



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

EL PROBLEMA DEL VÍNCULO ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL TANTO EN
EL ÁMBITO DE LA CREACIÓN COMO EN EL DE LA APLICACIÓN DE REGLAS
JURÍDICAS EN EL CONTEXTO DE LA CULTURA JURÍDICA CHILENA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Gonzalo Andrés Alzamora Muñoz

Profesor guía:

Carolina Bruna

2015

“La justicia no es un dios o un ícono: la valoramos, si es que lo hacemos, por sus consecuencias para las vidas que conducimos como individuos y conjuntamente.”

Ronald Dworkin.

ÍNDICE

Contenido	Página
Introducción.	1
I. Primera Parte: Consideraciones Previas	4
1) Reconstrucción histórico-teórica.....	4
2) Las características atribuibles al positivismo jurídico.	20
3) El propósito de este trabajo.	26
II. Segunda Parte: Vinculación contra Separación.....	32
1) Presentación del problema: un esquema ilustrativo general.	32
2) Profundización: las razones en detalle.	37
2.1) Existe un orden moral preestablecido.....	38
2.2) La norma que obliga es aquella que es justa.	39
2.3) El “punto de vista interno” hartiano equivale a un “punto de vista moral”.	41
2.4) La pretensión de corrección del derecho.	42
2.5) La pretensión de razonabilidad del derecho.	46
2.6) La certeza y la seguridad jurídica como valores esenciales del derecho.....	49
3) La irrupción de Ronald Dworkin y “el derecho como integridad”	51
4) Las respuestas.	55
A. Positivismo excluyente.	55
B. El positivismo inclusivo o incluyente.	57
C. El positivismo ético o normativo.	58
5) Balance.....	60
III. Tercera Parte: Manifestaciones.	62
1) Consecuencias que se derivan de aceptar la tesis de la separación:.....	63

A. En el ámbito de la creación de la norma jurídica.....	63
B. En el ámbito de la aplicación de la norma jurídica.	69
2) Consecuencias que se derivan de aceptar la tesis de la vinculación.	72
A. En el ámbito de la creación de la norma jurídica.....	73
B. En el ámbito de la aplicación de la norma jurídica.	74
3) Balance.....	75
IV. Cuarta Parte: La Cultura Jurídica Chilena	83
1) Preámbulo.	84
2) La sociedad chilena como “sociedad de carta”.	88
3) Tres casos controversiales:.....	90
A. El caso Atala	90
B. El caso de la píldora del día después.....	92
C. El caso del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil chileno.	94
4) Balance.....	97
V. Quinta Parte: Consideraciones Finales.....	101
1) Entonces, ¿responde la cultura jurídica chilena a un paradigma iuspositivista?....	102
2) Teoría versus realidad	103
3) Un llamado a la reflexión.....	104
4) Algunos asuntos relacionados	105
5) Ciencia Jurídica y Filosofía Política	106
6) Razones para un cambio en el paradigma imperante en Chile	108
A. En el ámbito de la creación del derecho.	108
B. En el ámbito de la aplicación del derecho.....	110
Bibliografía.	112

INTRODUCCIÓN.

La inquietud que sirvió de impulso para tomar la decisión de analizar la ya muy discutida cuestión acerca del problema de la relación entre el derecho y la moral tiene que ver, básicamente, con mi formación universitaria.

Durante los primeros años al interior de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile me vi profundamente atraído por temas vinculados a la filosofía, teoría del derecho y a la filosofía política. En el transcurso de mi formación en esta área, noté que la pregunta de si acaso se encuentran relacionados o separados conceptualmente el derecho y la moral es un problema recurrente de la teoría del derecho al que diversos filósofos y teóricos han hecho referencia.

Académicamente, la pregunta relativa a si se encuentran conceptualmente unidos el derecho y la moral se suele plantear como una consecuencia del también antiguo debate que presenta como contrapuestas dos maneras de entender el fenómeno jurídico, a saber, el *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo*. Esta pugna se resuelve, según se dice desde una posición mayoritaria, siempre y sin lugar a dudas a favor de la primera, fundando su superioridad en una caricaturización del *iusnaturalismo* y destacando enfáticamente las virtudes del *iuspositivismo*.

Considerando este escenario es que actualmente hemos llegado a una aceptación casi mecánica del positivismo jurídico, el que, obviamente, se constituye como una forma determinante de comprender el derecho para jueces, abogados y académicos. Si esto es cierto o no, las ventajas de que lo sea o las desventajas de que no lo sea, las

repercusiones jurídicas y políticas del tema, entre otros asuntos, serán tratados en el presente trabajo. Para ello lo dividiré en una primera parte introductoria que abordará una reconstrucción histórico teórica que muestre las ideas elementales del problema reflejadas en los postulados básicos de autores clásicos de la teoría jurídica y política, una exposición de las características fundamentales del positivismo jurídico y el propósito último u objetivo final que debemos tener en mente al momento de llevar a cabo esta tarea. La segunda parte estará dedicada a exponer el marco teórico en el que se ha desarrollado la discusión en torno a la pregunta de si se encuentran o no vinculados el derecho y la moral, presentando un esquema ilustrativo breve y general, profundizando en los distintos argumentos, mostrando la influencia de los postulados del filósofo del derecho Ronald Dworkin y realizando, finalmente, una reflexión crítica cerrando la sección. La tercera parte contiene un ejercicio hipotético que busca presentar las eventuales consecuencias que se derivarían de aceptar una u otra tesis sobre el vínculo entre el derecho y la moral distinguiendo, en ambos casos, entre el momento de la creación de las normas jurídicas y el de su aplicación, cerrando nuevamente con una reflexión crítica. La cuarta parte busca afirmar que Chile responde a una cultura jurídica iuspositivista en base a la exposición de ciertos hitos tanto históricos como jurídicos, concluyendo con una reflexión crítica a modo de cierre de la sección. Por último, la quinta parte de este trabajo agrupa las consideraciones finales que se siguen de las cuatro fracciones anteriores consignando ciertas propuestas formuladas a partir del estudio realizado.

Es menester advertir que, en algunas secciones, las ideas expuestas pueden parecer vagas, imprecisas o generales. Ello se ha decidido deliberadamente con la finalidad de acotar la discusión central de esta investigación. Dicho de otro modo, en algunas secciones se ha sacrificado pulcritud en los postulados en miras a evitar incurrir en divagaciones poco procedentes a los propósitos de este trabajo, las cuales podrían inducir a confusiones.

Comencemos, entonces, señalando los postulados básicos de autores clásicos de la filosofía del derecho y de la teoría política desde una perspectiva cronológica que construirán el contexto necesario para la comprensión de las secciones siguientes.

I. PRIMERA PARTE: CONSIDERACIONES PREVIAS

1) RECONSTRUCCIÓN HISTÓRICO-TEÓRICA.

Históricamente, y desde la perspectiva de la teoría general del derecho, célebres autores han abordado el punto. Algunos se refieren directa y explícitamente al problema de si acaso el derecho y la moral se encuentran vinculados o separados, mientras que otros aluden a la cuestión a propósito del análisis de otro tipo de elementos.

Así sucede, por ejemplo, con Immanuel Kant, para quien el derecho y la moral se diferencian, básicamente, en cuanto a la legislación aplicable. Para Kant es claro que las reglas del derecho rigen únicamente el ámbito de lo externo, a todos aquellos fenómenos que tengan lugar en el mundo exterior, mientras que las reglas de la moral rigen en el ámbito interno del individuo, afectando su subjetividad, la intencionalidad de su acción y no su materialidad, por lo que las reglas jurídicas y las reglas morales se diferenciarían en el objeto de la regulación. De aquí se sigue que el motivo por el cual un individuo se comporta de una manera determinada se encuentra en una coacción externa en el caso del derecho, mientras que su móvil en el caso de la moral está dado por la idea de deber, y la restricción de su acción depende de la facultad de coaccionarse a sí mismo. En palabras del propio Kant,:

“sólo puede llamarse derecho estricto (restringido) al derecho completamente externo. Sin duda éste se fundamenta en la conciencia de la obligación de cada uno según la ley; pero, para determinar el arbitrio conforme a ella, ni le es lícito ni puede, si es que debe ser puro, recurrir a esta conciencia como móvil, sino que se apoya por tanto en el principio de la posibilidad de una coacción exterior, que puede subsistir con la libertad de cada uno según leyes universales.”¹.

Por otra parte, George W. F. Hegel separa metodológicamente la esfera de la moralidad de la esfera del derecho para mostrar que, en definitiva, ambas dimensiones se encuentran vinculadas ya que las reglas del derecho representan la exteriorización de la subjetividad del individuo en tanto ser libre. En otras palabras, Hegel introduce el estudio de la moralidad para criticar el postulado contractualista según el cual la moral regiría el ámbito de lo interno y el derecho el ámbito de lo externo, toda vez que la subjetividad del individuo, su esfera interna, su moralidad, estaría expresada en el derecho, que es lo externo. En esa medida, el sujeto es libre y, en consecuencia, la vulneración del derecho es ilegítima dado que niega al individuo en tanto ser libre, negando también la libertad de la comunidad.

Por lo anterior, según Hegel, es que se vuelve necesario que el derecho, cuando ha sido desconocido, suprima, a su vez, esa negación mediante su propia coacción, generando una segunda negación. De esta manera, el derecho se reafirma a sí mismo, pues ha negado la existencia de un hecho que pretendió desconocerlo, ha anulado la

¹ Kant, Immanuel, “La metafísica de las costumbres” (trad. A Cortina y J. Conill). Madrid: Tecnos, 1999, pp. 41

existencia del injusto. En palabras del propio Hegel; “el derecho, mediante el negar de esta negación suya se restablece y mediante este proceso de su mediación, de retorno a sí desde su negación, se determina como real y vigente”².

Pero la negación de la negación del derecho que tiene lugar a través de la coacción sólo alcanza a los fenómenos del mundo exterior y, consecuentemente, no tiene la capacidad de afectar la subjetividad del individuo. Así se desprende de las propias palabras del autor cuando afirma que “El derecho abstracto es derecho de coacción, porque lo injusto contra el mismo es una violencia contra la existencia empírica de mi libertad en una cosa externa.”³. Por tanto, entendemos que, para Hegel, la coacción en el derecho es un elemento fundamental, toda vez que permite no solo la reafirmación de la existencia del derecho mismo sino que también hace posible diferenciar aquello que es susceptible de ser gobernado por las reglas jurídicas (la esfera de lo externo al sujeto) de lo que no (la esfera de lo interno del sujeto), separando el ámbito de acción del derecho del de la moral.

Del mismo modo, Johann Gottlieb Fichte sostuvo en su obra *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia* que la autoconciencia de los individuos en tanto seres racionales y libres depende del reconocimiento de otros individuos como seres humanos racionales y libres. En consecuencia, una vez que el individuo toma conciencia de sí mismo como ser racional libre gracias al reconocimiento de otros individuos como él, se pregunta sobre la posibilidad de un

² Hegel, Georg, “Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado”. Traducción: Eduardo Vásquez. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, pp. 160.

³ Ibid, pp. 166.

estado de cosas que permita cierto grado de certeza y seguridad en el ejercicio de su libertad y derechos en un contexto en el que reconoce también a otros sujetos racionales y libres con iguales facultades e intereses.

En principio, dicho estado de seguridad y libertad podría estar dado por condiciones como la buena fe o la confianza. Sin embargo, Fichte asume que la buena fe o la confianza recíprocas son condiciones subjetivas del individuo que dependen de sus convicciones internas, por lo que pueden o no estar presentes. Entonces, hacer depender tanto el ejercicio de la libertad individual como la coexistencia de las libertades de cada uno de los individuos que componen una comunidad de condiciones subjetivas como la buena fe o la confianza se traduce en una situación azarosa que genera un nivel inestabilidad intolerable.

El derecho, por tanto, constituye el marco mutuamente aceptado entre los individuos en el cual se fijan los límites del ejercicio de la libertad y la coacción es el elemento que los resguarda.

Aquí notamos nuevamente la separación entre aquello que es susceptible de ser regulado por las reglas jurídicas y aquello que no. Para Fichte también existe una dimensión interna del individuo, a la cual el derecho no tiene acceso por la vía de la coacción, ya que “No puede imponerse por coacción que alguien tenga íntimamente confianza en mi honestidad, porque ésta no se exterioriza, y, por tanto, se sitúa fuera de la esfera del derecho natural”⁴. Más aún, el filósofo sostiene que “El concepto de

⁴ Fichte, Johann: “Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia”. Traducción de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Coves. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp 214.

derecho se refiere así a lo que se manifiesta en el mundo sensible. Lo que no tiene causalidad en él, sino que permanece en el interior del espíritu, corresponde a otro juez, al juez de la moral.”⁵. En consecuencia, así como en Kant y en Hegel, también entendemos que en Fichte la esfera de la moral y la del derecho cuentan con regulaciones distintas.

Asimismo, y de manera más explícita, la famosa obra *Teoría pura del derecho* del filósofo del derecho alemán Hans Kelsen se refiere al problema del vínculo entre el derecho y la moral. Tal como su nombre indica, lo que el autor busca en esta obra es presentar una versión del derecho según la cual éste se encuentra totalmente depurado de todo elemento extrajurídico, es decir, está separado y aislado de toda clase de elementos morales, ideológicos, políticos, etc.

Para el autor, los juicios y consideraciones fundados en la existencia de normas jurídicas positivas (puestas) cuentan con el estatus de jurídicas debido a ese mismo hecho. Por su parte, las normas jurídicas gozan del estatus de jurídicas por haber sido generadas de acuerdo a un procedimiento válido establecido, a su vez, por otra norma jurídica positiva. De este modo, los juicios y consideraciones contarán como jurídicos siempre y cuando sea posible rastrear su origen en una norma de derecho positivo que, al tener tal carácter, lo transmite a todo juicio o consideración fundamentada en ella, generándose así una cadena de validez cuyo comienzo se encontraría en lo que Kelsen llamó la “norma fundamental hipotética”.

⁵ “G.A. 1,3. 360.” Estudio introductorio en “Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia”. Traducción de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Covas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 57.

Por el contrario, todo juicio o consideración que no esté basado en una norma jurídica de derecho positivo no podrá tener carácter jurídico pues se sustentaría en juicios axiológicos subjetivos cuyo valor sería supuesto por aquella persona que los emite y no estaría conferido por una norma jurídica positiva de índole objetivo⁶. Para Kelsen, el problema de las opiniones cuyo valor no deriva de una norma jurídica sino de un móvil psicológico del sujeto es que dicho valor, al no ser puesto sino que supuesto, difiere de persona en persona y, por tanto, escapa del alcance de la ciencia del derecho en tanto ciencia de carácter objetivo. Es por ello que Kelsen afirma que “Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social.”⁷. Además, según Kelsen, los juicios, consideraciones y opiniones no basados en normas jurídicas positivas son problemáticas puesto que encubren la verdad mediante visiones ideológicas que derivan de la voluntad por estar ligadas a intereses particulares que tienden a acomodar antojadizamente la realidad⁸.

⁶ En este sentido, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Moisés Nilve). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009, pp. 48, sostiene que “Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino solamente en una norma supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada.”

⁷ Id.

⁸ Así, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. Moisés Nilve). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009, pp. 50, sostiene que “Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y reemplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.”.

Nuevamente, queda de manifiesto que el binomio esfera externa-esfera interna al sujeto se corresponde con el binomio derecho-moral pues Kelsen, al igual que Kant, Hegel y Fichte, restringe el ámbito de acción de la ciencia jurídica exclusivamente a aquellos juicios, opiniones y consideraciones fundadas en normas jurídicas positivas. Lo supuesto, lo interno, lo subjetivo, escapa del alcance de la ciencia del derecho al no tener carácter jurídico.

Por último, y en la misma línea, se encuentra el teórico jurídico Herbert Lionel Adolphus Hart, quien en su reconocido texto *El concepto de Derecho* de 1961 expone una defensa del iuspositivismo que se encuentra entre las propuestas más influyentes de la teoría del derecho del siglo XX.

A partir de las versiones más antiguas del iuspositivismo como la sostenida por autores como John Austin y su visión del derecho como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas, Hart formula una teoría que, en términos muy generales, muestra al derecho como un fenómeno social y se autodenomina una “teoría jurídica analítica (analytical jurisprudence), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico”⁹.

En los capítulos VIII y IX de la mencionada obra, Hart se refiere latamente a lo que aquí nos interesa, esto es, al problema sobre la conexión entre el derecho y la moral en tanto sistemas de normas que tienen por objeto regular la conducta humana. Sintéticamente, el autor sostiene que es cierto que puede existir algún grado de semejanza entre el derecho y la moral en tanto ambos son sistemas de reglas que

⁹ Hart, H. L. A., “El concepto de derecho” (trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1963. Prefacio a la edición inglesa. Pp. XI.

comparten un lenguaje común, obligan a los individuos sometidos a ellas sin su aquiescencia, no rigen conductas aisladas sino que regulan determinadas situaciones que se repiten en el tiempo con alta frecuencia, deben formular órdenes que sean susceptibles de ser cumplidas por los individuos a los que obligan, entre otras semejanzas.

Sin embargo, el autor se encarga de evidenciar diferencias fundamentales entre el derecho y la moral que van más allá de la diferencia recurrente a la que muchos autores anteriores han hecho referencia y que también hemos consignado aquí, a saber, la característica de que mientras las reglas jurídicas se ocupan de la esfera de lo externo, las reglas morales se harían cargo exclusivamente de la esfera interna del sujeto.

Para Hart, el hecho de que autores como Kant, Fichte y Kelsen distingan el derecho de la moral en base a que el primero gobierna el ámbito externo del sujeto y la segunda el ámbito interno del mismo, revela cuatro características de la moral que la diferencian no tan solo del derecho sino que de todo otro conjunto de reglas sociales.

La primera característica es la importancia. En cuanto a su importancia, toda regla moral es observada como algo cuyo cumplimiento es relevante desde el punto de vista de quienes se encuentran sometidos a ellas porque, generalmente, resguardan algún bien del que todos los sujetos obtienen, en distintas medidas, cierto beneficio. Esto explica que los individuos estén dispuestos a sacrificar sus intereses personales y a restringir sus deseos e impulsos en pos de la observancia de las normas morales.

La segunda característica es la mutabilidad. En lo que se refiere a la posibilidad de modificación de las normas morales, Hart sostiene que se caracterizan por ser

inmunes al cambio deliberado, es decir, que a diferencia de otro tipo de reglas como las jurídicas, las normas morales no son susceptibles de ser modificadas a partir de un acto de voluntad efectuado por quienes se encuentran sometidos a ellas, a pesar de que muchas veces la modificación de parámetros morales conlleve la modificación de determinadas reglas jurídicas o viceversa.

La tercera característica dice relación con las sanciones. En lo que respecta a las consecuencias de la transgresión de las normas morales, Hart se refiere al problema de la responsabilidad señalando que el reproche moral siempre requiere de una intencionalidad contraria a lo ordenado por la norma. Por ello es que, en el contexto del incumplimiento de las normas morales, el hecho de que alguien no haya tenido la intención de transgredir las reglas y haya hecho todo lo posible para velar por la observancia de las mismas siempre lo eximirá de responsabilidad, aunque efectivamente la norma (moral) resulte transgredida. Por otro lado, en el contexto del incumplimiento de las normas jurídicas, el valor asignado a la justificación “no pude evitarlo” se encuentra supeditado a la verificación de una serie de requisitos asignados por el sistema jurídico del que se trate. Por ende, en el ámbito de las reglas jurídicas, una conducta transgresora de las normas se encontrará justificada siempre y cuando concurren ciertas circunstancias que permiten que la inobservancia de las normas sea algo que el sistema en su conjunto estima irrelevante sancionar.

Es en este tercer punto donde Hart estima que radica el erróneo postulado de que el derecho regula la esfera externa del sujeto mientras que la moral regula su esfera interna. Según el autor, no es cierto que la moral no prescriba conductas externas, sino

que la transgresión de la conducta externa ordenada por una norma moral sólo será reprochable si el transgresor ha tenido la intención de contravenirla, mientras que en el derecho puede suceder que el transgresor obtenga una sanción jurídica a pesar de haber tenido la intención de actuar conforme a la norma (en la responsabilidad objetiva, por ejemplo). También puede suceder que la transgresión de la norma jurídica se encuentre justificada por criterios establecidos por el sistema jurídico mismo, que hacen innecesaria la imposición de una sanción al transgresor (en la legítima defensa, por ejemplo).

En ese sentido es que Hart señala que existe una diferencia entre estar “excusado” y estar “justificado” y que es en la confusión de ambas ideas donde descansa la antigua y errónea propuesta de que el derecho y la moral se diferencian en tanto el primero regularía la esfera externa del sujeto mientras que la segunda regularía su esfera interna.

