



"Cuando me matriculé en el Curso de Aníbal Bascuñán, amigos míos, de cursos superiores, me habían hablado maravillas de su erudición, de su estupenda capacidad expresiva y de la seriedad y novedad con que desempeñaba su cátedra" (*Alamiro De Avila Martel*).

"Las clases de Bascuñán constituían una novedad para nosotros. Su forma de hablar, su entusiasmo por incitarnos a investigar, los libros que traía en los que leía o traducía pasajes apropiados: todo contribuía a que nos sintiéramos verdaderamente universitarios" (*Manuel Salvat Monguillot*).

"Anibal Bascuñán investía un aire doctoral indisimulado. En él resaltaban su pulcritud en el estar y en el vestir, su cuidado en el decir, su prudencia en el pensar, su decisión en el actuar. Hacía las cosas con convicción profunda y entusiasmada. Comunicaba su modo de ser, francamente, contagiándolo" (*Juan Enrique Serra*).

"Vocación docente, predilección por las tareas de investigación y esa íntima, fuerte, inconfundible y a la vez rara persuasión de que la Universidad constituye para sí un medio casi natural y por tanto irremplazable de trabajo: he ahí, pienso, tres constantes de la vida académica de Aníbal Bascuñán" (*Agustín Squella*).

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1989

ESTUDIOS EN MEMORIA DE ANIBAL BASCUÑAN



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

1989

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL. Nº 7
1989

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Facultad de Derecho de la Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 75.076.

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en
EDEVAL.

Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1989

ESTUDIOS
EN MEMORIA DE
ANIBAL BASCUÑAN

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1989 - 1991)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Hugo Tagle Martínez, Nelson Reyes Soto y Agustín Squella Narducci.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social fue fundada en Valparaíso, en 1981, como Sección Nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), que data, por su parte, de 1909. Hoy son ya cerca de 40 las secciones nacionales, correspondientes a un número similar de países, que se encuentran afiliadas a esa Asociación Internacional.

Una de las principales actividades que viene cumpliendo desde su fundación la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, está constituida por la edición y publicación del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cuyo primer número, correspondiente a 1983, apareció precisamente ese año. A continuación, y en los años inmediatos posteriores, han sido publicados otros seis números del Anuario, el último de los cuales, correspondiente a 1989, tenemos el agrado de presentar hoy a nuestros socios y lectores en general.

El Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 7, de 1989, está dedicado a la memoria del profesor Aníbal Bascuñán Valdés, muerto en 1988 después de una larga, fecunda e influyente labor de docencia e investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En atención, precisamente, a sus méritos académicos, nuestra Sociedad, en 1982, designó a Aníbal Bascuñán Socio Honorario de la corporación, distinción que compartieron más tarde los profesores Norberto Bobbio, de la Universidad de Torino, y Genaro R. Carrió, de la Universidad de Buenos Aires.

Por el motivo antes indicado, las secciones iniciales del presente volumen están destinadas a la persona y obra del profesor Bascuñán. En la primera de ellas se incluyen cinco trabajos sobre el particular, que firman Alamiro de Avila, Juan Enrique Serra, Manuel Salvat, Alvaro Drapkin y Agustín Squella, en tanto que en una segunda sección de este mismo volumen se reproduce un capítulo de los apuntes de Teoría General del Derecho dejados por Aníbal Bascuñán, dedicado al tema de los principios generales del derecho. Por su parte, los trabajos antes mencionados de los profesores Alamiro de Avila y Juan Enrique Serra, corresponden a la versión escrita de las intervenciones que ellos tuvieron en el acto

de homenaje a la memoria de Aníbal Bascuñán que nuestra Sociedad llevó a cabo, en el mes de diciembre de 1988, en la Sala de Consejo de la Facultad de Derecho de la U. de Chile.

