitos de legalidad y que aún estando presentes en un ordenamiento jurídico este puede perseguir objetivos juzgados como perversos. Fuller defiende su sistema mostrando que no existen en la historia ejemplos de ordenamientos que cumplan con la moral interna

⁴⁶ Rafael Escudero Alday, 2000, Positivismo y Moral Interna del Derecho, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, p394.

y a la vez sean titánicos y argumenta que el derecho es a fin de cuentas una empresa que puede fracasar si la norma válidamente dictada no se conecta con la moral que debe impregnar el sistema de normas.

Como afirmamos sobre el final del tercer capítulo, la gran amenaza del derecho actual radica en el *estado de excepción*, pues se transforma en parte integrante del ordenamiento y a la vez en una forma de gobernar. Las críticas de Schmitt a Kelsen se orientan a cuestionar su teoría pura, considerándola una idea antigua e ingenua al no entender que los conflictos políticos reconfiguraban el concepto de soberano convirtiéndolo en quién toma la *decisión* al interior de todo orden normativo, esto no es menor, Schmitt señala que en la *excepción* el Estado conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica.

De más está decir que los postulados del derecho de Schmitt son también rechazados por Fuller que buscaba un derecho más justo y no más realista o concreto; y frente a esta amenaza común es que creemos que el derecho debe ser revalorizado, este fue nuestro segundo objetivo.

En ese orden de cosas, acudir a Levinas cumplió una doble labor, en primer lugar nos mostró el sentido fundacional que debía sobrevivir a la catástrofe, ya nada puede seguir siendo lo que ha sido, y por otra parte sirvió para asimilar lo que debe ser la relación entre derecho y justicia. El encuentro entre el Yo y el Otro como origen de toda filosofía posible, puede ser caracterizada como un espejo transparente en el que veo al Otro a la vez que me reconozco; esta *alteridad* hace posible el *rostro*, el encuentro ético entre ambos términos.

El derecho que proponemos sigue esta misma trayectoria, es uno que se reafirma (y nunca se suspende) y a la vez, siempre puede reconocerse en la justicia, por eso no nos parece descabellado relacionar las visiones de Hart y Fuller. Creemos que debe haber conexión necesaria entre justicia y derecho, la moralización de este último no debe asustarnos, el desafío es hoy mayor que nunca. Los casos

límites del derecho, o las lagunas del ordenamiento, no abren la puerta al estado de excepción sino a la justicia, esta es la convicción final de esta memoria.

En el prólogo del *Nunca Más*, Ernesto Sábato señala que en los tiempos previos a la dictadura militar argentina se produjeron delitos y crímenes de motivación política que ninguna sociedad civilizada podía permitir, pero que la respuesta durante los años del régimen militar fue mil veces peor pues implicó la política de exterminio más grande de la historia de ese país donde el Estado fue ocupado con toda su fuerza para la ejecución y desaparición de un sector de la población, en el mismo texto su autor indica que con ocasión del secuestro de Aldo Moro, senador italiano, un oficial de policía le propuso a su superior torturar a un implicado que parecía tener información relevante y la respuesta de este fue: “Italia puede permitirse perder a Aldo Moro pero no puede, en ningún caso, implantar la tortura”; ante grandes conflictos surge la tentación de seguir un camino que implique el atentado a los valores que deben fundar un ordenamiento jurídico, pero la respuesta ante la barbarie debe ser siempre la civilización, el imperio del derecho y las garantías para las personas deben ser reafirmadas frente a la amenaza de la excepción y la suspensión; sólo desde este presupuesto puede pensarse un derecho que haga a la justicia posible.

Bibliografía

- Agamben G. 2007. Estado de Excepción. Editorial Adriana Hidalgo.
- Agamben G. 2005. Lo que queda de Auschwitz. Editorial Pre-textos.
- Arcos Ramírez F. 2008. Una Defensa de la “Moral Interna del Derecho”. Universidad de Almería.
- Atria F. 2013. La Constitución Tramposa. LOM Ediciones.
- Bobbio N. 1998. El positivismo Jurídico. Editorial Debate.
- Derrida J. 2008. Fuerza de Ley el “fundamento místico de la autoridad”. Editorial Tecnos.
- Dujovne L. 1963. La Filosofía Política de Hegel a Kelsen. Editorial Bibliográfica Omeba.
- Escudero Alday R. 2000. Positivismo y Moral Interna del Derecho. Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- Ferrater Mora J. 1958. Diccionario de Filosofía. Editorial Sudamericana.
- Fuller L. 1967. La Moral en el Derecho. Editorial F. Trillas S.A.
- Green L. 2010. “El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral”, publicado en Causas Perdidas ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Editorial Catalonia.
- Hart H. 1968. El Concepto de Derecho. Editorial Abeledo – Perrot.
- Kelsen H. 1982. Teoría Pura del Derecho. Editorial Eudeba.
- Kelsen H. 2006. ¿Qué es la Justicia?. Ediciones Librería El Foro.
- Levinas E. 2012. Totalidad e Infinito. Ediciones Sígueme Salamanca.
- Levi P. 2011. Trilogía de Auschwitz. El Aleph Editores.
- Quesada Talavera B, Aproximación al concepto de “Alteridad” en Levinas. Propedéutica de una nueva ética como filosofía primera. En www.uned.es
- Radbruch G. 1955. Introducción a la Filosofía del Derecho. Fondo de Cultura Económica.

- Rojas S. 2005. Pensar el Acontecimiento. Variaciones sobre la emergencia. Ediciones Facultad de Artes Universidad de Chile.
- Schmitt C. 2009. Teología Política. Editorial Trotta.
- Waldron J. 2010. Positivismo Normativo (o Ético), publicado en Causas Perdidas ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Editorial Catalonia.
- Weber M. 2004. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica.
- Biopolítica: Liberalismo y Muerte. Biopolíticas del Sur. 2010. Editorial Arcis.