Finalmente, y en cuarto lugar, Hart distingue a la moral de otros sistemas de reglas por la forma de presión que los sistemas de reglas morales dirigen a quienes se encuentran sometidos a ellos. A diferencia del derecho, donde la fuerza o el castigo físico son las modalidades típicas de presión para la observancia de las normas, en la moral se apela elementos tales como la conciencia, la culpa y el remordimiento, que están relacionados a la creencia de que las reglas morales tienen valor en sí mismas y que las acciones particulares pueden ser calificadas como aceptables o inaceptables, así como de buenas o malas, dependiendo de su adecuación con las exigencias de las normas morales.

Luego, Hart observa que las características enunciadas, que diferencian a la moral de cualquier otro tipo de reglas sociales, hacen referencia únicamente a cuestiones formales, sin referirse al problema relativo a si el derecho y la moral podrían tener algún tipo de conexión de fondo. ¿Existirá, por tanto, alguna forma en que el derecho y la moral se encuentren relacionados desde el punto de vista del contenido de sus normas?

Para el autor, si bien desde la perspectiva del positivismo jurídico “en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral”¹⁰, sí es forzoso aceptar la idea de que lo que se hace al discutir sobre la regulación de la conducta humana es suponer que la actividad de regular tiene sentido precisamente porque lo que deseamos en tanto seres humanos es velar por la conservación de ciertas condiciones que permitan, al menos, nuestra sobrevivencia. Por ello, Hart plantea que si queremos discutir cualquier “cuestión relativa a cómo deben convivir los hombres, tenemos que presuponer que su propósito, en términos generales, es vivir.”¹¹

Teniendo la premisa anterior en consideración, el autor enumera cinco circunstancias que, en su conjunto, constituyen lo que él llama el “contenido mínimo del Derecho Natural”, en ausencia del cual “las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí.”¹². Estas “verdades obvias” que determinan el contenido específico del derecho y de la moral son: 1) Que los hombres son naturalmente vulnerables, lo que dota de

¹⁰ Ibid. Pp 230.

¹¹ Ibid. Pp 238.

¹² Ibid. Pp 239.

sentido a las reglas básicas tanto del derecho como de la moral consistentes en obligar a los individuos a abstenerse de causar daño a otros o en prohibirles violentarse recíprocamente desde un punto de vista estrictamente físico. 2) Que, si bien los hombres difieren en atributos corporales como la fuerza o el intelecto, no existe individuo que por sí solo sea capaz de dominar perpetuamente a todos los demás, por lo que Hart propone que existe entre los sujetos una igualdad aproximada que hace que sea razonable formular un sistema de reglas. “Esta igualdad aproximada, más que cualquier otro hecho, hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación jurídica como de la obligación moral.”¹³. 3) Que “el altruismo humano es limitado en extensión e intermitente en el tiempo, y las tendencias a la agresión son lo bastante frecuentes como para ser fatales para la vida social si no se las controla.”¹⁴ 4) Que, atendida la natural limitación del altruismo y las necesidades básicas del hombre como el alimento o el abrigo, se vuelve relevante la existencia de reglas que aseguren la propiedad frente a la existencia de recursos limitados. 5) Finalmente, el hecho de que los seres humanos posean una comprensión y una fuerza de voluntad limitadas hace que sea necesario establecer un sistema de reglas coercitivo en el cual la inobservancia de las normas impuestas acarrea consecuencias adversas para los sujetos sometidos a ellas pues, si cada individuo tuviera la posibilidad de ignorar dichas normas siguiendo las tentaciones causadas por el deseo de satisfacer sus propios intereses sin efecto alguno, no existiría razón para que aquellos que sí están dispuestos a obedecerlas efectivamente lo hagan. Así, las sanciones son necesarias

¹³ Ibid. Pp 241.

¹⁴ Ibid. Pp 242.

“como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen.”¹⁵

A continuación, y como último segmento en el que nos interesa detenernos, Hart, al ahondar en las reflexiones sobre la validez jurídica y el valor moral, se refiere a las distintas formas en que se ha expresado la pretensión de que el derecho y la moral se encuentran necesariamente vinculados y explica qué es lo que ellas podrían querer decir, más allá del contenido mínimo del Derecho Natural que el autor reconoce y al que ya hemos hecho alusión más arriba.

Las distintas formas en que se manifiesta la idea de que el derecho y la moral guardan una relación necesaria son, entonces, las siguientes:

Primero, el postulado según el cual aquellos individuos que se encuentran sometidos a un sistema jurídico lo hacen porque en el mismo subyace un valor moral que los sujetos reconocen ya que la autoridad del derecho no descansa “ni puede hacerlo, en el poder del hombre sobre el hombre.”¹⁶ Para Hart, si bien la autoridad del derecho se construye sobre la base de la aceptación voluntaria de las normas del sistema jurídico por, al menos, una parte de los individuos que son objeto de la regulación, esto es, desde un punto de vista interno, el acatamiento de las reglas jurídicas no muestra necesariamente una adhesión al valor moral implícito en el sistema toda vez que los sujetos que observan y acatan voluntariamente sus reglas pueden hacerlo por una multiplicidad de consideraciones como el miedo, la imitación, la conveniencia, el altruismo, entre otras. Así, es posible que los individuos acepten la autoridad de las

¹⁵ Ibid. Pp 244.

¹⁶ Ibid. Pp 250.

reglas de un sistema jurídico o sean obligados por ellas a pesar de tener una gran discordancia moral con el mismo.

Segundo, la propuesta de que la moral ejerce, en alguna medida, una influencia sobre el derecho y este último refleja de diversas formas a la primera, ya sea desde el punto de vista legislativo o judicial. Y esto es cierto incluso para el propio Hart, quien señala que “Si esto es lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, su existencia debe ser concedida.”¹⁷

Tercero, la opinión de que, al enfrentarse a casos difíciles que no están claramente incluidos en la norma jurídica ni decididos previamente por ella, los jueces realizan una labor de ponderación entre valores y principios morales relacionados al despliegue de ciertas virtudes vinculadas al derecho y a la justicia como son la imparcialidad y la capacidad de considerar todos los intereses en juego, entre otras. Sin embargo, para Hart, el hecho de que esto ocurra no quiere decir que exista una conexión necesaria entre el derecho y la moral debido a que, así como son múltiples las ocasiones en que dicha ponderación efectivamente ocurre, también son muchas las oportunidades en las que principios y valores conectados con el derecho y la justicia han sido desatendidos, inobservados e incluso transgredidos.

Cuarto, la afirmación de que todo sistema jurídico nacional, para ser un buen sistema jurídico, debe adaptarse a ciertas exigencias de justicia y moral, aun cuando no sea absolutamente pacífico qué exigencias de justicia y moral son las que deben primar sobre otras, teniendo en cuenta la multiplicidad de concepciones de lo correcto que

¹⁷ Ibid. Pp 252.

conviven en comunidades de individuos con intereses heterogéneos. Ésta es la idea a la que Hart llama “La crítica del derecho”.

Quinto, el argumento de que la noción de justicia en su formulación elemental se relaciona con la aplicación de normas generales a casos particulares sin ninguna clase de distinción, es decir, el hecho de ver, en la actividad adjudicadora del derecho, una forma básica de ejercicio de imparcialidad. A esta expresión esencial de la justicia se suman otros elementos mínimos de derecho natural que necesariamente deben ser satisfechos por las normas de un sistema jurídico como su inteligibilidad, susceptibilidad de ser acatadas e irretroactividad. A esta forma de entender lo que se quiere decir cuando se expresa la idea de que el derecho y la moral están necesariamente relacionados, Hart la denomina “Principios de legalidad y justicia” y señala que si lo que hemos expuesto es a lo que se refieren aquellos que afirman que el derecho y la moral se encuentran necesariamente conectados, entonces dicha idea es aceptable.

Sexto, el dogma de acuerdo al cual las normas jurídicas moralmente ofensivas no pueden ni deben ser calificadas como normas jurídicas válidas, de lo que se deriva que no son necesariamente obligatorias o, lo que es lo mismo, que pueden ser legítimamente resistidas a pesar de satisfacer todos los criterios de validez establecidos por el sistema jurídico. Hart llama a este asunto “La validez jurídica y la resistencia al derecho” y señala que ante tal afirmación, un iuspositivista respondería que del hecho de que una norma jurídica atente gravemente contra valores morales, no se sigue necesariamente que dicha norma pierda el estatus de jurídica. Por tanto, desde el punto de vista de un positivista jurídico, podríamos decir que una norma jurídica es demasiado mala para ser

obedecida, pero no podríamos decir que es demasiado mala como para ser considerada parte del derecho. Asimismo, un iusnaturalista respondería que diferenciar entre la validez de una norma moralmente perversa y su obligatoriedad no resuelve la cuestión. Frente a lo anterior, Hart plantea que la manera adecuada de abordar el problema tiene que ver con poner de manifiesto que existen dos conceptos distintos de derecho que se confrontan a la hora de calificar cierta norma como una norma jurídica. El primero es un concepto amplio según el cual tanto normas moralmente buenas como normas moralmente perversas son susceptibles de ser calificadas como normas jurídicas. El segundo concepto es aquel que dice que las normas moralmente inicuas no pueden ser clasificadas como normas jurídicas y adopta, por tanto, un significado más restringido del concepto de derecho.

De acuerdo a Hart, para decidir si debemos adoptar un concepto amplio de derecho o uno restringido, debemos analizar cuidadosamente las ventajas y desventajas que cada uno de ellos presenta para la comprensión del fenómeno jurídico en su totalidad. Al reflexionar al respecto, el autor concluye que un concepto restringido de derecho no presenta superioridad alguna sobre un concepto amplio. Es más, afirma que adoptar un concepto restringido de derecho parece ser más perjudicial que beneficioso puesto que, al dejar de lado todas aquellas normas moralmente malas, desecha también todas las cuestiones morales que se suscitan a propósito de la existencia de normas jurídicas moralmente perversas, simplificando excesivamente el asunto.

Siendo así las cosas, y teniendo a la vista los antecedentes expuestos a modo de reconstrucción histórico-teórica, es que se vuelve necesario hacernos cargo de la misión

de detallar los rasgos que definen a aquella manera de entender el fenómeno jurídico que hemos calificado como actualmente predominante, esto es, al positivismo jurídico.

2) LAS CARACTERÍSTICAS ATRIBUIBLES AL POSITIVISMO JURÍDICO.

Las características de esta forma de entender el derecho que, según creemos, se encuentran firmemente arraigadas en la tradición jurídica chilena son recogidas sintética e ilustrativamente en otra de las obras del célebre H. L. A Hart. Específicamente, en *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*” Hart afirmó cinco significados del uso del término “positivismo jurídico” en base a la enumeración de cinco pretensiones que se encuentran implícitas en aquel concepto y que lo distinguen. Éstas son:

- “1) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos. Ver ps. 17 a 24.
- 2) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Ver ps. 3 a 13.
- 3) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es: a) algo que vale la pena hacer, y b) algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y los otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, funciones, u otros. Ver ps. 28 a 30.

4) La pretensión de que un sistema jurídico es un “sistema lógicamente cerrado” en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación, standars morales. Ver ps. 28 a30.

5) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías “no cognoscitivas” en ética). Ver ps. 56 a 60.”¹⁸

Los rasgos identificados por Hart han sido reproducidos aquí con el mismo objeto que tuvo en mente el filósofo, esto es, saber qué es lo que queremos decir sobre el derecho cuando hacemos mención al “positivismo jurídico”. Más aún, y como ya se señaló en el apartado anterior, en su obra *El concepto de Derecho* el autor lleva a cabo la tarea de construir una teoría jurídica analítica que se traduce en un esfuerzo por evitar las confusiones conceptuales en el uso del término “derecho” porque Hart piensa que, desde un punto de vista metodológico, el estudio y análisis de los conceptos de las cosas puede mostrarnos rasgos esenciales de las mismas, proporcionándonos información relevante para la comprensión tanto de las cosas a las que los conceptos aluden como de otras cosas que se relacionan con ellas.

En particular, el análisis y estudio del concepto de “derecho” podría ayudarnos a captar elementos distintivos de este fenómeno social, arrojando luz sobre problemas recurrentes que han asediado a la teoría jurídica por años, como la cuestión relativa a si

¹⁸ Hart, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, del mismo *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis* (traducción de Genaro Carrió). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962, pp. 16.

el derecho es o no solamente un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas, qué relación tiene el derecho con las amenazas, si están o no vinculadas la obligación jurídica y la obligación moral, de ser así, en qué medida, qué es lo que es una regla, por qué el derecho es una cuestión de reglas, entre otras perplejidades que se nos presentan a la hora de pensar el derecho.

El esclarecimiento de estos asuntos a partir del estudio y análisis del concepto de “derecho”, a su vez, contribuye a una comprensión cada vez más acabada y completa del mundo en general. Es el mismo autor el que señala que el propósito de su propuesta “es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales.”¹⁹

Sin embargo, la caracterización clásica expuesta resulta, para estos efectos, poco útil, puesto que si bien grafica de manera clara las pretensiones que subyacen a dicha forma de entender el fenómeno jurídico, en su versión más pura no es adecuada para realizar una sistematización que permita acercarnos al problema que aquí se intenta abordar desde un punto de vista epistemológico precisamente porque, tal como agudamente percibe el propio Hart, limita la discusión sobre asuntos relevantes que se suscitan al pensar el derecho desde una perspectiva más amplia, oscureciendo las respuestas a problemas como los enumerados en el párrafo anterior y restringiendo la

¹⁹ Hart, H. L. A, “El concepto de derecho” (trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1963. Prefacio a la edición inglesa. Pp. 21.

posibilidad de, en definitiva, aumentar y mejorar nuestro conocimiento sobre el mundo que nos rodea.

Por ello es que estimamos más adecuado valernos de una explicación del positivismo jurídico que, lejos de establecer límites a la discusión, la extienda. Además, necesitamos que la noción de “positivismo jurídico” que utilicemos muestre la idea que la mayoría de los positivistas tienen sobre el derecho cuando aluden a este concepto, toda vez que en el presente trabajo centramos nuestra atención en la regla general y no en la excepción. Es así como nos encontramos con la descripción del positivismo jurídico del filósofo de la política y teórico del derecho italiano Norberto Bobbio, que, como pone de manifiesto Fernando Atria²⁰, ha tenido una notable influencia en los países de habla hispana en la historia reciente.

Una de las contribuciones más notables de Bobbio a los estudios de teoría del derecho y filosofía política se enmarca en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Las atrocidades que tuvieron lugar en ese contexto abrieron la posibilidad de cuestionar la capacidad de los sistemas jurídicos de poner freno a situaciones de abuso amparadas por un “estatalismo ético”²¹, es decir, justificadas en base a la idea de que las normas jurídicas no tienen por qué perseguir objetivos moralmente deseables pues su legitimidad se deriva de su pertenencia a un sistema institucional de reglas cuyo valor está dado por ese mismo hecho. Así, algunos autores que marcaron lo que otros han

²⁰ De este modo, Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°27, Alicante, 2004, pp. 128, afirma que “Esta distinción, por supuesto, ha sido uno de los aspectos del pensamiento de Bobbio más influyentes. En el mundo hispano-parlante en general quienes hemos aprendido sobre el positivismo jurídico en los últimos treinta años lo hemos hecho, en parte al menos, a través de ella.”

²¹ Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°28, 2005, pp. 23.

denominado un “retorno del derecho natural” criticaron al positivismo jurídico por haber posibilitado el ejercicio del poder sin tener en consideración ningún estándar de corrección moral.

Sin embargo, impulsado por ideales democráticos y liberales, Bobbio llevó a cabo una defensa del positivismo jurídico motivado por la idea de que éste constituiría una herramienta útil para el estudio del derecho (positivismo jurídico como método) y de que sería una forma adecuada de concebir el fenómeno jurídico en tanto describiría acertadamente sus rasgos elementales (positivismo jurídico como teoría).

Dicha defensa se tradujo, para algunos teóricos del derecho, en uno de los aportes más significativos de Bobbio en este ámbito pues consistió en trazar una línea divisoria entre el derecho y la justicia. En otras palabras, Bobbio vino a poner de manifiesto que el análisis y estudio del derecho que *es* una cosa distinta del análisis y estudio del derecho que *debe ser*. Del primero se ocupa la ciencia del derecho y la teoría jurídica mientras que del segundo se encarga la filosofía política y la teoría de la justicia. De lo anterior se extrae lógicamente que, así como el derecho y la justicia son cosas diferentes, también lo son, en el mismo sentido y de la misma manera, el derecho y la moral.

Por otra parte, Bobbio reconoce la relevancia tanto de la teoría del derecho y de la ciencia del derecho como de la filosofía política y de la teoría de la justicia en tanto disciplinas complementarias que se encargan del análisis y estudio del derecho y de la justicia como dos componentes del mismo objeto; “las formas, las condiciones y las garantías de las libertades y de la democracia”²², estableciendo de esta forma un punto

²² Op. Cit. Pp. 21

de conexión entre ámbitos del conocimiento que se encontraban escindidos desde la modernidad

En síntesis, siguiendo a Bobbio, es posible distinguir tres sentidos en los que se utiliza el término “positivismo jurídico”:

“a) El positivismo jurídico como *método*, como modo de enfocar el estudio del derecho, según el cual cabe distinguir el derecho como es del derecho como debe ser y estudiar el derecho tal y como es desde una perspectiva valorativamente neutral. [...]

b) El positivismo jurídico como *teoría*, asociado a una forma de concebir el derecho vigente en el siglo XIX que se denomina formalismo jurídico y definido por los siguientes rasgos: coactividad, imperatividad, supremacía de la ley entre las fuentes del derecho, consistencia y plenitud del derecho, concepción de la aplicación del derecho como una actividad deductiva. [...].

c) El positivismo jurídico como *ideología*, según el cual el derecho positivo es justo y, por lo tanto, debe ser obedecido. No se conoce ningún autor relevante que encaje en esta teoría. Sin embargo, el achacarles que pertenecían a ella ha sido una de las críticas más empleadas por los detractores de los autores positivistas.”²³

Como ya se mencionó, lo que Bobbio hace es defender la noción de “positivismo jurídico” expresada como a) y b), esto es, como enfoque metodológico y como teoría del derecho, pues como ideología sirvió para fundamentar las críticas al positivismo jurídico relacionadas a la tolerancia de abusos y atrocidades cometidas en el contexto de la Segunda Guerra Mundial.

²³ Villajosana, Josep María, “¿Están relacionados el derecho y la moral?”, en del mismo Identificación y Justificación del Derecho, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 79.

En lo que sigue, y al igual que Bobbio, nos referiremos al positivismo jurídico haciendo alusión a a) y b), es decir, al positivismo jurídico como herramienta de aproximación epistemológica al fenómeno jurídico en tanto objeto de análisis y estudio y como una de las concepciones que pretende reflejar las características elementales del derecho, respectivamente.

Desde luego, quedan inmediatamente excluidas todas aquellas críticas, defensas y opiniones que hagan referencia al positivismo jurídico como ideología.

Y hacemos esto porque son aquellas acepciones del término “positivismo jurídico” las que nos pueden llevar evaluar la idoneidad de utilizar al positivismo jurídico como método y teoría que nos permita comprender de mejor manera el fenómeno jurídico.

Por otra parte, también intentaremos escapar del análisis conceptual de Hart que, como ya hemos mencionado, ha dominado la teoría jurídica de los últimos años, debido a las dificultades que presenta a la hora de enfrentarse con planteamientos posteriores como los de Dworkin, que ponen en evidencia sus insuficiencias, tal como se mostrará más adelante. Evidentemente, no creemos que exista una teoría perfecta, pero sí algunas que se adecúan mejor a lo que aquí intentaremos mostrar.

3) EL PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO.

No hace falta profundizar en una teoría jurídico-política para que quede en evidencia que lo que la práctica legislativa refleja es, efectivamente, la actividad de

decidir (desde un punto de vista normativo) cómo nuestras vidas deben ser conducidas con el fin de conseguir que una multiplicidad de intereses diversos logren coexistir de manera armónica.

Lo anterior se logra encerrando diversas clases de consideraciones morales en mandatos, prohibiciones o facultades específicas, las que adquieren así un estatus especial, el estatus de “normas jurídicas”.

En un segundo momento (dada nuestra cultura jurídica), los tribunales de justicia se encargan de aplicar aquel conjunto de órdenes, facultades o prohibiciones emanadas del órgano pertinente de una manera particular.

Teniendo presente que las leyes no son otra cosa, se dice, que la materialización de la voluntad soberana (nuestra propia voluntad), su estricta aplicación garantizaría el autogobierno, resguardando una serie de valores sociales, jurídicos y políticos primordiales entre los que se cuentan, por ejemplo, la paz social, la certeza jurídica y la democracia.

Así, es claro que las normas jurídicas mediante las cuales auto limitamos nuestro accionar no pueden ser sino las que nosotros mismos hemos decidido y, por lo tanto, las concepciones morales y políticas que las irradian no pueden ser otras que nuestras propias consideraciones morales y políticas fluyendo de vuelta hacia la comunidad.