La tercera sección del presente volumen, llamada Bibliografía, reproduce el listado de las obras publicadas por el profesor homenajeado. Sigue luego una sección de Estudios, en la que se contienen diversos artículos sobre temas históricos, políticos, jurídicos y filosóficos: un espectro amplio, sin duda, pero que habría gustado al profesor Bascuñán, cuyos intereses intelectuales y científicos nunca se circunscribieron únicamente al derecho. La obra cierra, por último, con algunas secciones adicionales, de Recensiones, Documentos y Noticias, completándose de este modo un volumen de más de 200 páginas.

Como es de conocimiento de nuestros lectores, el Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 6, de 1988, contuvo, en su parte principal, una primera selección de lecturas de filosofía jurídica chilena de la primera mitad del siglo XX, preparada por Manuel Manson Terrazas. En esa misma obra se anunció que una segunda parte de dicha selección sería publicada en el Anuario correspondiente a 1989. Sin embargo, y por razones de espacio, ello no resultó posible, dejándose entonces la publicación de esa segunda parte de lecturas de filosofía jurídica chilena correspondientes a la primera mitad del siglo XX para el Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 8, de 1990.

Podemos informar, por otra parte, que el autor de dicha selección de lecturas prepara actualmente una antología de textos de filosofía jurídica chilena en el período colonial, que será publicada en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 9, completándose así un valioso trabajo iniciado por Manuel Manson en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 4, de 1986, en el que se reprodujo una antología de filosofía jurídica y social chilena del siglo XIX.

Por último, nuestra Sociedad agradece a las Facultades de Derecho del país que han colaborado a la impresión de esta obra, como asimismo a los autores de los trabajos que se publican en ésta.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Valparaíso, diciembre de 1989.

EN MEMORIA DE ANIBAL BASCUÑAN

Oficialmente socialista, el filósofo no ha ahorrado críticas al partido de Craxi y a su líder sobre la cuestión moral. Por ejemplo, después que en el congreso socialista de Verona, Craxi fue elegido secretario general de su partido por aclamación, Norberto Bobbio escribió: "La elección por aclamación es la más radical antítesis de la democracia".

Nacido en Turín en 1909, filósofo del Derecho y de la política, Norberto Bobbio se ha distinguido con frecuencia en una sociedad en la cual generalmente todos se agregan de forma compacta, por estar siempre de "la otra parte". Educado en la cultura liberal-progresista, laico declarado y convencido, dijo "no" a la legalización del aborto. Defensor de la responsabilidad individual, se declaró, sin embargo, contrario al referéndum que establecía la responsabilidad de los jueces con una motivación durísima. Dijo "no" a una propuesta comunista sobre el aumento automático del salario y Berlinguer le pagó incluyéndole en la lista de "aquellos profesores que no han leído ni una línea de Gramsci". Desde las páginas de "La Stampa", el periódico de la FIAT, aparece con un tema, en el templo de la industria, que pone en discusión cierta forma de ganancias, "Ganancias y poder". Se pregunta Bobbio: "¿Existe una razón plausible para poner un confín entre lo lícito y lo ilícito en la acción de un hombre de negocios, como ha existido durante siglos una razón para proponer el mismo problema en las acciones de un hombre político?".

A sus ochenta años, libertario y polémico, analista y sarcástico, sigue siendo la conciencia acusadora de la sociedad del rebaño. Un punto de referencia para la libertad. Un ilustrado de nuestro tiempo.

¡Y quedan tan pocos!

RECENSIONES Y COMENTARIOS

tos, a saber, una mayor libertad del magistrado a fin de adecuar el ordenamiento a los cambios que sobrevendrán y, enseguida, algunas posibles medidas tendientes a obtener una mejor administración de justicia.

Finalmente, "En torno a la incorporación legislativa de una disposición sobre el abuso del derecho", es un trabajo que se refiere a la teoría del ejercicio abusivo de los derechos subjetivos, su desarrollo histórico, su situación actual en el derecho comparado y la posible incorporación de un precepto, que se enuncia, en nuestro ordenamiento positivo.

El nuevo derecho, nuevos procedimientos, nueva actitud del hombre, del juez, del jurista, son aspectos que se tocan en este interesante muestrario de temas de Ciencia General que pueden ocupar, en definitiva, el interés tanto de "generalistas" como de "especialistas" de la ciencia jurídica.

Esperamos que las informaciones que preceden sirvan para destacar el indudable mérito de este nuevo esfuerzo de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, que se agrega a una nueva época de difusión e investigación que debe caracterizar a todo centro de estudios superiores.

NELSON ZAMBRANO VILLARROEL *

* Ayudante de Teoría General del Derecho en la Universidad de Valparaíso.

DERECHO Y MORAL. *¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*, Agustín Squella N., Edeval, Valparaíso, 1989, 97 páginas.

Al responder la encuesta que la revista Doxa dirigió a cincuenta y dos filósofos del derecho de todas las latitudes, y en la que, entre otras cosas, se consultaba acerca de los problemas que la filosofía del derecho tenía aún pendientes, el Profesor Agustín Squella expresó que, a su juicio, la pregunta por el ser del derecho era una de esas preguntas a tal punto constitutivas del quehacer filosófico que su abandono podría equivaler "a hacer dejación de la propia filosofía". Por lo mismo —agregó— no queda más "que continuar formulando y reformulando dicha pregunta, cuantas veces sea necesario, puesto que el tipo de reflexiones a que da entrada son, en verdad, propias de toda filosofía del derecho".

Con el texto que aquí se presenta, el Profesor A. Squella insiste en esa pregunta fundamental, puesto que el tema de que se ocupa —derecho y moral— es uno de esos problemas recurrentes que la pregunta qué es derecho abriga o, si se prefiere, una de esas reflexiones a que la pregunta qué es derecho inevitablemente conduce.

Ese problema —el problema de las relaciones entre derecho y moral— puede ser planteado en, al menos, tres sentidos diversos, a saber, en un sentido empírico (¿están, *en efecto*, relacionados el derecho y la moral?), en un sentido ético (¿debe el derecho satisfacer ciertas pautas de moralidad?), en un sentido, en fin *conceptual* (la cuestión teórica de la identificación del derecho ¿supone el uso de criterios morales?). Se trata, como se advierte, de tres preguntas distintas, cada una de las cuales puede, a su turno, ser comprendida, y consiguientemente resuelta, de varios modos, atendido el carácter ambiguo que presentan las voces "derecho" y "moral". Por lo mismo, la reflexión acerca del problema planteado demanda algunas "aclaraciones y distinciones previas, de modo de poder entendernos recíprocamente acerca de qué hablamos cuando hablamos de derecho y de moral" (Apéndice, p. 70).

Al encarar el tema, el Profesor A. Squella escoge, como punto de partida, el tercero de esos problemas, o sea, el problema de las relaciones conceptuales entre el uno y la otra. En una síntesis espléndida —puesto que en vez de comprimir, esencializa— se da a la tarea de exponer el concepto de derecho de dos autores que son llamados, y se llaman a sí mismos, positivistas, a saber, H. Kelsen y H. Hart. Ambos autores, como se sabe, sustentan un concepto “descriptivo” y no “normativo” de “derecho”, esto es, afirman que para identificar a un conjunto de normas como derecho no es necesario, ni tampoco útil, servirse de criterios morales o pautas valorativas, con lo cual, claro está, se pronuncian a favor de una separación —“distinción” prefiere decir el Prof. Squella— *solamente conceptual* entre el derecho y la moral, dejando pendientes y abiertas las cuestiones éticas y empíricas referidas a esa misma relación. En otras palabras, que la existencia de un sistema jurídico —o de partes del mismo, como vgr., una Constitución— se verifique prescindiendo del uso de criterios morales (cuestión conceptual), no impide, y al contrario facilita, que se eche mano de esos mismos criterios morales para, ya no identificar, sino, esta vez, *evaluar o explicar* el contenido del sistema jurídico del caso: que haya una norma “válida”, no implica necesariamente, y al mismo tiempo, afirmar que la dicha norma es “valiosa” y que, por consiguiente, debe ser obedecida.