No obstante, parece haber asuntos especialmente controversiales desde el punto de vista de la opinión pública cuya regulación se torna particularmente compleja. A modo de ejemplo, podemos citar discusiones suscitadas durante los últimos años en nuestro país que han girado en torno a preguntas relativas a si una mujer puede o no

decidir legalmente sobre el destino de su embarazo, si dos personas del mismo sexo pueden o no contraer el vínculo jurídico del matrimonio o si los ciudadanos pueden o no estar legalmente autorizados a cultivar determinadas sustancias psicotrópicas, entre otros. Éstos son los comúnmente llamados “temas morales” que aquí llamaremos “cuestiones con un alto contenido moral”, pues consideramos que se vinculan con tópicos de naturaleza política, jurídica y filosófica, razón por la cual estimamos que no son temas puramente morales o “temas morales”, como suele denominárselos.

Ahora bien, si la idea de que las leyes son la manifestación de la voluntad soberana es cierta, entonces ¿cómo se explica el hecho de que las decisiones judiciales y legislativas relativas a cuestiones con un alto contenido moral sean tan frecuentemente discutidas y controversiales? ¿Se trata de una disonancia entre los intereses de los gobernantes y de los gobernados? ¿Es un problema de déficit de representación en los mecanismos y procedimientos que contempla nuestro sistema político o se trata de problemas de fondo que tienen que ver con la comprensión de instituciones sociales como el derecho?

Para tratar de dar una respuesta a estas y otras cuestiones que eventualmente se presentarán a lo largo del trabajo, es que creemos esencial identificar el rol que juegan las consideraciones morales y políticas en nuestra sociedad. Más específicamente, estimamos que es fundamental detenernos a reflexionar sobre el papel que juegan las consideraciones morales y políticas en el derecho, teniendo en cuenta la función organizadora y facilitadora de esta institución.

Prima facie, nos inclinaremos a responder que, en algún sentido, la política y la moral son, en el derecho, más que una herramienta. Intuitivamente, reitero, sólo una respuesta como esa puede ser suficiente para dar cuenta del estado actual de la sociedad chilena ya que la circunstancia de que la ley no refleje la voluntad soberana y que incluso se vuelva, en ciertos casos, contra los intereses de los individuos sometidos a ella es un escenario posible y a la vez algo que debe llamar nuestra atención.

Debe llamar nuestra atención porque si, en tanto grupo social, consideramos que la estabilidad política es un bien que vale la pena proteger, entonces cabría preguntarse si acaso aproximarse al fenómeno jurídico desde la perspectiva de un iuspositivista (y, por ende, defender todo aquello que el iuspositivismo está dispuesto a defender) es la forma más satisfactoria de entender y estudiar al derecho como parte de un conjunto de instituciones sociales cuyo objeto es, por un lado, garantizar el más pleno desarrollo de cada ciudadano en tanto individuo y, por otro, propender a la coexistencia armónica de una pluralidad de intereses diversos.

Por supuesto, puede haber quienes sigan sosteniendo que existen muy buenas razones para decir que lo que hacen los legisladores, jueces y abogados al introducir este tipo de consideraciones no es, en absoluto, distinto de lo que hacen los mismos personajes cuando usan la aritmética para calcular las cifras de un sistema impositivo justo, la indemnización que correspondería a la parte vencedora en el juicio o el cálculo de los costos judiciales y que por lo tanto, en ese sentido, sería menester negar un vínculo entre el derecho y la moral. Desde luego, poner a prueba nuestras propias intuiciones también es un objetivo del presente ejercicio.

Con todo, téngase presente que lejos de querer transformar esta investigación en una defensa forzosa del iusnaturalismo o en una crítica visceral del iuspositivismo, lo que buscamos es descubrir cuál es el lugar de la moral cuando, por una parte, nuestro Congreso hace lo que hace en cuanto órgano creador de normas jurídicas y cuál es el lugar de la moral cuando, por otra, los tribunales hacen lo que hacen en cuanto órganos adjudicadores del derecho.

Estas reflexiones estarán motivadas por la intuición de que el rol que le cabe a la moral en ambas esferas es el de ejercer una función que dota de sentido al sistema jurídico en su totalidad. Es decir, lo que aquí se hará es desarrollar la idea de que tanto los órganos reguladores como los órganos adjudicadores del derecho generan y aplican las normas jurídicas con alguna concepción de lo correcto o de lo bueno en lo que respecta a nuestras prácticas sociales. En consecuencia, la moral en el derecho desempeñaría la función de darle forma al mundo en el sentido que los creadores y aplicadores de normas jurídicas estimen deseable.

Por lo anterior, no se discutirá aquí el problema relativo a si la moral o la justicia material se encuentran por sobre el derecho, esto es, no reflexionaremos sobre la posibilidad de llegar a conocer y, por ende, de afirmar la existencia de una estructura ética ideal a la que la comunidad debería aspirar, ajustando sus conductas morales y sus instituciones sociales. Tampoco nos haremos cargo de la posibilidad de afirmar la verdad o falsedad de los enunciados morales como nociones susceptibles de ser abarcadas por el conocimiento humano, ni de negar esta posibilidad. Referirnos a estas cuestiones ampliaría excesivamente los límites del presente trabajo. Lo que haremos

aquí, por ahora, es simplemente afirmar, de manera intuitiva, que la función que atribuimos a la moral en el derecho en general, es decir, tanto en el ámbito de creación como en el de aplicación de normas jurídicas, es la de dar forma al mundo o construir la realidad en un sentido determinado y que de ello se derivan serias repercusiones políticas de las que es necesario hacerse cargo. Y para hacernos cargo, propondremos que la clave podría descansar en reevaluar nuestra concepción acerca del derecho.

II. SEGUNDA PARTE: VINCULACIÓN CONTRA SEPARACIÓN.

1) PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA: UN ESQUEMA ILUSTRATIVO GENERAL.

Con el fin de introducir la discusión respecto de la relación entre el derecho y la moral, tendremos como referencia el texto denominado “Identificación y Justificación del Derecho” del autor español Josep María Villajosana que, a nuestro juicio, ofrece una descripción clarificadora de la forma en que se ha venido desarrollando este debate dado que expone cronológica y sistemáticamente las distintas posturas y señala los diversos argumentos aportados desde cada una de las perspectivas teóricas que se hicieron cargo del problema, pero manteniendo la visión del panorama general. Por tanto, en esta sección no se pretende construir un análisis acabado ni una reproducción pormenorizada de los argumentos que se han aportado en uno y otro sentido. Dicha tarea se emprenderá en la sección siguiente. Aquí mi intención consiste en ilustrar en términos amplios el panorama de la contienda entre iusnaturalistas y iuspositivistas como un paso previo y necesario para comprender lo sucesivo.

El punto de partida se encuentra en la pregunta relativa a si acaso el derecho y la moral se asimilan en algo y, de ser así, qué es lo que los acerca. De acuerdo Villajosana, el derecho y la moral comparten dos cosas: (1) un lenguaje común y (2) cierto contenido, ya que el derecho tendría incorporados, innegablemente, ciertos elementos

valorativos que le son introducidos por la clase dirigente y que, al mismo tiempo, moldean el actuar de los ciudadanos a través del poder coactivo del derecho. Por nuestra parte, hemos decidido llamar a esta relación una influencia normativa en 2 direcciones, en virtud de la cual las personas (desde una posición específica) influyen en la regulación de conductas y al mismo tiempo las reglas afectan las actitudes morales de los individuos mandándoles, prohibiéndoles o permitiéndoles ejecutar determinados actos. Por ello es que, más adelante, analizaremos el rol que desempeña la coacción en un sistema institucionalizado de reglas como el derecho, volviendo a detenernos sobre propuestas como la kantiana que tienden a mostrar el asunto de la coacción como una dualidad definida por el objeto que es susceptible de ser afectado por la misma, ya que mientras la coacción del derecho alcanza a la esfera externa del sujeto, la moral regula el ámbito de la subjetividad del individuo manifestándose como auto-coacción.

Ahora bien, volviendo al problema inicial, esto es, a la cuestión de si acaso se encuentran relacionados el derecho y la moral, cabe destacar que numerosos autores, entre ellos Villajosana que nos sirve de guía en esta sección, no han controvertido el hecho de que, como ya hemos mencionado, existiría una influencia indudable de la moral en el derecho pues parece razonable admitir que, dado que los sistemas jurídicos tienen por objeto la regulación de la conducta humana, las prácticas sociales determinan en muchos sentidos a las estructuras jurídicas y a la vez revelan el conjunto de principios y valores efectivamente compartidos por los miembros de una comunidad. Sin embargo, cuando usamos la palabra “moral” en este sentido, queremos referirnos precisamente al

“conjunto de principios y valores compartidos”²⁴ por los miembros de una determinada comunidad, lo que se conoce como “moral positiva”. En otras palabras, la existencia de la moral positiva y la influencia que ella ejerce sobre el derecho son asuntos vastamente reconocidos y pacíficos entre la gran parte de los autores que se han ocupado de este asunto.

No obstante lo anterior, existe otro sentido en el que podríamos utilizar la palabra “moral” cuando queremos abordar el estudio de las relaciones entre ésta y el derecho. Según él, la moral “consiste en el conjunto de criterios o estándares objetivos aptos para evaluar la corrección de las acciones o instituciones humanas”²⁵. Esta acepción de la palabra “moral” se denomina “moral crítica” y es la que se constituye como fuente de desacuerdos y da origen a la discusión que aquí nos interesa presentar. Esto porque, como ya se señaló, es un hecho ampliamente aceptado que determinadas personas que detentan ciertas posiciones (el legislador, por ejemplo) imprimen en las normas jurídicas aquellas consideraciones que guían las prácticas sociales, es decir, insertan en las reglas de comportamiento consideraciones de moral positiva debido a la configuración institucional de la atribución de autoridad y a la distribución del poder.

Ahora bien, la dificultad se produce al preguntarnos sobre la relación que existe entre la moral crítica y el derecho o, dicho de otro modo, lo que es materia de desacuerdo es si acaso la moral crítica es sólo una herramienta de corrección del derecho

²⁴ Villajosana, Josep María, “¿Están relacionados el derecho y la moral?”, en del mismo Identificación y Justificación del Derecho, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 63.

²⁵ Id.

o es más bien algo que no sólo debe ser utilizado, sino siempre descubierto por encontrarse inevitablemente imbricado con el concepto mismo de derecho.

Para discutir respecto de este controvertido asunto se han esgrimido, en términos generales, dos tipos de argumentos:

- a) El de la conexión necesaria, cuya tesis central postula que “La determinación de aquello que el derecho es depende de su adecuación con la moral”²⁶ y que ha sido formulada en tres versiones distintas: (1) la del iusnaturalismo clásico de autores como Tomás de Aquino y Agustín de Hipona, quienes aseveran que una norma jurídica inmoral es una norma jurídica defectuosa que carece de autoridad y, por ende, de obligatoriedad, (2) la del iusnaturalismo contemporáneo de autores como Finnis o Fuller, quienes sostienen que el derecho positivo tiene necesariamente valor moral y (3) la del filósofo del derecho Ronald Dworkin que afirma una concepción del derecho como integridad, esto es, una concepción de acuerdo a la cual aquello que el derecho es se determina mediante la identificación de normas jurídicas, principios jurídicos y principios morales que se obtienen como resultado de la labor histórico-reconstructiva e interpretativa que los jueces de cada país desempeñan en el ejercicio de su actividad. Esta labor interpretativa es, a su vez, parte de la naturaleza del derecho y se encuentra, por tanto, inevitablemente unida al mismo.

²⁶ Ibid., pp. 65.

b) El de la separabilidad, cuya tesis central postula que “La determinación de aquello que el derecho es no depende de su adecuación a la moral crítica.”²⁷. Este argumento también ha sido formulado en tres versiones diferentes: (1) la del positivismo exclusivo o excluyente propuesto por autores como Hans Kelsen, Alf Ross y Joseph Raz, según el cual el derecho no puede depender de su adecuación a la moral crítica, es decir, “es necesariamente el caso que la determinación del derecho no depende de su adecuación a la moralidad”²⁸, (2) la del positivismo inclusivo, incluyente o incorporacionismo de autores como Genaro Carrió, Herbert Hart, Wilfrid Waluchow, Jules Coleman y José Juan Moreso, de acuerdo al que el derecho no necesita depender de su adecuación a la moral crítica para ser aquello que es, es decir, si llegase a existir un vínculo entre la moral crítica y el derecho, esta sería puramente contingente y por ello “no es necesariamente el caso que la determinación del derecho dependa de su adecuación a la moralidad”²⁹, y finalmente (3) la del positivismo ético o normativo de autores como Ulberto Scarpelli, Tom Campbell y Jeremy Waldron, según el cual aquello que el derecho es no puede depender de su adecuación a la moral crítica en un sentido prescriptivo, es decir, “recomienda una forma de identificar el derecho, una

²⁷ Ibid., pp. 77.

²⁸ Id.

²⁹ Id.

forma que presupone que el derecho puede ser de tal manera que sea posible identificarlo sin recurrir a la moralidad”³⁰.

Por último debemos tener presente que cuando usamos el término “valores” para afirmar que la moral positiva consiste en el conjunto de principios y valores efectivamente reconocidos por una determinada comunidad que finalmente se expresan en las conductas que los miembros de la misma llevan a cabo, no restringimos el uso de dicho término al significado que el mismo puede tener desde un punto de vista político, sino que lo utilizamos en un sentido amplio, esto es, incluyendo ciertas obligaciones que, dada nuestra condición humana, sería razonable y necesario reconocer con independencia de si ellas se manifiestan o no en la forma de reglas jurídicas³¹.

2) PROFUNDIZACIÓN: LAS RAZONES EN DETALLE.

Tanto los autores de las tesis de la vinculación entre el derecho y la moral como aquellos que afirman su separabilidad han elaborado argumentos para defender sus posturas y debilitar la aceptabilidad de las opiniones contrarias.

A continuación haremos mención al conjunto de razones más utilizadas por los iusnaturalistas a lo largo de la historia para afirmar una conexión entre el derecho y la moral y sus respectivas refutaciones por parte de los representantes del iuspositivismo.

³⁰ Id.

³¹ Así, en Kant, Immanuel, “La Metafísica de las Costumbres” (trad. De Adela Corina Orts y Jesús Conill Sancho), Tecnos. pp. 28, se señala que “El imperativo categórico (incondicionado) es el que piensa una acción como objetivamente necesaria, no de un modo mediato, a través de la representación de un fin, que pueda alcanzarse con la acción, sino a través de la mera representación de esa acción misma (de su forma), es decir, inmediatamente; [...]”

Para esto seguiremos el esquema elaborado por el autor argentino Ernesto Garzón Valdés en su obra “Derecho y moral”, subdividiendo los postulados cronológicamente de acuerdo a su aparición. Utilizaremos dicho esquema dada su simplicidad y claridad en cuanto a la forma y por su alto poder explicativo en cuanto al contenido.

2.1) Existe un orden moral preestablecido.

Históricamente, una de las primeras tesis enunciadas por el iusnaturalismo dice relación con la equivalencia entre el derecho y la justicia. Ya sea que se tengan en cuenta sus elaboraciones más primitivas, como las de Cicerón, u otras posteriores, como las de Francisco Suárez y Agustín de Hipona, o incluso algunas más contemporáneas como la doctrina alemana de la filosofía del derecho de la naturaleza de las cosas representada por Herbert Schambeck, el argumento gira en torno a la idea de la existencia de un orden de cosas que es superior al hombre y que necesariamente debe ser respetado atendido su origen divino. Su contravención mediante la dictación de una norma acarrea la indefectible consecuencia de fundamentar la pérdida de legitimidad de la misma. Así, aquella norma que contraviene el orden moral natural predeterminado por Dios o por la naturaleza (dependiendo del autor de que se trate) es una norma defectuosa, fallada, que carece de la autoridad necesaria para obligar a los gobernados por ella.

A su turno, el iuspositivismo señala que el argumento iusnaturalista descrito es precario en dos sentidos. Primero, porque se trataría de “argumentos no racionales que

convierten a la ciencia del derecho en una rama de la teología”³², lo que conduciría a fundar un sistema jurídico en razones de fe que, evidentemente, no son susceptibles de una aceptación generalizada por los individuos a partir de su sometimiento al cuestionamiento y crítica racional desde un punto de vista intersubjetivo. Y segundo, porque admitir la identificación entre el derecho y la justicia equivaldría a aceptar la obtención de enunciados normativos a partir de enunciados descriptivos, vulnerando principios y reglas de lógica elemental.

2.2) La norma que obliga es aquella que es justa.

Una segunda propuesta del iusnaturalismo sostenida por Aquino afirma la equivalencia entre ley injusta y ley corrupta. Esto quiere decir que del hecho de que una norma sea contraria al orden divino no se sigue que la misma no sea una norma jurídica. La norma conserva su estatus de jurídica pero es una norma imperfecta, degenerada, y, por ende, susceptible de ser desobedecida por sus destinatarios.

A la tesis de Tomás de Aquino, los iuspositivistas responden que aunque fuera el caso de que se tratase de una ley imperfecta susceptible de ser desobedecida, este hecho no alteraría de manera alguna el estatus jurídico de la misma. Si bien es cierto que la obediencia o desobediencia de una norma influye en la estabilidad de los sistemas jurídicos, ésta es una cuestión de eficacia, no de validez. Que una norma sea una norma jurídica no depende de si es más o menos obedecida. En ese sentido es que la introducción de criterios morales de obediencia para determinar la validez de una norma

³² Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y moral”, en Rodolfo Vázquez (compilación). Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 28.

jurídica es irrelevante y extraño al derecho. La obediencia o desobediencia moral nada dice respecto del sistema jurídico. La moral tendría, más bien, un carácter trascendente que actúa como parámetro de corrección de las normas jurídicas.

La crítica a esta tesis de Aquino desde la vereda iuspositivista se entiende por razones que ya hemos enunciado en la introducción de esta investigación y que dicen relación con la falta de separación entre la política y el derecho. Tal como señala Luigi Ferrajoli en su texto “Derecho y Democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, cuyas ideas centrales también hemos expuesto más arriba, el pensamiento filosófico jurídico anterior al siglo XIX no establecía una diferenciación clara entre el derecho y la política, por lo que el objeto de conocimiento de la teoría del derecho y de la teoría política tampoco se encontraba delimitado. En consecuencia, la *Summa Teológica*, escrita por Tomás de Aquino en el siglo XIII, no tuvo por propósito referirse a los criterios que otorgan a las normas el estatus de “jurídicas”. En otras palabras, la pregunta acerca de qué es lo que hace que una norma forme parte del derecho y no de otro sistema de reglas parece ser una pregunta irrelevante para Aquino, atendido el contexto histórico y el desarrollo de la teoría del derecho alcanzado hasta el momento. De hecho, el problema jurídico-político del que Aquino se hace cargo en su “Summa Teológica” dice relación con la existencia de leyes imperfectas a causa de la corruptibilidad del hombre que las crea, en contravención al orden preestablecido por Dios.

2.3) El “punto de vista interno” hartiano equivale a un “punto de vista moral”.

Una tercera tesis sostenida por el iusnaturalismo consiste en afirmar que el “punto de vista interno” de las normas equivale a un “punto de vista moral”.

Como se expuso en un comienzo, dentro de la teoría del derecho atribuible a H. L. A. Hart se identifica la noción de “punto de vista interno” del sistema jurídico, que es esencial para la existencia del mismo y que se refiere a las razones por las cuales los individuos obedecen el derecho. Desde una perspectiva iusnaturalista, estas razones serían eminentemente prudenciales. Entonces, si queremos identificar los motivos por los cuales los sujetos obedecen una norma jurídica, necesariamente nos topamos con sus impulsos morales. Y esto sería cierto, por lo menos, en el caso de la parte oficial del sistema (gobernantes, legisladores, jueces, etc.) Así, autores como Philip Soper y el mismo Ernesto Garzón Valdés no vacilan en asimilar el “punto de vista interno” hartiano a un “punto de vista moral”. Tampoco temen aseverar que, dado que el punto de vista interno es presupuesto de existencia de un ordenamiento jurídico positivo, también lo sería su equivalente, es decir, el punto de vista moral.

Para contestar a la tercera tesis iusnaturalista, los representantes del positivismo jurídico, en especial Rolf Sartorius, se centran en limitar la discusión del punto a su análisis respecto de la parte oficial del sistema jurídico. Dicen, básicamente, que los únicos elementos necesarios para afirmar la existencia de un ordenamiento jurídico positivo serían: (1) la actuación de la parte oficial de acuerdo a la regla de reconocimiento hartiana y (2) la obediencia de dichos actos por parte de la mayoría de los ciudadanos. Entonces, el punto de vista interno no sería necesario para predicar la

existencia de un sistema jurídico en particular. Las razones en virtud de las cuales la parte oficial de un sistema jurídico actúa como actúa, en relación a las normas de éste, sería irrelevante.

Sin embargo, los iusnaturalistas rebaten nuevamente el asunto señalando que el mismo Hart definió el punto de vista interno como una actitud crítica, autocrítica y reflexiva de la parte oficial, por lo que sería poco probable que las actitudes que ella adopta frente a las normas del sistema jurídico estén exentas de consideraciones morales. Es más, siguiendo a Hart, el actuar motivado por otro tipo de consideraciones como el miedo, la conveniencia o la tradición es una cuestión que se relaciona con el punto de vista externo las reglas.