Lo anterior— la preferencia por un concepto descriptivo y no normativo de derecho— obedece, empero, a razones distintas en Kelsen y en Hart.

En el caso del primer autor citado —Kelsen— la dicha distinción responde a un marcado relativismo y escepticismo en punto a materias metaéticas, o sea, responde a la convicción que, existiendo múltiples, diversos e incluso contrapuestos puntos de vista en materias morales, no existe, empero, ningún procedimiento racional e intersubjetivo para decidir cuál de esos diversos puntos de vista es el mejor, más preferible o verdadero, motivo por el cual, si hemos de hacer ciencia y no ideología acerca del derecho, no queda más, piensa Kelsen, que excluir los dichos puntos de vista.

En el caso del segundo autor citado —Hart— esa misma distinción obedece a que, según este autor, es preferible usar un criterio de identificación de normas jurídicas que no incluya criterios

morales de iniquidad o de justicia (o sea, un criterio conceptual amplio) antes que un criterio de identificación que los incluya (o sea, antes que un criterio conceptual restringido) y ello por la sencilla razón que el primer criterio amplía el campo de observación y, al evitar la confusión conceptual entre derecho y moral, favorece la crítica moral de los sistemas jurídicos, sin constituir esa crítica una pérdida del nombre “derecho”, con lo que, en definitiva, se cometería el error de simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que las reglas jurídicas dan lugar.

Establecido el concepto de derecho en los autores que se citaron denantes (Cap. I y II) y establecido, también, que la distinción conceptual entre derecho y moral no importa cancelar, ni, tampoco, inhibir, las diversas relaciones que, en niveles diversos al conceptual puedan existir entre ambos órdenes normativos, la más importante de las cuales es el enjuiciamiento ético del derecho válido (Cap. IV y V), todo lo que fue posible sobre la base del análisis de los distintos ámbitos de la moral (Cap. III), encara, luego, el Prof. Squella, a la luz de esas precedentes reflexiones, el tema de los derechos humanos (Cap. VI).

Distingue el autor entre, de una parte, el problema del concepto de los derechos humanos (“esto es, la respuesta a la pregunta ¿qué son los derechos humanos?”) y, de otra parte, el problema del fundamento de esos mismos derechos (“o sea, la respuesta a la pregunta ¿qué tipo de justificación reconocen los derechos humanos?”). Después de revisar algunas respuestas posibles a esta última pregunta —respuestas diversas e, incluso, contrarias entre sí—, advierte el Prof. Squella que no ha de olvidarse que, más que fundamentar los dichos derechos, urge defenderlos, atendido, además, que quienes sustentan creencias opuestas hacia esos derechos, convienen, en cambio, en una actitud de protección con respecto a los mismos, actitud, esta última, que no ha de verse entorpecida ni postergada, por un debate “que continuará seguramente en el futuro dividiendo las opiniones”. Con ello, el Prof. Squella no está diciendo, como es sólito, que el debate acerca de la fundamentación de los derechos humanos sea irrelevante, antes bien, me parece a mí, está advirtiendo a los intelectuales contra el peligro, que permanentemente los acecha, de perderlo todo, menos la razón.

A más de algunas conclusiones (Cap. VII —en las que se registran, clara y precisamente, los resultados del análisis que las antecedió—) la obra acaba con una pregunta —inmejorable manera de concluir un texto de filosofía— que se incluye en forma de apéndice: “¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?”.