2.4) La pretensión de corrección del derecho.

En cuarto lugar, los iusnaturalistas argumentan que existe en el derecho una pretensión normativa de índole esencial según la cual todo sistema jurídico reclama para sí la conformidad con ciertos parámetros críticos o éticos que van más allá de la moral positiva que efectivamente se plasma en las normas del sistema. Esta pretensión normativa fue denominada “*intentio dogmatica*” por Theodor Viehweg y ha sido considerada como un elemento propio del derecho por distintos autores. Así, Garzón Valdés la llama “pretensión de legitimidad”, Robert Alexy ha hecho referencia a ella

como “pretensión de corrección”³³ y Joseph Raz ha destacado la relevancia de una “pretensión de autoridad”³⁴.

En orden a refutar la cuarta tesis iusnaturalista, los iuspositivistas se basan en las objeciones que Eugenio Bulgyn ha formulado al ejemplo que Alexy proporcionó para explicar la pretensión de corrección. El ejemplo de Alexy consiste en evidenciar que el hecho de dictar una constitución lleva aparejada, necesariamente, la exigencia de que la misma se condiga con ciertos criterios normativos, en este caso con la justicia. Ello se demuestra en que quien la redacta no puede predicar su injusticia sin incurrir en una contradicción de carácter performativo. En palabras del propio autor “Una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución y en este caso se trata, principalmente de una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si en el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión”³⁵.

³³ Así, en Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre derecho y moral” (trad. Pablo Larrañaga), en *Rodolfo Vázquez (comp.) Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa 2003, pp 128, cuando afirma que “La teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, tienen necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas de normas que no tienen esa pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos.”

³⁴ De esta forma, en Raz, Joseph, “Autoridad, derecho y moral, en *La Ética en el ámbito de lo público* (trad. María Luz Melon). Barcelona: Gedisa 2001, pp 232, cuando señala que “Supondré que necesariamente el derecho, todo sistema jurídico vigente en cualquier lugar, tiene autoridad *de facto* (las cursivas son originales). Esto implica que el derecho tiene la pretensión de poseer autoridad legítima, o que se supone que la tiene o ambos. Argumentaré que, aunque el sistema jurídico puede no tener una autoridad legítima, y aunque su autoridad legítima puede no ser tan amplia como éste pretende, todo sistema jurídico tiene la pretensión de poseer autoridad legítima. Si esta pretensión de autoridad forma parte del derecho, sin importar qué otras características tenga, el derecho debe tener la capacidad de poseer autoridad.”

³⁵ Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre derecho y moral” (trad. Pablo Larrañaga), en *Rodolfo Vázquez (comp.) Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa 2003, pp 130.

Lo que Alexy intenta mostrar es que es imposible ser coherente si se realiza un acto que encierra una exigencia y al mismo tiempo se ejecuta uno diverso que la niega. Así, incurriría en una contradicción (performativa) el constituyente que, al tiempo de dictar una constitución, niega la justicia de la misma en uno de sus artículos. Al respecto, Bulygin señala que lo que Alexy propone no es, estrictamente, una contradicción ni un error conceptual, sino sólo una falla política, ya que los artículos de una constitución contienen órdenes y no descripciones, razón por la que carece de sentido ordenar que una constitución sea justa o injusta pues se trata de estados de cosas que no pueden ser mandadas. Igual de absurdo sería ordenar que las hojas de los árboles sean verdes, por ejemplo.

Sin embargo, los iusnaturalistas responden a la crítica de Bulygin afirmando que es bastante inconveniente equiparar el verdor de las hojas a la justicia de una constitución en cuanto este último asunto depende de acciones humanas y no de procesos naturales.

Otra de las objeciones que ha tratado de poner en duda el argumento de Alexy sobre la pretensión de corrección es la de Manuel Atienza, quien sostiene que aunque el sistema jurídico en su conjunto se encuentre provisto de una exigencia de tal índole, alguien siempre podría decir que tal o cual norma o que tal o cual decisión jurídica es injusta, ya que, en las sociedades democráticas contemporáneas, no existen criterios unificados ni uniformes que nos indiquen qué es lo que debemos considerar justo o injusto, sino que más bien lo que existe es una pluralidad de opiniones y valoraciones

respecto del mundo. Más aún, dicha pluralidad es considerada como un bien digno de protección desde un punto de vista jurídico.

Pero el hecho de que las normas jurídicas o las decisiones judiciales sean susceptibles de ser calificadas como justas o injustas en ningún caso altera el estatus jurídico de la norma o de la decisión judicial cuya injusticia se predica, ni menos cuestiona el carácter jurídico del sistema de reglas en su conjunto. Así, quedaría demostrado que las apreciaciones y juicios que puedan emitirse respecto de la inmoralidad de un sistema jurídico nada dicen sobre su estatus, lo que nos conduciría inevitablemente a adoptar la tesis de la separabilidad. De lo contrario sería imposible hablar de un Derecho injusto, de una norma jurídica injusta o de una decisión judicial injusta. En síntesis, esta crítica propone que si aquellos que admiten una relación conceptual entre el derecho y la moral quieren identificar una norma como una norma jurídica o una decisión como una decisión jurídica, entonces están forzados a aceptar la moralidad o justicia de dicha norma o dicha decisión.

No obstante, los defensores de la pretensión de corrección como elemento esencial del derecho han formulado una aguda observación a la crítica anterior. Reconocen que el espectador externo del sistema jurídico (el sujeto que no es legislador, juez o abogado) siempre podrá calificar como injusta una determinada norma o una determinada decisión judicial pues sus consideraciones morales internas pueden perfectamente no coincidir con aquellas que detentan quienes crean y aplican el derecho. Pero del hecho de que eso suceda no puede derivarse, sin más, la consecuencia de que el mismo sujeto no reconoce el carácter jurídico del sistema respecto del cual emite alguna

opinión. Nada lleva a concluir que aquella persona que dice “este sistema jurídico es inmoral o injusto” esté diciendo al mismo tiempo “éste sistema no es un sistema jurídico”, por lo que la contradicción en la que incurriría la persona que sostiene la tesis de la vinculación al decir “este sistema jurídico es inmoral”, no es tal. En otras palabras, quien adhiere a la tesis de la vinculación no queda impedido de calificar un sistema jurídico como inmoral o injusto o, lo que es lo mismo, no está obligado a afirmar, en todo caso, que cualquier sistema jurídico es, a la vez, moral o justo.

Nuevamente, las críticas que el iuspositivismo dirige al iusnaturalismo en contra de la propuesta alexiana de que el derecho, como sistema de reglas, eleva necesariamente algún tipo de pretensión, se entienden si se tiene en cuenta la desvinculación entre el derecho, de cuyo estudio se ocupa la ciencia jurídica, y la política, de cuyo estudio se ocupa la filosofía política, que se produjo a partir del siglo XIX en adelante, tal como lo señala Ferrajoli en el texto ya citado. Por consiguiente, en virtud de dicha separación, sería razonable para un iuspositivista sostener que el estudio de la existencia de una pretensión de algún tipo implícita en el derecho es tarea de la filosofía política y no de la ciencia del derecho, lo que muestra además cómo el iuspositivismo ha actuado como una herramienta que ha permitido mantener la separación antes mencionada.

2.5) La pretensión de razonabilidad del derecho.

En quinto lugar, la doctrina iusnaturalista ha sostenido el argumento de la razonabilidad práctica o de la pretensión de razonabilidad que se encontraría presente de

manera implícita en todo sistema jurídico. Lo que esta tesis quiere decir es que, dada nuestra condición humana, la institucionalización del derecho como instrumento de convivencia es algo razonable desde un punto de vista práctico. El uso razonable del sistema jurídico se haría de acuerdo a criterios morales o práctico-generales³⁶.

En defensa de esta idea podemos ver, por ejemplo, los planteamientos de Neil McCormick. Algo similar sostenía Carlos Nino al crear su “teorema fundamental de la teoría general del derecho”, según el cual las normas morales pueden identificarse, en algunos casos, con normas jurídicas siempre y cuando una determinada norma jurídica sirva como razón para ejecutar una acción de acuerdo a un razonamiento práctico. En la misma dirección podemos ubicar a Alexy en cuanto señala que “el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general.”³⁷, además de afirmar que “La argumentación dogmática es racional en la medida en que no se pierda la retroacción con la argumentación práctica general”³⁸. Asimismo, cabe destacar los postulados de Joseph Raz quien, para ilustrar que las decisiones autoritativas del derecho funcionan como razones excluyentes para la acción, proporciona el ejemplo del arbitraje, respecto del cual asevera que “La decisión del árbitro también debe reemplazar las razones de las cuales depende. Al comprometerse a obedecer su decisión, las partes aceptan seguir su

³⁶ En Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica” (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007., pp. 260, el autor señala que “Las dogmáticas jurídicas son instrumentos que pueden producir resultados que no serían posibles únicamente con los medios del discurso práctico general [...] En esta medida, la dogmática es racional”.

³⁷ Ibid., pp. 206. El autor continúa señalando que lo anterior “se fundamentaba: (1) en que las cuestiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado.”

³⁸ Ibid., pp. 261.

juicio acerca del balance de razones, en lugar del propio”³⁹ y, por ende, “Se supone que la misma existencia del derecho provee una razón excluyente que hace irrelevantes en nuestras deliberaciones prácticas cualesquiera otras razones que podríamos de otro modo tener”⁴⁰. Por tanto, siguiendo a Raz, podríamos decir que las normas jurídicas y las decisiones judiciales son razones para la acción porque justifican decisiones de manera excluyente y autoritativa.

Frente a la quinta tesis, autores como Francisco Laporta han negado el vínculo entre el derecho y la moral en base a problematizar la identificación de la racionalidad con la moralidad. Ciertamente, dicen, puede suceder que la instrumentalización del derecho como mecanismo de satisfacción de intereses (la regulación de la violencia, por ejemplo) se realice en base a criterios inmorales o injustos, lo que no privaría al derecho de su carácter racionalizador. Así, la vinculación entre el derecho y la moral sólo se daría cuando la racionalidad coincide con un correcto estado de cosas.

A esta observación, los iusnaturalistas han contestado lo siguiente: (1) que los positivistas están en lo correcto al decir que no puede equipararse automáticamente la racionalidad instrumental del derecho con su moralidad, pero es incontestable que, si se quiere considerar al derecho como un instrumento de organización social, debemos tener en cuenta un contenido mínimo de derecho natural que permita nuestra sobrevivencia y (2) que los partidarios de la tesis de la vinculación “no niegan la existencia de regímenes injustos, sino que tan solo afirman que el derecho es una forma de ejercicio de la

³⁹ Raz, Joseph, “Autoridad, derecho y moral, en *La Ética en el ámbito de lo público* (trad. María Luz Melon). Barcelona: Gedisa 2001, pp. 230.

⁴⁰ Waluchow, Wilfrid J., “Positivismos incluyente versus positivismo excluyente, en del mismo *Positivismos Jurídico Incluyente* (trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone). Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 140.

razonabilidad práctica y que este ejercicio se realiza con alguna concepción de la justicia”⁴¹. Por otra parte, sostienen que la mera racionalidad técnica no es suficiente para justificar la existencia de un ordenamiento jurídico, sino que se requiere echar mano a criterios extrajurídicos, entendiendo la necesidad de justificación como una necesidad humana que se realiza de acuerdo a valores morales que coinciden con el ejercicio de cierta razonabilidad. Por ende, la razonabilidad del sistema jurídico y su racionalidad práctica serían asuntos distintos, cuestión de la que los partidarios de la tesis de la separación no dan cuenta.

2.6) La certeza y la seguridad jurídica como valores esenciales del derecho.

Finalmente, los que sostienen la tesis de la vinculación afirman, en sexto lugar, que los sistemas jurídicos encierran un mínimo de moralidad que se relaciona con el respeto al valor esencial de la seguridad jurídica, “entendida en el doble sentido de la convivencia pacífica y de la previsibilidad de las decisiones jurídicas”⁴². En términos simples, es elemental que todo sistema jurídico proscriba la violencia o regule su ejercicio para proteger, en último término, la integridad física de los miembros de la comunidad política. Esto, a su vez, asegura la condición de posibilidad mínima de existencia del hombre, que se traduce en la conservación de su corporalidad y de los medios necesarios para su sobrevivencia. Además, la seguridad jurídica implica otorgar a los miembros de la comunidad política la posibilidad de observar y comprender qué conductas se conforman con el derecho y cuáles no, siendo capaces de determinar un

⁴¹ Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica” (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 35.

⁴² Ibid., pp. 25.

marco de legalidad que les permite evaluar previamente la corrección de sus acciones. Esta posición es avalada por autores como Otto Brusiin y Ernesto Garzón Valdés⁴³.

A la aseveración anterior, los partidarios de la tesis de la separabilidad, específicamente Laporta, contraponen la opinión de que la moralidad de un sistema jurídico no es susceptible de ser inferida a partir del hecho de que el mismo proscriba la violencia. Faltaría una finalidad en virtud de la cual esta prohibición es adoptada. Y aunque esta finalidad existiera, dicen, no podría derivarse su carácter moralmente valioso.

Desde luego, los partidarios de la tesis de la vinculación replican que, entonces, privar a los sistemas jurídicos de todo contenido de valor los priva también de su sentido de existencia ya que un ordenamiento jurídico positivo sin pretensión alguna estaría lejos de tener por finalidad regular la conducta humana. Entonces, vuelven a sostener que la existencia de un mínimo de moralidad en todo sistema jurídico es imprescindible, independiente de si dicho ordenamiento es más o menos moral que otros.

Con los antecedentes expuestos y el panorama ya esbozado, corresponde introducir a continuación las ideas del filósofo del derecho Ronald Dworkin quien con sus innovadores postulados desempeñará un papel clave en el desarrollo de la discusión ya

⁴³ Así, en Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y moral”, en Rodolfo Vázquez (compilación). Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003, páginas 25 y siguientes, podemos encontrar un ejemplo proporcionado por el autor en el que el valor de la seguridad jurídica y la justicia se vinculan tan estrechamente que la desaparición del primero acarrea una amenaza a la existencia del Estado, puesto que éste pierde su razón de ser. Es el caso del terrorismo de Estado en el que se diluye toda distinción entre culpables e inocentes mediante la institucionalización de un régimen jurídico que lo hace posible. Una explicación más detallada del caso del terrorismo de Estado como prueba de la vinculación entre el derecho y la moral puede encontrarse en el texto antes citado.

descrita en el sentido de que forzará a la teoría jurídica a re evaluar las concepciones sobre el derecho imperantes hasta el momento.

3) LA IRRUPCIÓN DE RONALD DWORKIN Y “EL DERECHO COMO INTEGRIDAD”

Vale la pena detenerse en la obra del filósofo del derecho estadounidense Ronald Dworkin debido a las enormes repercusiones que la formulación de su teoría trajo consigo y, sobre todo, por las consecuencias que sus planteamientos acarrearán en lo que toca a la comprensión del fenómeno jurídico.

Dworkin fue un duro crítico del iuspositivismo, específicamente en su construcción contemporánea y más influyente, es decir, en la versión iuspositivista de la teoría del derecho de H.L.A Hart. Sus incisivas observaciones merecieron respuestas de Hart en el *Post Scriptum* de su célebre obra *The Concept of Law*, respuestas que se formularon como intentos de tapan los huecos en su teoría, los cuales Dworkin no vaciló en dejar al descubierto en sus obras *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985) y *Law's Empire* (1986).

En un primer momento, los cuestionamientos de Dworkin se dirigieron en contra de los dos pilares fundamentales que sostenían la teoría del derecho de Hart, a saber: (1) la idea de que la identificación y explicación de qué es lo que es el derecho no depende de consideraciones morales, sino de un proyecto de carácter descriptivo, objetivo y axiológicamente neutral, y (2) la idea de que la identificación y explicación de qué es lo que es el derecho es más una tarea filosófica que jurídica.

Por el contrario, Dworkin destacaría que ambas premisas son erróneas en cuanto la identificación y explicación de qué es lo que es el derecho dependerá siempre de una teoría interpretativa que está lejos de ser axiológicamente neutral, y que los medios que utiliza el jurista para llevar a cabo esa tarea no difieren del razonamiento utilizado por los filósofos del derecho en su quehacer. El autor se refiere al punto en los siguientes términos:

“Defendí que una teoría general sobre cómo identificar el derecho válido, como es la propia teoría de Hart, no es una descripción neutral de la práctica jurídica sino una interpretación de esta práctica que pretende justificarla y no meramente describirla, para mostrar por qué la práctica es valiosa y cómo debería funcionar para proteger y desarrollar ese valor. Si es así, entonces una teoría jurídica descansa en juicios y convicciones morales y éticos. También mantuve que el razonamiento jurídico cotidiano tiene el mismo carácter [...] De este modo, la teoría del derecho de un filósofo jurídico, aunque es obviamente más abstracta, no es diferente en su carácter a las consideraciones jurídicas que efectúan los juristas en los casos particulares”⁴⁴.

Así, el análisis dworkiniano es novedoso puesto que propone una visión necesariamente interpretativa del derecho, esto es, asume que tanto la práctica jurídica como las reflexiones realizadas a partir de dicha práctica suponen una actividad que va más allá de subsumir el caso particular en una regla general. Esto es lo que Dworkin ha llamado “el derecho como integridad”.

⁴⁴ Dworkin, Ronald, “El *Postscript* de Hart y el sentido de la filosofía política”, en del mismo *La justicia con toga* (trad. María Iglesias Vila e Iñigo Ortiz Urbina Gimeno). Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 160.

“El derecho como integridad” propone una concepción del derecho de acuerdo a la cual el sistema jurídico es un fenómeno complejo que, al menos desde la perspectiva judicial, implica llevar a cabo una actividad consistente en sacar a la luz los principios jurídicos y morales subyacentes en la práctica jurídica de una comunidad e interpretarlos de manera que se logre llegar a un equilibrio entre la historia pasada y la articulación coherente de principios aplicables en el presente y, eventualmente a futuro, de modo que la forma de solución del caso particular escogida por el intérprete muestre el mejor lado del derecho de una comunidad. Por ello, Dworkin sostiene que “Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad”.⁴⁵

Lamentablemente Hart no viviría lo suficiente como para hacerse cargo de las agudas observaciones formuladas por Dworkin a su teoría, lo que explica que la discusión intelectual entre ambos autores haya quedado inconclusa, siendo el *Post Scriptum* de Hart la última respuesta directa de la que se tiene registro. A pesar de ello, de la sola lectura de dicha obra se aprecia tanto el grosor del calibre de las críticas dworkinianas como las maniobras del autor de *The Concept of Law* para tapar los huecos descubiertos en sus postulados. De hecho, en numerosos pasajes del *Post Scriptum*, Hart se ve forzado a aceptar la relevancia y pertinencia de las críticas efectuadas por Dworkin

⁴⁵ Dworkin, Ronald, “La integridad del derecho”, en del mismo *El Imperio de la Justicia, De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa, pp. 183 y 184.

a su versión sociológica del iuspositivismo. Por ejemplo, en lo que respecta a la teoría de la naturaleza de las reglas y a la idea de la teoría práctica de las mismas, Dworkin observa que Hart, al describir su regla de reconocimiento, pasa por alto la importante distinción entre el consenso resultante de una convención y el que deriva de prácticas convergentes que demuestran únicamente cierto grado de convicción. Mientras el primero reflejaría un conjunto de razones colectivas para seguir una regla, el segundo sólo mostraría que no hay propiamente convención, puesto que las prácticas convergerían como efecto de convicciones individuales. Por ello es que Hart termina concluyendo que “No hay duda de que parte de la crítica que formula Dworkin a mi descripción original de las reglas sociales es pertinente y reviste importancia para comprender el derecho.”⁴⁶

Sin embargo, el elemento de la teoría de Dworkin que empujará al iuspositivismo hartiano al límite de sus capacidades estará dado por la introducción de los principios como herramientas fundamentales en la tarea interpretativa inherente al fenómeno jurídico que forma parte de su concepción del derecho como integridad. Como, a nuestro juicio, señala acertadamente Fernando Atria, “Enfrentado a los principios, Hart parecía forzado a elegir una de dos posiciones igualmente insatisfactorias: o declaraba que los principios eran inválidos en tanto no fueran reconocidos por la regla de reconocimiento, o aceptaba que algunas normas jurídicas podían ser válidas en virtud de sus méritos

⁴⁶ ..., “Post Scriptum”, en *Estudios Públicos*, N°65 (trad. Equipo de Traductores de Estudios Públicos). Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 1997, pp. 243. Es más, Hart continúa: “A continuación señalaré las numerosas modificaciones que ahora creo necesario introducir a mi versión original. a) Tal como lo ha sostenido Dworkin, mi planteamiento es incorrecto en el sentido de que pasa por alto la importante diferencia entre el consenso resultante de una *convención*, que se manifiesta en las reglas convencionales de un grupo, y el consenso que representa una *convicción* independiente y que se manifiesta en las prácticas convergentes del grupo.”

substantivos (por ser justas, correctas, imparciales, etc.) aun cuando no pudieran ser reconocidas formalmente”⁴⁷. Esta cita pone en evidencia las desventajas de reducir el concepto de derecho únicamente a reglas identificables en base a criterios formales, tal como pretende la teoría iuspositivista en todas sus formulaciones. En el caso de Hart, lo que permite identificar cierta regla como formando parte del sistema jurídico es la regla de reconocimiento a la que alude atria en el mentado extracto, dejando fuera componentes que si bien son útiles y necesarios en la creación y despliegue del derecho, escapan a todo tipo de test de identificación formal.