De cara a esa pregunta —¿hay o no obligación moral de obediencia al derecho?— el Profesor Squella manifiesta estar dispuesto a defender las tres siguientes proposiciones, a saber, primera, que existen obligaciones jurídicas y, a la vez, obligaciones morales; segunda, que no existe obligación jurídica de cumplir con nuestras obligaciones morales; tercera, que, en fin, no existe obligación moral de cumplir con nuestras obligaciones jurídicas, no pudiéndose, en consecuencia, constatar ninguna obligación de obediencia al derecho.

El rasgo distintivo de las obligaciones jurídicas —reflexiona el autor al tiempo de explicitar la primera de aquellas proposiciones— lo constituye el hecho que las prescripciones y los principios donde aquellas reconocen su origen tienen “la particularidad de reaccionar con sanciones que es posible y legítimo imponer o ejecutar en uso de la fuerza socialmente organizada, toda vez que los sujetos emitan comportamientos que se desvíen de los patrones conductuales que el mismo derecho establece”. Se trataría, empero, agrega el Prof. Squella, de obligaciones en un sentido “débil”, por lo que “si puede decirse que el derecho “obliga”, lo es tan solo en cuanto se quiera evitar la sanción que deba seguir al incumplimiento” (p. 71).

Por “obligaciones morales”, a su turno, y a fin de responder la pregunta que inaugura su reflexión, entiende el autor aquellas “que se originan en la conciencia autónoma y voluntaria del individuo, de acuerdo a la idea de bien o perfección moral que éste admita o que —puesto de otro modo— provienen de normas y de principios de índole moral que el individuo ha forjado o a lo menos aceptado libremente en su conciencia” (p. 72). De ello se sigue, claro está, que de los diversos ámbitos que enfrente de la moral es posible auscultar —autónomo, religioso y social, como quedó dicho en el Cap. III del texto—, el Prof. Squella recoge sólo uno de aquellos ámbitos al tiempo de precisar si hay o no obligación

moral de obedecer el derecho —a saber, el ámbito de la moral autónoma— y no los otros dos, esto es, el ámbito de la moral religiosa y el ámbito de la moral social.

Precisado lo anterior, se advierte, entonces, que la pregunta ¿tenemos obligación moral de obedecer el derecho? ha de ser entendida al modo de esta otra: ¿tenemos, desde el punto de vista de la moral autónoma, obligación de obediencia enfrente del derecho? pregunta, esta última, que se traduce, a su turno en una averiguación metaética: ¿es posible fundar con validez intersubjetiva, en términos racional o lógicamente compulsivos, alguna obligación moral de obedecer el derecho? (Que ‘tengamos’ o no obligación moral de obedecer el derecho —según el sentido que Hart asigna a la expresión “tener una obligación”— es un asunto trivialmente empírico —algunos ‘tienen’ esa obligación y otros no—, luego lo que la pregunta inquiere es si es posible que tengamos alguna dotada de absoluta validez).

Sólo en el entendido que se trata de relacionar, obligaciones jurídicas y obligaciones morales autónomas del modo que denantes se señaló, puede ser, entonces, aceptada la afirmación del autor según la cual para calificar a una norma de jurídica no es menester examinar los “títulos éticos” de que la misma sea portadora, puesto que, como se comprende, nada impide, y de ordinario así ocurre, en ordenamientos jurídicos evolucionados, que el criterio de admisión de una norma al sistema jurídico incluya un “test” referido a su moralidad social o religiosa, como vgr., lo han puesto de manifiesto Raz y Dworkin. (Raz ha mostrado cómo de la tesis positivista del ‘pedigree’ sólo se sigue de modo contingente, pero no necesario, la tesis de la separación entre derecho y moral, puesto que nada impide que la regla de reconocimiento incluya criterios de moralidad social sin que ello, a su vez, importe cancelar la intersubjetividad del concepto de validez jurídica).

Reconstruido de la manera señalada el argumento del texto —y en el ánimo de recoger la grata invitación de su autor a la crítica y al debate— creo que subsisten en él, de todas maneras, un par de ambigüedades.

Me parece que subsiste una importante ambigüedad en la caracterización que de la “obligación jurídica” efectúa el Prof. Squella

en la medida que en la dicha caracterización aparece utilizada la noción de "legitimidad". Que el uso de la fuerza que caracteriza a la obligación jurídica sea "legítimo" puede, en efecto, y por lo pronto, significar cualesquiera de las dos siguientes cosas: primera, "sujeción a reglas", en cuyo caso la utilización de la noción de "legitimidad" resulta redundante y superflua; segunda, "sujeción a principios o normas morales", en cuyo caso habría que explicar por referencia a qué ámbito de la moral se efectúa la caracterización. Pero, en cualquier caso, los problemas subsisten. Así, si esa caracterización se efectúa por referencia a la "moral social" o "religiosa", se estaría vinculando *conceptualmente* al derecho y a la moral (no sería posible definir "derecho" sin alguna referencia a la "moral"). Así a su turno, si esa caracterización se efectúa por referencia a la moral autónoma, se estaría, atendida la posición metaética del autor, cancelando la intersubjetividad del concepto de obligación jurídica, o, en todo caso, abandonando un concepto puramente descriptivo de "derecho".

(No afecta a la observación anterior, la advertencia del autor en orden a que se trata de "distinguir" y no de "separar" el derecho de la moral, puesto que, como es obvio, sólo se puede "distinguir" sobre la base —previa— de "separar" conceptualmente).

A la observación crítica anterior, desearía, todavía, agregar otra. Después de caracterizar a la "obligación jurídica", advierte el Prof. Squella que la dicha obligación es sólo "débil". Así —explica— "si puede decirse que el derecho 'obliga', lo es tan solo *en cuanto se quiera evitar la sanción* que deba seguir al incumplimiento".

Me parece a mí que esa manera de caracterizar la 'debilidad' de la obligación jurídica no podría evitar una crítica harto obvia: ¿significa lo afirmado que cuando se quiere padecer la sanción, o cuando se la padece, no hay, o no hubo, obligación jurídica? Y, en tal caso ¿cuál es la razón justificativa de la sanción? ¿Acaso la sanción no se aplica *precisamente* porque habiendo obligación ella fue infringida? De ser cierto lo afirmado por el Prof. Squella, el objetor de conciencia que está dispuesto a asumir la sanción jurídica, no infringiría obligación jurídica alguna —no habría antinomia alguna— pues no es el caso que "se quiera evitar la sanción

que deba seguir al incumplimiento". En otros términos: si la obligación jurídica fuese "débil" en el específico sentido que el Prof. Squella explicita, entonces no habría "obligación jurídica heterónoma" y el tema de las probables contradicciones o antinomias entre obligaciones jurídicas y morales *equivaldría al análisis de las consistencias o inconsistencias de las prescripciones autónomas*. La objeción de conciencia equivaldría a deliberar acerca de cuál obligación "tener" y no, en cambio, a decidir cuál "infringir".

Descontadas las observaciones críticas precedentes —provisionales como aquello que a su través resulta observado— podemos, recién ahora, encarar la pregunta que las ha suscitado: ¿tenemos obligación moral de obedecer el derecho? Como en su oportunidad se dijo, la pregunta, según creo, equivale, en rigor, a esta otra: ¿es posible fundar con validez intersubjetiva, en términos racional o lógicamente compulsivos, alguna obligación moral de obedecer el derecho?

No existe la dicha posibilidad piensa el Profesor Squella y, en consecuencia, no tenemos obligación moral de obedecer el derecho. (De acuerdo a los análisis precedentes: podemos 'tener', y de hecho algunas personas 'tienen' alguna obligación moral de obedecer el derecho; pero, esa obligación que puede 'tenerse', no puede universalizarse con pretensión de validez intersubjetiva). Así, pues, el Profesor Squella, sustenta una posición relativista (existen múltiples opciones morales), y, además, escéptica (no es posible fundar con arreglo a métodos racionales y dotados de validez intersubjetiva la superior valía de ninguna de esas opciones frente a las demás).