4) LAS RESPUESTAS.

A continuación, describiremos someramente las propuestas teóricas que dieron respuesta a la irrupción de Ronald Dworkin con su “derecho como integridad” en la escena de la teoría del derecho.

A. Positivismos excluyentes.

Ante el alegato dworkiniano, algunos positivistas emprendieron la difícil misión de defender al positivismo jurídico formulado tradicionalmente desde una posición algo incómoda y rígida, sobre todo por la cantidad de críticas que diversos autores han dirigido a esta manera de comprender el derecho.

Se caracteriza por sostener, sin vacilación, que los principios, a la Dworkin, derechamente quedan excluidos del concepto de derecho, es decir, sencillamente no son

⁴⁷ Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°27, Alicante, 2004, pp. 83.

derecho. Desde este punto de vista, la tarea emprendida por Hart habría sido un intento de “desmitificar el derecho”⁴⁸, toda vez que aquello que cuenta como tal depende de la posibilidad de que la norma analizada sea identificable con una fuente social con total independencia de juicios morales. Por ello, el positivismo jurídico excluyente se identifica con la que se ha denominado “tesis de las fuentes”⁴⁹ o “tesis social”⁵⁰.

La diferencia principal entre esta versión del positivismo y el que postuló Hart en su momento radica en el hecho de que para el positivismo excluyente, el ejercicio de discrecionalidad por parte del aplicador del derecho al decidir aquellos asuntos cuya solución no ha sido previamente contemplada en la ley, no implica, en lo absoluto, que el juez esté infringiendo el derecho o transgrediendo el principio de separación de poderes al actuar en lugar del legislador, sino que el positivismo excluyente estima que el ejercicio de dicha facultad es una que ha sido conferida por el derecho mismo⁵¹.

Acérrimos defensores de esta perspectiva son, como ya se ha dicho, autores de la talla de Kelsen, Ross y Raz.

Evidentemente, es esta una forma simple de presentar la propuesta. Es pertinente que así sea, sin embargo, en virtud de la extensión y pretensiones de la investigación presente.

⁴⁸ Raz, Joseph, “Autoridad, derecho y moral, en *La Ética en el ámbito de lo público* (trad. María Luz Melon). Barcelona: Gedisa 2001, pp. 229.

⁴⁹ Ibid., pp. 228. “La tesis de las fuentes: La totalidad del derecho surge de fuentes.”

⁵⁰ Green, Leslie, “El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral” (trad. Ernesto Riffó Elgueta), en M. E. Orellana Benado (ed.), *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago de Chile: Catalonia, 2010, pp. 216. “De acuerdo a la tesis social, el derecho debe estar fundado en hechos sociales, y cualquier criterio no fáctico de la existencia y el contenido del derecho debe igualmente fundarse en tales hechos”.

⁵¹ Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La Relevancia del Derecho* (compilación a cargo de Pablo E. Navarro y María Cristina Redondo). Barcelona: Gedisa, pp. 65.

B. El positivismo inclusivo o incluyente.

Esta versión del positivismo, al igual que la del positivismo excluyente, ha sido objeto de duras críticas en la discusión académica. Sin embargo, este hecho no la convierte en una manera menos válida de abordar la cuestión de la vinculación entre el derecho y la moral. Desde luego, su caracterización será breve y de todas maneras precaria.

Frente a la problemática de los principios introducida por Dworkin, el positivismo incluyente respondería que si bien es posible (y en muchos casos cierto) que normas jurídicas y morales se traslapen, no es necesario que la moral forme parte del derecho. En ese sentido, la relación entre el derecho y la moral sería contingente. Por lo mismo, aquellos casos en los que dicha sobreposición efectivamente se produce son consecuencia de que una norma de derecho positivo así lo ordenó. O dicho, de otro modo, la identificación del derecho con la moral, además de ser un asunto contingente, es una cuestión convencional. Para que quede establecido con claridad meridiana, esta versión del positivismo “insiste solamente en (1) que la moral puede ser incorporada al derecho si existe una convención para tal efecto, y (2) que si la moral es jurídicamente relevante, es *porque* hay reglas convencionales que las incorporan”⁵².

Una de las principales ventajas del positivismo incluyente es que se ofrece a sí mismo como una adaptación del positivismo que hace posible enfrentar el fenómeno

⁵² Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°27, Alicante, 2004, pp. 93.

mundial de la constitucionalización. Ante la cristalización de una multiplicidad de principios morales y políticos en normas fundamentales que irradian por completo los ordenamientos jurídicos contemporáneos y que se erigen como estándares de corrección de normas jurídicas que gozan de la estirpe suficiente como para, incluso, invalidar las mismas a pesar de que hayan sido válidamente generadas y emitidas en el seno de un estado de derecho, el positivismo incluyente busca poner de manifiesto el hecho, a estas alturas evidente, de que “hay sistemas de derecho, e. g. sistemas constitucionales, en los que los tests de validez jurídica aceptados parecen incluir una dimensión distintivamente moral.”⁵³.

C. El positivismo ético o normativo.

La tercera versión del positivismo que pretende dar una respuesta a la cuestión de los principios es aquella que sostiene que “los ciudadanos no usan el concepto de derecho solo para captar las obligaciones particulares que podrían tener o las reglas de los procedimientos judiciales particulares en que pueden verse envueltos. Lo usan también para captar la “deseabilidad” de vivir bajo una forma determinada de gobierno (i. e. mediante el derecho) antes que bajo otras formas (i. e. por decreto o discreción ejecutiva)”⁵⁴.

⁵³ Waluchow, Wilfrid J., “Positivismo incluyente versus positivismo excluyente, en del mismo *Positivismo Jurídico Incluyente* (trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone). Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 117.

⁵⁴ Waldron, Jeremy, “Positivismo normativo (o ético)” (trad. Pablo Solari), en M. E. Orellana Benado (ed.), *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago de Chile: Catalonia, 2010, pp.141.

Autores como Atria presentan al positivismo ético como la solución a la actual decadencia del positivismo jurídico en su versión tradicional al evidenciar la incapacidad del último para notar que su pretensión de llevar adelante un positivismo metodológico (entendido a la Bobbio) es tan ilusorio como carente de sentido. Según esta perspectiva, el positivismo metodológico sería insostenible por sí solo en cuanto su pretensión valorativamente neutra del estudio del derecho supone que el derecho es algo que puede ser estudiado a-valorativamente. Esta sola consideración involucra inevitablemente los juicios del investigador que intenta aproximarse al derecho de la manera en que un científico se aproxima a la naturaleza. En otras palabras, al considerar que hay algo valioso en estudiar al derecho desde una perspectiva valorativamente neutra, el investigador ya ha tomado partido, involucrando sus propias razones referentes a justificar su opción por la elección del método a utilizar. Entonces, el positivismo metodológico requeriría, en último término, “de una teoría sobre cómo sería bueno que el derecho fuera”⁵⁵, tanto para evitar la caída definitiva del positivismo jurídico como para sacar a la luz una mejor forma de auto comprensión de nuestras instituciones.

Desde luego, y al igual que todas las demás adaptaciones del positivismo tradicional, durante su desarrollo, qué es lo que se entendió y se entiende por positivismo normativo no ha estado exento de discusión, ni menos de críticas⁵⁶. Pero

⁵⁵ Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°27, Alicante, 2004, pp. 81-139.

⁵⁶ Para una discusión más detallada sobre qué es lo que quiere decir el positivismo normativo como forma de entender el derecho, sus refutaciones y contestaciones, ver ⁵⁶ Waldron, Jeremy, “Positivismo normativo (o ético)” (trad. Pablo Solari), en M. E. Orellana Benado (ed.), *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago de Chile: Catalonia, 2010, pp.141.

como ya ha quedado de manifiesto (espero), a estas alturas todo postulado es susceptible de análisis y revisión.

5) BALANCE.

En el acápite anterior se pretendió mostrar el esquema relacionado a la cuestión relativa a la vinculación o separación existente entre el derecho y la moral de modo que de su lectura fuese posible desprender una secuencia lógica que permitiese entender de mejor manera el tránsito de los argumentos tomando en cuenta una cantidad de tiempo indeterminada, pues las controversias al respecto persisten hasta el día de hoy.

Así, primero se enumeraron las posiciones que han sido adoptadas al momento de analizar el asunto en estudio y se identificaron con justificaciones ligadas al positivismo jurídico, por un lado (en el caso del positivismo excluyente, incluyente y ético) y al iusnaturalismo, por otro.

En segundo lugar, se señalaron los argumentos que cada postura sostuvo por largo tiempo y se puso en evidencia cómo ellos fueron atacados desde la vereda contraria en el contexto de lo que se denominó “Profundización: las razones en detalle”.

Luego, se situó la irrupción de Ronald Dworkin en el ámbito de la teoría del derecho como uno de los hitos que obligaría a la teoría jurídico-positivista a replantear sus postulados desde las bases, esto es, partiendo de Hart en adelante y poniendo énfasis, sobre todo, en su carácter agudo e incisivo.

Finalmente se identificaron, aunque de modo deficitario, las distintas adaptaciones del positivismo que se vieron forzadas a dar respuesta a los profundos cuestionamientos introducidos por la teoría dworkiniana, especialmente en la versión clásica o tradicional del positivismo (es decir, entendido como Hart lo entendía). En ese sentido, se realizó una descripción superficial del positivismo excluyente, del positivismo incluyente y del positivismo ético, con la intención de dejar a la vista no sólo la potencia de los ataques realizados por Dworkin, sino que también para evidenciar las variadas defensas que se opusieron a los mismos.

Ciertamente, aún no es el momento pertinente para efectuar un balance crítico respecto de qué teoría es más o menos correcta o consignar juicios de mérito que declaren cuál resulta más racional y a la que, por lo tanto, resultaría más sensato adherir. No vale la pena tomar partido a estas alturas, cuando el camino está recién iniciado. Basta con afirmar que el objetivo que en esta sección se persiguió fue el de delinear un marco conceptual que configurara una base de contenido que hiciera posible hacer referencia libremente a las distintas teorías y postulados que serán frecuentemente utilizados en el correr de la investigación.

III. TERCERA PARTE: MANIFESTACIONES.

En esta sección llevaremos a cabo un ejercicio imaginativo, si se quiere. Proyectaremos algunos de los efectos que eventualmente se derivarían de respaldar cada una de las tesis, es decir, la de la separación, por un lado, y la de la vinculación, por otro, haciéndonos cargo de que el momento de la creación de la norma (el “momento legislativo”) y el momento de aplicación de la misma (el “momento adjudicativo”) son dos etapas distintas involucradas en el proceso que implica la solución de una controversia.

Se considera que hacer esta distinción es necesario por dos razones. Primero, porque es fundamental mostrar en qué sentido hacerla puede ser útil para dar sustento a la opinión que más adelante se sostendrá. Segundo, porque parece haber sido una diferenciación, en algún grado, pasada por alto por la literatura y que, no obstante, cumple un rol primordial a la hora de entender el funcionamiento del derecho, aspecto de la institución que, espero, arroje alguna luz sobre el papel que cumple en ella la moral.

En otras palabras, se consignarán las manifestaciones que podrían tener las posturas asociadas tanto al positivismo jurídico como al iusnaturalismo (en el sentido que aquí nos interesa) diferenciando claramente entre adherir a una o a otra en los dos “momentos” que ya se han señalado.

Es pertinente dar comienzo, pues, a esta tarea.

1) CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE ACEPTAR LA TESIS DE LA SEPARACIÓN:

A. En el ámbito de la creación de la norma jurídica.

Si tuviéramos que esquematizar el camino que recorre el objeto que nos ocupa (la ley en tanto manifestación del derecho), el Congreso sería, sin lugar a dudas, la primera parada. Esto es evidente ya que, como todos sabemos, dicha institución representa tanto el espacio deliberativo como el lugar físico que da nacimiento a una determinada norma jurídica, a pesar de ser entendido eminentemente como una institución de carácter político.

La creación de la ley, una vez instaurado el paradigma rousseauiano, implica que el soberano ejerce la facultad de auto limitarse, realizando a la vez el acto más puro de libertad. Se traduce en la mayor expresión de la idea de que es sólo el pueblo el que puede restringir su esfera de acción, en virtud de variadas consideraciones, siempre de forma autónoma.

En ese sentido, la ley es perfecta. No porque sus mecanismo de creación y posterior aplicación estén exentos de vicios, ni porque su contenido sea idealmente justo, sino porque al acto de legislar subyace la idea del autogobierno del soberano. El pueblo se limita a sí mismo y esto es correcto porque sólo él conoce la mejor forma de hacerlo y para qué hacerlo.

Esta no es una idea novedosa. El postulado que muestra a la ley como manifestación de la voluntad soberana y, por tanto, como el acto más puro de libertad, puede encontrarse en la filosofía clásica, erigiéndose como un pilar sobre el cual descansan múltiples construcciones teóricas posteriores en el ámbito de la filosofía política y jurídica.

En los “Diálogos” de Platón, específicamente en el *Critón o el deber* se aborda el problema relacionado con la tensión que se produce entre la posibilidad de inobservar la ley en aquellos casos en que se tienen en consideración determinadas circunstancias fácticas que configuran una realidad contingente que resulta ser adversa al ciudadano sometido a ella, por un lado, y el deber de someterse a los dictámenes contenidos en las normas jurídicas, el cual sería categórico y absoluto. En el *Critón o el deber*, Sócrates, quien se encuentra encarcelado mientras espera la ejecución de su condena a muerte,

recibe la visita de su amigo Critón, el que intenta persuadirlo a toda costa de escapar de la prisión para de esta forma evitar su propia muerte. Entre ambos se desenvuelve un diálogo en el que Critón intenta hacer ver a Sócrates las razones por las cuales él debería salvarse y le muestra también los mecanismos que podrían utilizar para ello. Critón le señala a Sócrates que la muerte de este último no significa sólo la pérdida de un gran amigo, sino que, además, resignarse a la ejecución de Sócrates implica poner en riesgo la reputación del mismo Critón⁵⁷. Sin embargo, y por otra parte, Sócrates termina por convencer a Critón de que no es legítimo guiarse por lo que los demás consideren que es justo ni conducir las propias acciones motivados por el hecho de haber sido víctima de una injusticia pues ni siquiera una situación como esa justifica el quebrantamiento de la ley. Es por ello que Sócrates afirma que “Nosotros, mi querido Critón, no debemos curarnos de lo que diga el pueblo, sino sólo de lo que dirá aquel que conoce lo justo y lo injusto, y este juez único es la verdad...”⁵⁸ y que “Es preciso, por consiguiente, no hacer jamás injusticia ni volver el mal por el mal, cualquiera que haya sido el que hayamos recibido.”⁵⁹.

Y Sócrates argumenta en base a estos razonamientos porque al diálogo subyace la idea de que transgredir la ley es violar, en definitiva, las obligaciones que los mismos ciudadanos consienten contraer. De esta manera, vulnerar un precepto legal equivale a

⁵⁷ “Critón.- Demasiado, sin duda; pero, por esta vez Sócrates, sigue mis consejos, sálvate. Porque en cuanto a mí, si mueres, además de verme privado para siempre de ti, de un amigo de cuya pérdida nadie podrá consolarme, témome que muchas gentes que no nos conocen bien ni a ti ni a mi crean que pudiendo salvarte a costa de mis bienes de fortuna te he abandonado. ¿Y hay cosa más indigna que adquirir la reputación de querer más su dinero que sus amigos?. Porque el pueblo jamás podrá persuadirse de que eres tú el que no ha querido salir de aquí cuando yo te he estrechado a hacerlo.” En Platón, “Diálogos” (trad. Patricio de Azcárate). México DF: Porrúa, 1966, pp 27.

⁵⁸ Ibid., pp 30.

⁵⁹ Ibid., pp 31.

lesionar la voluntad del pueblo entero, del Estado en su totalidad, que se cohesionan, subsiste y se desarrolla gracias a los elementos aportados por las normas, elementos que, de acuerdo a lo que se desprende de la lectura del texto en comento, van más allá de lo puramente formal y se relacionan más bien a cuestiones de índole moral⁶⁰.

En concordancia con aquellas clásicas ideas expresadas hace años es que, desde el punto de vista de construcciones teóricas posteriores y actualmente vigentes, se ha sostenido fuertemente que las restricciones que el soberano mismo se ha impuesto y que son expresadas por el legislador no son un conjunto de actos vacíos. Buscan ordenar la sociedad de modo que los intereses del pueblo se vean resguardados y adquieran un estatus superior que sólo un hecho institucional puede conferirles. Ése es el estatus jurídico que adquiere un interés soberano cuando el mismo es pronunciado por el Congreso en forma de ley.

Entonces, tal como es posible advertir de la lectura del *Critón o el deber*, la ley se transforma en el elemento central para la ordenación del pueblo y para la construcción de la democracia, que no es más que un conjunto de intereses diversos coexistiendo armónicamente. Es así como las conexiones entre “lo jurídico” y “lo político”

⁶⁰ “Sócrates.- Ya ves, Sócrates -continuaría la ley-, que si tengo razón, eso que intentas contra mí es injusto. Yo te he hecho nacer, te he alimentado, te he educado; en fin, te he hecho, como a los demás ciudadanos, todo el bien de que he sido capaz. Sin embargo, no me canso de decir públicamente que es permitido a cada uno en particular, después de haber examinado las leyes y las costumbres de la república, si no está satisfecho, retirarse a donde guste con todos sus bienes; y si hay alguno que no pudiendo acomodarse a nuestros usos, quiere irse a una colonia o a cualquiera otro punto, no hay uno entre vosotros que se oponga a ello y puede libremente marcharse a donde le acomode. Pero también los que permanecen, después de haber considerado detenidamente de qué manera ejercemos la justicia y qué policía hacemos observar en la república, yo les digo que están obligados a hacer todo lo que les mandemos, y si desobedecen, yo los declaro injustos por tres infracciones: porque no obedecen a quien los ha hecho nacer, porque desprecian a quien los ha alimentado, porque, estando obligados a obedecerme, violan la fe jurada y no se toman el trabajo de convencerme si se les obliga a alguna cosa injusta...” Ibid., pp 32.

comienzan a salir a la luz. Y esto es relevante debido a que, de acuerdo a lo anterior, el Congreso sería la institución jurídico-política (moral) por antonomasia.

¿Qué tendrían que decir ante esto las distintas versiones del positivismo?

Primero, desde el positivismo excluyente, entendido a la Raz, nos veríamos empujados a concluir que el hecho de que el Congreso sea un espacio jurídico-político (moral) es irrelevante en cuanto aquello no interesaría para reconocer lo que el derecho es. Por un lado, los legisladores no detentarían ninguna calidad particular ya que, al igual que los jueces, forman parte del sistema jurídico y “los mismos rasgos están presentes en todas las autoridades prácticas”⁶¹: Por otro, si el derecho encuentra su origen necesariamente en hechos sociales, no habría nada novedoso en decir que un acto institucional como el que realiza el Congreso es derecho (y válido) efectivamente porque ha encontrado su fuente en el pronunciamiento de dicho órgano.

Por lo demás, ningún positivista (ni siquiera el más excluyente de todos) tendría problemas en aceptar que, a nivel del Congreso, efectivamente se imprimen consideraciones valorativas en las normas jurídicas, pero seguirían sosteniendo que aquello es irrelevante a la hora de identificar qué es lo que cuenta como derecho. El derecho seguiría siendo identificable con total prescindencia de consideraciones morales a pesar de que las normas jurídicas sean permeables a ellas desde su génesis.

Por lo tanto, desde el punto de vista del positivismo excluyente, distinguir entre un “momento legislativo” y un “momento adjudicativo” carecería de sentido.

⁶¹Raz, Joseph, “Autoridad, derecho y moral, en *La Ética en el ámbito de lo público* (trad. María Luz Melon). Barcelona: Gedisa 2001, pp. 231.

En segundo lugar tenemos al positivismo incluyente. Dado que él admite que algunos estándares morales forman parte del derecho sólo cuando una norma positiva así lo expresa en virtud de una convención, entonces el “momento legislativo” debería ser observado, precisamente, porque es ahí donde se adopta un acuerdo respecto de cuáles estándares morales son relevantes y cuáles no. En definitiva, para esta versión del positivismo, el detenerse a analizar lo que hace el Congreso importaría para zanjar la discusión sobre qué estándares morales han de contar como derecho.