De esa manera, ni la apelación a un "derecho justo", ni a la "producción democrática" de ese mismo derecho, ni, en fin, a la combinación de uno y otro (al modo, vgr., de Rawls), permitirían fundar la obligación moral de obediencia al derecho, puesto que en ninguna de esas alternativas resulta cancelada de principio y necesariamente la posibilidad de conflicto entre derecho y moral.

La democracia en particular, expresa el Prof. Squella, ni cancela, ni, tampoco, reemplaza, al debate moral; ella "sólo hace posible que la discusión moral se desenvuelva sin sujeción a la ley del más fuerte y utilizando ciertos medios institucionales que ella misma ampara y protege". La democracia no decide lo que es justo; apenas establece lo que la mayoría tiene por justo y que, conse-

cuencialmente puede aspirar a ser recogido como derecho válido. Más aún —agregaríamos por nuestra cuenta— la democracia no puede aspirar a la infalibilidad en materias morales, porque toda su dignidad radica, precisamente, en que, de todas las formas de gobierno, es tal vez la única que, por principio, desconfía de sí misma. Es, como ha dicho Habermas, la única de las instituciones sociales —además de la ciencia, tal vez— en la que se materializa “la desconfianza frente a la razón falible y la naturaleza corrompible del ser humano”. ¿Cómo ella que desconfía de sí misma va a permitirse reclamar de nosotros la creencia en la certeza de sus resultados? ¿Cómo podría siquiera permitirnos que, en cambio de eso, pudiéramos nosotros mismos reclamarla en su nombre?

En suma y a fin de cuentas. Supuesto que el derecho y la moral son órdenes normativos distintos y supuesto que, por lo mismo podemos, a la vez, estar sometidos a obligaciones jurídicas y morales entre las que se puede verificar una antinomia, en términos tales que no sea posible acatar una sin desatender la otra, surge, entonces, el problema de establecer si de parte del derecho existe alguna obligación general de cumplir con nuestras obligaciones morales, o si, en cambio, existe de parte de la moral alguna obligación general de obediencia al derecho, o sea, surge el problema de establecer si la antinomia entre obligaciones jurídicas y morales es “real” o, en cambio, sólo “aparente”.

El Prof. Squella defiende en el texto —en ese estilo suyo elegante y claro, que maneja con destreza los puntos suspensivos— la opinión que de existir tales obligaciones ellas sólo serían obligaciones “en principio” o “prima facie”, puesto que de haberlas, siempre podrían ceder ante la deliberación que, enfrente de un sistema jurídico determinado o una norma de ese mismo sistema jurídico, lleve a cabo el sujeto imperado en “esa profunda soledad interior” que constituye su conciencia ética.

“Lo anterior —concluye el autor— puede constituir una desgracia para nosotros, en la medida en que nos advierte que estamos solos en nuestras deliberaciones y decisiones de orden moral y que podemos ser presas, por lo mismo, de eso que González Vicen ha llamado “el pánico a la propia decisión y su riesgo”. Pero, visto ahora desde otro punto de vista, esto parece ser lo que mejor se

aviene con la libertad y dignidad de cada ser humano, que, en el fondo de sí, sabe siempre que, en lo que concierne a la conciencia, ningún otro puede resolver por uno mismo. Aunque, a veces podamos resolver mal”.

Las precedentes palabras de Agustín Squella muestran, me parece, una de las características más profundas y persistentes de su trabajo intelectual, a saber, el uso de la palabra como cura contra la infalibilidad y, a la vez, como consuelo de su pérdida.

Al leerlo podemos, por lo mismo, aprender, que, quizá, la carga más pesada de nuestra condición moral no consista tanto en la dificultad de cumplir con nuestros deberes, sino, más bien, en la tarea solitaria e indeleble de decidirlos.

CARLOS PEÑA G. *

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile y en la Universidad Diego Portales.