Por lo tanto, para un positivista incluyente, lo que hace el Congreso puede ser relevante, así como perfectamente puede no serlo. Y esto se deriva del hecho de que, como ya se ha dicho, para el positivismo incluyente, la identificación del derecho puede hacerse (o no) en base a criterios morales, porque la conexión entre derecho y moral es contingente. La distinción entre un “momento legislativo” y un “momento adjudicativo” podría, eventualmente, tener sentido. Más adelante sostendremos que, para nosotros, lo que hace el Congreso, considerado por sí sólo, siempre tiene sentido para determinar qué es lo que cuenta como derecho.

En tercer y último lugar se nos presenta el positivismo ético o normativo. Como ya vimos, de acuerdo a esta noción del derecho, un positivista requiere expresar sus opiniones (o al menos tener una) sobre cómo cree él que el derecho debiera ser. Para un positivista normativo como Fernando Atria, distinguir claramente el “momento legislativo” del “momento adjudicativo” permitiría desarrollar una argumentación legal que acepta cierto grado de utilización de la herramienta moral sin identificar por completo ambas dimensiones, lo que sería posible si se entendiera que el juez no es,

solamente, un autómatas aplicador del derecho. Para el autor, aquí radicaría el problema central del positivismo ético⁶². De cualquier modo, la idea es confusa y carece del desarrollo suficiente para afirmar que el positivismo normativo contribuye a lo que queremos mostrar. Por lo menos ahora.

B. En el ámbito de la aplicación de la norma jurídica.

Definitivamente la ley, como objeto de análisis de la presente investigación en cuanto figura representativa de aquello que es el derecho, encuentra en este momento su destino final.

Desde el punto de vista de la judicatura, y siendo consecuentes con nuestra propia formación jurídica, la tarea del juez descansa en subsumir el caso particular y concreto que se le presenta en el enunciado prescriptivo representado por la norma, identificando sus características con aquellas descritas en la regla para obtener así la solución que el legislador previamente ha contemplado. El resultado de la aplicación de este mecanismo es doblemente virtuoso, se dice, porque: (1) protege la estabilidad democrática en tanto lo único que los tribunales hacen es poner en acción las limitaciones que el soberano se ha dado a sí mismo a través del Congreso, absteniéndose de crear reglas ad hoc, lo que es correcto en la medida en que los jueces no cuentan con

⁶²Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°27, Alicante, 2004, pp. 112. “el problema central para el positivismo ético es cómo aceptar una forma de argumentación legal que pueda aceptar el argumento moral al por menor sin disolver la argumentación legal en una argumentación moral *simpliciter*. [...] es el problema de formular una distinción entre jurisdicción y legislación que entienda que la primera aplica la segunda sin reducir por eso el juez a la función de ‘boca de la ley’”.

cargos de representación popular, y (2) permite que los ciudadanos tengan conocimiento previo de las conductas ordenadas, permitidas o prohibidas, además de la previsibilidad de la sanción que su contravención lleva aparejada, al proscribir que el juez cree nuevas conductas ordenadas, permitidas o prohibidas y sus sanciones correlativas. Son asuntos que en otra instancia (el Congreso) se han discutido y que han sido zanjados con antelación.

Es en este punto donde ciertamente se corre el riesgo de entrar en un terreno pantanoso si se tiene en cuenta que la mayoría, si es que no todos, los planteamientos que intentan explicar el fenómeno jurídico están dirigidos al juez, es decir, en lo que la gran parte de los autores estuvieron pensando cuando formularon sus proposiciones fue precisamente en este momento, en el momento de la adjudicación.

De nuevo, nos detendremos, en primer lugar, en el positivismo excluyente. Según esta versión del positivismo, y manteniendo a Raz como su expositor más influyente, lo que el juez hace al solucionar una controversia es dictar razones excluyentes para la acción que, al menos, deben estar dotadas de la capacidad de poseer autoridad y que deben ser identificables sin hacer referencia a las mismas razones que las partes en pugna tuvieron en cuenta al momento de someter la solución de su conflicto a la decisión del tribunal.

Así, la herramienta que utiliza el juez al resolver la contienda es la ley y no otro tipo de consideración, y el origen de la ley puede ser rastreado siempre haciendo referencia a sus fuentes sociales.

Por otra parte, en aquellos casos que no se encuentran previstos expresamente por la norma jurídica (situaciones que algunos han llamado “casos difíciles”), un positivista excluyente debería conceder que si bien el juez podría verse forzado a recurrir a otro tipo de herramientas, éstas siempre deberán enmarcarse dentro de los límites demarcados y autorizados por el derecho.

Entonces, desde el punto de vista de un positivista excluyente, entender la aplicación de las normas jurídicas y la solución de controversias de esta manera evita que, en este tipo de casos, el juez se transforme en un legislador ad hoc, propendiendo, a su vez, a garantizar la protección de la democracia, la previsibilidad de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y la estabilidad de la organización política en su conjunto.

Por todas estas razones, e incluso otras que se han omitido, el positivismo excluyente se muestra a sí mismo como la mejor forma de comprender el fenómeno jurídico.

En segundo lugar tenemos nuevamente al positivismo incluyente.

Para él, lo que cuenta como derecho en la resolución de los conflictos que son sometidos al conocimiento de la judicatura puede estar compuesto, entre otras cosas, por principios, los que pueden ser utilizados por el adjudicador directamente en el caso concreto, siempre y cuando sean el resultado de un reconocimiento convencional, v. gr., normas constitucionales. Es así como “Una consecuencia del positivismo incluyente es que las consideraciones morales pueden ser relevantes para la identificación de la

existencia y contenido del derecho sólo si el sistema jurídico mismo ha reconocido de algún modo que cumplen ese rol”.⁶³

Finalmente, si bien es cierto que ponernos en el lugar de un juez positivista normativo para saber cómo él decidiría un caso particular nos resulta escurridizo, podemos imaginar que, siendo fieles a la tesis sostenida por esta versión del positivismo jurídico, el juez no se ve a sí mismo como la boca que pronuncia las palabras de la ley, sino que tiene en mente cuál es, para él, el derecho correcto o debido. Entonces, el juez aplica la norma jurídica con alguna concepción de “lo bueno” (a pesar de que no quede claro si su concepción de “lo bueno” cuenta o no como derecho)⁶⁴.

2) CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE ACEPTAR LA TESIS DE LA VINCULACIÓN.

Cabe ahora efectuar un alcance. En virtud de la extensión y el objetivo de la presente, se identificará la tesis de la vinculación con su formulación más representativa e influyente, a saber, la tesis del “derecho como integridad” propuesta por Ronald Dworkin. Por ello, no se extrañe el lector si acaso aquí no se comprende todo lo que se conoce como la línea más antigua de la tradición jurídica iusnaturalista. Ojalá resulte comprensible el por qué hemos de obviar lo que habría dicho Cicerón, Agustín de

⁶³Waluchow, Wilfrid J., “Positivismos incluyente versus positivismo excluyente, en del mismo *Positivismo Jurídico Incluyente* (trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone). Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 127.

⁶⁴ Este asunto conduce, a su vez, a reflexionar respecto del complejo problema que se presenta al pensar sobre la relación existente entre normas jurídicas y decisiones judiciales que, si bien no será abordado aquí dada la extensión y el propósito de este trabajo, aparece como un tópico transversal de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho en autores como Platón, Rousseau, Kant, Schmitt, Kelsen, entre otros.

Hipona o Tomás de Aquino respecto del iusnaturalismo en la creación y en la aplicación de la norma jurídica.

A. En el ámbito de la creación de la norma jurídica.

Como ya se ha venido adelantando, la propuesta del “derecho como integridad” adquiere protagonismo en este punto puesto que se hace cargo con cierto grado de profundidad de la cuestión relativa a la distinción entre el “momento legislativo” y el “momento adjudicativo”.

Siguiendo a Dworkin, los rasgos apreciables al nivel de la legislatura distan mucho de aquellos observables en el nivel de la judicatura porque, evidentemente, en ambas esferas se ejecutan acciones que constituyen actividades distintas.

En ese sentido, la actividad del legislador consiste en trazar los lineamientos generales en virtud de los cuales el conjunto social adquiere forma, generando estándares de comportamiento para el presente y el futuro. De esta manera, “Una legislatura puede justificar su decisión de crear nuevos derechos para el futuro mostrando cómo estos contribuirán, como una cuestión de política sólida, al bienestar general de toda la comunidad”⁶⁵.

En consecuencia, se trata de un momento de pura creación en el que los legisladores no necesitan justificar las decisiones que toman respecto a las leyes que sancionan porque no están decidiendo nada que pueda ir más allá del hecho de legislar o

⁶⁵Dworkin, Ronald, “La integridad del derecho”, en del mismo *El Imperio de la Justicia, De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa, pp. 176.

no legislar. Dworkin parece tener muy claro que la labor que desarrolla el legislador es muy distinta de aquella que desempeña el juez en su quehacer.

B. En el ámbito de la aplicación de la norma jurídica.

Para saber qué es lo que un adjudicador del derecho haría desde la perspectiva del derecho como integridad se debe adoptar el ejercicio hipotético propuesto por Dworkin, en el que toma como modelo a “un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos que acepta el derecho como integridad”⁶⁶. Dworkin lo ha llamado Hércules. Usted llámelo como guste.

Cualquiera sea su nombre, esta forma de mirar el fenómeno jurídico

“requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas. Ese estilo de adjudicación respeta la ambición que supone la integridad, la ambición de ser una comunidad de principio⁶⁷

En definitiva, lo que hace “el derecho como integridad” en el ámbito de la aplicación de las normas jurídicas es ofrecer a los jueces una guía orientadora sobre el sentido de su quehacer y sobre la comprensión del sistema jurídico que les permita desplegar su actividad de la manera más acorde posible a la naturaleza

⁶⁶Ibid., pp 173.

⁶⁷Ibid., pp 176.

del derecho, entendiendo por tal al conjunto de valores y principios subyacentes en una comunidad determinada, que constituyen la materia prima de la labor interpretativa del juez que es inherente al derecho.

Mirar al derecho desde la óptica del “derecho como integridad” en el ámbito de la aplicación de las normas jurídicas sería una tarea que valdría la pena emprender en tanto decidir los casos particulares del derecho en consonancia con su naturaleza contribuiría indudablemente a dotar de sentido a la existencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, lo que conduciría a evaluarlo como una institución humana valiosa y produciría, en último término, una suerte de autoafirmación.

3) BALANCE.

Según lo que hemos visto en las páginas anteriores y teniendo siempre en mente que la cuestión que se persigue analizar es el lugar que le corresponde a la moral en el derecho, ¿Por qué es relevante la distinción entre el “momento legislativo” y el “momento adjudicativo”?

La razón es una: porque sólo teniendo presente que se trata de dos momentos distintos y particulares es que podemos entender que la ley no es invencible.

Si caracterizamos, como ya lo hemos hecho, al Congreso en tanto espacio jurídico-político (moral) por excelencia y a la vez como el lugar donde la normas jurídicas se generan, fuerza concluir que la génesis de una ley es el resultado de una

deliberación política (moral) que se expresa institucionalmente como una norma jurídica. Esto no es un asunto controvertido para ningún positivista.

Lo que sí es una cuestión discutida, o al menos pretendo que la sea, es ¿por qué debemos aceptar que la deliberación jurídico-política (moral) se da o puede darse sólo una vez, esto es, en el “momento legislativo”? ¿Qué es lo que puede llevar a pensar que la discusión respecto a la corrección moral de una norma queda cerrada, de plano, para los tribunales de justicia? ¿Por qué no podemos invocar estándares morales como si fueran genuino derecho?

Entonces aparecen dos razones por las que puede que esto ocurra:

- 1) Primero, porque las distintas formas de positivismo son ciegas (o no quieren ver) que, como correctamente sostiene Dworkin, lo que hace el Congreso y lo que hacen los tribunales de justicia son dos cosas muy distintas.

Es un lugar común entre los distintos tipos de positivismo el aseverar recurrentemente que la inclusión de estándares morales en las decisiones judiciales confundiría las figuras del juez y del legislador al abrir la posibilidad al primero de modificar lo que el segundo ya ha zanjado, socavando la democracia al final del día.

Al plantear esta posibilidad, el positivismo jurídico está afirmando que, de hecho, las figuras del juez y del legislador pueden traslaparse y eso, a mi parecer, es no entender ni la función de un juez ni la función de un legislador. De afirmar que el adjudicador pueda valerse de parámetros morales de corrección para decidir un caso particular conforme a una norma no se sigue, en absoluto,

que él se transforma en legislador. Lo que hace el juez al echar mano a lo que los positivistas en general llaman “criterios extrajurídicos” sigue siendo adjudicar, no crear. El juez está obligado a decidir el caso que se le presenta siempre siendo cauteloso de resguardar los principios de justicia y equidad que como tal está llamado a proteger. En ningún momento debe verse a sí mismo moldeando el comportamiento de la comunidad porque él debería saber que esa es una tarea que le corresponde cumplir al legislador. Y esta es la correcta comprensión que los jueces, deberían tener de su propio trabajo.

Pero ¿por qué esto no ocurre? Una de las explicaciones podría estar dada por el hecho de que la fuerza e influencia del positivismo ha sido tal que ha llegado a confundir a los jueces haciéndolos pensar que decidir justamente es sinónimo de entrometerse en los asuntos de los legisladores. Entonces, los jueces se han auto convencido de que su misión no es buscar la justicia, sino que descubrir cuál es la regla correcta a aplicar.

Esta es la confusión de funciones que el positivismo jurídico en sus distintas versiones ha propulsado. El mal entendido será resuelto si, y sólo si, se rechazan las propuestas que tienden a arrojar más sombra que luz sobre esta cuestión.

- 2) Segundo, el hecho de que la moral no forme parte del derecho en el terreno de los tribunales de justicia y que consecuentemente las normas jurídicas que se utilizan para resolver los casos concretos no puedan ser atacadas con otro tipo de

recursos como principios morales, por ejemplo, podría entenderse teniendo en cuenta el rol que el positivismo como teoría le asigna al legislador.

Indirectamente, lo que hacen los positivistas jurídicos es proteger la ley como algo sagrado, intocable, obviando la circunstancia evidente de que la aplicación automática e irreflexiva de la misma no siempre conduce a un resultado justo y por, ende, no siempre contribuye a la estabilidad democrática. Es más, como se planteará más adelante, muchas veces, el dotar a la ley de un halo de invencibilidad priva a las partes en conflicto que someten su controversia al conocimiento de los tribunales de justicia de un resultado justo.

Entonces, deviene relevante distinguir entre el “momento legislativo” y el “momento judicial” porque debemos hacer notar que el legislador también es falible y que sus falencias se manifiestan en el terreno de los jueces, en el ámbito de aplicación del derecho. ¿Dónde plantear legítimamente nuestras discrepancias con las consideraciones valorativas que el legislador ha incorporado en las normas si no es en el terreno de los tribunales de justicia?

Si el positivismo como teoría nos priva de esta posibilidad de plano por el respeto que, sea por la razón que sea, le debemos a la ley, termina por reducir y acotar los recursos a nuestra disposición para fortalecer el auto gobierno en la medida en que disminuye el número de herramientas que, como ciudadanos, podemos utilizar para manifestar nuestras pretensiones valorativas en defensa de nuestros intereses.

La pregunta que razonablemente cabe hacerse a continuación es ¿por qué el manipular consideraciones político-morales es una facultad que el positivismo como teoría acepta sólo en la figura del legislador? Desde la perspectiva de un iuspositivista, la respuesta lógica sería “porque es el legislador y no el juez el que representa la voluntad soberana puesto que cuenta con la representatividad necesaria y suficiente para crear normas jurídicas de acuerdo al principio democrático”.

Sin embargo, también es legítimo volver a preguntarse, ¿hasta dónde es cierto que la manipulación de consideraciones “extrajurídicas” es una facultad privativa del legislador, más aun teniendo en cuenta la posibilidad cierta de que el mismo se equivoque tanto en su percepción de la realidad social como en el número y tipo de casos abarcados por una determinada norma? ¿cómo resolver la encrucijada de vernos sometidos a una voluntad ajena que, por vestirse de ley, hace pensar que se corresponde con la de la comunidad? ¿Quién puede dejar en evidencia estas disonancias sino abogados y jueces?

Al parecer, el tener el espacio y los recursos adecuados para reclamar la corrección de las normas es igualmente importante que los mecanismos y procedimientos diseñados para crearlas. Ciertamente, para reclamar la corrección de una norma, jueces y abogados no requieren “legitimidad democrática”. Esta es una discusión que tiene lugar en los tribunales de justicia y en la que, por lo demás, las partes en pugna deben contar con todos los recursos posibles para hacer valer sus pretensiones en defensa de sus intereses.

La invitación consiste en no sacralizar la labor del legislador y no sobreestimar el valor de la ley, sino que a considerarla como una más de las herramientas disponibles en el contexto de una pugna jurídica, ya que ni la ley ni el legislador son sinónimos, por sí solos, del derecho. El llamado es a detenerse a escuchar lo que tanto las partes como los jueces tienen que decir respecto de las normas jurídicas a la hora de intentar hacer prevalecer sus intereses por sobre el contrario, en el primer caso, y de desplegar su actividad consistente en resolver un conflicto jurídico en búsqueda de la justicia, en el segundo.

Como se ha podido constatar, las razones esgrimidas son efectos de la mirada del derecho a través del prisma del positivismo jurídico, sea cual sea su versión. En síntesis, se ha buscado que quede establecido lo siguiente:

- 1) Que la distinción entre el “momento legislativo” y el “momento adjudicativo” es relevante para conocer qué es lo que le corresponde hacer al Congreso y qué es lo que le corresponde hacer a los tribunales de justicia en el ejercicio de sus funciones como piezas que articulan un sistema de mayor envergadura denominado “sistema jurídico” y que ejercen labores y poseen características propias.
- 2) Que la distinción entre el “momento legislativo” y el “momento adjudicativo” es relevante para no sobrevalorar el trabajo del legislador ni la fuerza de la ley.
- 3) Que sólo aceptando 1) y 2) podemos concluir que la ley no equivale, por sí sola, al derecho.

- 4) Que sólo aceptando 3) es posible incluir estándares morales no positivizados al nivel de la ley, lo que hace posible, a su vez, asignarles igual valor, esto es, valor jurídico.
- 5) Que sólo aceptando 4) se abre la posibilidad de cuestionar (e incluso derrotar) a la ley con estándares morales no positivizados.
- 6) Que, para el positivismo en todas las versiones que en el acápite III se han expuesto, la distinción entre el “momento legislativo” y el “momento adjudicativo” es irrelevante.
- 7) Que, debido a 6), el positivismo como teoría es incapaz de dar cuenta de la importancia de la distinción.
- 8) Que, por 7) el positivismo como teoría produce, entre otras cosas, confusiones y malos entendidos en nuestra comprensión del fenómeno jurídico.
- 9) Que la óptica del derecho que nos ofrece el positivismo jurídico como teoría debe ser rechazada.

Por las razones previamente expuestas es que aquí se rechazan todas aquellas formulaciones teóricas vinculadas a personificar al poder soberano en la figura del legislador, a la Hobbes, dotando de una presunción de infalibilidad al producto de su quehacer, esto es, a las normas jurídicas.

Por el contrario, lo que aquí se busca hacer es volver a proponer la antigua idea de que la soberanía descansa en el pueblo y que la creación de sistemas jurídicos es una forma de su ejercicio que, necesariamente, debe reconocer y situar a la justicia como el valor central. Ello porque, en sociedades cada vez más complejas y plurales como la

contemporánea, el derecho no puede seguir siendo visto como un conjunto de normas que evitan el retroceso a un estado primitivo o de naturaleza en el que los hombres se vuelven animales que persiguen únicamente la sobrevivencia. sino que, de acuerdo a nuestra concepción, el derecho debe ser entendido como una poderosa herramienta que, en definitiva, posibilita la realización de los intereses del ciudadano, permitiendo que la realidad se configure de modo tal que se abran espacios para su auto realización, lo que implica un reconocimiento integral del individuo.

En consecuencia, sea cual sea la teoría que adoptemos para comprender el derecho, esta debe ser capaz de dar cuenta de la dimensión moral del individuo, pues el reconocimiento de la misma contribuye tanto a la validación de su integridad individual como a la formación de comunidades y sociedades con un alto grado de cohesión y estabilidad política.

IV. CUARTA PARTE: LA CULTURA JURÍDICA CHILENA

En lo que sigue haremos un intento por situar la discusión que hemos venido planteando en el marco de la cultura jurídica chilena. El objetivo principal de esta sección está lejos de configurar una reconstrucción histórica pormenorizada de la práctica de los tribunales de justicia de nuestro país. Más bien, lo que se intenta mostrar es que tanto la construcción del sistema jurídico chileno como la aplicación del derecho por nuestros tribunales de justicia muestran una marcada tendencia legalista y formalista, lo que se corresponde con los ideales de la tradición jurídica del derecho continental europeo en contraposición al derecho angloamericano del *commonlaw*.

Sin embargo, el actual fenómeno de la constitucionalización de principios político-morales ha forzado a la práctica judicial chilena a volcar sus esfuerzos en hacer

posible otro tipo de discusión, lo que prueba la insuficiencia de las concepciones positivistas del derecho para dar respuesta a exigencias básicas de justicia.

Para hacer ver lo que se quiere mostrar, realizaremos algunas consideraciones previas en el “Preámbulo”. Luego caracterizaremos los rasgos distintivos de nuestra Constitución Política de la República y finalmente ejemplificaremos todo lo dicho en dos casos que son a la vez ilustrativos y emblemáticos del fenómeno que dejaremos en evidencia.

1) PREÁMBULO.

Parece razonable fijar nuestro punto de partida en los fundamentos de la tradición jurídica del derecho continental europeo, de modo que podamos entender mejor por qué nuestro derecho funciona del modo en que lo hace.

Como, en parte, ya se ha tenido la oportunidad de esbozar en secciones anteriores, no hablamos de un hecho intuitivo cuando afirmamos que la ley se erige, entre nosotros, como el elemento central para el estudio y aplicación del derecho. Es cuestión de tomar como ejemplo el artículo 2° del Código Civil chileno que reza: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”⁶⁸, o las reglas de interpretación fijadas en el mismo cuerpo normativo, donde el elemento literal ocupa el primer lugar.

⁶⁸ Decreto con Fuerza de Ley N°1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Publicado en el Diario Oficial el día 30 de mayo del año 2000. 19 p.

Sin embargo, el que la ley constituya el eje central de algunos ordenamientos jurídicos no es un fenómeno novedoso. Como sabemos, la idea de la supremacía de la ley como fuente del derecho encuentra sus orígenes en los antiguos postulados rousseauianos que buscaban superar ordenamientos jurídicos heterónomamente establecidos y que servían, las más de las veces, como instrumentos de opresión de las clases política y económicamente dominantes. Además, la ley, entendida como la voluntad soberana, como “la ley del pueblo sobre todo el pueblo”⁶⁹ era (y en muchos casos aún es) contemplada como la guardiana de la democracia al constituir la máxima expresión de libertad y al mismo tiempo el deseo del auto gobierno igualmente libre⁷⁰.

Es esta concepción de la ley la que elevarán los revolucionarios franceses como consigna de lucha, siendo la Revolución Francesa un hito histórico esencial dado que marca la separación entre la tradición jurídica continental europea y los sistemas jurídicos angloamericanos del *commonlaw* que se desarrollarán paralelamente.

Sin embargo en Chile, durante todo el período de la colonia española, predominó más bien una concepción del derecho natural que vino a instalarse en las Indias en conjunto con sus portadores. Como ya hemos visto, esta concepción del derecho exigía la adecuación de la actuación legislativa y judicial a un ordenamiento divino superior. El predominio de esta forma de dar cuenta del fenómeno jurídico y su traslado a este

⁶⁹ García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, en del mismo *El Derecho, la Ley y el Juez, Dos estudios*. Oviedo: Civitas, 1996, pp. 29.

⁷⁰ Es suficiente con dar lectura al artículo 1° del Código Civil chileno para corroborar estas aseveraciones: “Artículo 1°: La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.”

continente “queda especialmente de manifiesto en el desarrollo que tuvo en América el recurso de suplicación de ley injusta”⁷¹.

Hasta mediados del siglo XIX era ampliamente aceptado que el juez utilizara otras fuentes del derecho consideradas herramientas jurídicas válidas, como los principios generales o la jurisprudencia, para la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento. No será sino hasta fines de este siglo cuando se replique en Chile el fenómeno codificador que ya se había expandido como una plaga en toda Europa.

La codificación trajo consigo la revisión de los textos legales existentes hasta la época, su sistematización y la aglomeración y organización de disposiciones dispersas, el estudio y replanteamiento de nuevas instituciones, pero, sobre todo, cambió el paradigma imperante hasta el momento por aquel que se ha descrito en esta misma sección y que pone el acento en la primacía de la ley.

En el caso chileno, esta modificación en la concepción del derecho fue una consecuencia de la llegada a nuestro país de los principios filosófico-jurídicos del iusracionalismo que “había establecido la exclusión de la costumbre y de la jurisprudencia como fuentes del derecho en favor de la primacía de la ley. La racionalidad, presunta en la elaboración de la ley, la presentaba como más confiable frente al subjetivismo imputado a la actividad jurisprudencial y más aún frente al proceso popular e inconsciente de la formación de la costumbre. La necesidad de vincular al juez a la aplicación de la ley se manifestaba en la imposición de fundar expresamente en ella sus sentencias y en obligarlo a aplicar la ley en su sentido estricto

⁷¹Figuroa, María Angélica: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, en Andrés Bello y el Derecho, Santiago: Universidad de Chile, 1982, pp. 78.

mediante la regulación precisa de su interpretación”⁷². La misma tendencia se ha mantenido durante largo tiempo, invariablemente arraigada en la práctica judicial de nuestro país.

Y entonces las piezas del rompecabezas empiezan a calzar cada vez mejor. Desde luego, hasta el día de hoy podemos encontrar numerosos casos en los que se manifiestan claros resabios de aquella antigua forma de dar cuenta del fenómeno jurídico. Pero como acertadamente diagnostica y pone de manifiesto Fernando Atria, el mundo contemporáneo parece haber girado hacia una nueva dirección.

A culturas jurídicas tradicionalmente legalistas y formalistas como la chilena, se ha enfrentado el actual fenómeno de lo que algunos han llamado “neo-constitucionalismo”⁷³ que implica un retorno hacia la discusión jurídica referida a la utilización de principios y herramientas que, formando parte del derecho, van más allá de la mera aplicación mecánica de la ley.

Para algunos autores como Atria, el hecho de que se abran espacios que reviven antiguas discusiones como la relativa a qué es lo que podemos considerar que forma parte del derecho, marca un retroceso de las culturas jurídicas occidentales, una especie de involución, si se quiere.

Al contrario, aquí se sostendrá que la lectura que intenta mostrar como negativa la revaloración de los principios y de los elementos axiológicos en tanto factores

⁷²Ibid., pp. 80.

⁷³Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°27, Alicante, 2004, pp. 81-139.

relevantes en la discusión jurídica, como la sostenida por Atria y otros, es inadecuada a los fines del derecho mismo. Se defenderá la idea de que, lejos de representar una involución, el abandono del paradigma iuspositivista (aún incipiente en nuestra cultura jurídica) deja al descubierto su peor lado: no muestra nada más que la incapacidad del positivismo jurídico como teoría de alcanzar aquel fin esencial del derecho, a saber, la justicia.

2) LA SOCIEDAD CHILENA COMO “SOCIEDAD DE CARTA”.

Dado que no corresponde presumir con lo ajeno, debe tenerse presente desde ya que se ha tomado prestado el término “sociedad de carta” del célebre filósofo del derecho Wilfrid Waluchow. Él llama “sociedad de carta” a aquella que ha dado el paso de sistematizar sus principios regentes en una Constitución Política, cuyas disposiciones, además, gozan de aplicación directa, irradian absolutamente el ordenamiento jurídico y se presentan como parámetros de corrección de las normas jurídicas en el sentido de que están dotadas de una jerarquía superior y que, por lo tanto, reclaman respeto y observancia por parte de cada uno de los actos jurídicos que se lleven a cabo al interior, e incluso en el exterior del sistema (dictación de leyes y normas de menor jerarquía así como actos públicos de la administración o privados de los particulares), además de caracterizarse por consagrar un sistema completo encargado de velar por la función de la supremacía constitucional (creación de Tribunales Constitucionales y configuración de

instancias contempladas para dar lugar a la justicia constitucional, además de establecer un completo sistema recursivo para esos efectos).

Desde luego, la sociedad chilena es una a la que Waluchow podría llamar “sociedad de carta” puesto que presenta todos los rasgos enunciados que nos permitirían calificarla como tal. Chile no quedaría exento del fenómeno global consistente en la inclusión de principios en la Carta Política. La Constitución Política de la República de 1980 elevó a rango constitucional los principios y valores que se esperaba que gobernarán y dieran forma a la sociedad chilena en las décadas siguientes. Por supuesto, las circunstancias históricas, económicas y políticas en las que la Carta Fundamental de nuestro país fue dictada son atendibles, por decir lo menos.

Es de público conocimiento el hecho de que la Constitución Política de la República de 1980 se forjó en el seno de un gobierno dictatorial, abiertamente conservador en lo valorativo, manifiestamente neoliberal en lo económico y con una ideología abiertamente derechista. Estos antecedentes hacen más fácil entender la regulación constitucional de nuestro país, que se mantiene hasta nuestros días. La exacerbada protección a la propiedad privada como eje central del texto constitucional, el resguardo de la vida, la desprotección de derechos de índole social (como el derecho a la educación, v. gr.) y el evidente rol subsidiario al que se relegó el accionar del Estado, saltan a la vista de la sola lectura de, por ejemplo, el catálogo de derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 de nuestra Carta.

También es indudable que, de lo anterior, se sigue necesariamente un déficit de legitimidad que se relaciona con la vulneración de los canales diseñados con la función

de dotar de representatividad a los actos públicos y que puede explicar gran parte de los problemas por los que atraviesa actualmente la sociedad chilena, a pesar de ser una “sociedad de carta”. Esto no es algo a lo que debamos referirnos ahora, pero, sin intención de entablar una defensa a favor del positivismo incluyente, es importante destacar que una “sociedad de carta” no es valiosa en sí misma.

Las cartas fundamentales están destinadas a consagrar mecanismos aptos para conducir y proteger los intereses de la comunidad política en el ejercicio de su autodeterminación, no a resguardar intereses ni a proyectar aspiraciones de un grupo reducido y poco representativo de la sociedad. De lo contrario se incurre inevitablemente, tal como sucedió con el positivismo tradicional, en la fantasía de estarnos gobernando a nosotros mismos cuando, en realidad, hay un otro decidiendo qué es lo mejor para el soberano, pero esta vez a mayor escala, esto es, a escala constitucional.

3) TRES CASOS CONTROVERSIALES:

A. El caso Atala

En el mes de enero del año 2003, don Jaime López Allende interpuso una demanda ante el Juzgado Civil de Menores de Villarrica en contra de su ex esposa, doña Karen Atala Riffo solicitando que se le otorgara la tuición de las hijas que la ex pareja tenía en común fundándose en el hecho de que la madre, al aceptar abiertamente su homosexualidad y tomando, consiguientemente, la decisión de mudarse a vivir con su

entonces pareja, del mismo sexo, provocaría un daño irreversible en las niñas desde un punto de vista psicológico, exponiéndolas a estigmatizaciones y agresiones innecesarias, concluyendo que él les podía ofrecer un ambiente mucho más armonioso, exento de problemas y acorde con los intereses y el desarrollo saludable de sus hijas.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda interpuesta por don Jaime López y radicó la tuición de las niñas en manos de la madre, doña Karen Atala, quien venía ejerciendo desde hace un tiempo, en los hechos, el cuidado personal de las menores.

El demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal a quo ante la Corte de Apelaciones de Temuco, donde se confirmó la decisión del Juzgado Civil de Menores de Villarrica en el sentido de otorgar el cuidado personal de las menores a doña Karen, quedando finalmente las niñas bajo la protección de la madre.

En un tercer intento, don Jaime López interpuso recurso de queja ante la Excelentísima Corte Suprema de Chile en contra de los jueces de la instancia fundando su recurso, en lo que interesa, en las faltas graves cometidas, a su juicio, por los magistrados de los tribunales inferiores al haber privilegiado el interés de la madre por sobre el de las niñas y al haber transgredido las normas legales relativas a la materia, solicitando se revocara la sentencia de primera instancia.

Esta magistratura atendió las peticiones del padre declarando admisible el recurso de queja, dejando sin efecto la sentencia de primera instancia y concediendo la tuición y el cuidado personal de las menores al recurrente. La controversia termina

girando en torno a la discusión relativa a si prima el principio del interés superior del niño o el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación que asistiría a la madre.

Finalmente la madre, doña Karen Atala, apeló de la resolución emitida por la Excelentísima Corte Suprema ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual recomendó al Estado de Chile indemnizar a la madre y adoptar las medidas judiciales y legislativas pertinentes en orden a que un caso como este no volviera a ocurrir.

Ante la poca disposición del Estado de Chile en cuanto a la adopción de dichas medidas, la Comisión demandó al Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos falló contra el Estado de Chile declarando la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación.

B. El caso de la píldora del día después.

El día 5 de marzo del año 2007, un grupo de diputados formularon un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional de Chile en contra del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud que permitía la entrega gratuita del medicamento denominado “postinor 2” alegando que éste transgredía una serie de disposiciones constitucionales toda vez que impediría la anidación del individuo ya concebido en el endometrio de la mujer. Acompañan, para estos efectos, una multiplicidad de informes técnicos con el objeto de formar la convicción en el Tribunal de que el medicamento “postinor 2” tendría carácter abortivo, lo que, en definitiva,

transgrede principios del ordenamiento jurídico consagrados en nuestra Constitución Política.

Otro grupo de diputados de la República, además de representantes de diversos órganos de la administración del Estado, formularon una serie de observaciones en las que se citan disposiciones que hacen referencia a destacar el derecho que asistiría a la mujer a no ser discriminada en cuanto a su libertad y autodeterminación reproductiva. De acogerse el requerimiento de inconstitucionalidad se le impondría a toda mujer, dicen, una carga que nadie más, en derecho, se encuentra obligado a soportar.

La decisión del Tribunal Constitucional, luego de tener en cuenta los informes técnicos presentados, hacer uso de las reglas de interpretación presentes en nuestro ordenamiento jurídico, citar jurisprudencia y doctrina y sopesar todo lo anterior con las normas y principios jurídicos constitucionales involucrados en el caso sometido a su conocimiento, resuelve la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N°48 del Ministerio de Salud, terminando con la entrega libre y gratuita del medicamento “postinor 2” por estimar, a fin de cuentas, que ante el desconocimiento de si dicho método de anticoncepción puede o no resultar abortivo, fuerza obrar en pos de la defensa del derecho a la vida, consagrado constitucionalmente, por el grave riesgo que para él significa la repartición del medicamento que eventualmente podría tener efectos abortivos en el embarazo.

C. El caso del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil chileno.

En el mes de septiembre del año 2010, don César Antonio Peralta y don Hans Harold Arias Moreno concurrieron al Servicio de Registro Civil e Identificación de la comuna de Santiago con la finalidad de solicitar una hora para efectos de contraer matrimonio.

Dicha solicitud fue denegada por la oficial civil adjunta del mencionado servicio público, doña Juana Soto Silva, quien fundamentó su negativa en el hecho de que la ley, específicamente el artículo 102 del Código Civil, sólo permite el matrimonio entre un hombre y una mujer.

Posteriormente, dos parejas de matrimonios, la de don Víctor Manuel Arce García y don José Miguel Lillo Isla casados de acuerdo a la ley argentina, y la de don Stephan Abran y don Jorge Manuel Monardes Godoy casados bajo el amparo de la ley canadiense, solicitaron ante el mismo servicio público ya consignado y a la misma funcionaria aludida que inscribiera sus respectivos matrimonios para efectos de otorgarles valor y reconocimiento por el Estado de Chile, solicitud que fue rechazada por dicha funcionaria en virtud del argumento ya referido.

En razón de lo anterior, el día 20 de octubre del año 2010, el abogado Jaime Silva Alarcón interpuso un recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en representación de los señores César Antonio Peralta, Hans Harold Arias Moreno, Víctor Manuel Arce García, José Miguel Lillo Isla, Stephan Abre y Jorge Manuel Monardes en contra de doña Juana Soto Silva, alegando que la

determinación adoptada por la funcionaria pública vulneraba arbitrariamente la garantía constitucional establecida en el artículo 19 n°2 de nuestra Carta Política, esto es, la igualdad ante la ley.

En ese contexto, y con motivo de la interposición de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, el día 27 de diciembre del año 2010, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago solicitó al Tribunal Constitucional chileno que se pronunciara respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil al caso objeto del recurso de protección que se encontraba en conocimiento de la Ilustrísima. En particular, se pidió al Tribunal Constitucional que respondiera a la pregunta de si acaso la aplicación de la controvertida disposición legal contemplada en el Código de Bello infringiría o no la garantía fundamental contenida en el artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República de Chile.

El Tribunal Constitucional se inclinó por declarar la improcedencia del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, rechazándolo por la mayoría de los votos, con la concurrencia del presidente del tribunal, el Ministro don Raúl Bertelsen Repetto y los Ministros don Marcelo Venegas Palacios, don Enrique Navarro Beltrán, don Iván Aróstica Maldonado, doña Marisol Peña Torres, don Francisco Fernández Fredes, don Carlos Carmona Santander, don José Antonio Viera-Gallo Quesney y don Gonzalo García Pino, frente al voto de minoría expuesto por la disidencia del Ministro don Hernán Vodánovic Schanke.

El voto de mayoría, en general y entre otros argumentos aportados por cada uno de los Ministros concurrentes, se sustenta en la consideración relativa a que el

requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley resulta ser una herramienta inidónea para impugnar la aplicabilidad del artículo 102 del Código Civil debido a que dicho precepto representa el centro de un conjunto de normas que se encuentran interrelacionadas configurando una institución denominada matrimonio. Así, dado que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley tiene por objeto efectuar un control concreto de constitucionalidad, es decir, abrir un espacio para el debate respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma jurídica siempre en relación a un caso concreto y específico, no cabría pretender modificar el estatuto jurídico completo que se deriva del matrimonio a través de este mecanismo.

Por otra parte, el voto disidente, que se inclina por acoger el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley interpuesto, sostiene que es falso afirmar que la declaración de inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil implica alterar el régimen general de la regulación relativa al matrimonio ya que los efectos se producen únicamente respecto del caso concreto objeto del requerimiento y porque se trata de una materia con un alto grado de trascendencia social que, por la misma razón, exige un pronunciamiento del tribunal sobre el fondo el asunto. Además, el voto de minoría del Ministro señor Vodánovic hace presente que los valores y principios consagrados en las constituciones son mutables en el tiempo y que deben adaptarse a las necesidades de la sociedad a medida que esta evoluciona, tal como se constata en ordenamientos jurídicos con un alto grado de desarrollo cultural en términos del derecho internacional y comparado. Señala también que la discusión que subyace en el caso sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional es, al final del día, un debate

ideológico sobre la valoración positiva o negativa sobre la homosexualidad. Indica que la regulación actualmente vigente en Chile sobre la materia es insuficiente, vejatoria y arbitrariamente discriminatoria. El Ministro señor Vodánovic finaliza haciendo suyos los argumentos de un informe aportado a la causa por la institución Libertades Públicas A.G, que van en el mismo sentido ya expuesto.

4) BALANCE.

Si bien puede ser cierto que la forma en que se han expuesto los casos es groseramente general, tendría que decirse que lo que se busca con su señalamiento no es recalcar los detalles técnicos de la disputa jurídica. Lo que con ellos se quiso ilustrar fue que las controversias jurídicas en aquellos casos relevantes se componen de elementos que no se reducen únicamente a la disputa que gira en torno a identificar la regla decisoria *litis*. Más bien, la resolución de asuntos complejos, con un alto contenido valorativo (moral) deben ser, y actualmente en gran parte son, decididos de acuerdo a la consideración de principios que, se encuentren contenidos en normas constitucionales o no, viene al caso traer a colación porque sustentan lo que los aplicadores del derecho estiman una decisión justa.

Al parecer, en el presente acápite ha quedado demostrado que, tal como postula Atria, la cultura jurídica chilena camina hacia el “neo-constitucionalismo”, acercándose mucho más a la práctica judicial imperante hasta la primera mitad del siglo XIX, aunque con innegables resabios de formalismo y legalismo acarreados desde el proceso chileno

de codificación, resabios que son visibles hasta el día de hoy, sobre todo en casos de jueces o ministros de avanzada edad (lo que no es casual).

Pero, a diferencia de Atria, lo que aquí se intenta mostrar es que no se entiende en qué sentido puede ser esto negativo. En su texto “La ironía del positivismo jurídico”, el autor se muestra decididamente contrario al proceso de “neo-constitucionalismo” e incluso ofrece fórmulas (como el positivismo ético) para detenerlo. Se funda en la idea de que aceptar el “neo-constitucionalismo” implica volver al pasado, por lo que mirar al derecho desde esa óptica no se condice con una visión “moderna” del derecho. Pero, más allá de esto, no da razones para concluir que efectivamente una mirada “moderna” del derecho debería preferirse ante cualquier otra.

Si a lo que se quiere hacer referencia con una visión “moderna” es a una visión positivista del derecho, en alguna de sus variantes, debemos resistir esta propuesta porque el “neo-constitucionalismo” es el efecto, precisamente, de las insuficiencias mostradas por las distintas versiones del positivismo para describir la realidad social.

Lo que se pretende que quede claro aquí es que, dado el proceso de “neo-constitucionalismo” en Chile como consecuencia de un fenómeno que reviste caracteres globales, estamos llamados a elaborar herramientas para hacerle frente de la mejor manera. Si no hay suficientes razones como para impedirlo y querer detenerlo, entonces debemos esforzarnos por mostrarlo en su mejor faceta. Para eso, primero es necesario que decidamos, en tanto voluntad soberana, los bienes jurídicos que, como sociedad, estimamos dignos de protección.

En el caso chileno, la aridez de las discusiones no radica en el cuestionamiento de si acaso podemos invocar el interés superior del niño, el derecho a la auto determinación sexual, el derecho a la no discriminación, la igualdad o la justicia como elementos que cuentan como elementos jurídicos y que, por lo tanto, podemos considerar como parte del derecho. La respuesta a este asunto es sencilla.

El tema verdaderamente importante a estas alturas tiene que ver con la cuestión relativa a los intereses protegidos por las normas jurídicas y las voluntades expresadas por medio de las mismas, esto es, lo que debemos hacer es preguntarnos si acaso lo que el ordenamiento jurídico encarna, manifiesta y protege es, verdaderamente, nuestra propia voluntad en tanto comunidad políticamente organizada y detenernos a evaluar las herramientas y mecanismos que se encuentran a nuestra disposición en caso de que el sistema jurídico devenga en poco representativo u, lo que es lo mismo, opresivo. Por ello es que resulta fundamental hacernos cargo de la forma en que entendemos el derecho.

La ventaja de una respuesta positiva en aquel sentido, es decir, lo bueno de que el ordenamiento jurídico refleje y proteja efectivamente los intereses y pretensiones de la comunidad política, no descansa en reducir la cantidad ni el grado de disputas en asuntos controversiales, sino que se traduce en ventajas como la estabilidad política y la armonía social, virtudes que únicamente son posibles cuando la comunidad siente el derecho como suyo y puede mirarse a sí misma como voluntad soberana.

En síntesis, los puntos que se quisieron destacar en el apartado anterior son los siguientes:

- 1) Que, hasta mediados del siglo XIX, la cultura jurídica chilena se caracterizó por mirar al derecho desde una óptica iusnaturalista, lo que cambió radicalmente desde 1850 en adelante con el proceso de codificación que imprimió, tanto en legisladores como en jueces, el paradigma del derecho natural racional, equiparable a los ideales del positivismo jurídico (al menos en su versión clásica).
- 2) Que, según el diagnóstico de alguna parte de los teóricos del derecho, el siglo XXI marca un retorno hacia el pasado. Esta conclusión se obtiene a partir de la observación de procesos actuales y globales como el “neo-constitucionalismo”, que toman el foco central de atención, que hasta este momento se encontraba situado en la ley, para llevarlo hacia otro tipo de elementos antes considerados “elementos extrajurídicos”, modificando el tenor de la discusión en la teoría del derecho contemporánea.
- 3) Que Chile no ha sido ajeno a este proceso, lo que se desprende de la lectura de nuestra Carta Fundamental de 1980.
- 4) Que la proposición de que la ley ha dejado de ser el centro de gravedad del derecho también en Chile queda demostrado en controversias con alto contenido valorativo como el caso Atala o el caso de la píldora del día después, donde la discusión no gira precisamente en torno a la ley.
- 5) Que es necesario que nos hagamos cargo del proceso de “neo-constitucionalismo” de la mejor forma en lugar de tratar de rechazarlo. Para esto debemos partir definiendo qué tipo de sociedad es la que queremos a través de un

mecanismo que garantice representatividad efectiva, lo que redundará en mayor cohesión político-social. Asumir que los estándares morales son jurídicamente relevantes y definir qué criterios morales son jurídicamente relevantes constituye el primer paso en esta dirección.

Que, nuevamente queda de manifiesto que las distintas versiones del positivismo deben ser rechazadas pues el regreso al “neo-constitucionalismo” es un reflejo de su incapacidad para dar respuestas satisfactorias a cuestiones jurídicas y sociales. Por lo mismo, no pueden ser utilizadas como la mejor vía para abordar este proceso.

V. QUINTA PARTE: CONSIDERACIONES FINALES.

Aunque a lo largo de este documento se han dejado entrever algunas de las opiniones que lo motivan y sustentan, parece que no es inoficioso volver a ellas para abordarlas y exponerlas, esta vez, con algo más de claridad.

1) ENTONCES, ¿RESPONDE LA CULTURA JURÍDICA CHILENA A UN PARADIGMA IUSPOSITIVISTA?

Considerando tanto la primera como la segunda parte de la presente investigación, que contienen un análisis teórico del positivismo jurídico y una caracterización del mismo, en conjunto con la sección cuarta, que se ocupa de llevar a cabo una reconstrucción histórica de la tradición jurídica chilena desde la época colonial hasta la actualidad, graficada en tres casos emblemáticos, fuerza concluir que la cultura jurídica chilena sí responde, al menos a grandes rasgos, a lo que, entre nosotros, hemos denominado positivismo jurídico.

Si aceptamos que la cultura jurídica chilena tiende a identificarse con los rasgos de la tradición jurídica positivista, entonces deberíamos tomar atención a las reflexiones consignadas en la tercera parte de este trabajo, en la que se realizó un ejercicio imaginario consistente en proyectar hipotéticamente las consecuencias que se derivarían tanto de aceptar la tesis de la separación entre el derecho y la moral, que subyace al paradigma iuspositivista, como de aceptar la tesis contraria, esto es, la que admite que el derecho y la moral están, en alguna medida, inherentemente relacionados y que subyace históricamente a los paradigmas iusnaturalistas.

2) TEORÍA VERSUS REALIDAD

Una vez que hemos aceptado que en Chile impera una enseñanza, aplicación y concepción del derecho que se encuentra ligado al positivismo jurídico, es necesario aclarar la aparente contradicción consistente en la evidente diferencia que existe entre aquello que se dice que los operadores jurídicos hacen y lo que aquí se ha logrado constatar que verdaderamente hacen.

Cuando en la enseñanza del derecho se nos conduce a aprender que la tarea fundamental de los operadores jurídicos consiste en identificar la regla jurídica aplicable al caso concreto, que la ley merece un lugar más que privilegiado dentro de las fuentes del derecho, que esto es bueno porque resguarda determinados ideales sociales dignos de protección y que el derecho está y debe permanecer escindido de la moral y de todo otro tipo de “consideración extrajurídica”, lo que se pretende, en definitiva, es que miremos al derecho desde el punto de vista iuspositivista.

Sin embargo, como se ha intentado evidenciar en la cuarta parte de este trabajo, los desacuerdos en casos controversiales de gran trascendencia social muestran que, en los hechos, lo que se produce es un uso de consideraciones extrajurídicas como mecanismo válido de solución de conflictos y esto parece adecuado porque, con esta maniobra, los operadores jurídicos se hacen cargo de que la visión que se tenga del derecho influye en la dimensión moral de los individuos, indicándoles qué es lo que

pueden o no pueden hacer, restringiendo o ampliando de esta manera el universo de posibilidades disponibles para desarrollar su propio proyecto de vida.

3) UN LLAMADO A LA REFLEXIÓN

Teniendo en cuenta lo anterior, lo que corresponde es evaluar cuál manera de entender el derecho, de entre todas las propuestas teóricas existentes y expuestas, resulta contener la comprensión del fenómeno jurídico que se adecúa de mejor manera a lo que durante esta investigación se ha sostenido, esto es, que el derecho es una institución social que, al igual que algunas otras, juega un rol fundamental en la realización personal de los individuos al garantizar espacios en los que se posibilita la materialización de sus objetivos de vida y de la consecución de sus intereses. En otras palabras, cabe preguntarse si la manera en que actualmente se comprende, o se pretende que se comprenda, el derecho es suficiente o no para mostrar lo que aquí que se propone que el derecho es, a saber, una institución social compuesta por reglas que inciden indefectiblemente en la dimensión moral del individuo sometido a ellas.

Como ya se mencionó en alguna oportunidad, lo anterior se traduce en una invitación a detenernos a tomar consciencia sobre el tema y, en ese sentido, generar espacios de discusión y reflexión que permitan confrontar las distintas posturas y opiniones y, a la vez, abre el debate respecto de múltiples asuntos relacionados como, por ejemplo, el diseño de mecanismos institucionales y políticos que reflejen de la mejor manera posible nuestra concepción sobre el derecho y que resulten idóneos para que los

sujetos gobernados por él desarrollen sus proyectos de vida en una comunidad de intereses diversos.

Esta investigación aspira a ser un aporte en ese sentido mediante la problematización de la comprensión del derecho y la defensa de la tesis de la insuficiencia del iuspositivismo como explicación del fenómeno jurídico.

4) ALGUNOS ASUNTOS RELACIONADOS

Del problema original propuesto en estas páginas relativo al análisis sobre la vinculación o separación del derecho y la moral es posible extraer una serie de temas ligados a la teoría y práctica política en el contexto de la actual sociedad chilena, lo que confiere a este trabajo el carácter de una inquietud inicial que tiene el valor de, como ya se ha dicho, promover una discusión crítica respecto cuestiones relevantes desde el punto de vista del ordenamiento social.

A partir de aquí se abre el camino para debatir sobre cuestiones tan concretas y diversas como las relativas a nuestro sistema de elección de cargos de representación popular, nuestros mecanismos de generación de leyes, los recursos contemplados en nuestra legislación para impugnar resoluciones judiciales, el rol que desempeñan en nuestra judicatura instituciones como el Tribunal Constitucional, la posibilidad de someter a revisión la configuración política y jurídica de la sociedad chilena mediante el cuestionamiento de la Constitución Política, entre otros.

Con ello se cumple uno de los objetivos planteados en las secciones iniciales de esta investigación, a saber, dar el punta pie inicial para la reflexión crítica respecto del estado actual de la sociedad chilena y destacar esta actividad como un ejercicio valioso tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

5) CIENCIA JURÍDICA Y FILOSOFÍA POLÍTICA

Aquí se propone que el derecho actúa como un verdadero elemento de cohesión social que genera estabilidad política y esto permite afirmar, a su vez, que el derecho se comporta como una herramienta política y que, en ese sentido, se encuentra indefectiblemente vinculado a la moral tanto social como individual.

Al afectar necesariamente la dimensión moral de los individuos, se afirma en este trabajo que el grado de perfección que se puede predicar de un sistema jurídico tiene que ver con su capacidad de ampliar el espectro de posibilidades de las que dispone el ciudadano para conseguir desarrollar satisfactoriamente sus proyectos de vida. Dicho de otro modo, aquí se presenta la idea de que un sistema jurídico es mejor cuando es más justo y podemos decir que es más justo cuando es menos opresivo.

A la vez, se sostuvo la propuesta de que la existencia de sistemas jurídicos más justos repercute en el nivel de cohesión social y de estabilidad política que podemos observar en ciertas comunidades con un alto grado de evolución cultural. De ellas se dice que poseen sistemas políticos más sanos. En concreto, democracias robustas.

Si se pone atención a las ideas expuestas, lo que se buscó a lo largo de este trabajo fue tender un puente entre la filosofía del derecho y la teoría política que, como también se consignó en algún lugar de la investigación, separaron sus objetos de estudio a partir de la segunda mitad del siglo XIX debido a una forma de entender el mundo en general y el fenómeno jurídico en particular caracterizado por una “concepción formalista y literalista de la interpretación de la ley, por la adopción del método técnico-jurídico en la construcción dogmática y, sobre todo, por la firme defensa de la autonomía epistemológica de las disciplinas jurídicas y por el rechazo de cualquier contaminación proveniente de las ciencias sociales y la filosofía política.”⁷⁴

En estas páginas se planteó la idea de que pretender pasar por alto la conexión entre el derecho y la política que se expresa como consecuencia de la relación entre el derecho y la moral es un rasgo característico de las teorías iuspositivistas que es tanto falso como pernicioso. Es falso porque, como se ha señalado siguiendo a Dworkin, el derecho se encuentra necesariamente unido a una actividad interpretativa que involucra elementos no jurídicos toda vez que, al final del día, el derecho es una construcción humana, creada y aplicada por personas falibles y no por especies de robots que operan en base a un código binario. Y es pernicioso porque acaba configurando sistemas jurídicos opresivos que generan democracias más volátiles, lo que se traduce en sociedades más inestables y menos cohesionadas y, al final del día, en ciudadanos más infelices e insatisfechos.

⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°28, 2005, pp. 18.

Debido a lo anterior es que se realizó un llamado a hacerse cargo de dicho problema mediante el abandono de los postulados rígidos del positivismo jurídico (al menos en su versión más dura) para dar paso a la elección o creación de una explicación del derecho que refleje y dé cuenta de los rasgos esenciales del derecho de la mejor manera posible, esto es, una invitación a adoptar una descripción del fenómeno jurídico que muestre que la naturaleza del derecho corresponde a una institución social que afecta necesariamente la esfera moral del individuo y que, en ese sentido, se encuentra necesariamente unido con ella.

6) RAZONES PARA UN CAMBIO EN EL PARADIGMA IMPERANTE EN CHILE

Para enfrentar de la mejor manera el proceso de “neo-constitucionalismo” se requiere una propuesta teórica que logre responder a él consistentemente. Está lejos de mis manos y del alcance de estas páginas el construir una alternativa tal. Lo que sí se puede hacer es dar un par de buenas razones por las cuales es urgente sacudirse de todo resabio positivista. Para ello es necesario volver a la distinción principal.

A. En el ámbito de la creación del derecho.

Ya se ha visto que las variadas soluciones que ofrece el positivismo a este respecto son insuficientes porque pasan por alto la distinción entre el “momento legislativo” y el “momento adjudicativo” que, como también vimos, es relevante para la auto comprensión de las funciones legislativa y judicial y al mismo tiempo es

consistente con la desmitificación de la equivalencia entre ley y derecho, por un lado, y entre justicia y arbitrariedad, por otro. Es por esto que conservar la distinción adquiere una nueva importancia en relación con el proceso de “neo-constitucionalismo”.

Lo que este fenómeno refleja, además del fracaso del positivismo jurídico como teoría, es una exigencia de justicia. Ya se ha consignado que acercarnos a ella implica asumir que la ley no es invencible, que, en el terreno de los jueces, abrir la puerta al uso de todo tipo de elementos en las controversias jurídicas es un mecanismo virtuoso y que esto no puede conseguirse cuando el sistema jurídico en su conjunto se encuentra sumido en las nebulosas del positivismo jurídico como teoría, que opaca la distinción entre ambos momentos. Entonces, la pretensión del “neo-constitucionalismo” se condice con la pretensión de la distinción entre el “momento legislativo” y el “momento adjudicativo”: ambas comparten una pretensión social de justicia.

Si, como permite esta distinción, existe la posibilidad de estar en desacuerdo con lo que el legislador, muchas veces a espaldas de los gobernados, ha determinado, se facilitan los mecanismos para exteriorizar dicho desacuerdo en el terreno de los tribunales de justicia y, además, se hace posible defender y hasta hacer prevalecer aquello que las partes en disputa creen que es correcto. ¿Cómo se podría entender este mecanismo si no es como uno que fomenta la participación y robustece el auto gobierno? Es cierto, podrían existir vías más idóneas para que nuestros intereses sean reconocidos y respetados, pero, de cara al fenómeno del “neo-constitucionalismo”, clarificar la distinción entre el “momento legislativo” y el “momento adjudicativo” no es un paso baladí.

Si se lleva a cabo un pequeño esfuerzo, se recordará que la única propuesta teórica que da cuenta o que, al menos, se pronuncia sobre la relevancia de la distinción, es la tesis del derecho como integridad. En ese sentido, los postulados de Dworkin son los que mejor se avienen con la distinción entre el “momento legislativo” y el “momento adjudicativo” y con el fenómeno de “neo constitucionalismo” al mismo tiempo. En consecuencia, fuerza concluir, otra vez, que las versiones del positivismo deben ser rechazadas por insuficientes.

B. En el ámbito de la aplicación del derecho.

Se convendrá, finalmente, en que la tarea del juez no es aplicar la norma positiva para otorgar soluciones justas como un autómata o como “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, sino que su empresa consiste construir la justicia mediante la aplicación de la ley, entre otros elementos del derecho. Sólo cuando, tanto los ciudadanos como los jueces, sean capaces de ver y asumir esta tarea, se podrá frente adecuadamente a los ideales y exigencias del “neo-constitucionalismo”.

Las propuestas positivistas nos estancan pues confunden al juez incitándolo a hacer precisamente lo que no debe hacer: creer que el derecho es sólo lo que el legislador ha dicho que es. Este mensaje equivocado obstaculiza la función judicial por excelencia, toda vez que cercena las posibilidades del adjudicador de aproximarse a la justicia al restringir el número de herramientas de las que puede disponer para alcanzar una solución justa. Y, de paso, dota a la ley de una coraza impenetrable, aumentando la separación entre los ciudadanos y el derecho, minando la democracia.

Nuevamente, se deben considerar los postulados de Dworkin como las propuestas que pueden contribuir de manera más idónea a comprender lo que el juez debe hacer en un contexto dominado por el “neo-constitucionalismo”. Hasta que no se plantee ni construya una teoría más idónea, parece ser que, al menos desde un punto de vista hipotético, el derecho como integridad encierra alguna clave para despejar las confusiones generadas por el positivismo jurídico (en cualquiera de sus formas) y así conseguir cierta armonía entre el “neo-constitucionalismo”, la función judicial, la función legislativa, el derecho, la justicia y la democracia.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALEXY, ROBERT, “Sobre las relaciones necesarias entre derecho y moral” (trad. Pablo Larrañaga), en *Rodolfo Vásquez (comp.) Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa 2003, pp. 115-137.

- ALEXY, ROBERT, “Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica” (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 205-223 y 240-261.

- ATRIA, FERNANDO, “La ironía del positivismo jurídico”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°27, Alicante, 2004, pp. 81-139.

- BAYÓN, JUAN CARLOS, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La Relevancia del Derecho* (compilación a cargo de Pablo E. Navarro y María Cristina Redondo). Barcelona: Gedisa, pp. 57-92.

- DWORKIN, RONALD, “El *Postscript* de Hart y el sentido de la filosofía política”, en del mismo *La justicia con toga* (trad. María Iglesias Vila e Iñigo Ortiz Urbina Gimeno). Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 159-204.

- DWORKIN, RONALD, “La integridad del derecho”, en del mismo *El Imperio de la Justicia, De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa, pp. 15-43 y 164-197.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Derecho y Democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°28, 2005.
- FICHTE, JOHANN, “Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia”. Traducción de José L. Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Coves. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- FIGUEROA, MARÍA ANGÉLICA, “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, en *Andrés Bello y el Derecho*, Santiago: Universidad de Chile, 1982, pp. 77-104.
- FULLER, LON, “El Caso de Los Exploradores de Cavernas”, Segunda Edición, Buenos Aires: LexisNexisAbeledo-Perrot, 2002, pp. 5-78.
- “G.A. 1,3. 360.” Estudio introductorio en “Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia”. Traducción de José L.

Villacañas Berlanga, Manuel Ramos Valera y Faustino Oncina Covas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La democracia y el lugar de la ley”, en del mismo *El Derecho, la Ley y el Juez, Dos estudios*. Oviedo: Civitas, 1996, pp. 19-62.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, “Derecho y moral”, en *Rodolfo Vásquez* (compilación). *Derecho y Moral: Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 19-55.
- GREEN, LESLIE, “El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral” (trad. Ernesto RiffoElgueta), en M. E. Orellana Benado (ed.), *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago de Chile: Catalonia, 2010, pp. 213-231.
- HART, H. L. A., “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, del mismo *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis* (traducción de Genaro Carrió). Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962, pp. 1-64.
- HART, H. L. A., “El concepto de derecho” (trad. Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1963. Prefacio a la edición inglesa.

- HEGEL, GEORG, “Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado”. Traducción: Eduardo Vásquez. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
- KANT, IMMANUEL, “La metafísica de las costumbres” (trad. A Cortina y J. Conill). Madrid: Tecnos.
- KELSEN, HANS, “Teoría pura del derecho” (trad. Moisés Nilve). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009
- RAWLS, JOHN, “Dos conceptos de reglas”, en Teorías sobre la Ética (trad. De PhilippaFoot), Fondo de Cultura Económica, pp. 210-247.
- RAZ, JOSEPH, “Autoridad, derecho y moral, en *La Ética en el ámbito de lo público* (trad. María Luz Melon). Barcelona: Gedisa 2001, pp. 229-257.
- VILLAJOSANA, JOSEP MARÍA, “¿Están relacionados el derecho y la moral?”, en del mismo Identificación y Justificación del Derecho, Madrid: Marcial Pons, 2007.

- WALDRON, JEREMY, “Positivismo normativo (o ético)” (trad. Pablo Solari), en M. E. Orellana Benado (ed.), *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago de Chile: Catalonia, 2010, pp.127-146.

- WALUCHOW, WILFRID J., “Positivismo incluyente versus positivismo excluyente, en del mismo *Positivismo Jurídico Incluyente* (trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone). Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 95-156.

- ..., “Post Scriptum”, en *Estudios Públicos*, N°65 (trad. Equipo de Traductores de Estudios Públicos). Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 1997, pp. 225-263.

- PLATÓN, “Diálogos” (trad. Patricio de Azcárate). México DF: Porrúa, 1966.